

“TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ”

Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi
Ortak Projesi

YOLSUZLUK SUÇLARI EĞİTİM MODÜLÜ

Hazırlayanlar

Mike Kennedy

(Uluslararası sözleşmeler ve Anlaşmalar/Uluslararası İşbirliği)

• • •

Simon Davis

(Suç Gelirlerinin Aklanması)

• • •

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

(Yolsuzlukla ilgili Türk Mevzuatı ve Yolsuzluk Suçları)

• • •

Yrd. Doç. Dr. Murat Balcı

(Yolsuzluk Suçları Soruşturma ve Kovuşturma Evresi)

Eğitim materyalinin suç tipleri ile ilgili bölümü Prof.Dr. M. Emin ARTUK- Prof.Dr. Ahmet GÖKCEN - Prof Dr. Caner Yenidünya'nın Ceza Hukuku Özel Hükümler kitabının ilgili bölümünden alınmıştır.

Bu eğitim modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi başlıklı, Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi/ Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Programı kapsamında yayımlanmıştır. T.C. Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği bu projenin yararlanıcısıdır. Merkezi Finans ve İhale Birimi bu projenin ihale makamıdır. Modülün içeriği hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.

Bu eğitim modülünün hazırlanmasına katkıda bulunan ulusal ve uluslararası danışmanlar, hakim ve Cumhuriyet savcılar ile, Adalet Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği, İçişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Adli Tıp Kurumu temsilci ve uzmanlarına teşekkür ederiz.

Yolsuzluk Suçları Eğitim Modülü Zaman Çizelgesi

	9:00 - 10:00	10:00 - 11:00	11:00 - 12:00	12:00 - 13:00	13:00 - 14:00	14:00 - 15:00	15:00 - 16:00	16:00 - 17:00
1. Gün	Yolsuzluk Suçları Modülüne Giriş	Yolsuzluk Nedir	Yargı ve Savcılık Etiği	Uluslararası Sözleşmeler ve Anlaşmalar	ARA	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	Yolsuzlukla İlgili Türk Mevzuatı ve Yolsuzluk Suçları	Gözden Geçirme Dersi- Vaka Çalışması
2. Gün	İçtihatlar- Yaygın Yolsuzluk Türlerinin Tartışılması	Soruşturma 1. Safha – Soruşturma Stratejisi Geliştirilmesi	Soruşturma II. Safha – Soruşturmanın Yürütülmesi	Soruşturma III. Safha – Soruşturma Teknikleri	ARA	Soruşturma IV. Safha – Finans ve Yolsuzluktan Elde Edilen Kazançlar	Soruşturma V. Safha – Suçlar ve İddianame	Gözden Geçirme Dersi- Vaka Çalışması
3. Gün	Gözden Geçirme Dersi Devam	Kovuşturma I. Safha – Dava Yönetimi	Kovuşturma II. Safha – Tanıklar ve Bilirkişiler	Kovuşturma Safha III – Örnek Kararlar	ARA	Uluslararası İşbirliği	Suç Gelirlerinin Aklanması	Gözden Geçirme Dersi- Vaka Çalışması
4. Gün	Tüm Modülleri Kapsayan Bir Vaka Çalışması				ARA			

1. Kurs, Ders Hedefleri, Ders Planları ve Vaka Çalışmaları	7
Ders Planı - Yolsuzluk Suçları Modülüne Giriş	9
Ders Planı - Yolsuzluğa Genel Bakış	15
Ders Planı - Yargı ve savcılık etiği	21
Birleşik Krallık - Kamu Hayatının Yedi Temel İlkesi	23
Ders Planı - Yolsuzlukla İlgili Uluslararası Sözleşme ve Anlaşmalar	25
Ders Planı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	27
Ders Planı - Türk Mevzuatı ve Suçlar	63
Ders Planı - Gözden Geçirme ve Vak'a Çalışması	65
Ders Planı - Yaygın Yolsuzluk Türleri ve İçtihatlar	67
Ders Planı - Soruşturmanın 1. Safhası, Soruşturma Stratejisinin Belirlenmesi	69
Ders Planı - Soruşturmanın Yürütülmesi	71
Ders Planı - Soruşturmanın 3. Safhası, Soruşturma Teknikleri	73
Ders Planı - Soruşturmanın 4. Safhası, Yolsuzluğun Finans ve Varlıklar Bakımından İncelenmesi	75
Ders Planı - İddianame ve Isnat Edilen Suçlar	77
Ders Planı - Vaka Çalışması ve Gözden Geçirme	79
Ders Planı - Kovuşturmanın 1. Safhası, Tensip ve Dava Yönetiminin Belirlenmesi	81
Ders Planı - Kovuşturmanın 2. Safhası, Sanığın Sorgusu	83
Ders Planı - Kovuşturmanın 3. Safhası, Örnek Hüküm ve Kararlar	85
Ders Planı - Uluslararası İşbirliği	89
Ders Planı - Kara Para Aklama	97
Ders Planı - Gözden Geçirme Dersi ve Yargıtay Kararları	101
Ders Planı - Gözden Geçirme ve Vaka Çalışması	109
Ders Planı - Modülün Tamamına İlişkin Vaka Çalışması	115
2. Türk Mevzuatında Yargı Etiğine İlişkin Düzenlemeler	123
3. Avrupa Birliği'nde Yolsuzlukla Mücadele Mevzuatı	135
3.1. Giriş	137
3.2. Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin 2000 Yılına Kadar Doğrudan AB Müktesebatı	137
3.3. İkincil Yolsuzlukla Mücadele Müktesebatı	138
3.4. Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarını Korumaya İlişkin 26 Temmuz 1995 Tarihli (Brüksel) Konvansiyonu	138
3.5. Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Bürosu (European Anti-Fraud Office- OLAF)	139
3.6. Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin 2000 Yılından Sonraki AB Müktesebatı	142
4. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (BMYS-UNCAC) Ve G-20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu	147
4.1. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (BMYS-UNCAC)	149
5. G-20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu	155
5.1. Genel Olarak	157
5.2. Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu (YMÇG)	157
6. Yaygın Yolsuzluk Suçları	159
6.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu	161
6.2. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu (M. 236)	174
6.3. Zimmet Suçu	180

6.4.	Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu (5411 S.İ K. M. 160).....	206
6.5.	İrtikâp Suçu (M. 250).....	220
6.6.	Rüşvet (M. 252-254).....	251
6.7.	Güveni Kötüye Kullanma Suçu.....	287
6.8.	Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Zararına Dolandırıcılık.....	292
7.	Yaygın Yolsuzluk Türlerine İlişkin İçtihatlar	303
8.	Yolsuzluk Suçlarında Suç Gelirlerinin Geri Alınması.....	467

KURS, DERS HEDEFLERİ, DERS PLANLARI VE VAKA ÇALIŞMALARI

Ders Planı
Vaka Çalışması

Ders Planı - Yolsuzluk Suçları Modülüne Giriş

Gerekli kaynaklar:

- Windows 7 işletim sistemi ve Office 2010 bulunan dizüstü veya masaüstü bilgisayar
- Projektör
- PowerPoint sunumu

Amaç:

Bu dersin amacı yolsuzlukla mücadele modülündeki bütün derslerin katılımcılara tanıtılması ve modülün genel hatlarıyla açıklanmasıdır. 1. Derste eğiticiler modülün hedefleri ve öğretim metodolojisini açıklayacaktır; ders kapsamında derslere ait zaman çizelgesinin açıklanması, yolsuzluğun etkileri, yolsuzluğun toplum tarafından algılanışı, Türkiye'deki yolsuzluk durumu ve Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün çalışmaları ve Yolsuzluk Algılama Endeksi yer alacaktır.

Hedefler:

- Bu derste modülün ve metodolojinin nasıl işleneceği, 22 dersin genel hatları ve zaman çizelgesi açıklanacaktır.
- Bu derste ayrıca yolsuzluğun etkileri, yolsuzluğun toplum tarafından nasıl algılandığı da ele alınacaktır. Ayrıca Türkiye'deki yolsuzluk durumu, Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün çalışmaları ve bu çalışmaların önemine de değinilecektir. Ayrıca bilişim suçlarının tehlikeleri, eğilimleri ve araçlarına da yer verilecektir. Bunun yanında yolsuzluğa karşı ulusal ve uluslararası tepkiler de açıklanacaktır.
- Ders sonu itibarıyla katılımcılar yolsuzluğun neden olduğu gerçeklikler, toplum ve Türkiye üzerindeki etkisi, Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün çalışmaları ve Yolsuzluk Algılama Endeksi ile Türkiye'deki yolsuzluk durumunun ilişkin içerden ve dışardan insanların görüşleri ortaya konulacaktır. Katılımcılar yolsuzluk suçlarının işlenmesinin genellikle dış bağlantılı olduğunu ve bu tip suçların etkili bir şekilde soruşturulması ve kovuşturulması için etkili bir uluslararası işbirliğine gidilmesi gerektiğini anlayacaklardır.

Slayt No.	İçerik
Giriş	Bu oturumun özel amacı katılımcılara modülün geneli, dersler ve uygulanacak metodoloji hakkında bilgi vermektir; bunun yanında yolsuzluğa genel bakış ve toplum üzerindeki etkisi de ele alınacaktır. Ayrıca dışarıdan bir perspektifle Türkiye'deki yolsuzluk olayları incelenecektir.
Slayt 1	1. Slayt dersin adını içerecektir.
Slayt 2	Bu slaytta 1. Derste yer alacak konular genel hatlarıyla incelenecektir: • Öğretim yaklaşımının açıklanması ve vurgulanması * Monolog ve eğitici tarafından öğrencilere ders verir şeklinde değil * Eğitici ile öğrenciler arasında paylaşımı teşvik edecek diyalog şeklinde bir yaklaşım • Yolsuzlukla mücadele modülünün hedeflerinin açıklanması

	• Modüldeki bütün derslerden genel hatlarıyla bahsedilmesi • Yolsuzluğun etkileri • Yolsuzluğun topluma maliyeti * İstatistiklerle Türkiye’deki yolsuzluk durumu * Uluslararası Şeffaflık Örgütü • Yolsuzluğun uluslararası boyutu
Slayt 3	Bu slaytta eğitici yolsuzlukla mücadele modülünün hedefini açıklayacaktır. Eğitici ayrıca uygulanacak öğretim metodolojisi üzerinde duracak ve derslerin monolog şeklinde öğretilmeyeceğini ancak eğitici ile öğrenciler arasında bir diyalog şeklinde yürütüleceğini öğrencilere açıklayacaktır. Eğitici dersi yönlendirecektir ancak öğrenciler de öğrenme sürecine tam olarak katılacaklardır. Zaman çizelgesine uygun gidilmesinin önemi eğitici tarafından vurgulanacaktır.
Slayt 4	Bu slaytta modülde yer alan bütün derslere ait zaman çizelgesinin ayrıntıları gösterilecektir. 4. Slaytta derslere değinecek olan eğitici, gözden geçirme dersleri ile vaka çalışmalarını açıklayarak modülün açıklamasını yapacaktır.
Slayt 5	Bu derste yolsuzluğun etkileri ele alınacaktır. Eğitici yolsuzluğun nasıl herkese zarar verdiğini çünkü adaletsizliğe yol açtığını; güvensizlik ve çatışmayı beslediğini, yoksulluğa ve eşitsizliğe yol açtığını açıklayacaktır. Yolsuzluğun insanlar ve hükümetler arasındaki güveni tehlikeye düşürdüğü ve özel sektör ve diğer büyük kurumların yöneticilerine karşı güveni zedelediği açıklanacaktır. Eğitici, vatandaşların kamu hizmetlerine erişimi olduğu ve şirketlerin doğru ve adil, dürüst bir rekabet ortamı içinde çalıştığı tarafsız bir sivil ortamın önemine vurgu yapacaktır. Dünyada her dört kişiden biri kamu hizmetlerine erişmek için rüşvet ödemektedir.
Slayt 6	Bu slaytta yolsuzluğun topluma maliyeti ele alınacaktır. Eğitici, yolsuzluk nedeniyle toplumun kaybının boyutları ve bu bilginin kaynağını açıklayacaktır. Bu kapsamda eğitici, her yıl yolsuzluğun AB’de 120 milyar avro kayba neden olduğunu açıklayan Mart 2013 tarihli rapor ile yolsuzluk maliyetinin toplam kamu ihale bütçesinin %3-4’üne eşit olduğu Fransa, Macaristan, İtalya ve Litvanya’yı ele alan 2013 tarihli çalışmaya değinecektir. 2012 Şeffaflık Örgütü Raporu kamu ihalelerindeki en fazla yolsuzluk yapılan ülkelerin Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Romanya ve Slovakya olduğunu göstermektedir. Ayrıca Türkiye’nin son yıllarda 150 milyar dolarlık bir kaybı olduğunu gösteren 2007 raporundan da bahsedilecektir.
Slayt 7	Bu slaytta Türkiye’deki toplumun yolsuzluk algısı işlenecektir. Eğitici Türkiye ile ilgili anket ve veri çalışmalarının sonuçları üzerinde duracaktır. 2005 yılından Türkiye’de yapılan Küresel Doğruluk araştırmasında “kaç kişi rüşvet alır?” sorusuna cevap verenlerin %2’si “neredeyse hiç kimse” cevabının verirken, %83’ü

	"hemen hemen herkes veya çoğu insan" şeklinde cevap vermiştir. Eğitici, Türkiye'nin 100 üzerinden 49 puan alarak orta ölçekli bir sonuç aldığı, yani dünyadaki 176 ülke arasından 54. sırada olduğunu gösteren Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün 2012 yılı Rüşvet Endeksine değinecektir.
Slayt 8	Bu slaytta Türkiye'deki yolsuzluk durumuna ilişkin raporlar ele alınacaktır. Eğitici Türkiye'ye ilişkin son GRECO (Yolsuzlukla Mücadele için Devletler Grubu) raporu ile Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün Yolsuzluk Algılama Endeksini açıklayacaktır. GRECO'nun 2006 Türkiye raporuna göre yolsuzluk "hem merkezi hem de yerel düzeyde kamu sektöründe yaygın" olmuştur. Eğitici ayrıca Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün 2012 Türkiye raporuna da yer verecektir. Bu rapora göre "sağlanan ilerlemeye rağmen, ülkede yaygın yolsuzlukla ilgili sıkıntılar devam etmektedir. Yolsuzlukla hem küçük hem de büyük ölçekli olup kamu sektörü, özel sektör, siyasi partiler ve askeriye dahil olmak üzere ülkedeki pek çok sektöre nüfuz etmiş durumdadır".
Slayt 9&10	Bu iki slaytta dünyadaki bütün ülke ve devletlerin değerlendirildiği Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün 2012 Algılama Endeksine göre puan haritası gösterilecektir. Buna göre dünyanın geri kalanına göre Türkiye orta ölçekli bir yerdedir. 10. Slaytta Türkiye ve aldığı puan çevre ülkelere göre değerlendirilecektir. Bu slaytlar, katılımcıların ve eğiticinin yolsuzluk üzerinde genel bir tartışma başlatmasına yardımcı olacaktır.
Slayt 11	Bu slaytta Türkiye'deki yolsuzluk durumu tartışılmaya devam edecektir. Hükümetin yolsuzluğun neden olduğu tehlikelerin farkında olması sebebiyle Türkiye tarafından atılan adımlar tartışılacaktır, Türk makamları son yıllarda yolsuzlukla mücadeleye karşı çok sayıda tedbir almıştır. Slaytta ayrıca yolsuzlukla mücadelede en büyük zorluğun mevzuatın etkili bir şekilde uygulanmasıyla ilgilidir. Ancak uygulama zayıf kalmaktadır: yolsuzlukla ilgili kanun hükümleri, menfaat çatışması nosyonu ve rüşvet davalarında gerekli ispat düzeyi gibi konuların anlaşılması konusunda kaygılar mevcuttur. Yolsuzlukla mücadele en önemli araç bağımsız bir yargıdır. Reformlarla devam edilmesi gereklidir; böylelikle yolsuzluk suçlarının soruşturmasıyla ilgili özel hususlar konusunda uygulamacıların eğitilmesi de önemlidir.
Slayt 12	Bu slaytta katılımcılara yolsuzluğun uluslararası boyutu hakkında bilgi verilecektir. Eğitici her ülkedeki yolsuzluk olaylarının büyük bölümünün ülke içinde meydana geldiğini ancak genellikle de dış boyutu olduğunun altını çizicektir. Örneğin şüphelilerin yurt dışı bankalarda hesapları olabilir; usulsüz ödemeler yurtdışında yapılabilir; örneğin tatil, saat, eğitim ve para gibi hediyeler yurtdışında alınıp verilebilir. Bazı usulsüz ödemeler yurtdışında bulunan kişi veya şirketler tarafından yapılabilir. Yolsuzluğun etkili bir şekilde soruşturulması ve kovuşturulması için uluslararası yardıma gerek olduğunun farkında olunması hayati öneme sahiptir.

	Bu tip soruşturma/kovuşturmaların genellikle yurtdışından bilgi alınmasını gerektireceği veya hatta banka hesaplarına erişim gibi eşgüdümlü araştırma gerektirebileceği, ayrıca yabancı kolluk görevlileri ile adli yardımlaşma ve suçlu iadesi için irtibat kurulması gibi hususlar başarılı sonuçlar elde edilmesinde büyük önem taşımaktadır. (uluslararası sorunların çözümüyle ilgili konular 20. derste daha ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır).
Slayt 13	1.dersin son slaytı olan bu slaytta katılımcıları tartışmaya sevk edecek ve derste anlatılan konuların pekişmesine yardımcı olabilecek bir dizi soru yer almaktadır. • Katılımcılar öğretim yaklaşımını anladılar mı? • BU yaklaşımdan memnun kaldılar mı? • Konuları tartışmaları, soru sorma ve cevap vermeleri gerektiğini anladılar mı? • Yolsuzluk istatistikleri endişe yaratıyor mu ? • Yolsuzluğun Türkiye’de bir sorun olduğunu düşünüyorlar mı? * Genel olarak Türkiye’de? * Özel sektörde veya kamu sektöründe? * Polis teşkilatında? * Yargı teşkilatında? • Küresel Doğruluk Anketi ve Uluslararası Şeffaflık Örgütü tarafından çizilen Türkiye resmine katılıyorlar mı? • Yolsuzlukla ilgili kişisel deneyimleri var mı?
	Pratik alıştırma (uygunsa) 1. Ders için herhangi bir pratik alıştırma veya vaka çalışması öngörülmemiştir. Gelecek eğitimlerde, uygun imkanların olduğu eğitim ortamlarında eğiticiler tarafından alıştırma eklenerek öğrenme pekiştirilebilir.
	Öğrenilen Bilgilerin test edilmesi 13. slaytta yer alan soruların tartışma yaratması beklenmektedir; böylelikle bilimsel olmasa da eğitici, katılımcıların 1.derste işlenen konularla ilgili bilgi düzeyini test edebilecektir. Bunun dışında bu ders için öngörülen başka özel bir bilgi testi yoktur ve resmi bir ölçme yapılması talep edilmemiştir.

Potansiyel ek kaynaklar

Eğiticilerin elektronik delille ilgili ders materyali geliştirmesinde kullanılabilecek çeşitli örgüt ve ülkelerin yayın listesi aşağıda sunulmuştur

Kurum / Örgüt	Menşei	Örnek Belge
Yolsuzluk raporu: Türkiye’de yolsuzluğun önlenmesi için Etik raporu: bulgular, analiz ve tavsiyeler	Uluslararası: Avrupa Konseyi ve Avru- pa Birliği	Avrupa Konseyi uzun Dö- nemli Uzmanı Alan Doig tarafından hazırlanan rapor ekte sunulmuştur.
Yolsuzluk raporuna dair ön inceleme	Uluslararası: Avrupa Konseyi ve Avru- pa Birliği	Avrupa Konseyi uzun Dö- nemli Uzmanı Alan Doig tarafından hazırlanan inceleme ekte sunulmuş- tur.
Uluslararası Şeffaflık Örgütü	Uluslararası Sivil Toplum Örgütü	Rapor için bkz: http://www.transparen- cy.org/whatwedo/pub/

Ders Planı - Yolsuzluğa Genel Bakış**Kullanılacak Kaynaklar:**

- MS Office 2010 ve Windows 7 yüklü Dizüstü Bilgisayar veya PC
- Projektör
- PowerPoint Sunumu

Amaç:

Bu dersin amacı, farklı yolsuzluk türlerinin genel kabul gören tanımlarını ve suçluları (faillerin suçlu oldukları vurgulanmalıdır) yolsuzluk suçunu işlemeye konusunda motive eden faktörleri aktarmaktır. Eğitici bu derste yolsuzluğun üzerine gitmenin neden hayati önem arz ettiği konusu ile yolsuzluğun toplum üzerindeki etkilerine değinecek, yolsuzlukla mücadele alanında bazı ülkelerde uygulanan tedbirlere ve kullanılan yöntemlere giriş yapacaktır.

Hedefler:

- Bu dersin sonunda katılımcılar farklı yolsuzluk türlerini ve farklı yolsuzluk faaliyetlerinin uluslararası seviyede kabul gören tanımlarını öğreneceklerdir.
- Bu derste ayrıca suçluları yolsuzluk fiillerini işlemeye iten etkenler ve ülkelerin yolsuzlukla etkin mücadele adına etkin mekanizmalar tesis etmelerinin nedenleri de ele alınacaktır.
- Bunun yanı sıra, bu derste yolsuzluğun hem reel hem mali anlamda maliyetlerinden, toplum üzerinde doğurduğu etkilerden, ülkelerin ve hükümetlerin yapısal, mali ve ekonomik durumu ve hatta istikrarı üzerinde yol açtığı sonuçlardan bahsedilecektir.
- Son olarak, bu derste yolsuzlukla mücadelede kullanılan kanuni yaptırımlar ile bu mücadeleyle ilgili toplumun geneline müzahir kültürel ve etik normlar, ayrıca yolsuzluk üzerinde neden hassasiyetle durulması gerektiği hususlar ele alınacaktır. Bazı ülkelerin kendi vatandaşlarının yurtdışındaki yolsuzluk faaliyetlerini de suç kapsamına sokan mevzuatlarına da değinilecektir.

Slayt No.	İçerik
Giriş	Bu oturumun amacı, en yaygın yolsuzluk türlerine ve farklı yolsuzluk faaliyetlerinin uluslararası seviyede kabul gören tanımlarına giriş yapmaktır. Eğitici bu farklı yolsuzluk türlerini örnekler vererek açıklar. Eğitici, yolsuzluğun toplumlar üzerindeki etkisini ve yolsuzlukla etkin mücadelenin nedenlerini açıklar. Eğitici ayrıca yolsuzlukla mücadeleye ilişkin ulusal ve uluslararası tedbirleri yöntemleri izah eder.
Slayt 1&2	Bu, 2. Dersin Başlık slaytıdır Bu slaytta bu derste ele alınacak konuların başlıkları yer almaktadır. • Yaygın yolsuzluk türlerinin tanımları * Aktif ve pasif yolsuzluk * Muvazaalı ve muvazaasız yolsuzluk * Küçük ölçekli ve büyük ölçekli yolsuzluk • Yolsuzluğa iten faktörler • Yolsuzluğun toplum üzerindeki etkisi • Yolsuzlukla mücadele neden hayati öneme sahiptir • Yolsuzlukla mücadele tedbirleri ve yöntemleri

Slayt 3

Bu slaytta yolsuzluğun tanımı yapılmakta, uluslararası kabul gören yaygın yolsuzluk türleri sıralanmaktadır. Bu slayt, eğiticinin tarif edip izah ederek tanımlayacağı yolsuzluk türlerine ilişkin diğer slaytlara giriş niteliğindedir; bunlar gelen slaytlarda daha ayrıntılı biçimde aktarılacaktır. Bu slaytta değinilecek noktalar:

- Yolsuzluk, özel menfaat elde etmek amacıyla kişinin kendine tevdi edilmiş yetkiyi istismar etmesidir
- En yaygın yolsuzluk türleri
 - * Aktif yolsuzluk rüşvetin verilmesidir
 - * Pasif yolsuzluk rüşvetin alınmasıdır
 - * Küçük ölçekli yolsuzluk
 - * Büyük ölçekli yolsuzluk
 - * Muvazaalı yolsuzluk
 - * Muvazaasız yolsuzluk

Slayt 4

Eğitici bu slaytta Küçük Ölçekli Yolsuzluk konusuna girerek bu yolsuzluk türünün tanımını yapar:

- Küçük Ölçekli Yolsuzluk, kamuoyuna hizmet veren alt düzey memurların yaptığı gündelik yolsuzluklara verilen addır.
- Genellikle kanun ve yönetmeliklerin işleyişine ilişkin rüşvet alınması şeklinde tezahür eder
- Yetkinin suiistimali veya istismarı biçiminde de görülür; örneğin:
 - * taksici esnafına dokunmamak için taksicilerden her gün para istemek
 - * gümrük memurlarının gümrük izni için fazladan para istemesi
 - * memurların bina ruhsat işlemlerini hızlandırmak için fazladan ücret istemesi
- Bu kapsamda genellikle ufak miktarda paralar söz konusudur
- Ancak, küçük ölçekli yolsuzluğun yaygınlaşması hizmette verimsizlik ve hakkaniyetsizliğe yol açar ve güveni sarsılan toplum kötümserleşir ve mutsuz olur.
- Yolsuzluk, devlet sistemlerinin etkin işleyişini de baltalar.

Slayt 5

Bu slaytta eğitici Büyük Ölçekli Yolsuzluğu açıklar: Bu slaytta değinilecek noktalar:

- Büyük Ölçekli Yolsuzluk, “üst düzey devlet makam yetkisinin özel menfaat elde etmek amacıyla istismar edilmesidir”
- Büyük Ölçekli Yolsuzluk, büyük ölçekli işlemlerin söz konusu olduğu ve üst düzey siyasilerin ve/veya bürokratların karıştığı yolsuzluklardır.
- Büyük ölçekli yolsuzluklarda, belirli nüfuzlu kimselerin veya grupların menfaat elde edebilmesi için devletin temel politikalarının ve temel hukuk ve düzenleme çerçevesinin etkilenmesi amaçlanır.

Slayt 6

Bu slaytta eğitici, Muvazaalı ve Muvazaasız Yolsuzluk arasındaki farkı açıklar. Bu slaytta eğiticinin ihtiyaç duyabileceği açıklamalara yer verilmektedir:

- Muvazaalı yolsuzluk

	* Rüşveti verenle alan arasında yapılan, her ikisinin de muhtemelen başkalarının kaybına yol açacak biçimde kazanç elde ettiği bir anlaşmadır. • Muvazaasız yolsuzluk * Bu yolsuzluk türünde rüşveti alan, rüşvet vermek istemeyen kişiyi rüşvet vermeye veya ödemeye zorlar.
Slayt 7	Bu slaytta eğitici, Nüfuz Ticareti olarak adlandırılan yolsuzluk faaliyetini aşağıdaki şekilde açıklar: • "Nüfuz ticareti" bir yolsuzluk türüdür. • Bu yolsuzluk türünde kişi, haksız menfaat karşılığında bir kamu görevlisinin veya özel sektör aktörünün karar alma sürecini uygunsuz biçimde uygulama vaadine bulunur. • Nüfuz ticareti genellikle önemli mevkillerde bulunan veya siyasi gücü ya da bağlantıları bulunan kişilerce icar edilir. • Bu kişiler güçle olan bağlantılarını, yani nüfuzlarını, para veya haksız menfaat karşılığında kullanırlar. • Bu yolsuzluk türü her ülkede suç sayılmamaktadır. • Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinde (UNCAC) nüfuz ticaretinin suç olarak ihdas edilmesi tavsiye edilmektedir.
Slayt 8	Eğitici bu slaytta "Haksız Zenginleşme" kavramını ve yolsuzluk soruşturmalarında nasıl kullanıldığını açıklar. • "Haksız Zenginleşme", kamu görevlisinin gerçek veya görünürdeki servet kanuni geliriyle açıklayama durumudur. • Açıklanamayan servet rüşvet geliri veya zimmetine geçirme, irtikap, malvarlığını gizleme, kara para aklama veya hesapta sahtecilik gibi hırsızlık türü olabilir. • Bu yolsuzluk türlerinin hepsi özel sektörde de söz konusu olabilir.
Slayt 9	Bu slaytta eğitici, suçluları yolsuzluk yapmaya sevk eden temel nedenleri ve faktörleri açıklar. • Gönüllü * Rekabet avantajı elde etme • Diğer isteklilerle rekabet etme * Rakiplerimiz rüşvet veriyor, bizim de vermemiz lazım • İrtikap * İhaleyi veren kişinin rüşvet istemesi • Normal iş uygulaması * Bazı ülkelerde rüşvet vermenin kültürel bir norm olması * Nihayetinde bu, ihale fiyatlarının şişirilmesi anlamına gelir.
Slayt 10	Bu slaytta eğitici yolsuzluğun yol açtığı tahribatı ve yolsuzlukla mücadelenin toplumun bütünü için arz ettiği önemi ve yararı açıklayacaktır. • Kamu sektöründe tespit edilemeyen ve denetlenemeyen yolsuzluk ciddi zararlar getirebilir; örneğin: * Kamuoyunun hükümete olan güveninin sarsılması * Kamu kaynaklarının ve parasının israfı

	* Birilerine başkalarının rağmına menfaat sağlayarak adaletsizlik yapılması * İşin verimsizleşmesi * Şöhret tahribatı: ihale süreçlerinde en kaliteli personelin istihdam edilememesi ve en uygun değerlerin ortaya çıkamaması. * Yolsuzluk ayrıca özel sektör yatırımlarını güçleştirebilir veya özel sektör bu konuda isteksizleşebilir ki bu da refahı olumsuz etkiler. * Yolsuzluk, az gelişmiş ülkelerde ekonomik büyümeyi yavaşlatır.
Slayt 11&12	Bu iki slaytta eğitici yolsuzluğun olumsuz etkilerini aktararak yol açtığı finansal maliyet ve zararların yanısıra toplum ve millet üzerinde doğurduğu gerçek tahribata değinecektir. • Vatandaşlar, ücretsiz olması gereken hizmetler için para öder duruma getirilmektedir • Devlet bütçesi, yozlaşmış siyasiler tarafından talan edilmektedir • Karar alıcılar, büyük devlet ihaleleri gibi en büyük rüşvet pastalarını getiren faaliyetlere odaklandıklarından, kamu harcamalarının dengesi bozulmaktadır • Yabancı yatırımcı yolsuzluğun hükümferma olduğu ülkelerde yatırım yapmak istemeyeceği için yabancı yatırımlar düşmekte, bundan ülke ekonomisi zarar görmektedir • Yolsuzluğun topluma maliyeti yalnızca parasal açıdan değildir * Yolsuzluk, kamuoyundaki güven duygusunu sarsar ve vatandaşların topluma katılma isteğini törpüler * Yolsuzluğun çoğu durumda örgütlü suçlarla bağlantısı vardır ve yolsuzluk çatışma ve savaş ortamlarını besler ve bunlardan beslenir * Devletin üst kademelerinde yolsuzluk savaşan/ çatışmadan yeni çıkmış bir toplumu yeniden savaşın içine çeker. * Kolay yoldan kar elde etmek amacıyla çevre koruma düzenlemelerinin görmezden gelişmesi için verilen rüşvetler nedeniyle iklim değişikliği çabaları da yolsuzluktan zarar görebilmektedir. * Tüm bunlar devlet güvenliğinin ve demokrasinin özünü teşkil eden değerlerin altını oymaktadır ve kalkınma hedefleri tehdit altına girmektedir.
Slayt 13	Bu slaytta eğitici, yolsuzlukla mücadelede yalnızca etkili soruşturma ve kovuşturma mekanizmalarının değil, aynı zamanda toplumsal kültürü değiştirmenin ve ardından güçlük etik ilkeler, yapılar ve iyi uygulamalar tesis etmenin önemini açıklar. Bu slaytta değinilecek noktalar: • Etkili bir yargı süreci önemlidir * Soruşturmaların kesinlik, titizlik ilkelerine uygun olarak ayrıntılı biçimde yürütülmesi * Kovuşturma ve yargılama aşamalarının sağlam fakat adil

	biçimde yürütülmesi * Uygun cezalar • Bunların yanısıra şu hususlar da önemlidir * Reform için siyasi irade ve liderlik * Net, açık ve şeffaf yönetim sistemleri * Kamu yetkilileri için en üst düzeyde etik ilkelerinin teşviki ◊ Malvarlıklarının açıklanması ◊ Hediye ve hediyelerin kaydedilmesi ◊ Bkz. Etik İlkeler konulu 3. Ders ◊ Bkz. Şeffaflıkla ilgili uluslararası kontrol listelerine müracaat ediniz • Bkz. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesin (UNCAC) konulu 4. Ders
Slayt 14	Bu slaytla birlikte uluslararası yaklaşımlara giriş yapan eğitici, diğer ülkelerin yolsuzlukla ve yolsuzluğa karışan vatandaşlarıyla mücadele etmek için çıkardıkları kanunlardan bahseder. • Pek çok devlet, kendi vatandaşları veya sınırları içerisinde faaliyet gösteren şirketlerin yolsuzluk faaliyetini suç kapsamına sokan mevzuat çıkarmıştır; bu yolsuzluk faaliyetine vatandaşlarının veya anılan firmaların yurtdışında yaptıkları ödemeler de dahildir. * Yürürlükteki mevzuatlar ◊ ABD: Dış Kaynaklı Yolsuzluk Faaliyetleri Yasası, 1977 ◊ Almanya: 1997 yılında çıkarılan kanunlar ◊ İsviçre: 2000-2006 döneminde çıkarılan kanunlar ◊ Birleşik Krallık: Rüşvet Yasası, 2010. * Şu ülkelerde yasal kapasite mevcut olup uygulamalar sınırlıdır: ◊ Kanada, Fransa, İsveç, Norveç ve Danimarka
Slayt 15	Bu slayt, 2. Dersin son slaytıdır. Bu slaytta eğitici, aşağıdaki soruları kullanarak genel bir tartışma başlatmalı ve 2. Derste ele alınan konuların tam olarak kavranıp kavranmadığını tespit etmek için bu soruları katılımcılara sormalıdır. Bu doğrultuda, derste işlenen yolsuzluk türlerinin tanımlarının katılımcılar için de uygun olup olmadığı ve tartışılmasını istedikleri başka yolsuzluk türleri bulunup bulunmadığı sorulur. Mümkünse katılımcıların baktıkları yolsuzluk davaları ışığında bu tartışmayı yürütmek önemlidir. • Katılımcılar baktıkları dosyalarda hangi yolsuzluk örnekleriyle karşılaşmışlardır? • Bu yolsuzluk türleri, derste ele alınan kategorilerle eşleşmekte midir? • Bu davalarda ne tür zorluklarla karşılaştınız? • Baktığınız konunun uluslararası boyutu var mıydı?
	Uygulamalı Alistirmalar (varsa) 2. Ders için herhangi bir uygulamalı alıştırma veya örnek vaka çalışması öngörülmemiştir.

	Sonraki eğitimlerde eğiticiler, eğitim ortamının uygun olması halinde dersi alıştırma ile takviye edebilirler. Bu ders konularını da içeren bir gözden geçirme oturumu (7. Ders) öngörülmektedir; bu gözden geçirme oturumunda 1. ve 6. Dersler arasında ele alınan konulara yönelik bir vaka çalışması yapılması düşünülebilir.
	Bilgi Kontrolü 15. slaytta yer alan sorular kullanılarak bir tartışma yürütülmelidir; bu sorular çok bilimsel olmamakla birlikte eğiticiye katılımcıların 2. Derste ele alınan konuları ne denli kavradıklarını göstermesi bakımından yararlıdır. Bu ders için bunun dışında herhangi bir bilgi kontrolü öngörülmemiş, resmi bir değerlendirme talep edilmemiştir.

Muhtemel Ek Kaynaklar

Aşağıdaki kuruluşlara/ülkelere ait yayın listesi, elektronik deliller konusunda kurs materyalleri geliştirmede eğiticiler için yararlı olabilir.

Ders Planı - Yargı ve savcılık etiği

Amaçlar:

Aşağıdaki konuların açıklanması ve tüm katılımcıların konuları anlamasının sağlanması

- Yargılama ve savcılık etiğinin önemi
- Türkiye ve diğer yargı alanlarından etik ilkelerin açıklanması ve uygulanması
- Şeffaflığın faydaları ve kamu görevlileri tarafından nasıl sağlanabileceği

Hedefler

Bu ders sonu itibarıyla öğrenciler aşağıdaki konuları öğrenmiş ve anlamış olacaklardır:

- Yargılama ve savcılık etiğinin önemi
- Yargılama ve savcılık etik ilkelerinin Türk Hukukunda uygulanması
- Hakimler için Bangalore İlkeleri
- Savcılar için Budapeşte ilkeleri
- Hediyelerin kayıt altına alınması ve kamu görevlilerinin mal varlıklarını beyan etmelerinin faydaları

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar.

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Flip Chart, tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Hakimler için Bangalore İlkeleri
- Savcılar için Budapeşte İlkeleri
- Kamu Hayatı İçin Birleşik Krallık İlkeleri
- Yargı Şeffaflığı kontrol listesi

Giriş ve Gestalt:

- Eğitici, oturumu ve modül ile modülü teşkil eden bölümlerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici, etik ilkelerle ilgili Türk mevzuatı üzerinde duracak ve Türkiye’de uygulanan ilkeler hakkında ve bu ilkelerin Bangalore ve Budapeşte ilkeleriyle karşılaştırılmasına ilişkin tartışma başlatacaktır. Tartışma kapsamında bu ilkelerin Türkiye’de pratikte nasıl ve ne derece başarıyla uygulandığı da ele alınacaktır. Hediyelerin kayıt altına alınması ve kamu görevlilerinin mal varlıklarını beyan etmesinin şeffaflık sürecine etkisi var mıdır, konusu hakkında tartışma yapılacaktır.
- Eğitici öğrencilerden aldığı tüm cevapları sırasıyla flip chart veya tahtaya yazacaktır, bunlar ders konularının anlatımında eğiticiye yardımcı olacaktır. Ayrıca eğitici katılımcıların daha önceden bu derste anlatılan yolsuzluk türlerine ilişkin davalara bakıp bakmadığını anlamasını sağlayacaktır.

- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsadabukonularına açıklığakavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici derste açıklanan konu ve metodolojiyi tartıştıktan sonra dersi sona erdirecektir.

Birleşik Krallık - Kamu Hayatının Yedi Temel İlkesi

1. Bireysel Düşünmeme (Bencil Olmama)- Kamu Yararını Gözetme

Kamu çalışanları sadece kamu yararını gözeterek hareket etmelidir.

2. Doğruluk

Kamu çalışanlarının resmi görevlerini yerine getirirken performanslarını etkileyebilecek kurum dışı örgütler veya kişiler için mali veya başka zorunluluklar/yükümlülükler altına girmemeleri gerekmektedir. Kendileri, aileleri veya arkadaşları için mali veya diğer maddi menfaat sağlayacak şekilde hareket etmemeli veya bu yönde kararlar almamalıdır.

3. Nesnellik

Kamu çalışanları, karar alırken veya hareket ederken en iyi delilleri herhangi bir ayrımcılık yapmadan veya taraf tutmadan kullanarak tarafsız, adil olmalı ve liyakati esas almalıdır.

4. Hesap Verebilirlik:

Kamu çalışanları, kamuya ilişkin karar ve hareketlerinden dolayı hesap verme ve gerekli araştırma birimlerine yardımcı olma hak ve yükümlülüğüne haizdir

5. Açıklık:

Kamu çalışanları aldıkları kararlar ve yaptıkları faaliyetler hakkında mümkün olduğunca açık olmalı, kararlarının nedenlerini açıklamalı, ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda bilgiyi gizlemelidirler.

6. Dürüstlük: Söz konusu ilke, kamu çalışanları dürüst olmalıdır.

7. Liderlik

Kamu çalışanları bu ilkeleri kendi davranışlarında da sergilemelidir. Söz konusu ilkeleri aktif bir şekilde tanıtmalı ve güçlü bir şekilde desteklemelidir. Aykırı davranışların ortaya çıktığı durumlarda bu davranışlara karşı çıkma konusunda istekli olmalıdır.

Ders Planı - Yolsuzlukla İlgili Uluslararası Sözleşme ve Anlaşmalar

Amaçlar

Yolsuzlukla ilgili başlıca uluslararası sözleşmelerin hükümleri ile izleme uygunluğunun sağlanmasına ilişkin hazırlıklar ve Uluslararası Şeffaflık Örgütünün çalışmalarını açıklamak

Hedefler

Bu ders sonu itibariyle öğrenciler aşağıdaki konuları öğrenmiş ve anlamış olacaklardır:

- Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin temel hükümleri, yapısı ve uygulaması
- Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütünün Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi
- Avrupa Konseyinin Yolsuzlukla İlgili Sözleşmeleri
- GRECO tarafından yapılan izleme çalışması ve raporlar
- Uluslararası Şeffaflık Örgütünün çalışmaları

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Flip Chart, tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Referans materyaller - Dağıtılacak materyal

- BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi
- OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi
- Avrupa Konseyi Yolsuzlukla İlgili Ceza Hukuku Sözleşmesi
- GRECO 2005 yılı Türkiye Değerlendirme Raporu
- GRECO 2008 yılı Türkiye Değerlendirme Raporu
- GRECO 2008 yılı Ek Türkiye Değerlendirme Raporu
- Uluslararası Şeffaflık Örgütünün Rüşvetle Mücadele Kontrol Listesi

Giriş:

- Eğitici, oturumu ve modül ile modülü teşkil eden bölümlerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici, Sözleşmelerin amaçları ve yapısı, Sözleşme hükümleri ve izleme süreçleri konularını ele almalıdır. Eğitici ayrıca sözleşmelerin metodolojisi ve başarısı hakkında katılımcıların görüşlerini alacak, Türk mevzuatı ve Türkiye hakkındaki izleme raporları üzerinde durarak, ilgili sözleşme hükümlerinin Türk mevzuatındaki uygulamalarına ilişkin bazı örneklerle değinecektir. Eğitici Uluslararası Şeffaf Örgütü ve katılımcıların bu örgüt hakkındaki bilgisi ve örgütün etki alanı hakkında tartışma başlatacaktır.
- Eğitici öğrencilerden aldığı tüm cevapları sırasıyla flip chart veya tahtaya yazacaktır, bunlar ders konularının anlatımında eğitime yardımcı olacaktır. Ayrıca eğitimin katılımcıların daha önceden bu derste anlatılan yolsuzluk

- türlerine ilişkin davalara bakıp bakmadığını anlamasını sağlayacaktır.
- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konularına açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici derste açıklanan konu ve metodolojiyi tartıştıktan sonra dersi sona erdirecektir.

Ders Planı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Amaçlar:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işleyişini genel hatlarıyla açıklamak

Hedefler.

Bu ders sonu itibariyle öğrenciler aşağıdaki konuları öğrenmiş ve anlamış olacaklardır:

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) tarihi
- AİHS'in yapısı ve sözleşmenin koruduğu haklar
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kuruluşu ve temel izleme faaliyeti

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Flip Chart, tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak Materyal

- Kısa AİHS
- Kısaca AİHM
- Olaylar ve rakamlar
- Dava süreci
- Türkiye'yle ilgili bazı AİHM davalarının özeti
- 50 Soru
- Sorular ve cevaplar

Giriş:

- Eğitici, oturumu ve modül ile modülü teşkil eden bölümlerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici Sözleşme tarihi ile amaçları ve yapısını, Sözleşme hükümleri ve izleme süreçlerini ele almalıdır. Eğitici sözleşmenin metodolojisi ve başarısı hakkında katılımcıların görüşlerini alarak, Sözleşmenin Türk mevzuatındaki uygulaması üzerinde duracaktır ve sözleşme hükümlerinin Türk mevzuatındaki uygulamalarına dair bazı örnekler verilecektir. Eğitici video 15'i göstererek Mahkemenin rolü ve işleyişi hakkında bilgi vermelidir. Dağıtılacak materyallerden biri de AİHM'deki Türkiye davaları ve kararları olacaktır. Eğitici hangi davaların yorumlanması ve tartışılması gerektiğine karar vermelidir.
- Eğitici öğrencilerden aldığı tüm cevapları sırasıyla flip chart veya tahtaya yazacaktır, bunlar ders konularının anlatımında eğitime yardımcı olacaktır. Ayrıca eğitimin katılımcıların daha önceden bu derste anlatılan yolsuzluk türlerine ilişkin davalara bakıp bakmadığını anlamasını sağlayacaktır.
- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsada bu konuların açıklığı kavuşturulmasına

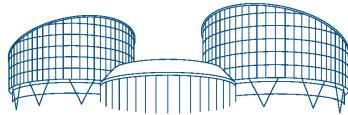
dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici derste açıklanan konu ve metodolojiyi tartıştıktan sonra dersi sona erdirecektir.

Avrupa
İnsan Hakları
Mahkemesi

50 SORUDA AİHM



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

50 Soruda AiHM

Bu kitapçık, Mahkeme Halkla İlişkiler Birimi tarafından hazırlanmış olup, AİHM'yi bağlayıcı bir hükmü yoktur. Bu kitapçık ile, Mahkeme'nin işleyişı ile ilgili genel bilgileri aktarmayı amaçlamaktadır.

Daha fazla bilgi için, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından hazırlanmış olan, **www.echr.coe.int** internet sitesinde yer alan bilgilere başvurunuz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1 Sözleşme ne zaman kabul edilmiştir?

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, daha yaygın bilinen adıyla, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzaya açılıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile ortaya çıkan bazı temel hak ve özgürlükleri somutlaştırırken, yükümlülüklerini yerine getirmeyen ülkeleri mahkûm edebilecek uluslararası bir Mahkeme yaratmıştır.

2 Sözleşme'ye ek protokol ne demektir?

İlk Sözleşme metninin bazı maddelerine değişiklikler getiren ya da buna yeni haklar ekleyen metinlere Sözleşme'ye ek protokol adı verilir.

Sözleşme'ye yeni haklar getiren ek protokoller, sadece bu protokolleri imzalayan ve onaylayan devletlere karşı ileri sürülebilir; imzalandıktan sonra onaylanmayan protokoller devletleri bağlamaya yetmez.

Bugüne kadar, 14 adet ek protokol kabul edilmiştir.

3 Sözleşme tarafından öngörülmüş olan haklar nelerdir?

Sözleşme'yi onaylayan ülkeler -ki aynı zamanda "Sözleşme'ye Taraf Devletler"

olarak da adlandırılırlar-; temel, medeni ve siyasi hakları sadece kendi vatandaşları bakımından değil, aynı zamanda mahkemelerinin yargı yetkisi altında olan her kişi bakımından tanırırlar ve güvence altına alırlar.

Sözleşme özellikle yaşam, adil yargılanma, özel hayata ve aile hayatına saygı haklarını, ifade özgürlüğünü, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü ve malvarlığına saygı hakkını güvence altına alır.

Sözleşme özellikle işkenceyi, insan onurunu zedeleyen cezaları, kölelik ve zorla çalıştırmayı, keyfi ve yasa dışı tutulmaları, Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerden istifade etmede ayrımcılığı yasaklar.

4 Sözleşme zaman içinde değişime uğrar mı?

Evet. Sözleşme, özellikle maddelerinin İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlanması sayesinde değişime uğrar. Mahkeme, içtihatlarıyla Sözleşme'yi yaşayan bir araç haline getirir; böylece Mahkeme, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakları genişletip onların Sözleşme kabul edildiğinde öngörülemeyecek olaylara uygulanmasını sağlar.

Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren, ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına dair ek 13 numaralı Protokol'de ya da Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren ayrımcılığın sonlandırılmasına dair ek 12 numaralı Protokol'de olduğu gibi, Sözleşme, aynı zamanda kendisine protokoller tarafından eklenen yeni haklarla da değişime uğrar.

Sıkça Sorulan Sorular

5 *Ulusal mahkemeler Sözleşmeyi uygulamak zorunda mıdır?*

Sözleşme, ulusal seviyede uygulanabilme özelliğine sahiptir. Sözleşme, öngördüğü haklara saygı duymak zorunda olan Sözleşme'ye Taraf Devletlerin ulusal hukuki mevzuatına aktarılmıştır. Bu yüzden ulusal mahkemeler Sözleşme'yi uygulamak zorundadır. Aksi takdirde, eğer bir birey, haklarının korunmamasından şikâyet ederse, devletler, Mahkeme tarafından mahkûm edilme durumuyla karşılaşabilir.

olup bağımsızlık ve tarafsızlık ödevleriyle bağdaşmayan hiçbir görev üstlenemezler.

9 *Yargıç, adına seçilmiş olduğu ülkeyi ilgilendiren bir davaya katılabilir mi?*

“Ulusal yargıçlar” tek yargıç düzeninde görev alamazlar. İstisnai durumlarda, yargıçlar bir komiteye katılma yönünde davet alabilirler. Buna karşılık ulusal yargıçlar, 7 yargıçtan oluşan Daire'de veya 17 yargıçtan oluşan Büyük Daire'de görülen bir davaya her zaman katılırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

6 *Mahkemenin oluşumu nasıldır?*

Mahkeme, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşur (hâlihazırda 47 yargıç).

7 *Mahkemenin yargıçları nasıl seçilir?*

Yargıçlar, her Taraf Devletin sunacağı üç kişilik aday listesinden Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilir. Yargıçlar dokuz yıllık bir süre için seçilirler. Tekrar seçilmeleri mümkün değildir.

8 *Yargıçlar gerçekten bağımsız mıdır?*

Her ne kadar bir devlet adına seçilmiş olsalar da yargıçlar, o devleti temsil etmezler ve mahkemeye kendi adlarına katılırlar. Yargıçlar tamamen bağımsız

10 *Yazı İşleri Müdürlüğü nedir?*

Mahkeme'ye, yargısal görevlerini yerine getirirken, idari ve hukuki konularda destekte bulunan birime Yazı İşleri Müdürlüğü adı verilir. Bu birim hukukçulardan, çevirmenlerden, idari ve teknik personelden oluşur.

11 *Mahkeme'nin bütçesi ne kadardır?*

Mahkeme'nin giderleri, Avrupa Konseyi tarafından karşılanır. Mahkeme'nin bütçesi, üye ülkelerin nüfuslarının ve gayri safi milli hâsıllarının hesaba katılmasıyla hazırlanan baremlere göre belirlenen katılım paylarıyla finanse edilen Avrupa Konseyi bütçesinin bir bölümünü oluşturur.

Mahkeme'nin bütçesi yargıçların ve memurların maaşları ile işletme masraflarını (bilgi, resmi geziler, mütercim-tercümanlık, yayın, temsil masrafları, hukuki yardım, soruşturma hizmetlerini vs) karşılar.

Sıkça Sorulan Sorular

12 *Mahkeme'nin oluşumu bir davadan diğerine değişiklik gösterebilir mi?*

Evet, Mahkeme temel olarak dört farklı düzende çalışabilir.

Açıkça kabul edilemez başvurular tek yargıç düzeninde değerlendirilir. 3 yargıçtan oluşan komite oybirliğiyle davayı kabul edilebilir bulup aynı zamanda Mahkeme'nin yerleşik içtihadının konusunu oluşturan bu davanın esasına ilişkin karar verebilir.

Bir başvuru, birçok kez hem kabul edilebilirlik, hem de esas hakkında, oy çokluğu ile karar alan ve 7 yargıçtan oluşan bir Daire'ye de yönlendirilebilir.

İstisnai durumlarda, 17 yargıçtan oluşan Büyük Daire, davanın Büyük Daire'ye gönderilme talebinin kabulünde ya da kendi lehine bir Dairenin dosyadan el çekmesi sonrasında önüne gelen davaları inceler.

13 *Bölüm ile Daire arasındaki fark nedir?*

Bölüm idari bir birimdir ve Daire, Mahkeme'nin Bölüm içindeki yargısal bir düzenidir.

Mahkeme, bünyesinde Daireler bulunan beş Bölüm'den oluşur. Her Bölüm bir Başkan, bir Başkan Yardımcısı ve birçok yargıçtan oluşur.

14 *Daireler ve Büyük Daire nasıl oluşur?*

Bir Daire, davayı üstlenen Bölümün başkanından, aleyhine başvuru yapılan devletin ulusal hâkiminden ve Bölüm

başkanı tarafından rotasyona göre seçilen 5 yargıçtan oluşur.

Büyük Daire, Mahkeme Başkanı'ndan, başkan yardımcılarında, Bölüm başkanlarından oluştuğu gibi aynı zamanda ulusal hâkimi ve kura ile seçilen hâkimi de içinde barındırır.

Büyük Daire'ye gönderilme talebi nedeniyle bir dava Büyük Daire'ye gönderildiğinde, itiraz edilen kararı veren Daire yargıçları Büyük Daire'nin oluşumunda yer alamaz.

15 *Büyük Daire ne zaman bir davaya bakar?*

Büyük Daire iki farklı şekilde bir davaya bakar: Büyük Daire'ye yollanma istemi sonucunda ya da Büyük Daire lehine dosyadan çekilme halinde.

Bir Daire karar verdiğinde, istisnai durumlarda kabul olunmak şartıyla, taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini isteyebilirler. Davanın, yeni bir inceleme için Büyük Daire'nin önüne yollanıp yollanmamasına Büyük Daire bünyesinde oluşan bir kurul karar verir.

Yine istisnai durumlarda olmak üzere, bir Daire'nin dosyadan el çekmesi sonrasında Büyük Daire davaya bakabilir.

Eğer Daire önünde görülmekte olan davada, Sözleşmenin yorumuna ilişkin ciddi bir sorun söz konusu ise ya da Mahkeme tarafından daha önceden verilmiş bir karar ile çelişki riski varsa, Daire, Büyük Daire lehine davadan el çekebilir.

Sıkça Sorulan Sorular

16 *Yargıç bir davada bulunmayı reddedebilir mi?*

Evet. Hatta bir yargıç, herhangi bir şekilde bir dava hakkında, önceki karar aşamalarında bulunduğu gerekçesiyle dava heyetinde yer almaktan çekinmelidir. Bu duruma davadan çekilme adı verilir. Davadan çekilen yargıcın yeri, yargılama süresi boyunca, ya başka bir hâkimle ya da çekilenin ulusal bir yargıç olması durumunda *ad hoc* yargıçla doldurulur.

17 *Ad hoc yargıç nedir?*

Ad hoc yargıç, ilgili hükümet tarafından, ulusal yargıcın dava heyetine katılımının mümkün olmadığı, davadan çekildiği ya da dava heyetine katılmaktan muaf olduğu durumlarda atanan yargıçtır.

18 *Mahkemenin yetki alanı nedir?*

Mahkeme resen hareket edemez. Mahkeme, bireysel ya da devletlerarası başvurular yoluyla, Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair iddiaları incelemeye yetkilidir.

Mahkeme önünde yargılama usulü

19 *Mahkeme'ye kimler başvurabilir?*

Sözleşme iki tip başvuru arasında ayrım yapar: haklarının ihlal edildiğini öne süren, gerçek ve tüzel kişiler, kişi grupları ya da hükümet dışı örgütler tarafından yapılabilen bireysel başvurular ve bir

devletin bir başka devlete karşı yaptığı devletlerarası başvurular.

Mahkeme'nin kuruluşundan beri başvuruların büyük çoğunluğu, Sözleşme'nin ihlal edildiğini iddia eden ve Mahkeme'ye doğrudan başvuran bireyler tarafından yapılmıştır.

20 *Başvurular kimlere karşı yapılabilir?*

Başvurular, Sözleşme'yi onaylamış olan bir ya da birden çok devletin aleyhine yapılabilir. Sözleşme'yi onaylamamış bir devlete ya da bir bireye karşı yapılan bütün başvurular kabul edilemez bulunur.

21 *Mahkemeye nasıl başvurulabilir?*

Bir kişi Mahkeme'ye doğrudan başvurabilir, yargılamanın en başında avukatla temsil zorunlu değildir. Mahkeme'ye başvurmak için, gerekli evrakla beraber başvuru formunu gerektiği gibi doldurup göndermek yeterli olacaktır. Fakat bir başvurunun Mahkeme tarafından kaydedilmiş olması, bu başvurunun kabul edilebilirliği ya da esası hakkında bir fikir vermez.

Sözleşme sistemi, bireylere, üye ülkelerin ücra köşesinde bulunsalar veya maddi imkânları yetersiz olsa bile, Mahkeme'ye "kolay" bir erişim imkânı sağlar.

Bu bakış açısıyla, Mahkeme önündeki yargılama ücretsizdir.

Sıkça Sorulan Sorular

22 *Bireysel başvuru ile devletlerarası başvuru arasındaki fark nedir?*

Mahkeme'ye gelen başvuruların birçoğu gerçek kişilerden gelen bireysel başvurulardan oluşmaktadır. Bir devlet, başka bir Sözleşme'ye Taraf Devlete karşı başvuruda bulunabilir. Buna devletlerarası başvuru denir.

23 *Mahkeme önünde bir avukat tarafından temsil edilmek gerekli midir?*

Yargılamanın en başında bir avukat tarafından temsil edilmek zorunlu değildir; herkes Mahkeme'ye doğrudan başvurabilir. Fakat başvuru, savunma yapan hükümete görüşlerini sunması için bildirildiğinde, bir avukatın desteği mutlaka gereklidir.

Yargılamanın bu aşamasından itibaren, eğer gerekliyse, başvuruçulara adli yardım sağlanabilir.

24 *Mahkeme önünde başvuruçuları kim temsil edebilir?*

Mahkeme önünde başvuruçuları temsil yetkisi olan avukatları belirten herhangi bir liste yoktur. Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin birinde avukatlık yetkisini haiz veya davaya bakan Daire'nin Başkanı tarafından bunu yapmasına izin verilen her kişi başvuruçuları temsil edebilir.

25 *Mahkeme önündeki yargılamanın farklı aşamaları nelerdir?*

Mahkeme önüne getirilen davaların değerlendirilmesinde iki ana aşama

vardır: kabul edilebilirlik ve esas, ya da başka bir ifadeyle şikâyetlerin incelenmesi aşamaları. Başvuruyu, çeşitli safhalar takip eder.

Tek yargıç düzeni, baştan kabul edilemezliği belli olduğu durumlarda, başvuruyu kabul edilemez ilan eder. Bu kararlara itiraz edilemez.

Komite düzeni, Mahkeme'nin yerleşik içtihadına konu olan bir dava için bir kabul edilebilirlik kararı ya da esas hakkında karar verebilir.

Daire, başvuruyu davalı hükümete görüşlerini sunması için bildirir. Bu görüşler diğer tarafa iletilir ve karşı görüşleri alınır. Mahkeme, değerlendirilen davaların sayısına bakıldığında istisnai kalmakla beraber, davada duruşma olup olmayacağına karar verir. Sonra, Daire, 3 ay içinde kesinleşecek olan kararını verecektir. Bu 3 aylık süre içinde hükümet veya başvuruçuları verilmiş olan kararın, yeni bir değerlendirme için davanın Büyük Daire'nin önüne getirilmesini talep edebilir.

Bu talep, Büyük Daire bünyesinde kurulan kurul tarafından kabul edilirse, dava yeniden değerlendirilir ve gerekirse bir duruşma yapılabilir. Büyük Daire'nin kararı kesindir.

26 *Kabul edilebilirlik şartları nelerdir?*

Başvurular, kabul edilebilir olmaları için bazı şartları yerine getirmek zorundadırlar, aksi takdirde, Mahkeme, şikâyetleri incelemeyen bu başvuruları kabul edilemez bulacaktır. Mahkemeye, tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurabilir. Başka bir ifadeyle, hakkının ihlal edildiğini öne süren kişi, önce, ilgili ülkedeki başvurabileceği en yüksek derecedeki yargı organına kadar

Sıkça Sorulan Sorular

davasının görülmesini sağlamalıdır. Böylece, devlete iddia edilen hak ihlalini ulusal düzeyde telafi edebilme imkânı verilmiş olacaktır.

Başvurucu, Sözleşme’de güvence altına alınan bir ya da birden çok hakkı ileri sürmelidir. Mahkeme, bunun dışındaki hakların ihlali iddiasını inceleyemez.

Mahkemeye, bu davaya ilişkin verilmiş olan son karardan itibaren, ki bu genellikle yetkili en yüksek derecedeki ulusal mahkemenin kararıdır, 6 ay içinde başvurulmalıdır. Başvurucu, Sözleşme’nin ihlalinin şahsen ve doğrudan mağduru olmalıdır ve önemli bir zarara uğramış olmalıdır.

Sadece Sözleşme’ye taraf olan bir devlete ya da devletlere karşı başvuru yapılabilir; başka herhangi bir devlete ya da bir kişiye karşı başvuru yapılamayacağı da açıktır.

27 **Hükümet dışı kuruluşlar veya bir devlet yargılamaya katılabilirler mi?**

Evet, her ikisi de başvuru yapabilir. Bunun dışında, bu kurumların üçüncü taraf sıfatıyla Mahkeme Başkanı’nın onayı ile davaya katılmalarına izin verilebilir.

28 **Yargılamaya üçüncü taraf sıfatıyla katılma nedir?**

Mahkeme Başkanı, başvuru dışında davada taraf olmayan herhangi bir kişiyi ya da davalı devlet dışında Sözleşme’ye taraf olan herhangi bir devleti, davayla ilgili yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir. Bu duruma üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılma denir.

29 **Mahkeme, bilirkişi atayıp şahitleri dinleyebilir mi?**

Evet. İstisnai durumlarda, Mahkeme, davanın konusu olan olayları açıklığa kavuşturmak için, ilgili ülkelerde soruşturma görevleri yürütebilir. Bu durumda, Mahkeme’nin temsilcileri, olayı aydınlatmak için sözü geçen ülkedeki şahitleri dinleyip, olay yerinde inceleme yapabilirler.

Tutuklu başvuru sahiplerinin sağlık durumlarını kontrol etmek için atanan uzman doktorlarda olduğu gibi, Mahkeme bazen bilirkişiler de atayabilir.

30 **Mahkeme kamuya açık duruşma düzenleyebilir mi?**

Mahkeme önündeki usul yazılıdır ancak bazı davalar hakkında, Mahkeme duruşma yapmaya karar verebilir.

Duruşmalar Strazburg’da bulunan İnsan Hakları Mahkemesi binasında görülür. Duruşmayı kapalı oturumda yapma kararı duruma göre ilgili Daire Başkanı ya da Büyük Daire Başkanı tarafından alınmadıkça, duruşmalar kamuya açıktır. Basın ve halk, kamuya açık duruşmalara katılabilir: Bu duruşmalara katılmaları için kimlik ya da basın kartlarını girişte göstermeleri yeterli olacaktır.

Bütün duruşmalar filme alınmaktadır ve aynı gün içinde yerel saatle 14.30’dan itibaren Mahkeme’nin internet sitesi üzerinden yayınlanmaktadır.

31 **İlk itirazlar nelerdir?**

İlk itirazlar, davalı devletin, davanın esasının incelenmesini engelleyeceğini düşündüğü iddialardır.

Sıkça Sorulan Sorular

32 Dostane çözüm nedir?

Dostane çözüm tarafların başvurunun görülmesine son vermek yönündeki anlaşmasıdır. Başvurucu ve ilgili devlet, birbirlerini karşı karşıya getiren uyuşmazlığı sona erdirmek için anlaşabilirler ve bu uzlaşma genellikle başvurucuya bir miktar para ödenmesi tarzında şekillenmektedir. Mahkeme, dostane çözümün gerçekleşme şartlarını inceledikten sonra, eğer insan haklarına saygının başvurunun incelenmesinin devamını gerektirdiğini düşünmezse, davayı kayıttan düşürür.

Mahkeme, tarafları her zaman dostane çözüm bulmaya teşvik eder. Eğer bir uzlaşma bulunamazsa, Mahkeme davayı esastan incelemeye başlar.

33 Mahkeme geçici önlemler alabilir mi?

Bir başvuru yapıldığında Mahkeme, davanın esası hakkındaki kararı verene kadar, ilgili devletten geçici önlemler almasını isteyebilir. Çoğu zaman, Mahkeme devletlerden bir işlemin yapılmasından kaçınılmasını ister. Genel olarak bunlar, ölüm yahut işkence tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu ileri süren bir kişinin, kendi ülkesine geri gönderilmemesi yönündeki önlemlerdir.

34 Müzakereler kamuya açık mıdır?

Hayır, Mahkeme'nin müzakereleri her zaman kamuya kapalı olarak yapılmaktadır.

35 Bir devletin Mahkeme'yle işbirliği yapmayı reddetmesi söz konusu olabilir mi?

Bazen devletlerin Mahkeme'yle işbirliği yapmaktan kaçındıkları, hatta Mahkeme'nin bir başvuruyu inceleyebilmesi için gerekli olan belge ve bilgileri paylaşmadıkları durumlar olmuştur.

Bu durumda, Mahkeme bu devletleri Sözleşme'nin 38. Maddesi'ni (davanın incelenmesi için gerekli tüm kolaylıkların sağlanması yükümlülüğü) ihlal ettikleri gerekçesiyle mahkûm edebilir.

36 Mahkeme önündeki yargılama ne kadar sürer?

Mahkeme önündeki yargılamanın ne kadar süreceğini önceden söylemek mümkün değildir. Mahkeme, başvuruları sunulmalarından itibaren üç yıl içinde bitirmek için çaba sarf etmektedir. Ancak bazı başvuruların incelenmesi bu süreden daha fazla bir süre alabilir, bazıları ise daha hızlı sonuçlandırılabilir.

Mahkeme önündeki yargılamanın süresi başvurunun niteliği, onu inceleyecek mahkeme düzeni, tarafların gerekli bilgileri mahkemeye sunmasındaki özeni gibi ya da duruşma olması veya Büyük Daire incelemesine sunulması gibi birçok etkene göre değişecektir.

Mahkeme, özellikle başvuranın can güvenliğini tehdit eden yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığını iddia ettiği durumlarda olduğu gibi bazı başvuruları, acil bulabilir ve öncelikli olarak inceleyebilir.

Sıkça Sorulan Sorular

Mahkeme'nin kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin kararları

37 *Kabul edilebilirliğe ilişkin karar ile ve esasa ilişkin karar arasındaki fark nedir?*

Kabul edilebilirliğe ilişkin bir karar genel olarak Tek Yargıç, Komite ya da Daire düzeninde verilir. Bu karar başvurunun sadece kabul edilebilirliğine ilişkindir ve esas incelemesini içermez. Esasta bir Daire, hem kabul edilebilirliği ve hem de esas aynı anda inceler ve bu inceleme sonunda alınan kararlara esasa ilişkin karar adı verilir.

38 *İhlal kararları devletleri bağlar mı?*

İhlal kararları bağlayıcıdır ve mahkûm edilen devlet bu kararları uygulamak zorundadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kararların uygulanması ve özellikle başvuruculara uğradıkları zararlara karşılık öngörülen tazminatların ödenmesi sürecini izler.

39 *Kararları temyize götürmek mümkün müdür?*

Kabul edilemezlik kararları, Komiteler ve Büyük Daire tarafından alınan kararlar kesindir ve temyiz yolu yoktur. Ancak taraflar, bir Daire tarafından verilen esasa ilişkin bir kararın, verildikten sonraki 3 aylık süre içerisinde yeni bir incelenme için Büyük Daire önüne yollanmasını isteyebilirler.

Büyük Daire'ye gönderme talebinin uygunluğu yargıçlardan oluşan bir kurulun alacağı kararla belirlenir.

40 *Mahkeme kararları nasıl yerine getirilir?*

Bir ihlal kararı verildiğinde, Mahkeme dosyayı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine gönderir. Bu kuruluş, ilgili ülkeyle ve kararların yerine getirilmesinden sorumlu bölüm ile birlikte, bu kararın nasıl uygulanacağı ve buna benzer yeni ihlallerin nasıl engelleneceği konusundaki önlemleri belirler. Bu, bazı genel önlemlerin alınması, özellikle yürürlükteki mevzuatın değiştirilmesiyle ve gerekirse bireysel önlemlerin alınmasıyla gerçekleştirilebilir.

41 *İhlal kararının sonuçları nelerdir?*

Hakkında ihlal kararı alınan devlet, benzer yeni Sözleşme ihlallerin meydana gelmemesini gözetmelidir. Aksi durumda, yeni ihlal kararlarıyla karşılaşabilir. Nitekim bazı durumlarda devletler, hukuki mevzuatlarını Sözleşme'ye uygun hale getirmek amacıyla değiştirmek durumundakırlar.

42 *Adil tazmin nedir?*

Mahkeme, bir devleti mahkûm ettiğinde başvuranın bir zarara uğradığını saptarsa, genelde bu kişiye adil tazmin verilmesine, yani uğradığı zararın tazmini için bir miktar para ödenmesine karar verebilir. Bakanlar Komitesi, Mahkeme tarafından kararlaştırılan bu miktarın somut olarak, başvurucuya ödenip ödenmediğini denetler.

Sıkça Sorulan Sorular

43 Pilot dava nedir?

Son birkaç yıldır Mahkeme, "sistemik sorunlar" adı verilen, ulusal mevzuatın Sözleşme'ye uyumsuzluğundan kaynaklanan birbirine benzer problemlerin yoğun başvuru akınına neden olmasından ötürü yeni bir usul geliştirdi.

Bu yeni usule göre, birbirine benzer olan başvuruların sadece bir ya da birkaç tanesi değerlendirmeye alınır, benzer diğer başvuruların incelenmesi ertelenir. Mahkeme, bir pilot davada kararını vererek, ilgili Hükümeti ulusal mevzuatını Sözleşme'ye uyumlu hale getirmeye davet eder ve alınması gereken genel önlemleri belirtir. Bundan sonra benzer diğer davalar incelenir.

44 Ayır görüş nedir?

Yargıçlar, oluşumunda yer aldıkları bir dava hakkında görüşlerini beyan edebilir ve bu görüşler ilgili esas hakkındaki kararın sonuna eklenir. Yargıçlar ya hangi sebeplerden ötürü çoğunlukla örtüşen bir karar verdiklerini açıklarlar, ki bu durumda uyumlu görüşten söz edilir. Bazen de yargıçlar neden çoğunluğun fikirlerini paylaşmadıklarını açıklarlar, ki buna da ayrık görüş denir.

Mahkeme'nin faaliyetleri

45 Mahkemenin önüne kaç başvuru getirilmiştir?

Mahkeme kendi başarısının mağduru olmuştur: Her sene 50 000 adet yeni başvuru Mahkeme'ye sunulmaktadır.

Verdiği bazı kararların düzenli olarak yarattığı yankılar ve Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin vatandaşları arasındaki yükselen üzü Mahkeme'ye ulaşan yıllık başvuruların sayısının artmasındaki en büyük etkenler olarak gösterilmektedir.

46 Başvurular çoğunlukla hangi haklara ilişkindir?

Mahkeme, kuruluşundan bu yana verilmiş ihlal kararlarının yarıya yakınında adil yargılanma ve yargılamanın uzunluğu ile ilgili olarak, Sözleşmenin 6. Maddesi'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Öte yandan, Mahkeme tarafından saptanan ihlallerin %58'si 6. madde (adil yargılanma hakkı) ve 1 numaralı ek Protokol'ün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) ihlallerini ilgilendirir. Nihayet, davaların %11'unda, Mahkeme yaşam hakkının, işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ciddi olarak ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Madde 2 ve 3).

47 Geçici önlemler gerçekten etkili midir?

Genelde devletler Mahkeme'nin geçici önlemlerindeki taleplerine uymaktadırlar. Ancak bazen devletlerin bu talepleri yerine getirmede de görülür. Bu devletler, 34. Madde'deki (bireysel başvurular) yükümlülüklerin yerine getirilmediği gerekçesiyle, Mahkeme tarafından mahkûm edilebilirler.

48 Mahkeme toplumu ilgilendiren konuları ele alır mı?

Elbette, Mahkeme, Sözleşme'nin imzalandığı 1950 tarihinde öngörülmesi mümkün olmayan konular hakkında karar

Sıkça Sorulan Sorular

verme durumunda kalmıştır. 50 yıldan daha uzun süredir, Mahkeme topluma ilgili birçok konu hakkında karar vermiştir: Kürtaj, intihara yardım, üst araması, ev içi kölelik, isimsiz olarak doğmuş çocukların neseplerini bilme hakkı, eşcinsellerin evlat edinebilmesi, eğitim ve öğretim kurumlarında İslami başörtüsü takılması, gazetecilik kaynaklarının korunması, Romanlara karşı ayrımcılık ve çevre ile ilgili sorunlar bunlara örnek olarak verilebilir.

isleyişini ilgilendiren bazı unsurlara dair değişikliği içeren ve diğer uluslararası antlaşmalara göre daha kolay değiştirilebilir bir statü hazırlanmasını tavsiye etmiştir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yönetme Komitesi günümüzde, bu konu hakkındaki çeşitli önerileri incelemektedir.

Mahkeme'nin geleceği

49 14 numaralı Protokol nedir?

Başvuruları eleme ve değerlendirme mekanizmalarını etkilileştirerek Mahkeme'nin uzun vadede etkinliğini güvence altına almayı hedefleyen 14 numaralı Protokol, en basit davalar için yeni yargılama düzenleri ve yeni bir kabul edilebilirlik kistası (önemli bir zararın varoluşu) öngörmüştür. Bu protokol yargıçların görev süresini tek dönemle sınırlı 9 yıla çıkarmıştır.

14 numaralı Protokol 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

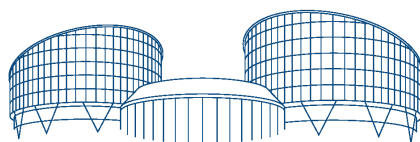
50 Reform tasarıları nelerdir?

14 numaralı Protokol'den bağımsız olarak, Sözleşme tarafından oluşturulan sistemin yenilenmesi gerekli görülmektedir. 2006'nın Kasım ayında, seçkin hukukçulardan oluşan Akil Adamlar Grubu, Bakanlar Komitesine raporunu sunmuştur. Grup, raporunda yeni bir hukuki eleme mekanizmasının kurulmasını ve Mahkeme'nin yapısal

Temmuz 2012

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Halkla İlişkiler
Council of Europe
67075 Strasbourg cedex
France

www.echr.coe.int



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

www.echr.coe.int

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Sorular ve Cevaplar



**EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**



**COUNCIL
OF EUROPE** **CONSEIL
DE L'EUROPE**

The background of the page is a dark blue field filled with a complex, overlapping geometric pattern. This pattern consists of various shades of blue, from deep navy to lighter, almost white, translucent areas. The shapes are primarily triangles and polygons of different sizes, creating a sense of depth and movement. The overall effect is reminiscent of a modern, abstract design or a digital texture.

Sorular ve Cevaplar

Bu soru ve cevaplar Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'nce hazırlanmıştır.

Bu belge Mahkeme'yi bağlayıcı olmayıp, Mahkeme'nin çalışma yöntemine ilişkin genel bilgiler içermektedir.

Daha geniş bilgi için, Yazı İşleri Müdürlüğü'nce hazırlanan belgelere (İnternet sitesinden ulaşılabilir: www.echr.coe.int) ve özellikle Mahkeme İçtüzüğüne başvurulabilir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ NEDİR?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Strazburg'da bulunan uluslararası bir yargı organıdır. Mahkeme, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'yi onaylamış olan Avrupa Konseyi'ne üye devlet sayısına eşit sayıda hâkimden oluşur. Bugün itibariyle bu sayı 47'dir¹. Hâkimler, hiçbir devleti temsil etmeyip, Mahkeme'de kendi adlarına görev yaparlar. Başvuruların incelenmesinde Mahkeme'ye, özellikle üye devletlerin her birinden gelen hukukçulardan oluşan Yazı İşleri Müdürlüğü yardım eder (Hukukçular, "referander" ya da "raportörler" olarak da adlandırılmaktadırlar). Hukukçular, geldikleri devletten tamamen bağımsız olup, ne devletleri ne de başvuruçuları temsil ederler.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ NEDİR?

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin imzasına açık uluslararası bir antlaşmadır. Sözleşme, bir taraftan Mahkeme'yi kurup onun çalışma yöntemini belirlerken, diğer yandan da, taraf devletlerin saygı gösterme konusunda yükümlülük altına girdikleri bir haklar ve garantiler listesine yer vermektedir.

¹ Bazı üye devletler Sözleşme'ye ek Protokollerin tamamını onaylamış değildir. Bu Protokoller, Sözleşme'de güvence altına alınan haklara ek yeni haklar öngören metinlerdir. Bu konuda Mahkeme'nin İnternet sitesinde geniş bilgi bulabilirsiniz.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ NE İŞ YAPAR?

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygular. İşlevi Sözleşme'de öngörülen hak ve garantilere devletlerin saygı gösterip göstermediğini denetlemektir. Bu işlevi gerçekleştirebilmesi için, bireyler ya da bazen devletler tarafından yapılan somut bir şikâyetle ("başvuru" adı verilir) Mahkeme'ye başvurulmuş olması gerekir. Mahkeme, söz konusu hak ya da garantilerden biri ya da birkaçının bir devlet tarafından ihlal edildiğini tespit ederse, bir "karar" verir ve bu karar bağlayıcıdır: ilgili devlet söz konusu kararı uygulamak zorundadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE NE ZAMAN BAŞVURABİLİRİM?

Sözleşme veya ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve garantilerden herhangi birinin ihlalinin doğrudan ve kişisel olarak mağduru olduğunuzu düşünüyorsanız, Mahkemeye başvuruda bulunabilirsiniz. Ancak, söz konusu ihlal Sözleşme ile bağlı devletlerden biri tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır.

Sözleşme ve Ek Protokollerde Öngörülen Haklar Nelerdir?

Bu haklar özellikle:

- ➞ Yaşama hakkı;
- ➞ Özel hukuk ve ceza hukuku alanlarında adil yargılanma hakkı;
- ➞ Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı;
- ➞ İfade Özgürlüğü;

- ☞ Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü;
- ☞ Etkili başvuru hakkı;
- ☞ Mal varlığına saygı hakkı;
- ☞ Oy verme ve seçimlere katılma hakkı.

Sözleşme ve Ek Protokollerde Öngörülen Yasaklar Nelerdir?

Bu yasaklar özellikle:

- ☞ İşkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza ve muamelelerde bulunma yasağı;
- ☞ Yasadışı ve keyfi tutma yasağı;
- ☞ Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılık yasağı;
- ☞ Bireylerin uyruğu bulunduğu devletin ülkesine girmesinin engellenememesi ve devletin kendi vatandaşlarını sınır dışı etme yasağı;
- ☞ İdam cezasının yasaklanması;
- ☞ Yabancıların toplu halde sınır dışı edilme yasağıdır.

BİR BAŞVURU YAPMAK İSTİYORUM: KOŞULLARI NELERDİR?

Beni İlgilendiren Koşullar Nelerdir?

- ☞ Avrupa Konseyi’ne üye devletlerden herhangi birinin vatandaşı olmak zorunda değilsiniz. Şikâyet ettiğiniz ihlalin bu devletlerden

birinin yetki alanında gerçekleşmiş olması yeterlidir. Bu yetki alanı, kural olarak ilgili devletin topraklarına denk gelmektedir.

- ☞ Gerçek veya tüzel kişi olabilirsiniz (şirket, dernek, vb.).
- ☞ Şikâyet ettiğiniz ihlalin kişisel ve doğrudan mağduru olmalısınız. Haksız olduğunu düşündüğünüz bir kanun ya da işleminden dolayı, genel bir şekilde şikâyetinde bulunamazsınız. Kendiniz dışındaki kişiler adına da şikâyetinde bulunamazsınız (Ancak, açıkça kimliği belli olan bir kişinin yasal temsilcisi olarak başvuruda bulunabilirsiniz).

Ulusal Yargı Organları Önünde Tamamlanması Gereken Ön Koşullar Var mıdır?

- ☞ Evet. Şikâyet ettiğiniz soruna çözüm oluşturacak nitelikteki tüm başvuru yollarını, söz konusu devlette tüketmiş olmanız gerekmektedir (bu durum, çoğunlukla yetkili mahkeme önünde dava açmak, gerektiğinde ilk derece mahkemesi kararını temyiz etmek ve hatta eğer varsa Yüksek Mahkeme ya da Anayasa Mahkemesi gibi yüksek yargı organlarına başvuruda bulunmak şeklinde ortaya çıkmaktadır).
- ☞ Bu başvuru yollarını tüketmiş olmanız yeterli değildir; ayrıca, şikâyetlerinizi (şikâyet ettiğiniz Sözleşme'ye aykırılıklar veya Sözleşme ihlallerini) bu ulusal başvuru yolları çerçevesinde, somut bir şekilde ileri sürmüş olmanız da gerekmektedir.
- ☞ Başvurunuzu yapabilmeniz için, ulusal yargı organlarının vermiş olduğu kesin hükümden (genellikle, en üst yargı organı kararı) itibaren sadece altı aylık bir süreniz bulunmaktadır. Bu sürenin dolmasından sonra yapacağınız başvuruyu Mahkeme kabul edemez.

Kime Karşı Başvuruda Bulunabilirim?

- ☞ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal ettiğini düşündüğünüz ve Sözleşme ile bağlı olan (sizi doğrudan etkileyen bir eylem ya da

ihmalden sorumlu olan) bir ya da birden çok devlet aleyhine başvuruda bulunabilirsiniz.

- ☞ Şikâyet edilen işlem ya da eylemler, bu devlet ya da devletlerin kamu otoritelerince gerçekleştirilmiş olmalıdır (örneğin, bir mahkeme ya da bir kamu kurumu).
- ☞ Mahkeme, gerçek kişilere ya da ticarî şirketler gibi özel kuruluşlara karşı yapılan şikâyetlere bakmamaktadır.

Başvurum Hangi Konularla İlgili Olabilir?

- ☞ Başvurunuz, mutlaka Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen haklardan biriyle ilgili olmalıdır. Bu durum, çok çeşitli ihlal iddialarını kapsayabilmektedir. İşte birkaç örnek: tutuklu kişilere karşı yapılan işkence ve kötü muameleler, tutuklamanın kurallara uygunluğu, bir özel hukuk ya da ceza yargılamasının yürütülmesindeki aksaklıklar, Sözleşme'de öngörülen haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılması, anne-babanın hakları, özel hayat, aile hayatı ve haberleşme özgürlüğüne saygı, konut dokunulmazlığı, bir fikrin açıklanmasına veya bir haberin iletilmesi ya da elde edilmesine getirilen kısıtlamalar, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü, sınır dışı edilme ve suçluların iadesi, mallara el konulması ve kamulaştırma.
- ☞ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışındaki bir başka hukuksal metnin (örneğin, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi veya AB Temel Haklar Şartı) ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme önünde şikâyetle bulunamazsınız.

EĞER KENDİMİ SÖZLEŞME’NİN İHLALİ NEDENİYLE MAĞDUR HİSSEDİYORSAM, MAHKEMEYE NASIL BAŞVURUDA BULUNMALIYIM?

Mahkemeye göndereceğiniz ve şikayetinizin konusunu açıkça belirten bir mektup ile başvurabileceğiniz gibi (bu durumda, doldurup Mahkeme’ye ulaştırmanız için size bir başvuru formu gönderilecektir), doldurulmuş bir başvuru formu² göndererek de başvurunuzu yapabilirsiniz. Mektup ve/veya başvuru formu şu adrese gönderilmelidir:

**The Registrar
European Court of Human Rights
Council of Europe
F-67075 Strasbourg cedex**

- ➞ Mahkeme’nin resmi dillerinden (İngilizce ve Fransızca) birini kullanabileceğiniz gibi, Sözleşme’yi onaylamış olan devletlerden birinin resmi dilinde de yazabilirsiniz.
- ➞ Eğer şikâyetlerinizi Mahkeme’ye faks ile sunacak olursanız, aslını da posta ile göndermeniz gerekmektedir.
- ➞ Durumunuzu sözlü olarak ifade etmek için şahsen Strazburg’a gelmenize gerek yoktur. Böyle bir durumda, başvurunuz daha hızlı bir şekilde incelenmeyecek ve size hukuksal bir danışmanlık sunulmayacaktır.
- ➞ Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, sizden şikâyet(ler)inize ilişkin ek bilgi, belge ya da açıklama isteyebilir.
- ➞ Başvuru formu elinize ulaştığı andan itibaren, onu dikkatlice ve okunaklı bir şekilde doldurup, en kısa sürede Mahkeme’ye göndermeniz gerekmektedir.

2 Başvuru formunu Mahkeme’nin internet sitesinden elde edebilirsiniz.

- ☞ Başvuru formu ya da başvurunuz şunları içermelidir: :
- Olayların ve şikâyetlerinizin kısaca özeti;
 - İhlal edildiğini düşündüğünüz ve Sözleşme’de güvence altına alınan hakların belirtilmesi;
 - Daha önce başvurduğunuz hukuki yollar;
 - Başvurunuzla ilgisi bulunan ve ilgili bütün kamu kurumları tarafından verilmiş olan kararların birer örneği (bu belgeler size geri verilmeyecektir, dolayısıyla, belgelerin sadece birer fotokopisini gönderiniz); ve
 - Başvurucu olarak sizin imzanız veya temsilcinizin imzası.
- ☞ Eğer kimliğinizin gizli kalmasını istiyorsanız, bu talebinizi gerekçelendirerek, Mahkeme’ye derhal bildirmelisiniz. Mahkeme Başkanı, talebinizin yerinde olup olmadığını inceledikten sonra, bu konuda bir karar verecektir.
- ☞ Başvurunuzun bu aşamasında bir avukat tarafından temsil edilmek zorunda değilsiniz. Ancak yine de bir temsilci aracılığıyla Mahkeme’ye başvurmak istiyorsanız, onun lehine verilmiş bir yetki belgesini başvuruza eklemek zorundasınız.

Mahkeme Önündeki Yargılamanın Usule İlişkin Temel Özellikleri Nelerdir?

- ☞ Yargılama usulü ilke olarak yazılıdır. Mahkeme’nin başvurunuzla ilgili aldığı bütün kararlardan yazılı olarak haberdar edileceksiniz. Duruşma yapılması istisnaidir.
- ☞ Dosyanızın incelenmesi harçtan muaftır, dolayısıyla ücretsizdir.
- ☞ Her ne kadar başvurunuzun ilk aşamasında bir avukat tarafından temsil edilmek zorunda olmasanız da, başvurunuzun ilgili hükümete bildirilmesinden sonra bir avukata ihtiyaç duyacaksınız. Ancak, büyük çoğunlukla başvurular hükümete bildirilmeden önce kabul edilemez bulunmakta ve reddedilmektedir.

- ☞ Siz sadece kendi masraflarınızı (avukatlık ücreti, araştırma ve yazışma giderleri gibi) yüklenmek zorunda kalacaksınız.
- ☞ Başvurunuzu yaptıktan sonra adli yardım talebinde bulunabilirsiniz. Bu yardımın verilmesi otomatik olmayıp, hemen verilmemekte, fakat yargılamanın ileriki bir aşamasında tahsis edilebilmektedir.

Mahkeme Önünde Prosedür Nasıl İşlemektedir?

- ☞ Mahkeme, öncelikle başvurunuzun kabul edilir olup olmadığını incelemektedir. Bu şu anlama gelmektedir: başvurunuzun Sözleşme’de öngörülen bazı koşulları karşılaması gerekmektedir. Eğer bu koşullar yerine getirilmemişse başvurunuz reddedilecektir. Eğer birden çok şikâyet ileri sürmüş iseniz, Mahkeme bunlardan bir ya da birkaçını kabul edip, diğerlerini reddedebilir.
- ☞ Eğer başvurunuz veya şikâyetlerinizden biri Mahkemeye kabul edilemez bulunmuşsa, bu konudaki karar kesin olup, söz konusu karara karşı itiraz edilemez.
- ☞ Eğer başvurunuz veya şikâyetlerinizden biri kabul edilir bulunmuşsa, Mahkeme, tarafları (siz ve ilgili devlet) dostane çözüme varmaları konusunda teşvik etmektedir. Eğer dostane çözüme ulaşamamışsa, Mahkeme başvuruyu esastan incelemeğe başlayarak, Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.

Ne Kadar Zaman Beklemem gerekir?

- ☞ Mahkemenin hâlihazırdaki iş yükü dikkate alındığında, başvurunuzun Mahkeme tarafından ilk incelenmesinden önce bir yıllık bir süre geçmektedir. Bazı başvurular “acil” başvuru olarak değerlendirilip, öncelikli bir şekilde incelenebilir. Öncelikli inceleme, özellikle başvurucunun vücut bütünlüğünü tehdit eden yakın bir tehlikenin varlığı durumunda mümkün olabilmektedir.

NE ELDE ETMEYİ BEKLEYEBİLİRİM?

Mahkeme, eğer bir ihlal tespit ederse, size, bazı zararlarınızın telafisi amacıyla parasal bir karşılıktan ibaret olan “hakkaniyete uygun bir tatmine” karar verebilir. Ayrıca, haklarınızı aramak için yapmış olduğunuz masrafların ödemesini de ilgili devletten isteyebilir. Eğer ihlal bulunmadığına karar verilirse, sizden hiçbir ek masraf (özellikle savunan taraf olan devletin yapmış olduğu masraflar olmak üzere) talep edilmemektedir.

Not Edilmeli ki:

- ☞ Mahkeme, ulusal kararları ya da yasaları iptal etme yetkisine sahip değildir.
- ☞ Kendi verdiği kararların uygulanması da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisinde değildir. Bu kararların uygulanmasının sorumluluğu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne³ aittir. Bakanlar Komitesi kararların uygulanmasını denetleme ve muhtemel tazminatın başvurucuya ödenmesini gözetleme yükümlülüğü altındadır.

3 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi taraf Devletlerin Dışışleri Bakanları veya onların temsilcilerinden oluşur.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BENİM İÇİN NELERİ YAPAMAZ?

- ☞ Mahkeme, ulusal mahkemeler karşısında bir temyiz mercii gibi hareket etmemektedir. Ulusal mahkemeler önünde açtığınız davalarla ilgili yeniden bir yargılama da yapmamaktadır. Ulusal mahkeme kararlarını iptal etme, değiştirme veya düzelterek onama konusunda Mahkeme'nin herhangi bir yetkisi yoktur.
- ☞ Mahkeme, şikâyet ettiğiniz makamlar önünde sizin lehinize doğrudan bir müdahalede bulunmaz. Ancak, istisnai durumlarda geçici tedbirler alabilir. Mahkeme uygulamalarına göre, geçici bir tedbirin kararlaştırılması, sadece başvurunun fiziki zarara yol açar nitelikte ciddi bir riskle karşı karşıya bulunduğu durumlarda mümkündür.
- ☞ Mahkeme, size başvurunuzu kaleme almanız için avukat bulmanız ve/veya ücretini ödemeniz konusunda yardım edemez.
- ☞ Mahkeme, şikâyet ettiğiniz devlette yürürlükte olan yasal düzenlemeler konusunda da size bilgi veremez.

Sorular ve Cevaplar

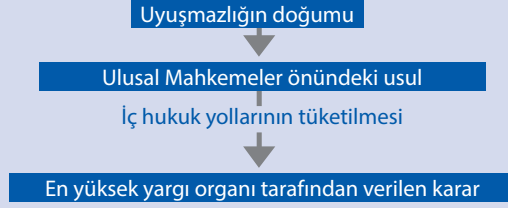
European Court of Human Rights
Council of Europe
F-67075 Strasbourg cedex

www.echr.coe.int

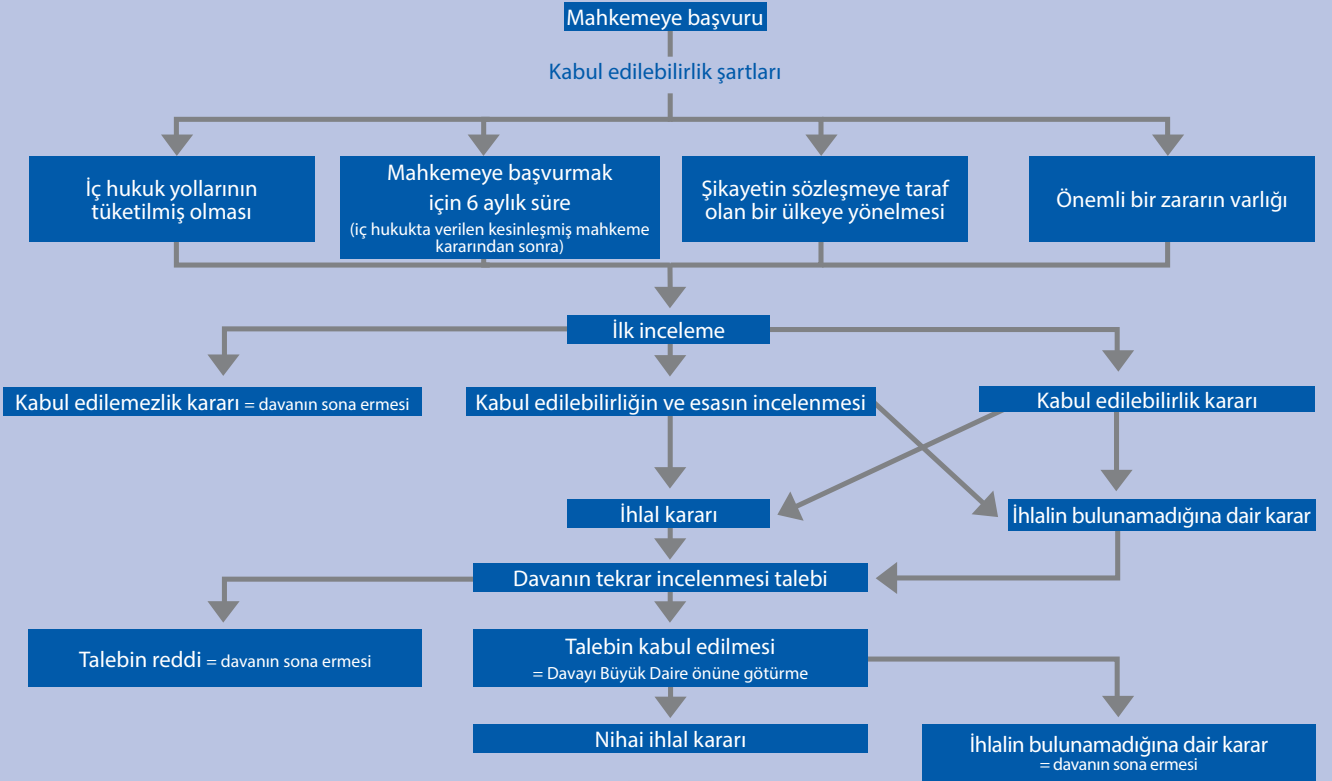


Bir başvurunun yol haritası

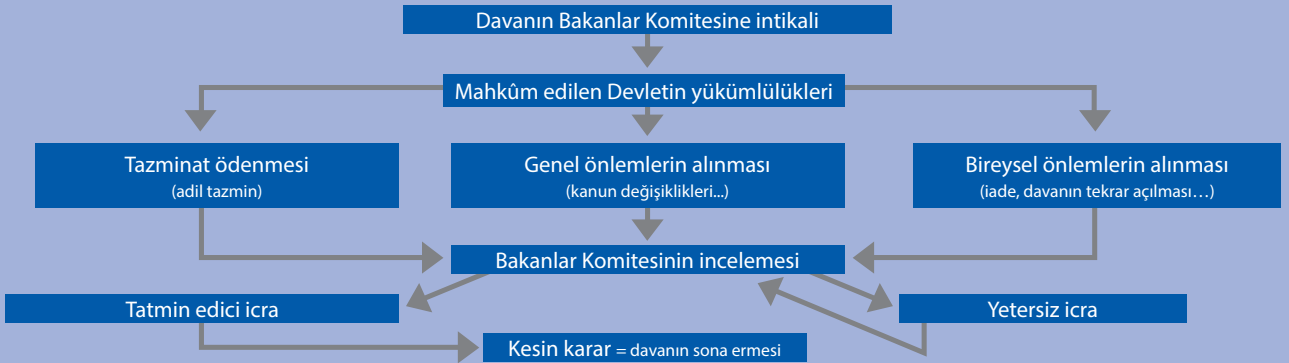
İç hukuktaki usul



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki usul



Kararların icrası



Ders Planı - Türk Mevzuatı ve Suçlar

Amaçlar:

Tüm katılımcıların yolsuzlukla mücadelede Türk Mevzuatını ve Mevzuatın Gelişimini Anlamak
Yolsuzlukla İlgili Olarak Türk Mevzuatındaki Suçları ve Ceza Muhakemesindeki Özellikli Halleri Anlatmak

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Yolsuzlukla ilgili Türk Mevzuatını ve temel suç tiplerini
- Muhakemenin özelliklerini, öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde, Mevzuat kitabı

Dağıtılacak materyal

- Türk Ceza Kanunu
- Mevzuat metinleri

Giriş :

- Eğitici, oturumu ve modül ile modülü teşkil eden bölümlerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici katılımcıların Türk Ceza Mevzuatını genel olarak anlaması için zaman harcamalı ve daha mevzuatı tartışmalıdır. Eğitçinin diyaloga dayalı her bir ders konusuyla ilgili tartışma yapılmasını teşvik edici ve eğitim ortamı yaratması çok önemlidir.

» Temel Kanun: Türk Ceza Kanunu

- » 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile özel sektörde rüşvet suçu kabul edilmiş; ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama kapsamı genişletilmiş; zamanaşımı süreleri ciddi oranda artırılmış, suçların tanımı, uluslararası normlara uygun hale getirilmiş; edimin ifasına fesat karıştırılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

• SUÇLAR

- İhaleye Fesat Karıştırma
- Edimin İfasına Fesat Karıştırma
- Zimmet
- Rüşvet
- İrtikap
- Dolandırıcılık
- Emniyeti Suliistimal

- Kara Para Aklama
 - Haksız Mal Edinme
 - Nüfuz Ticareti
 - 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile rüşvet, zimmet, ihaleye fesat karıştırma gibi yolsuzluk suçları yönünden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, teknik araçlarla izleme, taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma gibi önlem ve tespit amaçlı düzenlemeler yapılmıştır.
 - 19 Nisan 1990 - 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu
 - 1 Şubat 2000 - OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi 4518 sayılı Kanun
 - 2 Ocak 2003 - Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 4782 sayılı Kanun
 - 17 Nisan 2003 - Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Avrupa Konseyi Sözleşmesi 4852 sayılı Kanun
 - 14 Ocak 2004 - Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku Avrupa Konseyi Sözleşmesi 5065 sayılı Kanun
 - Uluslararası Ticari işlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi 4518 sayılı kanunla onaylandı.
 - Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 4800 sayılı kanun
 - Suçtan Kaynaklanan Gelirin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 5391 sayılı kanun
 - 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun (18.10.2010)
- » Eğitici daha sonra yolsuzlukla karşı karşıya kalındığında mevzuatın nasıl olaya uygulanması gerektiği konusu üzerinde duracaktır.
- » Eğitici öğrencilerden aldığı tüm cevapları sırasıyla flip chart veya tahtaya yazacaktır, bunlar ders konularının anlatımında eğiticiye yardımcı olacaktır. Ayrıca eğitçinin katılımcıların daha önceden bu derste anlatılan mevzuata bakıp bakmadığını anlamasını sağlayacaktır.
- » Eğitici belirsiz konu olmamasına varsadabukonularına açıklığakavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erdirecektir.

Tartışılacak sorular

- Katılımcılar çalışmalarında bu slaytlarda bahsedilen yasalar dışında yolsuzlukla ilgili başka yasalarla karşılaşmışlar mıdır?
- Yasaların bu kadar çok olması yolsuzlukla mücadelede zenginlik midir? Yoksa güçlük mü yaratmaktadır?

Ders Planı - Gözden Geçirme ve Vak'a Çalışması

Amaçlar:

Bu derse kadar işlenen konuların özetlenmesi,
Bir vaka çalışması ile katılımcıların soyut bilgileri somut olaya uygulamalarını sağlamak

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Genel olarak tekrarla bilgilerin pekiştirilmesi
- Katılımcıların mevzuatın tamamını uygulayarak somut olay hakkında uygulama becerilerini geliştirmek.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Vak'a Çalışması metni

Giriş ve Gestalt:

- Eğitici, öncelikle ilk dersten bu derse kadar işlenen konuları özetleyecektir.
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici katılımcıların olay çalışmasına aktif katılımını sağlamak için zaman harcamalı ve daha sonra vakayı tartışmalıdır. Gözden geçirme ve vaka çalışması dersinde eğitcinin diyaloga dayalı her bir ders konusuyla ilgili tartışma yapılmasını teşvik edici ve eğitim ortamı yaratması çok önemlidir.
- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsada bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

OLAY

Bir kamu kurumunda muhasebeci olarak görev yapan (F), bankaya olan kredi borcunu ödemek için kasada bulunan yüklü miktarda parayı daha sonra yerine koymak düşüncesiyle alır. Taksi beklediği sırada bir polis aracı hızla geçer ve (F)'nin üzerine çamur sıçratır. (F) aracın arkasından ağza alınmayacak sözler söyler. Sözleri duyan (P1) ve amiri (P2), (F)'nin yanına gelerek (F)'yi polis aracına bindirmeye çalışırlar. (F) ise, bu olayı kapatmak için (P1)'e bir miktar para verir. Durumu içine sindiremeyen (P2) ise, "(F)'nin bir terör örgütü üyesi olduğu, (P1) ile aralarında işbirliği bulunduğu" şeklinde bir tutanak hazırlar ve ihbar dilekçesi ekinde savcılığa gönderir. (P1)'in uzaktan akrabası olan savcı (S) ise, dilekçeyi işleme almaz ve yırtarak çöpe atar. Bankaya olan kredi borcunu ödeyen (F), çalıştığı kurumdaki aldığı parayı, genel giderler kaleminde defterlere işleyerek açığı kapatır. Bir müddet sonra yaptığından pişman olarak korkuya kapılan (F)'ye, arkadaşları (T) ve (K) bir süreliğine yurt dışına çıkması gerektiğini, belli bir ücret

karşılığında onu Almanya'ya götürebileceklerini söylerler. Bir gece (F)'yi yurda kaçak yollarla sokulmuş bazı yabancılarla birlikte gizlice bir gemiye bindirecekleri sırada, polisler tarafından yakalanırlar. (F)'den uzun süre boyunca haber alamayan (F)'nin annesi (B) emniyet müdürlüğüne giderek (F) hakkında bilgi alabilmek için dilekçe verir, ancak polis memuru (P3) dilekçeyi kabul etmez. Bu arada (F)'nin görev yaptığı kurumun bilgisayarlarının yenilenmesi için ihale açılır. İhaleye iştirak eden firmalardan birinin sahibi olan (M), ihale komisyonunda görevli olan (G)'nin şifresini kırarak girdiği e-posta adresinde, uygunsuz ilişkilerin yer aldığı bazı fotoğraflara rastlar. İhaleden bir gün önce bu fotoğrafların çıktısını alarak bir zarf içerisinde (G)'ye iletmek üzere postaya verir. Ancak zarf ihalenin bitiminde (G)'nin eline geçer. İhalenin başka bir firmaya verilmesine sinirlenen (M) fotoğrafların bir örneğini internet sitelerinde yayınlatır. (G) ise, bu olanların hesabını sormak üzere zorla (M)'nin evine girmek ister, ancak (M)'nin adamları (Y) ve (Z) tarafından evin bodrumuna kapatılır. Kronik kalp hastası olan (G) ilacını alamadığı için ölür.

Sorular

Fail ve mağdurlarını göstererek suçları (hukuka uygunluk sebebi bulunması dolayısıyla suç teşkil etmeyen fiilleri de belirterek) tespit ediniz.

Suçun özel görünüş şekillerini gösteriniz.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Yaygın Yolsuzluk Türleri ve İctihatlar

Amaçlar:

- Katılımcılarla birlikte yaygın yolsuzluk türlerinin tartışılması.
- Öğretim metodolojisi ve dersin hedeflerini açıklamak.
- Yolsuzluğun en yaygın şekillerini belirlemek ve bu yolsuzluk şekilleri ile ilgili ve Yargıtay kararlarını değerlendirmede katılımcıların anlamalarını sağlamak

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Yaygın yolsuzluk türlerini belirlemek
- Yaygın yolsuzluk türleri ile ilgili olarak Yargıtay'ın seçilmiş bazı örnek kararlarını öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Yargıtay İctihat Metinleri

Giriş:

- Eğitici, yaygın yolsuzluk türlerini tartışmaya açacaktır.
- Rüşvet, karapara aklama, dolandırıcılık, zimmet gibi suçların yaygınlığı ve bu suç tipleri ile ilgili Yargıtay'ın özellikle yeni içtihatları değerlendirilecektir.
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Bu derste eğitcinin açık olması ve tüm katılımcıların yaygın yolsuzluk türleri üzerinde tartışmayı kabul etmelerini sağlamalıdır.
- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsada bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici bir materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Soruşturmanın I. Safhası, Soruşturma Stratejisinin Belirlenmesi

Amaçlar:

- Tüm katılımcıların yolsuzlukla mücadele soruşturması aşamasında kullanacakları strateji konusunda tüm imkanlardan haberdar edilmesi
- Soruşturmanın amaç ve araçlarını açıklamak
- Soruşturma işlemlerini genel hatlarıyla anlatmak ve katılımcıların anlamalarını sağlamak

Hedefler

- Ders sonunda öğrenciler;
- Doğru bir soruşturma stratejisi oluşturmak
- Mevzuattaki tüm delil toplama imkanlarının kullanılmasını sağlamak
- Delillerin hukuka uygun şekilde toplanmasını sağlamak.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar.

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Yargıtay Kararı
- Etkili bir soruşturma stratejisi örneği

Giriş :

- Şüpheliler kimlerdir?
- Soruşturmanın kapsamının belirlenmesi
- Soruşturma aşamalarının planlanması ve tanımlanması
- Benzer olaylarda standart bir dosya formatı geliştirilmesi
 - * Ne tür destekleyici delil gerekmektedir
 - * Tanıklar kimlerdir
 - * Tanıklar hangi sırayla dinlenecektir
- Soruşturma için gerekli kaynakların belirlenmesi
- Soruşturmanın her aşaması için zaman çizelgesi hazırlanması
- Soruşturma için izin gerektiren veya resen soruşturulan suçlar – diğer suçlardan farklı mıdır?

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında yararlanabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Soruşturmanın Yürütülmesi

Amaçlar:

- Tüm katılımcıların soruşturmanın yürütülmesi konusunu anlamalarını sağlamak
- Soruşturma aşamasında gizliliğin sağlanmasını sağlamak.
- Hukuka uygun şekilde delillere ulaşma ve delil elde etme yöntemlerinin öğrenilmesini sağlamak

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Soruşturmanın gizliliğini ne şekilde ve nasıl koruyacaklarını.
- Hukuka uygun ve etkili şekilde nasıl delil toplanacağını
- İfade alma tekniklerini öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- İfade teknikleri ile örnekler
- Gizliliğin ihlaline ilişkin gazete haberleri

Giriş ve Gestalt:

- Eğitim aşamasında delillerin toplanması – toplanacak veri ve belgeler anlatılacak.
- Soruşturmanın gizliliği ve gizliliğin ne şekilde korunması gerektiği belirtilecek.
- Soruşturmaya tabi memurun kurumuna bildirim yapılması ve özellikle bu bildirimin zamanına değinilecek.
- Düzenleyici denetleyici organlara bilgi verilmesi hususu ele alınacak
- Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile savcılar arasında işbirliği ve eşgüdüm sağlanması
 - * Denetleyici kurumlardan sağlanacak ihtisas
 - * İhtisas ve teknik bilgi sağlayabilecek özel ve resmi kurumlar
- Örnek savcılık müzekkereleri & suç isnadı
- Şüphelinin ifadesi alınırken dikkat edilmesi gereken hususlar ele alınacaktır.

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erebilecektir.

Ders Planı - Soruşturmanın 3. Safhası, Soruşturma Teknikleri

Amaçlar:

- Katılımcıların soruşturma aşamasında hakim kararı gereken işlemlerle ilgili olarak bilgilendirilmesini sağlamak.
- Gizli soruşturma tedbirleri konusunda hukuki sürecin yönetilmesini sağlamak.
- Kimliğini açıklamak istemeyen tanıkların korunmasının sağlanması.
- Ders programlarını, soruşturmanın gizli koruma tedbirleri, yolsuzlukla ilgili gizli tanıkların korunması için yapılması gerekenler ve ihbarcıların beyanlarının değerlendirilmesi konularını anlamalarını sağlamak

Hedefler

- Ders sonunda öğrenciler;
- Hakim kararı gerektiren işlemlerin neler olduğunu.
- Gizli soruşturma tedbirlerini.
- Tanık koruma işlemlerini,
- İhbarcıların beyanlarının değerlendirilmesini öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Örnek hakim kararları
- Örnek ihbarlar
- Örnek Tanık Koruma Kararı

Giriş :

- Eğitici, oturumu ve ders konusunu önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici katılımcıların dersin hedeflerini anlaması için zaman harcamalı ve daha sonra ders programını tartışmalıdır. Derste eğitçinin diyaloga dayalı her bir ders konusuyla ilgili tartışma yapılmasını teşvik edici ve eğitim ortamı yaratması çok önemlidir.
 - » Ders aşamasında Hakim kararı gerektiren işlemler
 - » Özel soruşturma teknikleri (özel tedbirler: telefon dinleme, gizli operasyonlar, gizli kayıtlar, teknik takip vb.)
 - » Tanık koruma, İspiyoncu ve ihbarcılar
 - » Banka hesapları ve mali kaynaklar incelenecektir.

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici örnek kararları dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Soruşturmanın 4. Safhası, Yolsuzluğun Finans ve Varlıklar Bakımından İncelenmesi

Amaçlar:

- Eğitime katılanların haksız mal edinme konusunu anlamalarını sağlamak
- Yolsuzlukla elde edilen gelirlerin takibi konusunu açıklamak
- Yolsuzluktan elde edilen gelirlere el koyma ve kaçırılmasını önlemek için gerekli çalışmaların yapılmasını sağlayan hukuki düzenlemeleri anlatmak ve katılımcıların anlamalarını sağlamak

Hedefler

- Ders sonunda öğrenciler;
- Haksız mal edinmenin ne olduğunun belirlenmesi.
- Yolsuzluktan elde edilen varlıkların tespitini sağlamak
- Yolsuzluktan elde edilen gelirlerin müsadere ve el koyma işlemlerini öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Flip Chart, tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- 3628 Sayılı Kanun Metni
- Örnek Mal Bildirimi
- Örnek El koyma kararı

Giriş:

- Eğitici, oturumu ve derslerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
 - » Türk Ceza Hukukunda Haksız mal edinme
 - » Suçtan elde edilen varlıkların takibi veya aranması
 - » Arama ve varlıklara el koyma
 - » Varlık müsadere ve suçtan elde edilen malın 3. kişinin elinden alınması
 - » Banka hesapları ve mali kaynaklar ders kapsamında ayrıntılı şekilde ele alınacak. Örnek olaylarda karşılaşılan sorunlar birlikte değerlendirilecek. Özellikle haksız mal edinme konusunda farkındalık yaratılacaktır.

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici materyalleri dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erdirecektir.

Ders Planı - İddianame ve Isnat Edilen Suçlar

Amaçlar:

Dersin Amacı:

- CMK m.170 hükümlerini hatırlar ve sanığın isnadı öğrenme hakkı ile iddianamenin açık ve anlaşılır şekilde yazılması ile savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi arasındaki ilişkiyi kavrar.
- Uygulamadaki eksikliklerin (iddianamede olayların delillerle bağlantılandırılmaması (CMK m.170/4) ve bu hususun iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında da göz ardı edilmesi gibi uygulama hatalarının farkına varır ve bu eksikliklerin savunma hakkına olumsuz etkisini fark eder.
- İddianamedeki maddi vakaya ilişkin eksikliklerin ve hukuki niteleme hatalarının duruşmada CMK m.225, 226 gereğince yeniden ek savunma verilmesine neden olacağını ve bu durumun da yargılama süresini uzatacağını ve makul sürede yargılanma hakkını zedeleyeceğini ve iddianamenin yazım şeklinin önemini hatırlar.
- İddianamenin yabancı sanığın diline çevrilmesini öngören hükümlerin mevzuatımızda yer almamasının savunma hakkına etkisini ve AİHM içtihatları karşısındaki durumunu tartışır.

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- İddianamenin Önemi,
- Hazırlanması yöntemini
- İddianamedeki eksikliklerin etkisini, öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

Yolsuzlukla İlgili İddianame Örneği

Yargıtay Kararları

Dersin İşleniş Süreci:

- CMK m.170'deki iddianamenin unsurları slide gösterisiyle anlatılır. Bu anlatım sürecinde ekte kaynakçada gösterilen kaynaklardan ve ders materyalinden yararlanılır. İddianamenin yeterli delille tanzim edilmediğine dair Yargıtay kararlarından örnekler verilir.
- İddianamenin yeterli delille ulaşılmadan düzenlenmesinin sanığın lekelenmeme hakkı üzerindeki etkisi tartışılır.
- Ders materyali olarak önceden dağıtılmış olan örnek iddianamelerin CMK m.170'e uygun bir şekilde kaleme alınıp alınmadığı tartışılır veya bu iddianamelerdeki uygulama hatalarının bulunması istenir.
- İddianamenin yabancı sanığa tercüme edilmemesinin savunma hakkı

- bakımından sakıncalı olup olamayacağı tartışmaya açılır.
- Davasız yargılama olmaz ilkesi ve iddianamede isnadın sınırlarının belirlenmesinin neden önemli olduğu açıklanır.
 - İddianın sınırlarının belli olmaması veya hukuki nitelemelerdeki değişikliklerin ek savunma hakkı verilerek giderilmesi gerektiğine vurgu yapılır ve CMK m.226'nın uygulanmasına dikkat çekilir.
 - Uygulamada iddianamenin yazımı ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar sorulur ve çözümleri emsaller arasında tartışılır.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Vaka Çalışması ve Gözden Geçirme

Amaçlar:

- Yapılan derslerin tekrarı ile unutulmasının önlenmesi,
- Örnek olay üzerinden bilgilerin değerlendirilmesi
- İşlenen derslerle ilgili verimliliğin bu şekilde değerlendirilmesinin sağlanması

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Genel tekrar sağlanması
- Teorik bilgilerin olaya uygulanması
- Aktif katılım ile örnek olayın geliştirilmesi
- Yolsuzluk soruşturmaları ile ilgili olarak bazı özellikli konuları öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Örnek Olay metni

OLAY

Bir yol-yapım ihalesine katılmak için gerekli belgelerini hazırlayan, (X) şirketinin sahibi (A)'nın telefonuna, rakip şirketin sahibi (B) tarafından, ihaleden bir gece önce "...bu ihale şirketimin geleceği için çok önemli, zorluk çıkarmadan ihaleden çekilmen senin için daha iyi olur, buna karşılık ihale tutarının üçte birini peşin olarak hesabına yatıracağım" şeklinde mesaj çekilir. (A) cep telefonu kapalı olduğu için, bu mesaj ihaleden sonra kendisine ulaşır. Kendisine çekilen mesajdan habersiz ihaleye giren ve ihaleyi kazanan (A), ihale bitiminde mesajın iletilmesi üzerine, yazılanlara çok sinirlenir ve mesaja " ihaleye girersen hayatını karartacağım, bugünlerde yalnız kendine değil yakınlarına da dikkat et..." şeklinde eklemeler yaparak savcılığa suç duyurusunda bulunur. Bu arada (B)'nin uzun süre yurtdışında kalan ve Türkçe'yi yeterince anlayamayan oğlu (C), yeni aldığı arabasının tescil işlemlerini yapmak üzere Trafik Tescil Müdürlüğüne gider. Tescil işlemlerini yapan memur (M), (C)'nin konuşulanları anlamadığını fark eder ve bu durumdan yararlanmak amacıyla tescil işlemlerini yaptığı sırada, (C)'nin girişte vezneye ödediği asıl tescil ücreti olan 750 TL'den başka, yılbaşından beri tescil harcı olarak 250 TL daha alındığı konusunda (C)'ye kağıt üzerinde birtakım açıklamalar yapar. (C), memur (M)'nin söylediklerini tam olarak anlamasa da, durumun olağan olduğunu sanarak 250 TL daha vermesi gerektiği kanaatine varır ve 250 TL'yi memura verir. Memur (M), 250 TL yi kasaya koymaz ve cebine atar.

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir. Olay ders aşamasında işlenen konularla bağlantılı olarak

geliştirilecektir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Kovuşturmanın 1. Safhası, Tensip ve Dava Yönetiminin Belirlenmesi

Amaçlar:

- Katılımcıların yolsuzlukla ilgili kovuşturmalarda kovuşturma stratejisinin belirlenmesi ve tensibi uygun şekilde hazırlamasını sağlamak
- Kovuşturmanın hızlı sonuçlanması için duruşmaya etkin bir hazırlık yapılmasını sağlamak için gerekli bilgileri açıklamak
- Kovuşturma başlangıcının ve kovuşturma hazırlığını genel hatlarıyla anlatmak ve katılımcıların anlamalarını sağlamak

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Kovuşturma stratejisi hazırlar.
- Kovuşturmayı hızlandırmak için etkili bir tensip hazırlar
- Delil toplanması gerekiyorsa bunları belirler
- Bu şekilde karmaşık yolsuzluk olaylarının kolaylıkla sonuçlanması konularını öğrenmiş ve anlamış olacaktırlar.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar.

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Örnek İddianame Kabul Kararı
- Örnek Tensip, analiz ve tavsiyeler

Giriş ve Gestalt:

- Duruşma hazırlığı evresinde tensibin düzgün, doğru ve eksiksiz yapılmasının sağlanmasının önemi tartışılır.
 - Kovuşturmanın kapsamı belirlenerek bu doğrultuda kovuşturma işlemleri gerçekleştirilmesinin önemi açıklanır.
 - Kovuşturma karışık hale getirilmemeli, bağlantılı davalar ile ilgili birleştirme kararlarının verilmesinde dikkat edilmesi gerektiği açıklanmalıdır.
 - Süreler ve kaynaklarla ilgili konuların değerlendirilmesi
 - Sorun ve eksik yönlerin belirlenmesi ve çözüm önerileri
- » Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- » Eğitici belirsiz konu olmamasına varsadabukonuların açıklığakavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Kovuşturmanın 2. Safhası, Sanığın Sorgusu, Tanık ve Bilirkişiler

Amaçlar:

- İddianamenin tebliği ile isnadı öğrenme hakkı ilişkisi hatırlatılır.
- İddianamenin içeriğinin açık, dilinin sade ve sanığın anlayabileceği bir dilde olmasının savunma hakkı bakımından önemini kavrar.
- Uygulamadaki eksikliklerin (örneğin duruşmada iddianamenin özetlenmesi, okunmaması ve okundu olarak tutanakları geçirilmesi) şeklindeki uygulama hatalarının farkına varılmasını sağlar.
- Özellikle iddianamede veya tebligat metninde sanığa savunma delillerinin toplanmasını isteme hakkının olduğunun duruşmadan önce hatırlatılmasının savunma hakkı bakımından önemini kavrar.
- Delillerin resen toplanma ilkesi gereğince delillerin mahkemece toplanabileceğini hatırlatır.

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- İddianamenin tebliğinin önemi,
- Sanığın sorgusuna hazırlık işlemlerini,
- Mahkemece resen delillerin toplanabileceğini, öğrenmiş ve anlamış olacaktırlar.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Flip Chart, tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Örnek İddianame tebliği,
- Örnek Sorgu Zabtı

Giriş ve Gestalt:

- Eğitici, dersle ilgili uygulama hatalarını tartışmaya başlayarak konunun önemini ortaya koyar.
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- » İddianamenin tebliğinin önemi ele alınır.
- » Sorgunun yapılması, doğrudan sorgunun yapılması
- » Delillerin tartışılması
- » Hukuka aykırı delillerin tespiti
- » Davanın unsurlarına bağlı olarak uzman tanık (taraf bilirkişisi) ve bilirkişinin atanması ve raporlama vs.

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Kovuşturmanın 3. Safhası, Örnek Hüküm ve Kararlar

Amaçlar:

- Kovuşturmadan sonuç çıkarılmasının önemini vurgulamak.
- Tüm katılımcıların kovuşturmada delillerden bir sonuca ulaşılmasındaki hukuki normların genel çerçevesini anlamalarını sağlamak
- Örnek kararlar oluşturarak hüküm kurma aşamasındaki hataları en aza indirmek.

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Hükümün şekli ve maddi unsurlarını.
- Hüküm kurarken yapılan hataları
- Hükümün önemini, öğrenmiş ve anlamış olacaklardır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar.

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Örnek Hüküm Çeşitleri,
- Örnek Yargıtay kararları

Giriş:

- Eğitici, dersin amacını açıklar.
- Hüküm kurmanın önemine değinir.
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.

Yolsuzluk olaylarına ilişkin olarak

- Zimmet
- Rüşvet
- İrtikap
- İhaleye Fesat Karıştırma
- Güveni Kötüye Kullanma
- Nüfuz ticareti suçlarına ilişkin örnek kararlar tartışılır.

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

RÜŞVET ALMA VE VERME EYLEMLERİ

OLAY-1

İddia:

X Cezaevinde koğuşlar boşaltıldıktan sonra yapılan arama sonucunda hükümlü A ve B'ye ait yatakların yanında battaniye altına gizlenmiş cep telefonlarının bulunduğu, yürütülen soruşturma sürecinde bir başka koğuşta bulunan hükümlüler C'nin de cep telefonu ve hattına sahip olduklarının tespit edildiği, alınan ifadeler sonunda söz konusu telefonların faal durumda infaz koruma memuru sanık G tarafından para karşılığı getirilip hükümlülere teslim edildiğinin tespit edildiği, böylece sanık G'nin Cezaevine sokulması yasak olan cep telefonlarını 3 ayrı tarihte ve 3 ayrı kişiye teslim ederek görevini kötüye kullandığı iddiası ile Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır.

Görevsizlik Kararı:

Sanık hakkında eylemin görevi kötüye kullanma olduğu iddiasıyla Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmış, Asliye Ceza Mahkemesince eylemin Rüşvet olabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek dosya Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir.

Mahkemenin Gerekçeli Kararı

Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; Sanık G'nin Cezaevinde infaz koruma memuru olarak görev yaptığı ve halen cezalarını infaz etmekte olan hükümlüler; A, B ve C'ye faal durumda cep telefonu temin ederek elde ettiği menfaat karşılığında hükümlülere teslim ettiği bu nedenle rüşvet suçundan zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Yargıtay İlamı

Eylemin rüşvet olduğu şeklindeki kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir, ancak değişik zamanlarda farklı kişilere cep telefonu temin ederek menfaat temin ettiği sabit olduğundan zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı aleyhe temyiz bulunmadığından bu husus tenkit edilerek hüküm onanmıştır.

Analiz

1- TCK' nun 252/2 maddesi dikkate alındığında; rüşvet alma bakımından fail, kural olarak yalnızca TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamına giren bir kamu görevlisidir. Somut olayımızda rüşvet alma eylemi bakımından infaz koruma memuru olan sanık kamu görevlisidir.

2- Maddede kullanılan "menfaat" kavramının geniş anlaşılması gerekir. "menfaat" den anlaşılması gereken, kamu görevlisinin ekonomik, hukuksal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edimdir. Bu bakımdan kamu görevlisinin durumunu maddi veya manevi bakımdan değiştirerek onu tatmin eden, almadığı, kabul etmediği haline göre kendisini daha müsait duruma getiren her şey "menfaat" kavramına dâhildir. Sanığın, suçun konusu olan bir menfaat karşılığında yapmaması gereken bir işi yapmış olması somut olayda aranmaktadır. Söz konusu olayda kamu görevlisine verilen menfaatin "para" olduğu anlaşılmaktadır.

3- 5237 sayılı TCK.nun düzenlemesine göre rüşvet alma, ancak kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebilir. Bu husus 252/1. maddede; "rüşvet alan kamu görevlisi... cezalandırılır" şeklinde ifade edilmiştir. Rüşvete konu işin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması suçun unsurlarındandır. Görevli olma

kapsamına kamu görevlisinin başka kamu görevlileriyle birlikte yapacağı işler de dâhildir. Kamu görevlisinin işin tamamından sorumlu olması da şart değildir. Ayrıca, kamu görevlisinin yaptığı işin kamu görevlisinin dâhil olduğu kurula ait bulunması veya yapılması ya da yapılmaması gereken işin kesin ya da itirazı kabil olması, ya da üst makamın denetim veya onayına tabi olması, bir başka makam tarafından iptal edilebilir olması ile işlemin diğer kamu görevlilerinin imza ya da mührüyle tamamlanması işin onun görevine girmediğini göstermez. Somut olayda yapılması veya yapılmaması gereken işlemin failin görev alanına girmesi gerekir. İnfaz koruma memuru, kurumun güvenli, düzen ve disiplinin sağlanması, hükümlülerin kurum içindeki hareketlerinin takip ve kontrolü ile gözetimi ve kurumun temiz tutulması ile hükümlülerin iç yönetmeliklere uygun suretle hareket etmelerini sağlamakla görevli olup, müdür ve ikinci müdür veya bunların bulunmadığı yerlerde idare memuru ile infaz ve koruma baş memuru tarafından verilen görevleri yapar. Düzenlemesi karşısında sanığın cep telefonu ve sim kartının cezaevinde bulunmamasını sağlamanın görevleri arasında bulunduğu anlaşılmaktadır.

4- Rüşvet anlaşmasından maksat, kamu görevlisinin görevine giren bir işin ifası ile ilgili olarak belirli bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında tarafların kamu görevlisine bir menfaat sağlaması konusunda, kamu görevlisiyle rüşvet veren arasında serbest iradeleri ile rızalarının uyuşmuş olmasıdır. Rüşvet alan ve rüşvet verenler arasında rüşvet anlamasından söz etmek gerekir. Rüşvet verenlerin kendilerine cep telefonunun temini halinde sanığa somut bir menfaat temin edeceklerini söylemeleri ve bu hususta tarafların anlaşmaları üzerine rüşvet anlaşması tamamlanmıştır.

5- Rüşvet suçu ile alan ve veren bakımından yasaklanan fiil, Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlamalıdır. Somut olayda rüşvet alan sanık ile rüşvet veren sanıklar arasında, cezaevine yasak olmasına rağmen cep telefonunun sokularak kendilerine tesliminin sağlanması fiildir. Zira sanık yapmaması gereken bir işi yapmış olacaktır.

6- Rüşvet anlaşması kapsamında değişik zamanlarda farklı mağdurlardan menfaat temin edilerek yapmaması gereken bir işi yapması nedeniyle sanık hakkında TCK'nun 43. maddesi uygulanmadan, her rüşvet veren yönünden ayrı ayrı ceza tayini gerekir.

Örnek Tensip

Sanık (söz konusu dosyada tutuklu bulunduğu için) Tüm dosya kapsamı ve mevcut delillere göre; tutuklu sanık.....'un üzerine üzerine atılı rüşvet alma suçunun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça yasada öngörülen ceza miktarı, sanığın tanıklar üzerinde baskı kurma girişiminde bulunma olasılığı, delillerin henüz tam olarak toplanmamış bulunması ve kaçma şüphelerinin bulunuyor olması itibarıyla tutuklamadan beklenen yararın adli kontrol ile sağlanamayacağı ve tutuklulukta geçen süreler dikkate alınarak CMK'nun 100 ve devamı maddeleri uyarınca CMK. nun 101/2-c maddesinde belirtildiği şekilde ölçülü olan sanığın TUTUKLULUK HALİNİN DEVAMINA,

Tutukluluk halinin devamına ilişkin karara karşı, kararın öğrenilmesinden itibaren 7 gün içerisinde Ağır Ceza Mahkemesi' ne itiraz edilebileceği hususunun ihtarına, Tutuklu sanığın duruşma günü mahkememizde hazır edilmesi için Tipi Kapalı

Ceza İnfaz Kurumu'na müzekkere yazılmasına

Müşteki adına duruşma gün ve saatini bildirir davetiye çıkartılmasına,

3628 S.Y'nın 17 ve 18. Md. Uyarınca Maliye Hazinesine İhbarda bulunulmasına,
Tanıklar adına meşruhatlı davetiye çıkartılmasına,

Suç tarihi itibariyle sanığın görevinin ne olduğu, görevli olup olmadığı hususunun
çalıştığı kurumdan sorulmasına,

Ders sonu:

Ders sonunda ilgili materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel
çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erdirecektir.

Ders Planı - Uluslararası İşbirliği**Kullanılacak Kaynaklar:**

- MS Office 2010 ve Windows 7 yüklü Dizüstü Bilgisayar veya PC
- Projektör
- PowerPoint Sunumu

Amaç:

Bu dersin amacı katılımcılara ceza soruşturma ve kovuşturmalarında uluslararası işbirliği kavramı ile yurtdışında delil toplama hakkında bilgi vermektir. Bu derste 1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza Konularında Adli Yardımlaşma Sözleşmesinden bahsedilecektir; bu Sözleşme, Türk soruşturma ve kovuşturma görevlilerinin bilgi ve delil toplamak ve uygulama yaşanan bazı sorunları çözmek için kullanabilecekleri ana antlaşmadır. Katılımcılara ayrıca suçluların iadesi konusu ile etkin Adli Yardımlaşma ve İade taleplerinde bulunmak için kullanabilecekleri bazı uluslararası kuruluşlar ve araçlar hakkında da bilgi verilecektir.

Hedefler:

- Bu dersin sonunda katılımcılar adli yardımlaşma ve suçluların iadesi kavramlarını ve özellikle hâkim ve savcıların uluslararası boyutu bulunan ve yurtdışında delil toplanmasını gerektiren davaları daha etkin biçimde yürütebilmelerinde yardımcı olacak uluslararası sözleşmeleri ve bunların yapısını kavrayacaklardır.
- Katılımcılara ayrıca Türk ceza yargı sistemi içerisinde bazı Türk ceza yargı sistemi içerisinde de irtibat noktaları belirlenmiş ve çalışmalarında kendilerine etkin destek verebilecek kilit kuruluşlar hakkında bilgi verilecektir.
- Katılımcılar adli yardımlaşma ve iade düzenlemeleri ile daha iyi adli yardım talebinde bulunmalarını sağlayabilecek araçları kavrayacaklardır.

Slayt No.	İçerik
Slayt 1	Bu, 20. Dersin Başlık slaytıdır
Slayt 2	Eğitici bu slaytı kullanarak bu derste ele alınacak bütün konuların listesinin üzerinden geçebilir. • Adli Yardımlaşma Nedir? • 1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza Konularında Adli Yardımlaşma Sözleşmesi • İade - temel bilgiler • Avrupa Yargı Ağı (EJN) • Eurojust • Europol • OLAF (Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Bürosu) • Avrupa Savcısı?2015/16?

Slayt 3

Bu ve bir sonraki slaytta (3 ve 4) adli yardımlaşma düzenlemelerinden bahsedilmektedir.

- Adli Yardımlaşma Tanımı:
 - * "Bir devletin yürüttüğü bir soruşturma ve kovuşturma çerçevesinde başka bir devletten adli işlem desteği ve yardım almasıdır"
 - * "Ceza hukukunun uygulanması amacına matuf olarak devletler arasında bilgi toplama ve paylaşma düzenlemesidir"
 - * "Ceza soruşturma ve kovuşturmalarda delil elde etme ve talep etme konusunda resmi veya gayri resmi bir mekanizmadır.
- Resmi talepler (istinabe) Sözleşmeye dayalı yapılan ikili düzenlemeler marifetiyle gerçekleştirilir.
- Adli Yardımlaşma Sözleşmeleri
 - * Bunların çoğu (örn. 1959 Avrupa Konseyi Sözleşmesi) çok taraflıdır
 - * Bazıları iki taraflıdır (örn. ABD-Türkiye arasındaki anlaşma Ocak 1981'de onaylanmıştır)

Slayt 4

Bu slaytta etkin adli yardım alabilmek için talep yazısı hazırlamaya ve göndermeye ilişkin gayri resmi uygulamalar ile ilgili pratik tavsiyeler yer almaktadır.

- Ne zaman gayri resmi talepte bulunulabilir
 - * Resmi talep gerekli değil ise
 - * Telefonla talep - EJN gibi ağları kullanarak
 - * Genel bilgi almak için
 - * Resmi talep yazısı yazma konusunda yardım almak için
- Adli yardımlaşmaya ilişkin yazılı talepler
 - * Sözleşmenin hükümlerine uygun olmalıdır
 - * Bunlara Talep Yazısı veya İstinabe denir
 - * Yazı, kaliteli biçimde hazırlanmalı ve yardım istenen devletin gereklerini karşılamalıdır
 - * Yazı tercüme edilerek yollanacaksa çevirinin kalitesi de iyi olmalıdır!
 - * Aşağıdaki belirtilen Adli Yardımlaşma uzmanlarından yardım isteme:
 - » Londra'daki Türk irtibat hakimi anjuli.old@homoeoffice.gsi.gov.uk
 - » Eurojust ve Avrupa Yargı Ağı (EJN) gibi kuruluşlar,
 - » Başsavcılık Uluslararası İlişkiler Bölümü
 - » Bazı ülkeler, kendilerinden nasıl adli yardım talebinde bulunulacağı konusunda ayrıntılı bilgi sağlamaktadırlar Örn. Birleşik Krallık
 - » <https://www.gov.uk/mutual-legal-assistance-mla-requests>

Slayt 5

Eğitici, bu slaytta Suçluların İadesine ilişkin antlaşma ve sözleşmeler de dahil iadenin temelini açıklar.

	- Suçlunun iadesi: * "Kaçağın yargılanmak üzere başka bir devletin, ülkenin veya hükümetin yargı çevresine teslim edilmesidir" 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi * * Çok taraflı bir antlaşmadır * 50 ülke tarafından onaylanmıştır * Ülkemiz sözleşmeyi onaylayan ikinci ülkedir (7 Ocak 1960) - İki taraflı antlaşmalar * Örn. Türkiye-ABD arasındaki antlaşma 1 Ocak 1981 tarihinde onaylanmıştır
Slayt 6	Bu slaytta suçluların iadesine ilişkin hükümler de dahil olmak üzere sözleşmelerdeki hükümlerin tüm detaylarıyla dikkate alınmasının önemi üzerinde durulmaktadır. - Sözleşmenin ayrıntılı biçimde etüt edilmesi çok önemlidir - Sözleşme hükümleri çok önemli olabilir "Şerhler" ve "Deklarasyonlar" bölümleri kontrol edilmelidir - Talep yazısı Sözleşmenin bütün gereklerini yerine getirmelidir * Talepte bulunulan devlet kendi vatandaşlarını iade etmekte midir? "Gözaltı" talebinde bulunulabilir - Tam kapsamlı resmi talebinde genel itibarla 30 ila 40 içerisinde bulunulmalıdır.
Slayt 7	Takip eden üç slayt [7, 8 ve 9] 1959 tarihli Avrupa Konseyi Adli Yardımlaşma Sözleşmesi ile ilgilidir. - Avrupa genelinde adli yardımlaşmanın temeli bu Sözleşmedir. - Sözleşme Avrupa Konseyine üye 47 devletin hepsi tarafından onaylanmıştır. - Sözleşme ayrıca Şili, İsrail ve Güney Kore tarafından da onaylanmıştır. - Türkiye Sözleşmeyi onaylamayı erken aşamada taahhüt etmiştir. * Türkiye, Sözleşmeyi 23 Ekim 1959 tarihinde imzalamış ve 24 Haziran 1969 tarihinde onaylamıştır.
Slayt 8	Bu ve 9. slaytta eğiticinin 1959 Sözleşmesinin hükümlerini ayrıntılı biçimde aktarmak için kullanabileceği başlıklar yer almaktadır - Sözleşmenin hükümleri: * Cezalandırılması, yardımlaşma talep edildiği anda, yardım isteyen tarafın, adli makamlarının yetkisi içinde bulunan suçlarla ilgili her davada, Akit Taraflar, işbu Sözleşme hükümleri uyarınca, birbirlerine, karşılıklı olarak en geniş adli yardımda bulunmayı yüklenirler. - Eğitici, Sözleşme Maddelerinin hükümlerini kısaca açıklar....
Slayt 9	- Bölüm I: Genel Hükümler - Bölüm II: İstinabe

	- Bölüm III: Usule ait işlemleri adli kararların tebliği ve tanıkların, bilirkişilerin ve kovuşturulan kişilerin mahkeme önüne çıkmaları - Bölüm IV: Adli Sicil - Bölüm V: Usul - Bu bölüm çok önemlidir - Bölüm VI: Kovuşturma ile ilgili ihbar - Bölüm VII: Adli sicillerle ilgili bilgi mübadelesi										
Slayt 10	Bu slaytta Avrupa Yargı Ağı (EJN) ele alınmaktadır - Bütün AB ülkelerindeki ve aday ülkelerdeki irtibat noktaları - Türkiye'deki EJN İrtibat Noktaları Contact Points: <table> <tr> <td>Faruk ALACA</td><td>faruk.alaca@adalet.gov.tr</td></tr> <tr> <td>Ulvi ALTINIŞIK</td><td>ulvi.altinisik@adalet.gov.tr</td></tr> <tr> <td>Yavuz AYDIN</td><td>yavuz.aydin@adalet.gov.tr</td></tr> <tr> <td>Salih BENLİ</td><td>salih.benli@adalet.gov.tr</td></tr> <tr> <td>Mustafa SABİT</td><td>mustafa.sabit@adalet.gov.tr</td></tr> </table> - EJN İnternet Sitesi * http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/ * Bu sitede uygulamaya dönük çok yararlı bilgiler vardır - Bütün AB ülkelerinde Adli Yardımlaşma ile ilgili ayrıntılar * "Tools" (araçlar) butonuna tıklayınız. * Burada adli yardımlaşma taleplerinin farklı türleriyle ilgili bilgiler bulunmaktadır.	Faruk ALACA	faruk.alaca@adalet.gov.tr	Ulvi ALTINIŞIK	ulvi.altinisik@adalet.gov.tr	Yavuz AYDIN	yavuz.aydin@adalet.gov.tr	Salih BENLİ	salih.benli@adalet.gov.tr	Mustafa SABİT	mustafa.sabit@adalet.gov.tr
Faruk ALACA	faruk.alaca@adalet.gov.tr										
Ulvi ALTINIŞIK	ulvi.altinisik@adalet.gov.tr										
Yavuz AYDIN	yavuz.aydin@adalet.gov.tr										
Salih BENLİ	salih.benli@adalet.gov.tr										
Mustafa SABİT	mustafa.sabit@adalet.gov.tr										
Slayt 11	Bu slaytta Avrupa Yargı Ağı (EJN) aracılığıyla kullanılabilecek araçlar ele alınmaktadır - AB devletlerinden bulunulabilecek farklı adli yardımlaşma talep türleri * "Aşağıdaki konularda talepte bulunma..... » Telekomünikasyon yoluyla iletişimin izlenmesi ve tespiti » Ajanlar ve muhbirler - Sızma » İnceleme, üst araması ve bilirkişi değerlendirmesi » Belge - Elde etme » Varlıklar - Zapt, müsadere ve iade » Yer - Keşif ve arama » Tanıklar, mağdurlar, şüpheliler - Çağırma ve dinleme » Sınır aşırı operasyonlar										
Slayt 12	Bu iki slaytta [12 ve 13] Avrupa Birliği'nin adli yardımlaşma birimi Eurojust'tan bahsedilmektedir: - Eurojust'ın amacı: * "İki veya daha fazla ülkenin dahli bulunan ciddi suçlara ilişkin sınır aşırı soruşturma ve kovuşturmaların etkinliğini artırmak - Merkezi Lahey'dedir - Her AB üyesinden 1 olmak üzere 28 üyesi vardır										

	* Bu 28 üyenin her biri hakim veya savcıdır • Norveç, İsviçre ve ABD de temsil edilmektedir • AB üyesi olmayan ülkelerin irtibat noktaları vardır • Eurojust'ın Türkiye irtibat noktası: * Mustafa Sabit mustafa.sabit@adalet.gov.tr
Slayt 13	Bu slaytta Eurojust hakkında bilgilere devam edilmektedir • Eurojust, adli yardımlaşma ve iade konularında yaşanan sorunların çözülmesine yardımcı olmaktadır. • İnternet: www.eurojust.europa.eu • Koordinasyon toplantıları düzenler * Savcılar ve soruşturmacılar aşağıdaki hususları organize etmek için bir araya gelirler: » Birden fazla devlette koordineli tutuklamalar » Koordine aramalar » Eşya ve belgelere koordinasyon içerisinde el konması • Ortak Soruşturma Ekipleri (OSE) oluşturur * Sınır aşan belirli davalarla ilgilenmek üzere polis savcılarından ve hakimlerden müteşekkil ekipler kurulur. * Not: AB üyesi olmayan devletler de bu davalar üzerinde çalışabildiği için, Türkiye de bu davalara ilişkin OSE çalışmalarında yer alabilmektedir.
Slayt 14	Bu iki slaytta [14 ve 15] Avrupa Birliği'nin polis işbirliği birimi Europol'dan bahsedilmektedir: • AB Polis Bürosu Europol'ün merkezi Lahey'dedir • Europol, Avrupa Birliği'nin AB içinde ve dışındaki cezai faaliyetlerle ilgili bilgi ve istihbarat merkezidir • Europol AB devletlerinin polis ve kolluk mercilerinden topladığı bilgilerle analiz ve destek çalışmaları yürütür • Europol'de Türkiye'den polis görevlisi bulunmamaktadır • Europol ile Türkiye arasında bir işbirliği anlaşması mevcuttur • Türk polisi ile Europol arasındaki irtibat
Slayt 15	Bu slaytta Europol'ün görev alanı ile üzerinde çalıştığı ve müdahil olduğu cezai işlerin türleri anlatılmaktadır. • Europol'ün görev alanı * Uyuşturucu * İnsan kaçakçılığı * Yasadışı göç * Europol Bilişim Suçları Merkezi * Fikri mülkiyet suçları * Sigara kaçakçılığı * Avro sahteciliği * KDV yolsuzluğu * Karapara aklama ve varlıkların takibi * Mobil örgütlü suç grupları * Kanun dışı motosikletli çeteleri * Terör

Slayt 16

Bu slaytta, AB fonlarına ve AB Bütçesine ilişkin yolsuzluklar da dahil yolsuzlukların idari soruşturmalarından sorumlu AB birimi OLAF'ın çalışmalarından bahsedilmektedir.

- OLAF (Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Bürosu)
- OLAF internet sitesi
 - * http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_en.htm
- AB fonlarıyla ilgili yolsuzlukların soruşturulmasında destek
- Yolsuzluk incelemelerinde yardım
- Bir AB görevlisine rüşvet mi teklif ediliyor?
- Şu konularda yardıma ihtiyaç duyarsanız OLAF'la temasa geçebilirsiniz
 - * Kamu ihalesinde usulsüzlük,
 - * Bilgi karşılığında hediye teklifi,
 - * Hukuka aykırı sübvansiyon verilmesi veya zimmete geçirilmesi.

Slayt 17

Bu slaytta Avrupa Savcılığı kurulmasına ilişkin yakın zamanda dile getirilmeye başlanan öneriler yer almaktadır

- Lizbon Antlaşmasının 86. Maddesi hükmü:
 - * "Eurojust içerisinde" Avrupa Savcılığı teşkil edilebilir
 - * Avrupa savcılığının yalnızca yolsuzluk da dahil AB fonlarına ilişkin suçlar konusunda yetkili olması önerilmektedir
- Avrupa savcılığının kurulabilmesi için teklifi AB üyelerinin en az üçte birinin (10 ülke) desteklemesi gereklidir
- AB Komisyonu 2013 Temmuzunda Avrupa Savcılığının tartışmaya açılmasının teklif edildiği bir taslak tüzük hazırlamıştır [2013/0255 (APP)]
- Bu teklifle ilgili görüşmeler devam etmektedir.....
- Avrupa Savcılığının 2016 öncesinde kurulması muhtemeldir.

Eğer süre kısıtı varsa veya gerekli görmezse eğitici bu slaytı atlayabilir; zira Avrupa savcılığı gelecekte ele alınacak bir teklif olup 2016'dan önce uygulanması olası görünmemektedir.

Slayt 18

Bu slayt, 20. Dersin son slaytıdır. Eğitici bu slaytta yer verilen soruları kullanarak AİHS ve AİHM hakkında genel bir tartışma yürütmeli ve aktarılan konuların tam olarak kavranmasını sağlamalıdır.

- Nereden yardım talebinde bulunabileceğinizi artık biliyor musunuz?
- İstinabe hazırlarken dikkat etmek gereken temel hususlar nelerdir?
- Avrupa Yargı Ağından (EJN) hangi konularda yardım almak mümkündür?
- EJN İnternet Sitesine bakınız
- Eurojust ile nasıl ve hangi konular için temasa geçilebilir?
- OLAF hangi durumlarda bir soruşturmaya yardım eder?

	Uygulamalı Alıştırmalar (varsa) 20. Ders için herhangi bir uygulamalı alıştırma veya örnek vaka çalışması öngörülmemiştir. Sonraki eğitimlerde eğiticiler, eğitim ortamının uygun olması halinde dersi alıştırma ile takviye edebilirler. 20. dersin konularını içeren bir gözden geçirme oturumu (21. Ders) öngörülmektedir; bu gözden geçirme oturumunda 19. ve 20. Dersler arasında ele alınan konulara yönelik bir vaka çalışması yapılması düşünülebilir.
	Bilgi Kontrolü 18. slaytta yer alan sorular kullanılarak bir tartışma yürütülmelidir; bu sorular çok bilimsel olmamakla birlikte eğiticiye katılımcıların 20. Derste ele alınan konuları ne denli kavradıklarını göstermesi bakımından yararlıdır. Bu ders için bunun dışında herhangi bir bilgi kontrolü öngörülmemiş, resmi bir değerlendirme talep edilmemiştir.

Muhtemel Ek Kaynaklar

Aşağıdaki kuruluşlara/ülkelere ait yayın listesi, elektronik deliller konusunda kurs materyalleri geliştirmede eğiticiler için yararlı olabilir.

Kuruluş	Menşei Ülke	Örnek Döküman
Avrupa Konseyi	Çok taraflı anlaşma, Uluslararası Kuruluş	1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza Konularında Adli Yardımlaşma Sözleşmesi
Avrupa Konseyi	Çok taraflı anlaşma, Uluslararası Kuruluş	Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi Paris 13.12.1957
Avrupa Birliği	Europol ile Türkiye arasında ikili işbirliği anlaşması	Europol-Türkiye Anlaşması
Türk Adalet Bakanlığı?	Türkiye	İyi hazırlanmış bir istinabe örneği [temin edilecektir]
Avrupa Birliği	Çok taraflı anlaşma, Uluslararası Kuruluş	Avrupa Savcılığının kurulmasına dair tüzük tasarısı, Ref: 2013/0255 (APP)

Ders Planı - Kara Para Aklama

Amaçlar:

- Katılımcıların kara para aklama, mali soruşturma, suç niteliği taşıyan mali işlemler ve suç işlemek amacıyla paraya erişimin reddedilmesinin önemi konularında farkındalık artırma eğitimi almalarının sağlanması.
- Tüm katılımcılar tarafından yolsuzluk suçundan elde edilen kazançların takip edilmesi amacıyla soruşturmanın yürütülmesi ve kovuşturmanın ne kadar önemli olduğunun anlaşılmasının sağlanması.

Hedefler

Bu dersin sonunda öğrenciler aşağıdaki konuları anlaşıp ve öğrenmiş olacaklardır;

- Kara para aklamanın açıklanması.
- Kaynakların paylaşılması, yerleştirilmesi ve yeniden sisteme katılması yönteminin tespit edilmesi
- Kara para aklama yoluyla işlenen suç türlerinin açıklanması
- Soruşturma ve kovuşturma yararına mali raporlama kuruluşlarıyla nasıl doğru bir şekilde ilişki kurulacağının açıklanması

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Flip Chart, tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Kara para aklama nedir?
- Hiç bilmeyenler için Kara para aklama rehberi

Giriş ve Model (geşalt)

- Eğitici oturumu ve kara para aklamanın önemini açıklamalıdır. Daha sonra eğitimin ve içeriğin katılımcılar tarafından anlaşılabilir olması sağlanarak power point sunumuyla devam edilmelidir.
- Devamında eğitici Türkiye bağlamında kara para aklamada en çok kullanılan yöntemler üzerinde durarak bunları yolsuzluk konusuyla ilişkilendirmelidir.
- Yolsuzluk yapan kişilerin off-shore hesaplardaki paraları harcamaları veya fonları taşımaları oldukça zordur ve Uluslararası bir tipolojinin ortaya çıkarılması da yardımcı olabilir.
- Eğitçinin, kara para aklama örnekleri veya öğrencilerin Türkiye’de kara para aklama davalarıyla ilgili deneyimleri konusunda öğrencilerle özellikle etkileşimde olması gerekir.
- Eğitici öğrencilerden aldığı tüm cevapları sırasıyla flip chart veya tahtaya yazacaktır, bunlar ders konularının anlatımında eğitime yardımcı olacaktır. Ayrıca eğitçinin katılımcıların daha önceden bu derste anlatılan kara para aklama davalarına bakıp bakmadığını anlamasını sağlayacaktır.
- Eğitçinin “Kara para aklama soruşturmasında ne tür bilgi toplanabilir? Sorusunu sorması gerekir.

- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsadabukonularına açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir; özellikle soruşturma/kovuşturma yapılması için yapılacak başvurularda yetki seviyesi veya soruşturma sırasında farklı kaynaklardan toplanan deliller gibi konuların açıklanması gerekir.

Slayt No.	İçerik
Slayt 2	Kara para aklamanın ne olduğuna dair sıradan bir açıklama. Eğitici ayrıca "katılıyor musunuz?" gibi sorular sormalı ve cevap almaya çalışmalıdır.
Slayt 3	Kara para aklamanın kabul edilen tanımı. Katılımcılardan bu tanımı okumaları, diğer tür varlıklar/suç yoluyla elde edilen mal varlıklarının neler olabileceğini açıklamaları istenmelidir. Eğitici cevapları tahtaya yazmalıdır.
Slayt 4	Eğitici UNCAC hakkında bilgi vermeli ve modülün UNCAC'tan bahsedilen bölümlerine atıfta bulunmalıdır.
Slayt 5	Liste okunmalı ve katılımcılardan bir kez daha, Türkiye'de rüşvet yoluyla yasa dışı zenginleşmeye neden olan suç tiplerini eklemeleri istenmelidir. Uygun olan yerlerde eğitici "Başka yolları var mıdır?" sorusunu sormalı ve yine uygunsa "Rüşvet almanın en iyi yöntemi nakit para mıdır?" sorusu sorulmalıdır.
Slayt 6	Eğitici listede yer alan olayların, aklanması gereken nakit para yaratan en yaygın yolsuzluk türleri olduğunu ifade etmelidir. Bir kez daha katılımcılara diğer kara para aklama yöntemleri hakkında soru sorularak, diyalog geliştirilmelidir.
Slayt 7	Liste okunmalı ve farklı noktalarda şu gibi sorular sorulmalıdır: Örn. 6. Nokta "aklana parayı gizlemek için başka ne tür mali değeri olan ürünler satın alınabilir veya hangi tür ürünlere erişilebilir?"
Slayt 8	Eğitici listede yasa dışı varlıkların takip edilmesinde Türkiye'de ne tür soruşturmanın yapıldığının altını çizmelidir. Soruşturma aşamasında elde edilen bilgilerin diğer ilgili kurumlarla paylaşılmasının ne kadar faydalı olduğu belirtilmelidir.
Slayt 9&10	Katılımcılardan listeye ekleme yapmaları ve uygun yerlerde düşünce ve önerilerini tahtaya yazmaları istenmelidir. Katılımcılara özellikle ne tür giderleri olduğu sorulmalıdır. Katılımcılar kendi günlük yaşantılarındaki giderleri saydıktan sonra 10. Slayta geçilmelidir. Listede katılımcıların eklemmediği en az iki gider türü olacaktır ve bu iki gider kendi deneyimlerinden esinlenerek eğitici tarafından listeye eklenmelidir.
Slayt 11	Ali soruşturmanın ne olduğu ve soruşturmalara nasıl katma değer sağladığı açıklanır. Türkiye'de bu tip soruşturmalara izin veren kanunlar açıklanır.

Slayt 12	Katılımcılara "istihbarat ve delilin nasıl dengelendiği" sorusu sorulur. Katılımcılarla etkileşimin iyi olması ve her iki alanın birbirini tamamladığı ve iyi yapılan soruşturmaların bilgiyi destekleyeceği ve doğrulayacağını altı çizilmelidir.
Slayt 13	Mali soruşturmanın suçun ortaya çıkarılması ile eş zamanlı olduğu açıklanır. Yolsuzluk kazanç yaratır ve yasa dışı zenginleşme ortaya çıkarılmalıdır. Kara para aklama soruşturmasında suç unsurlarının tespit edilmesi ve suçu ispatlayan belgesel kanıtların korumaya alınmasını gerekir.
Slayt 14	Buliste karapara aklama soruşturmalarında dikkat edilmesi gereken unsurlardan bazılarını göstermektedir. Her soruşturmanın kendine özgü unsurları olacağı katılımcılara hatırlatılmalıdır. Soruşturmalar uygun durumda seçilmesi gereken fikir ve becerilerden oluşan bir menüdür. Önceki slaytlardan sorular sorulmalıdır. Slaytlar arasında bağlantı kurulabilmesi için katılımcı başka görüşlerin de altını çizmelidir
Slayt 15&16	Eğitici, katılımcılardan 7 başlık altında ne tür fiil veya faaliyet eklenebileceğine dair görüş belirtmelerini istemelidir. Örn: kaynaklar. Cevap: Personel, mali kaynak, uzmanlık, süre yetersizliği. Konaklamanın uygun olmaması. Katılımcılardan farklı görüş bildirmeleri istenerek liste uzatılmalıdır. Potansiyel zorluklar için 16. Slayt gösterilmelidir.
Slayt 17	Zorluklar konusuna devam edilmeli ve konu geliştirilmelidir. Katılımcılardan yine dava veya soruşturma örnekleri istenmelidir. Verilen örnekler genellikle engellemelerle ilgili olmaktadır. Eğer durum buysa, tartışma genişletilmeli ve gerekirse konu müteakip soru-cevap oturumunda ele alınmalıdır.
Slayt 18	Sonuç bölümünde diyalog geliştirilmeli ve dersten öğrenilenler pekiştirilmelidir. Belirtilen hususların başka konuları etkilemesi halinde, ilgili noktalar, görüş ve öneriler tekrar edilmelidir. Son oturumda yolsuzluğun pek çok farklı şekilde yapıldığı ve nihayetinde kazanç yaratan bir suç olduğu konusu da tekrar edilir. Mali kazançlar, varlıklar, hediyeler veya başka tür edinimler tespit edilmeli ve gerektiğinde el koyulmalıdır.
Slayt 19	Bu slaytta katılımcıları düşüncelerini, fikirlerini belirtir ve eğitici en iyi uygulamalardan ve ortak bir yaklaşımdan bahsetmelidir. Türk bağlamında önemli bir nokta ise Türk vatandaşları için güven ve karşılıklı saygıdır.
	Sonuç: Kapanışta eğitici iki materyal dağıtarak oturumu sona erdirmeli ve dağıtılan materyallerin kara para aklama konusu üzerinde ve belirsiz olabilecek konuların anlaşılması için özel olarak çalışılması gerektiğini belirtmelidir.

Ders Planı - Gözden Geçirme Dersi ve Yargıtay Kararları**Amaçlar:**

- Tüm katılımcıların yolsuzlukla mücadele karapara aklama ve uluslararası işbirliği konusunda edindiği bilgilerin pekişmesini sağlamak
- Edinilen bilgilerin kısa sürede hatırlanarak unutulmasının önüne geçmek.

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Tekrarla unutma önlenir.
- Bilgiler pekişir
- Yargıtay Kararları ile çeşitli olasılıklar ele alınır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar**Yöntemler:**

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Kara Para Aklama Suçu ile ilgili Yargıtay kararları

- Eğitici, oturumu ve modül ile modülü teşkil eden bölümlerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici derste karapara aklama suçu ile ilgili olarak aşağıdaki Yargıtay kararlarını tartışmaya açar.

TCK'nın 282.maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuyla ilgili kararlar

"...Sanık M. Ü.'in maliki olduğu Pursaklar Mahallesi, 993 Ada, 1001 parselde kayıtlı suça konu taşınmazın edinme tarihinin Keçiören Tapu Sicil Müdürlüğü'nün yazısına ve tapu kaydına göre 31.01.2005 olması, sanıkların başkan ve üyesi olduğu derneğin ise 06.01.2005 tarihinde kurulduğunun anlaşılması karşısında, TCK'nın 282. maddesinde öngörülen öncül suçlar niteliğindeki "özel belgede sahtecilik ve özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek" suçlarından sanıklar hakkında yapılan soruşturmanın akıbeti araştırılarak dava açılmışsa sonucunun beklenmesi, buna göre suça konu taşınmazın bu suçlardan kaynaklanan malvarlığı niteliğinde olup olmadığının saptanarak sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile beraat karar verilmesi..." **(Yargıtay 4.Ceza Dairesi, 01.10.2012 tarih, 2011/10758 esas ve 2012/18964 karar)**

"... TCK'nın 282. maddesinde öngörülen öncül suç niteliğindeki "parada sahtecilik" suçundan sanık hakkında Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği 2006/133 esas sayılı mahkumiyet kararının kesinleşmesi beklenerek, sanığın

hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanığa ek savunma hakkı tanınmadan TCK'nın 58. maddesi uyarınca tekrür hükümlerinin uygulanması,

Kendisini vekil ile temsil ettiren katılan lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi,

Sanığın maliki olup 10.05.2006 tarihinde kardeşi M. A.'e devrettiği, kardeşinin de 15.04.2008 tarihinde başka şahıslara devrettiği 3 taşınmazın muvazaalı elden çıkarıldığı anlaşıldığından, TCK'nın 54/2. maddesi uyarınca sözkonusu taşınmazların değeri kadar paranın müsadereesi gerekip gerekmediğinin tartışılması..." **(Yargıtay 4.Ceza Dairesi, 08.10.2012 tarih, 2011/12206 esas ve 2012/19784 karar)**

"...Sanıkların, oto satın alınmasında kullanılan paranın TCK'nın 282. maddesinde öngörülen öncül suç niteliğindeki "yağma suçundan" kaynaklandığını ne suretle bildikleri ve bu paranın gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla işlemlere tabi tuttukları kanıtlara dayalı olarak gösterilmeden, yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi..." **(Yargıtay 4 .Ceza Dairesi, 08.10.2012 tarih, 2011/15085 esas ve 2012/19812 karar)**

"...TCK'nın 55/1. maddesi uyarınca suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilmesi mümkün ise de, anılan madde ve fıkra uyarınca müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmekte olup; hırsızlık suçunun işlenmesi ile elde edilen para ile satın alınan 38 RF 512 plakalı otomobilin hırsızlık suçunun mağduru Ünal Çetintaş'a iade edilmesi gerektiği gözetilmeden müsadereesine karar verilmesi..." **(Yargıtay 9.Ceza Dairesi, 11.06.2013 tarih, 2012/3415 esas ve 2013/9099 karar)**

"... Sanığa atılı suçla korunan hukuki yarar da nazara alındığında suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan Hazinesinin davaya katılmasına ilişkin verilen karar hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden, Hazine vekilinin temyiz talebinin anılan Kanunun 317. maddesi gereğince REDDİNE,

Yapılan yargılama sonunda toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, olay niteliğine ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA..." **(Yargıtay 9.Ceza Dairesi, 14.06.2013 tarih, 2012/6187 esas ve 2013/9049 karar)**

"...Sanığın suçtan kaynaklanan mal varlığı değerinin gayri meşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla işlemler yapmak suretiyle Hollanda ülkesinde belediye yardımı alarak geçimini temin etmesine rağmen Tunceli ili Atatürk mahallesinde bulunan bağımsız

dairelerini 13.09.1996 tarihinde İzmir ili Karşıyaka, Şemikler mahallesindeki evi ise 24.07.2000 tarihinde satın alarak mal edindiği iddia ve kabul edilmiş olması karşısında bu tarihten sonra sanık adına başkaca taşınmaz edinimi ve adına para havalesi ile bankalarda açılmış hesabının bulunmadığı da gözetilerek işlediği kabul edilen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun tarihinin en son taşınmaz edinme tarihi olan 24.07.2000 günü olduğu kabul edilerek yapılan incelemede..." **(Yargıtay 9.Ceza Dairesi, 18.02.2013 tarih, 2012/7349 esas ve 2013/2389 karar)**

"...Sanığa atılı suç yönünden, suç tarihinde yürürlükte bulunan 4208 sayılı Kanunun 8. maddesi ile daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 282. maddesinde öngörülen cezanın süresine göre anılan Kanunun 66. maddesinin 1. fıkrası "d" bendinde belirlenen zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmakla tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir.

26.02.2003 tarihinde uyuşturucu madde ticareti suçundan yakalanarak tutuklanan sanığın yapmış olduğu araç alım satım ve tescil işlemlerinin öncül suçtan önceki tarihlere ilişkin olduğu anlaşılmakla unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." **(Yargıtay 9 .Ceza Dairesi, 26.06.2013 tarih, 2012/7409 esas ve 2013/9914 karar)**

"...Sanıklara atılı suçla korunan hukuki yarar da nazara alındığında; suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı'nın davaya katılmasına ilişkin verilen karar hukuki değerden yoksun olup, hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden, hazine vekilinin temyiz talebinin anılan Kanunun 317. maddesi gereğince REDDİNE,

Sanıklar B. D. ve Ö. D. ile sanık O. D. müdafinin temyizine gelince;

a- İddia ve kabule göre dava konusu mal varlığı değerinin hangi öncül suçtan kaynaklandığı ve gayri meşru kaynağını gizleyerek meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla hangi işleme tabi tutulduğu gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması,

b- Kabul ve uygulamaya göre de;

Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesinden sağlanan maddi menfaatlerin TCK'nın 55. maddesi uyarınca müsadere konusu olacağıda gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." **(Yargıtay 9.Ceza Dairesi, 10.06.2013 tarih, 2012/9341 esas ve 2013/8885 karar)**

"...4208 sayılı Yasanın 7/2 maddesi, 18.10.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5549 sayılı Yasanın 26.maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup, aynı yasanın 26/3 maddesiyle "karapara aklama suçu" ibaresinden "aklama suçu"nun anlaşılabileceği belirtilmiş olması karşısında, TCK'nun 5, 7 maddeleri gereğince, bu değişiklik sonucunda sanık hakkında Türk Ceza Kanununun 282. maddesi hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması..." **(Yargıtay 9 .Ceza Dairesi, 08.10.2012 tarih, 2012/21995 esas ve 2012/25931 karar)**

4208 Sayılı Karaparanın aklanmasının önlenmesi kanununda tanımlanan suçla ilgili kararlar

"...Sanıklar hakkında 4208 sayılı yasanın 7.maddesi uyarınca kara para aklama suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış olup, sanıklara atılı bulunan uyuşturucu madde satışından elde edilen gelirin aklanması fiilinin suçun sübutu halinde fiilin 5237 sayılı TCK.nun 282.maddesi kapsamında suç olarak düzenlendiği gözetilmeden, eylemin suç olmaktan çıktığından bahisle yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 29.06.2011 tarih, 2008/1303 esas ve 2011/11759 karar)**

"...Sanık Selim Uzuntaş'ın uyuşturucu ticaret ile uğraştığına dair beyanı ve tüm dosya kapsamına göre sanık Ülkü Kaya'ya vermiş olduğu 25.000 DM'nin uyuşturucudan elde edilen kazancın aklanması faaliyeti olduğu sabit olduğu halde mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 28.12.2011 tarih, 2008/3476 esas ve 2011/27353 karar)**

"...Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığının 14.04.2004 tarih 185/2 sayılı raporunda; sanıkların 09.12.2002 tarihinde Romanya-Macaristan sınırında 64,5kg eroin ile yakalandıkları ve F... B...'in Romanya ilgili mahkemesince 10 yıl hapse mahkum edildiği, S... B...'in ise 20 gün tutuklu kaldıktan sonra Romanya savcılığınca serbest bırakıldığı, sanıkların Akbank Sultanhamam ve Kartal Şubelerinde bulunan hesaplarındaki para hareketlerinin önemli tutarlarda ve dikkat çekici olduğu, 01.01.2000 - 30.04.2002 tarihleri arasında F... B...'in bu şubelerdeki hesaplarına giriş kayıtları bazında toplam 4.854.034.496.242 TL (4,8 Trilyon TL), 1.394.549 ABD Doları, 16.618.462 EURO, 5.501.143 DEM, 311.286 FRF, 3.186.496 HFL, 239.588 DEF tutarlarında para girişi olduğu, hesaplardaki paraların 03.04.2002 tarihi itibarıyla çekildiği, benzer biçimde S... B...'in adı geçen banka şubelerindeki hesaplarına toplam 301.405.767.381 TL, 68.439 ABD Doları, 206.300 EURO, 61.250 DEM ve 20.000 HFL tutarlarında para girişi olduğu tespit edilmiştir.

Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığının 14.04.2004 günlü raporuna atıf yapan 22.06.2004 tarih 2004/6829 esas sayılı iddianamenin anılan raporun tamamını kapsadığı gözetilerek, sanıkların bankada bulunan hesaplarındaki para hareketlerinin çok yüksek miktarlarda ve dikkat çekici boyutlarda olması, banka şubelerinde gerçekleşen yüksek miktarlı bu hesap hareketlerini sanıkların sahip oldukları ... Limited Şirketinin işlem hacmi ile açıklayabilmenin mümkün olmaması, hesaplarındaki bu yüksek miktarların 03.04.2002 tarihi itibarıyla boşaltılmış olması ve sanıkların Romanya-Macaristan sınırında uyuşturucu madde (eroin) ile yakalanmış olmaları karşısında, sanıkların uyuşturucu madde kaçakçılığından elde ettikleri paraları banka şubelerinde gerçekleştirdikleri hesap hareketleri ile karapara aklama suçunu işlemiş oldukları sabit olduğundan, sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 22.11.20011 tarih, 2008/18019 esas ve 2011/24972 karar)**

"...4208 sayılı yasanın 2.maddesi uyarınca karapara, anılan yasa maddesinde sayılan fiillerin işlenmesi sureti ile elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine

dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri,

Karapara aklama suçu da; TCK'nun 296.maddesinde belirtilenler haricinde anılan yasanın 2/a maddesinde sayılan fiillerin işlenmesi sureti ile elde edilen karaparanın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen kara paranın başkalarınca iktisap edilmesi, bulundurulması, elde edenlerce veya başkaları tarafından kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyet yada malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tabi tutulması ve bu hareketlerin gizlenmesi, yukarda belirtilen suçların hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacı ile kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer yoluyla aklanması veya karar paranın tesbitini engellemeye yönelik fiilleri ifade etmektedir. Anılan kanunun 2.maddesinin (a) bendinde, kara paranın sınırlı bir tarifi yapılmış, (b) bendinde ise belirtilen suçu işleyip karaparayı elde eden şahıslarla, karaparayı sonradan ele geçiren şahısların fiillerine açıklık getirilmiştir. Kanunun düzenlenme amacı suçun doğurduğu yasadışı gelirlerin yasal kazanca dönüştürülmesini engellemeye yöneliktir.

Karaparanın, "kaynağının meşru olduğu ispat edilemeyen gelir" olarak kabulü yasada yapılan tanımın genişletilmesi anlamına gelir ki bunu ceza hukukunun temel ilkelerinden suç ve cezada kanunilik kuralı ile bağdaştırma olanağı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141, 5271 sayılı CMK. nun 34, 230 maddeleri uyarınca Yargıtay denetimine olanak sağlayacak biçimde kararın gerekçesinde suç oluşturduğu kabul edilen eylemlerin gösterilmesi, savunmada ileri sürülen hususlar ile hükme esas alınan ve reddedilen delillerin tartışılıp değerlendirilmesi, yüklenen suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğunun açık olarak gerekçeye yansıtılması ve sonuca hangi gerekçelerle ulaşıldığının belirtilmesi gerekirken, sanıkta yakalanan paranın karapara olduğuna ve bu paranın ne şekilde aklandığına ilişkin delillerin neler olduğu karar yerinde gösterilip tartışılmadan, gerekçeden yoksun olarak ve denetime olanak vermeyecek şekilde yazılı biçimde hüküm tesisi..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 29.09.2011 tarih, 2009/10025 esas ve 2011/16724 karar)**

"...Sanıkların işlediği öne sürülen ve öncül suç olduğu kabul edilen eylem nedeniyle İstanbul 12.Ağır Ceza Mahkemesinde açılmış ceza davası bulunduğu anlaşılmaktadır.

Karapara aklama suçundan açılan kamu davasında, unsur olan öncül suçun işlenip işlenmediğinin bu suç yönünden yargılama faaliyetinde bulunmayan hakim tarafından çözümü yani nisbi muhakem ancak öncül suçun yargılama yapılarak kanıtlanmasına olanak bulunmayan sanığın ölümü, zamanaşımı, kamu davasının açılmaması ve benzeri hallerle sınırlıdır.

Sanıklar hakkında açılmış ceza davası bulunduğuna göre, öncül suç konusunda yargılama yetkisine sahip mahkeme ile bu suçun işlenip işlenmediğini nisbi muhakeme yoluyla belirleyecek mahkemenin farklı sonuçlara ulaşabileceği de gözetilerek, öncül suç nedeniyle yapılan yargılama sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş bir karar varsa getirtilip incelenerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 26.10.2011 tarih,**

2009/10740 esas ve 2011/18985 karar)

"...Sanık Y. S.'in (N. K.), fuhuş yaptırmak amacıyla yurt dışından getirttikleri kadınları müşterilerine pazarladıkları ve bu yolla elde edilen paraların kaynağını meşru hale getirmek amacıyla; 13.12.1999'da üçüncü kişiye satışı yapılmış Beşiktaş Ortaköy adresindeki taşınmazı arkadaşı olan sanık B. F. A. adına satın alındığının, yine 6.7.1997 tarihli alım satım sözleşmesiyle U.S. isimli kişiden sanık Y. adına 40.000 USD bedel ile opel marka taşıtın satın alındığının, sanıklar B. F., R. Ç., E. Ü.'in de ortağı oldukları ... ve ... madencilik firmalarını, sanıklar B. F. ve E. Ü.'in ortağı olduğu ... tekstil ile sanıklar B. F. ve Y.'in ortağı olduğu ... tekstil firmasını kurdukları, sanık Y.'in fuhuştan kazandığı paraların sanık B. F. aracılığı ile normal ticari faaliyet görünümü altındaki bu firmalara aktarıldığının, bir kısım paranın borç olarak N. Y. isimli kişiye ticari faaliyetlerde kullanılması amacıyla verildiğinin, banka şubesinde tespit edilen çeklerin sanık B. F. ile RC A. firması tarafından düzenlenerek sanık Y.'e verildiğinin, sanık Y.'in hazırlık soruşturmasındaki ayrıntılı anlatımı ile diğer sanıkların aynı yöndeki ifadeleri ve savunmaları, tapu kaydı, otomobil alım satım sözleşmesi, Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun 19.12.2001 tarihli raporu ve ekleri ile tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında, örgütlü şekilde kara para aklama suçunu işledikleri sabit olan sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatlerine hükmolunması..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 09.03.2011 tarih, 2009/20624 esas ve 2011/2633 karar)**

"...Karapara aklama suçundan açılan kamu davasında, unsur olan öncül suçun işlenip işlenmediğinin bu suç yönünden yargılama faaliyetinde bulunmayan hakim tarafından çözümü yani nisbi muhakeme ancak öncül suçun yargılama yapılarak kanıtlanmasına olanak bulunmayan sanığın ölümü, zamanaşımı, kamu davasının açılmaması ve benzeri hallerle sınırlıdır.

Öncül suç olan dolandırıcılıktan açılan davalar sonunda verilen beraat kararlarına dayanarak kurulan gerekçe doğru ise de; zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldıran davalarda öncül suçun işlenip işlenmediğinin tesbiti bakımından delil değerlendirilmesi yapılmadığından anılan dosyaların getirtilip nisbi muhakeme yoluyla öncül suçun oluşup oluşmadığının tesbit edilerek buna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 16.12.2011 tarih, 2010/13467 esas ve 2011/27195 karar)**

"...Sanık Y. K.'in uyuşturucu madde ticareti suçundan yargılandığı dosyanın soruşturması sırasında verdiği ifadelerinde 2003 yılı Nisan ayında gerçekleştirdikleri uyuşturucu ticareti eyleminden 45.000 Euro 2000 yılında gerçekleştirdiği eylemlerden ise hatırlamadığı miktarda para aldığını belirttiği ve MASAK raporunda sanığın bu paraları bankaya yatırarak nakit çekim, virman ve yatırım hesabı açtırmak suretiyle uyuşturucudan elde ettiği kara parayı akladığının belirtildiği cihetle, uyuşturucu ticaretinden elde ettiği parayı nasıl kullandığının tespiti yönünden sanığın gayrimenkul, menkul ve banka kayıtlarının yeniden araştırılarak toplanacak delillerin değerlendirilmesi suretiyle hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması..." **(Yargıtay 7.Ceza Dairesi, 14.01.2013 tarih, 2011/6702 esas ve 2013/1510 karar)**

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına

dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erdirecektir.

Ders Planı - Gözden Geçirme ve Vaka Çalışması

Amaçlar:

- Katılımcıların yolsuzlukla mücadelede kovuşturmaya ilişkin bilgilerinin pekişmesini sağlamak
- Yolsuzluk kovuşturmalarında belirlenen stratejiye uygun devam edilip edilmediğinin kontrolünü yapmak
- Kovuşturmadan sonuç çıkarırken hakimin vicdani kanaatini oluşturan delillerin değerlendirilmesini anlatmak ve katılımcıların anlamalarını sağlamak

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Tekrarla unutma önlenir.
- Bilgiler pekişir
- Vaka çalışması ile çeşitli olasılıklar ele alınır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar

Yöntemler:

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- Örnek Vaka Çalışması

Rüşvet Suçunda Yapılacak Pratik Çalışmalarda Kullanılabilecek Yargıtay İncelemesinden Geçen Örnek Olaylar

Rüşvet-teşebbüs

OLAY-1: Görülmekte olan bir dava ile ilgili mahkeme 3 kişilik bilirkişi heyetine dosyayı tevdi etmiş, heyette yer alan sanık Şahin davanın tarafı olan şirket yetkililerini arayarak dosya ile ilgili görüşmek istiyor şirket yetkililerinden Mustafa ile buluşuyor. Burada Mustafa, Şahin'e 7000 tl vermeyi kabul ediyor. Mustafa durumu polise bildirerek paraların seri numaraları alınıyor. Sanık paraları aldıktan sonra suç üstü yakalanıyor.

- Sanık parayı öğrenci bursu olarak aldığını söylüyor.
- Müşteki ise lehe rapor vermek için parayı istediğini söylemiş,

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar.

- Sanığın bilirkişilik yaptığı dosyanın incelenmek üzere istenilmesine,
- Sanığı suç üstü yakalayan polis memurları Ali ve Mehmet'in tanık olarak duruşmaya davetlerine,
- Sanığın telefonla görüştüğü şirket yetkilisi Hasan'ın duruşmaya davet edilmesine,
- Müşteki Mustafa'nın duruşmaya davet edilmesine,

- Sanığın parayı burs olarak vereceğini söylediği dernek yetkilisinin tanık olarak duruşmaya davet edilmesine,

KARAR:

Mahkeme sanığın bilirkişi olarak davanın taraflarından birisi ile buluşmasını ve burs adı altında bile olsa para almasını doğru bulmamış sanığın bu parayı rüşvet olarak aldığını kanaat getirerek TCK 252/1 - 5 yıl hapis, 252/2 ½ artırımla 7 yıl 6 ay hapis, 62-1/6 ind- 6 yıl 3 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

YARGITAY:

Mağdurun gerçekte rüşvet verme niyeti olmadığından taraflar arasında özgür iradeleri ile yapılmış bir rüşvet anlaşması yoktur. Eylem rüşvet almaya teşebbüs olur.(Y.5.C.D.2012/9703, 2013/38)

Rüşvet- teşebbüs-indirim-beraat

OLAY-2: Sanıklar Haydar, Türker ve Mustafa belediyede zabıta memuru olarak görev yapıyorlar. Müşteki belediyeden ruhsat almadan işyeri açıyor. Bunu öğrenen sanık Türker, müşterinin iş yerine giderek bunun cezasının büyük olduğunu, iş yerinin kapatılabileceğini belirtiyor başka bir gün Haydar ile birlikte gidip işlem yapmamak için para istiyorlar. Müşteki 150 tl parayı sanıklara veriyor. Bir müddet sonra bu kez sanık Türker ve Mustafa müşterinin iş yerine gelerek aynı şekilde para talebinde bulunuyor. Müşteki parayı vermeden önce belediye başkan yardımcısına durumu iletiyor. Başkan yardımcısı paraların seri numarasını alıp müşteriye, sanıklara vermesini söylüyor. Sanıklar parayı alıp çıkarken belediye başkanı sanıkları yakalıyor. Paralar sanıkların üzerinde yakalanıyor.

Savcılık sanıklar Haydar ve Mustafa'nın TCK 252/1 maddesinden Türker'in ise 250/1, 43 maddesi gereğince cezalandırılmasını istemiştir.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- 1- Sanıkların belediyedeki görevlerinin ne olduğunu belediyeden sorulmasına,
- 2- Mağdurun iş yerini hangi tarihte açtığı, iş yeri açma ruhsatının bulunup bulunmadığı, hangi tarihte ruhsat aldığının araştırılmasına,
- 3-Sanıklarla ilgili belediyede yürütülen disiplin soruşturması olup olmadığı,
- 4-Belediye başkan yardımcısı Zeki'nin tanık sıfatıyla duruşmaya davetine,
- 5-Müştekinin iş yerinde çalışan ve olaylara kısmen tanık olan Hakan ve Tayfur'un duruşmaya davet edilmelerine,

KARAR:

Mahkeme ilk eylemle ilgili müşterinin soyut iddiaası dışında delil bulunmadığından sanıklar Haydar ve Türker'in beraatine karar vermiş, ikinci eylemle ilgili ise sanıkların üzerinden seri numaraları alınmış paraların bulunması ve tanık beyanları ile müşterinin iftira atması için bir neden bulunmadığından Türker ve Mustafa'ya rüşvet suçundan mahkumiyet vermiş ancak eylemin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle TCK 35/2 maddesi gereğince ¼ indirim yapmıştır.

YARGITAY:

Beraat kararı ve rüşvet olduğu görüşü doğru ancak teşebbüs halinde indirim oranı 152/4 maddesine göre yapılmalıdır. TCK 35'e göre.(Y.5.C.D.2011/13190, 2013/109)

Rüşvet- İrtikap

OLAY-3: Sanık belediyede zabıta komiser yardımcısı olarak görevli. Olay günü görevlendirme üzerine müşterinin işyerine gelerek denetim yapıyor. Ümit, müşteriye pastane olan iş yerinin bahçesine yaptığı inşaatın kaçak olduğunu işlem yapmaması karşılığında para istiyor. Müşteki bu teklifi kabul ederek sanığa bir miktar para veriyor.

Savcılık her ikisinin de rüşvet almak ve rüşvet vermekten cezalandırılmasını talep etmiş.

- Sanık denetleme yaptığını, gördüğü eksikliklerle ilgili iş yeri sahibini uyardığını, para almadığını savunmuş.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar:

- Sanık hakkındaki idari soruşturma dosyasının belediyeden istenilmesine,
- Sanığın belediyedeki görevinin ne olduğunun sorulmasına,
- Olay sırasında sanığın yanında bulunan zabıta memuru Mikat ile işyeri çalışanı olan Ferdi'nin tanık sıfatıyla duruşmaya çağrılmalarına,
- Söz konusu iş yerinin bahçesinde ruhsatsız eklentisinin bulunup bulunmadığını araştırılmasına,

KARAR

Mahkeme tanık beyanlarına dayanarak memur olan sanığın, işyeri sahibinden para aldığını kabul etmiş, ancak para alırken "yaptığın eklentinin yıkılmasını, iş yerinin dağılmasını istemiyorsan para vereceksin" demesini manevi cebir olarak kabul etmiş ve eylemin irtikap suçunu oluşturduğuna karar vermiş, işyerinin sahibine ise suçun mağduru olması nedeniyle beraat vermiştir.

YARGITAY:

İrtikap suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı davranış icbar kavramına dahil olduğu, manevi cebirin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, somut olayda ise baskının bu boyuta ulaşmadığını eylemin rüşvet olduğuna karar vermiştir.(Y.5.C.D. 2011/12854, 2013/42)

Görevi kötüye kullanma, rüşvet

OLAY-4: Sanık Hakan havalimanı dış hatlar terminalinde emniyet amiri olarak görevli. Sanık Ahmet'in ise aynı yerde oto kiralama iş yeri var. Sanık Hakan emrindeki polisler sanık Ahmet'in araçlarına elemanlarına kabahatler kanununa göre işlem yapılmamasını istemiş. (6 ay boyunca hiçbir işlem yapılmamış) Bunun karşılığında iki ayrı zamanda kiraladığı araçlarına kira bedellerini ödememiş. Teknik takip ve fiziki takip yapılmış.

Savcılık görevi kötüye kullanmaktan dava açmış.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar:

- Olay tarihinde sanık Hakan'ın emirinde çalışan polis memurlarının tanık olarak duruşmaya çağrılmalarına,
- Sanık Hakan'ın kiraladığı araçların olay tarihinde günlük kira bedellerinin araştırılmasına,
- Sanık Hakan tarafından kullanılan araçların sanığa kiralandığında ve bedellerinin tahsil edildiğine dair işyeri kayıtları üzerinde inceleme yaptırılmasına,
- Sanık Hakan hakkında yürütülen disiplin soruşturma dosyasının istenilmesine,
- Sanık Ahmet'in işyeri, araçları veya çalışanları ile ilgili sanık Hakan'ın amiri olduğu birim tarafından yapılan ceza işlemlerinin nelerden ibaret olduğunun sorulmasına,

KARAR

Mahkeme fiziki takip ve sanıkların ikrarı nedeniyle araçların kullanıldığını kabul etmiş, araçların kira bedellerinin ödendiğine dair hiçbir kayıt olmaması ve uzun süre kiralınmasına rağmen sanık Hakan'a kiralandığına dair hiçbir kayıt tutulmamasını olağan dışı bulmuş ayrıca telefon görüşmelerine göre taraflar arasında samimi bir ilişki olduğu, araçların kiralınması ve bedeli ile ilgili hiçbir konuşma geçmemesi nedeniyle kira bedelinin ödenmediğini kabul etmiş, Ayrıca iş yeri sahibi Ahmet'in haklarında işlem yapılmaması ile ilgili telefonda Hakan'dan talepte bulunması, Hakan'ın kabul etmesi, Hakan'ın polislere buyünye talimat vermesi, tanık polislerden bir kısmının bunu doğrulaması nedeniyle Hakan'ın görevlerinin gereklerine aykırı davranarak yapması gereken işi yapmamak için menfaat temin ettiğini taraflar arasında zamana yayılan bir anlaşma olduğunu kabul ederek eylemin görevi kötüye kullanma değil zincirleme şeklinde rüşvet suçunu oluşturduğuna karar vermiş. (Yargıtay kararı onamış) (Y.5.C.D. 2011/7844, 2013/2366)

Rüşvet, irtikap

OLAY-5: Sanık Zeki trafik polisi olarak görev yapıyor. Durdurduğu minibüsün belediye ruhsatının olmadığını görünce trafikten men etmesi gerekirken evraklarını alarak gitmesine izin veriyor. Minibüsçüler derneğinde değnekçilik yapan sanık Ömer'e evrakları vererek 150 tl aldıktan sonra evrakları vermesini söylüyor. Minibüs şoförünün abisi tanık Şevket, Ömer'e ulaşip evrakları geri istiyor. Ömer, Şevketten 150 tl para istiyor. Şevket ve kardeşi şikayetçi oluyorlar.

Savcılık eylemi rüşvet almaya teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Sanık Zeki, Ramazan olduğu için aracın gitmesine müsaade ettiğini, para istemediğini, sanık Ömer'e Zekin 3 adet ruhsatı kendisinin bıraktığını Şevket'e 150 tl cezası olduğunu söylediğini belirtmiş.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar.

- Sanık Zeki hakkında başlatılan disiplin soruşturmasına ilişkin dosyanın istenilmesine,
- Sanık Zeki'nin olay tarihindeki görevinin ne olduğunun araştırılmasına,
- Tanıklar Şevket ve Ahmet'in duruşmaya çağrılmalarına,

KARAR

Mahkeme Zeki'nin aracın ruhsatını alarak trafikten men etmek yerine gitmesine izin vermesini, ruhsatı değnekçi olan Ömer'e vermesini anlamlı bulmamış ayrıca Ömer'in hiçbir resmi sıfatı olmamasına rağmen 150 tl cezası var diyerek para

istemmesini sanıkların işlem yapmaması karşılığında menfaat temin etmeye çalışmak olarak değerlendirmiş eylemi rüşvet almaya teşebbüs olarak kabul edip uygulama yapmıştır. TCK 37/1 maddesi delaletiyle her iki sanığı müşterek fail olarak cezalandırmıştır.

YARGITAY

Sanık Ömer'in eylemi TCK 39/2-c maddesi kapsamında suça yardım etmedir. Müşterek fail olarak cezalandırılmaz.(Y.5.C.D. 2012/3457, 2013/1174)

Rüşvet, irtikap

OLAY-6: Müşteki Mehmet hakkında yakalama emri var, infaz bürosunda görevli polis memurları Hamdi ve Tayfun müştekinin iş yerine gidip "hakkında yakalama emri var ama sen iyi birine benziyorsun bunu aramızda halledebiliriz". Diyerek tekrar geleceklerini söylüyorlar. Müşteki durumu yetkililere bildirerek seri numarası alınan paraları sanıklar tekrar geldiğinde kendilerine veriyor Paralar Tayfun'un montunun cebinde ele geçiriliyor.

- Sanıklar ilk gittiklerinde müştekinin yakalamasının kalktığını, yazı getireceğini söylediğini ikinci gittiklerinde kaldırma yazısı ibraz ettiğini, bu sırada tuvalete gittiklerini Tayfun'un tuvalete giderken montunu çıkarıp iş yerine koyduğunu paranın bu sırada konulmuş olabileceğini söylemiş.

Savcılık icbar suretiyle irtikap suçundan dava açmış.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar:

- Müştekinin iş yerinde çalışan tanık Feridun'un duruşmaya çağırılmasına
- Sanıklar hakkında yürütülen disiplin soruşturmasıyla ilgili dosyanın istenilmesine,
- Sanıkların olay tarihindeki görevlerinin sorulmasına,
- Müşteki hakkında olay tarihinde yakalama emri bulunup bulunmadığını sorulmasına,
- Müştekinin olayı ihbar ettiği polis amiri ile sanıkları yakalayan polis memurlarının tanık olarak çağrılmalarına,

KARAR

Mahkeme sanıkların sürekli birlikte olmaları nedeniyle sanık Hamdi'nin olayla ilgisi olmadığı ve sanıkların oyuna getirildikleri şeklindeki savunmalarını inandırıcı görmemiş birlikte irtikap suçuna teşebbüs suçunu işlediklerini kabul etmiştir.

YARGITAY

Olaydaki cebir yeterli boyuta ulaşmamıştır. İrtikap olmaz rüşvete teşebbüs olur demiştir.(Y.5.C.D. 2012/12914, 2013/776)

Eğitici belirsiz konu olmamasına varsa da bu konuların açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

Ders sonu:

Ders sonunda ilgili materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Ders Planı - Modülün Tamamına İlişkin Vaka Çalışması**Amaçlar:**

Tüm katılımcıların yolsuzlukla mücadelede etkin soruşturma yöntemleri ile ilgili olarak genel bir tekrar sağlayacak vaka çalışması ile bilgilerin tümü pekiştirmek

Hedefler

Ders sonunda öğrenciler;

- Yapılan vaka çalışması ile hatalı bilgiler düzeltilme imkanı bulur.
- Bilgiler pekişir
- Vaka çalışması ile çeşitli olasılıklar ele alınır.

Öğretim yöntemleri dahil içerik, kullanılan görsel ve işitsel materyaller ve gerekli kaynaklar**Yöntemler:**

- Konunun PowerPoint ile sunulması
- Soru-cevap yöntemi ile eğitici tarafından yönlendirilen tartışma

Materyal:

- Tahta, kalem, PowerPoint / Perde,

Dağıtılacak materyal

- 2 Adet Vaka Çalışması

Giriş:

- Eğitici, oturumu ve modül ile modülü teşkil eden bölümlerin önemini açıklayacaktır
- Eğitici daha sonra PowerPoint sunumuna geçerek, akışın ve gidişatın katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlayacaktır.
- Eğitici belirsiz konu olmamasına varsada bu konularına açıklığa kavuşturulmasına dikkat etmelidir.

ÖRNEK OLAY 1

Süleyman Bey yüksek lisans çalışmasını toplum-temelli polis hizmeti konusunda yapmış bir polis komiseridir. Bu konu, yeni kamu yönetimi (YKY) yaklaşımı bağlamında, polislerin halka yönelik hizmetlerinin nelere odaklanacağı konusunda yoğunlaşır. YKY, temel olarak ekonomi, etkinlik ve etkililik ile ilgilidir ve kamu hizmetlerinin verilmesinde özel sektör yönetim tekniklerinin kullanılmasını esas alır. Süleyman Bey, YKY'nin polis hizmetlerine olan etkileri üzerine yoğunlaşmış ve yüksek lisans çalışmasında yerel polis hizmetlerini incelemek üzere bu yaklaşımı kullanan bir çerçeve geliştirmiştir. Bu çalışma özel olarak, doğrudan halkla temas halinde olan yerel polis merkezinin polislik hizmeti verirken rolünün ne olacağını (personel kadrosunun nasıl olacağı, halka "kullanıcı-dostu" olarak nasıl görüntü vereceği, performansının nasıl ölçülebileceği ve bunun gibi) açıklamaktadır.

Süleyman Bey araştırmaları için, polis merkezlerini ziyaret etmiş ve belli sayıdaki polis merkezlerinde polisler anketler uygulamıştır. Kursta ise, bir yönetici olarak eylem planlarını, vatandaş memnuniyet anketlerini, bütçe aktarımlarını, çalışma planlamasını, performans (başarı) göstergelerini ve hedeflerini kapsayan polis hizmetlerinin örgütlenmesi ve dağıtılması ile ilgili yetiştirilmesi amaçlanmıştır. Yüksek lisans çalışmasını bitirmiş ve yaptığı çalışmalar ile de yüksek takdir

kazanmıştır. Süleyman Bey, bu yöntemleri uygulamak için hevesli bir şekilde işine dönmüştür. İl Emniyet Müdürü'nün modernizasyon çalışmalarını başlatmak için çok istekli olduğu, Ankara'nın merkezindeki bir yere komiser olarak atanmıştır.

Süleyman Bey, projenin pilot olarak uygulanması düşünülen 10 polis merkezinden sorumludur ve hepsine kısa süreli ziyaretler gerçekleştirdikten sonra bu merkezler arasında yer alan "Konak" polis merkezini tekrar ziyaret ederek çalışmalara başlar. "Konak Plaza" otelinin yakınında bulunan bu polis merkezinin yerini belirtmek için herkes bu ismi kullanmaktadır. Bu alanda, birçok restoran, kafe, mesken olarak kullanılan apartmanlar, bazı elçilikler ve birçok işletme bulunmaktadır. Polis merkezi binası, boyasının yıpranmış, duvarında çeşitli posterler bulunan, bekleme bölümünde bir bankın ve arka tarafından bürolara açılan bir bankonun bulunduğu tipik bir eski yapıdır. Bürolarda, her yerdeki polis büroları gibi dağınık şekilde kağıtlarla dolu dosya ve malzeme dolapları bulunmaktadır.

Süleyman Bey içeri girdiğinde, yaşlı bir çift bankta sessiz bir şekilde beklemektedir ve komiser muavini ile bir polis memuru bankonun arkasında konuşmaktadır. Süleyman Bey "merhaba" der ve bürolara doğru yönelir. Bazı sıraların arkasında duvara iğnelenmiş, çocuklar tarafından çizildiği belli olan resimlerin bulunduğunu fark eder. Masaların üzerinde de, bir tanesi polis merkezine çok yakın olan, ünlü bir kahve dükkânına ait kağıt kahve bardakları durmaktadır. Şaka olarak, memurların ücretlerinin kendilerine iyi kahve ve çocuklarına ise yeterince resim kâğıdı ve kalemi almaya yetecek kadar yüksek olmasından memnun olduğunu söyler. Memurlardan bir tanesi güler ve "bize burada çok iyi bakıyorlar" cevabını verir.

Süleyman Bey yolunun üzerindeki bankonun önünde durur. Komiser muavini Yılmaz Bey, kamerasını kaybeden yabancı bir turist ile konuşmaktadır. Duyabildiği kadarıyla, turist Konak Plaza otelinde kalmaktadır ve otelin müdürü Yılmaz Bey'i görmesini söyleyen bir not ile onu polis merkezine göndermiştir. Turistin ülkesine döndüğünde sigorta şirketinden kaybedilen eşya tutarını talep edebilmesi için, polisin rapor tutması gerekmektedir. Yılmaz Bey ayrıntıları öğrenir ve öğleden sonra gerekli evraklarla birlikte yeniden gelip raporu almasını söyler. Turist karakoldan ayrılırken, Yılmaz Bey Süleyman Bey'e döner ve kendisiyle görüşmek isteyip istemediği sorar. Süleyman Bey, "bankta oturan çift ile ilgilendikten sonra görüşelim" diye yanıtlar. Yılmaz Bey omzunu silkeler ve onların bekleyebileceğini söyler. Yılmaz Bey onlarla sonra ilgilenecektir. Süleyman Bey "Onlarla şimdi ilgilenin. Ben birazdan geri döneceğim" diye yanıtlar.

Süleyman Bey, Yılmaz Bey'in tutumunu, polis merkezlerinin yapısını ve kursta öğrendiği yeni fikirleri düşünmektedir. Süleyman Bey'in elinde, polis hizmetinin verilmesi konusunda fikir almak istediği o bölgede bulunan işadamları, politikacılar, elçilikler, sivil toplum kuruluşları vb.den oluşan bir liste bulunmaktadır. Birçoğu polisin tutumu ve polis merkezlerinden aldıkları tepkilerden övgüyle söz etmektedirler. Süleyman Bey Konak Plaza Otelini ziyaret ettiğinde, Genel Müdür Enver Bey'in, polis merkezinden aldıkları hizmetten çok mutlu olduğunu görür. Otelde kalan misafirlerinin her hangi bir probleminde memurların konuyla içtenlikle ilgilendiklerini ve otelde meydana gelen herhangi bir soruna da anında müdahale ettiklerini belirtmiştir. Bunun karşılığında da, otel olarak polis merkezini desteklemekten her zaman mutlu olduklarını ifade etmiştir. Süleyman Bey, bunun nasıl bir destek olduğunu sorar. Enver Bey otelde kalan misafirlerin zaman zaman polis belgelerine ihtiyaç duyduğunu ve bu hizmeti polis merkezinden sorunsuz aldıklarını ifade etmiştir. Bu arada polis karakoluna her ay birkaç kutu fotokopi kâğıdı ve diğer büro malzemesi vermekten mutlu olduğunu söylemiştir. Yenisiyle değiştirilmesi gereken eski bir yazıcıyı bile karakola verdiklerini de belirtmiştir. Enver Bey bölgedeki birçok şirketin aynı şeyi yaptığını, bu durumu şirketlerin kendi

otelinde gerçekleştirilen düzenli toplantılarından bildiğini belirtmiştir. Aslında polis memurlarının ara sıra çevredeki işyerlerini dolaşarak ekipman ve diğer malzemeleri (çay ya da kahve gibi) almalarına bir son verilmiştir. Buna karşılık, işyerleri polis karakollarının aylık ihtiyaçlarını karşılama konusunda gayri resmi olarak anlaşmışlardır.

Süleyman Bey bu geleneğin farkındadır, ancak bunun organize bir şekilde yürütülmesi kendisini biraz olsun şaşırtmıştır. Bunun aynı zamanda polis merkezindeki memurların kültürleri ve tutumları üzerindeki etkileriyle de ilgilenmektedir. Özellikle de polislerin turistlere ve yaşlı çiftte gösterdikleri farklı davranışları hatırladığında kaygılanmıştır.

Süleyman Bey, Yılmaz Bey ile bir görüşme ayarladı. Yılmaz Bey Süleyman Bey'in sorularını ı duyunca biraz şaşırdı. Polis merkezine ayrılan bütçenin sunulan hizmetler için hiç bir zaman yeterli olmadığını anlattı. Memurları şirketlere, sadece fotokopi kağıdı, kahve, kalem gibi ihtiyaç malzemeleri bittiğinde gönderdiğini söyledi. Ayrıca Süleyman Bey'in selefinin bunu daha iyi şekilde organize etmek için çalıştığını ve böylece merkeze yakın şirketlerin, söz konusu destekleri düzenli bir şekilde yapmaya başladığını da belirtti. Bunun planlama yönünden daha iyi olduğunu, böylece, polis merkezinin taleplere her zaman daha etkin bir şekilde yanıt verebildiğini ve çevredeki şirketlerle ilişkilerin de iyi olduğunu ekledi.

ÖRNEK OLAY 2

Yılmaz Bey ve Güngör Bey arabaya binerler ve havaalanına doğru yola çıkarlar. Yolda Güngör Bey'in telefonu çalar. Kızı uçaktan inmiştir ve onu beklemektedir. Güngör Bey öne doğru eğilir ve şoförüne acele etmesini söyler. Birkaç dakika sonra Güngör Bey'in telefonu tekrar çalar, telefondaki karısıdır, nerede olduğunu sorar ve acele etmesini ister. Bu kez Güngör Bey sinirli bir şekilde şoföre hızlanmasını söyler. Sonrasında tam onlar şerit değiştirerek bir otobüsü geçecekleri sırada, önlerindeki otobüs de sollama yapar. Güngör Bey'in yüzü sinirden kıpkırmızı olur ve şoföre şöyle bağırır: "Diğer şeride geç, bütün gün bekleyemem!". Sürücü tam tekrar şerit değiştireceği sırada eski bir kamyon aniden önlerine çıkar ve arabayla kamyon çarpışıp dururlar. Bakanlık şoförü ve Güngör Bey arabadan inerek kamyon sürücüsüne bağarmaya başlarlar. Bakanlık şoförü çamurluğu içine çökmüş olan makam arabasının hasarını incelemektedir. Kamyonun hasarı daha kötü görünmektedir; tekeri hafifçe eğilmiştir. Kamyon sürücüsü de, bakanlık arabasının çok hızlı olduğunu ve bir şeritten diğerine tehlikeli bir şekilde geçtiğini söyleyerek bağırmaktadır. Kamyon sürücüsü kamyonu binip aracı çalıştırır, ancak tekerdeki hasar yüzünden yola devam edemeyeceğini anlar. Bunun üzerine kamyon sürücüsü kamyonundan iner ve bakanlık şoförüyle Güngör Bey'e sadece arabasına zarar vermekle kalmadıklarını, kazanın da onların hatası olduğunu yüksek bir sesle söyler. Kamyonun kendisinin gelir kaynağı olduğunu; onu tamir ettirmek için hiç parasının olmadığını; lüks arabalara binen insanların hepsinin aynı olduğunu ve yaptıklarının sorumluluğundan kaçmaya çalıştığını söyleyen sürücü, gittikçe daha da sinirlenir. Kamyon şoförü şikâyetlerini toplanmaya başlayan küçük kalabalığa anlatmaya başladığı sırada Güngör Bey'in cep telefonu yeniden çalar. Şoföre durumu işaret ederek, derhal arabaya dönmeleri gerektiğini söyler.

Güngör Bey, olaylar süresince hep arabada oturan Yılmaz Bey'in yanına döner ve "Bu virane araçları yasal her hangi bir sigortası olmadan kullanan ahmak tiplerin hepsi aynıdır ve karşılındakileri suçlamaya çalışırlar. Gördüğümüz gibi bu olay kamyoncunun suçuymuş ve sorun burada bitmiştir". Daha sonra makam aracının şoförüne döner ve "Yaptığını beğendin mi? Pekala, yarın arabayı garaja götür tamir ettir. Şimdi havaalanına gidelim ve kızımı alalım" der.

Yılmaz Bey o an için hiçbir şey söylemez, ancak 2 hafta sonra Kamu Görevlileri Etik Kurulundan bir müfettiş tarafından telefonla aranır. Müsteşarın arabasının da dahil olduğu kazada tekerinin dingili tamir edilemez şekilde eğilen kamyon sahibi, zararının tazmin edilmemesi ve kendisine kaba davranılması nedenleriyle Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na başvuruda bulunmuştur. Şikâyetçiye durum anlatılmış ve kamyon sürücüsü de iddialarını doğrulayacak şahitleri olduğunu ileri sürmüştür. Müfettiş, Yılmaz Bey ile bu durumu görüşmek istemektedir. Ayrıca Müfettiş, Yılmaz Bey'den bu sorunu kimse ile görüşmemesini istemiştir. Ertesi gün Güngör Bey, Yılmaz Bey'i odasına çağırır ve konu ile ilgili şikâyetten haberdar olduğunu ve muhtemelen bir müfettişin de Yılmaz Bey ile görüşebileceğini söyler. Bu arada durumun kamyon sürücüsünden kaynaklanan talihsiz bir kaza olduğunu da ifade eder. Güngör Bey, personelinin kendisine bağlılığına değer verdiği için, Yılmaz Bey'in kendisini destekleyeceğinden emin olmakla birlikte kazanın suçunun bakanlık şoföründe kalması halinde, şoförün başının derde girebileceğini Yılmaz Bey'e hatırlatır.

Ders sonu:

Ders sonunda eğitici iki materyali dağıtıp, bu materyallerin yolsuzluk konusundaki özel çalışmalarında kullanılabileceğini söyleyecektir ve oturumu sona erecektir.

Yolsuzluk soruşturmalarının planlanması, yürütülmesi, tamamlanması ve raporlanmasına ilişkin proaktif örnekler

VAKA ÇALIŞMASI

Yolsuzluk davalarının etkili bir şekilde soruşturulması

Bir yolsuzluk soruşturmasına kolluk perspektifinden bakış

Aşağıda gerçek hayatta bir polis operasyonu niteliğinde olabilecek bir vaka genel hatlarıyla anlatılmıştır. Dava polis birimleri arasında örgütlü suç ve yolsuzlukla ilgilidir.

Bu vakanın kullanılmasındaki amaç, resmi görevlilerin usulsüzlüklerini de içeren davaların soruşturulmasında yerel ve uluslararası düzeyde karşılaşılan kurumsal, yasal ve operasyonel sorunların proaktif bir şekilde nasıl çözülebileceğini göstermektir.

Her aşamada gruptan stratejik ve taktiksel plan yapmaları, risk değerlendirmesi yapmaları ve ilgili delil/kovuşturma konuları ve usullerinin ne olması gerektiği konusunda karar vermemeleri istenecektir.

Gruptan ayrıca operasyona katılan çeşitli kolluk kurumları arasında nasıl bir işbirliği ve eşgüdüm sistemi oluşturulabileceği konusunda düşünmeleri istenecektir.

Safha 1

1. Bir muhbirden alınan bilgiye göre, bir dedektif, daha önceden insan kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, fuhuş ve uyuşturucu kaçakçılığından mahkûmiyeti bulunan büyük ve örgütlü bir suçlunun liderliğindeki uyuşturucu örgütü ile irtibata geçmiştir. Ayrıca terörist bir grupla da temasa geçtiği iddia edilmektedir. Soruşturmacıya verilen görev, uyuşturucu örgütü adına kara para aklayan ve bir kokain sevkiyatı için İspanya'da yatırılmış olması gereken nakit 1,000,000 dolar ile ortadan kaybolan kişiyi takip etmektir.

Daha önceden elde edilen istihbarat ve telefon dinlemelerine göre dedektifin teslimatın bir bölümü için ilgili suç örgütü ile 400,000 dolar ayırdığı bilinmektedir. Bu para depozit olarak verilmiştir.

2. Soruşturmacıya kara para aklayan kişinin bilgileri verilmiştir ve bu kişinin en az bir bankada kasası olduğu tespit edilmiştir. Dedektif bilinmeyen nedenlerle bir meslektaşına sahte bilgi vermiş ve tespit edilen bir emniyet kasasında uyuşturucu olduğunu söylemiştir. Soruşturmacı bir arama emri çıkarmış ve boş olup olmadığını tespit etmek üzere kasayı aramıştır.

Bu şartlar altında bu safhada siz ne yapardınız?

Yolsuzluk konusunda uzman olan kolluk görevlisinin görevi, uyuşturucu örgütü ile olan bağlantılarına dair delil elde etmek amacıyla Dedektife karşı proaktif bir operasyon düzenlemektir.

Bu tür bir operasyona kimleri dahil edersiniz ve bu operasyonu nasıl düzenlersiniz?

Öncelikleriniz ne olur?

Safha 2

3. Çok sayıda pazarlıktan sonra parayı aklayan kişi şüpheli bir şekilde polise teslim olur ve hayatlarının tehlikede olduğunu ve ellerinde uyuşturucu şebekesine ait en az 1,000,000 dolar olduğunu kabul eder. İlgili suçlamalar yapıldıktan sonra kişiler gözaltına alınır.

4. Yolsuzlukla Mücadele Şube Müdürü, para aklayan bu kişilerin kontak kişisini kullanarak bankaya gitmeye ve banka kasasının neden arandığını öğrenmeye çalışmaya karar verir. Bu kontak kişisi aynı zamanda, dedektifin veya ona bağlı kişilerin temas kurması veya oteli ziyaret etmesi umuduyla son dönemde para aklayanlar tarafından kullanılan bir otelin telefon numarasını bırakacaktır.

Yolsuzlukla mücadele ekibi otelde bir oda kiralar ve odaya teknik kayıt cihazı yerleştirir. Niyetleri söz konusu dedektifin odaya gidip gitmeyeceğini görmektir. Dedektifin para aklayan kişiyi takip edeceği veya bulmak isteyeceğinden şüphelenilmektedir.

Odada para aklayan kişiye ait bir kaç eşya bırakılır ve otel dışında park edilmiş kiralık bir araba vardır. Polis arabada, para aklayan kişinin daha önceden kaldığı bilinen kiralık bir eve ait belgeler görmüştür. Amaç Dedektif ve belki de suç örgütünün bazı üyelerini evde tuzağa düşürerek niyetleri hakkında delil elde etmektir.

Buradaki sorunlar nelerdir?

(1) Otel odasında gizli kayıt cihazı kullanmakla ilgili sorun nedir? Cihazın sadece ses kayıt cihazı olması veya cihazın görüntü alabilen veya video kaydı yapabilen bir cihaz olması önemli midir?

(2) Bu tür bir operasyondan kaynaklanabilecek uygulama sorunları nelerdir?

(3) Bu tür bir operasyondan kaynaklanabilecek hukuki sorunlar nelerdir?

(4) Emniyet tedbiri olarak neler kullanılmalıdır?

Safha 3

5. Suç örgütü için çalışan bir kişi kendini para aklayan kişi gibi göstererek bankaya telefon eder. Arama emrini talep eden soruşturma görevlisi ile temasa geçilir. Aramadan sonra bu kişinin yolsuzluk şebekesinin bir parçası olduğu ve para aklayan kişinin olduğunu iddia ettiği ikinci bir otelin adını tespit ettiği ve söz konusu Dedektifle temasa geçtiği bilgisi soruşturmacılara verilir.

1. Oteldeki şüphelilerin hareketlerini tespit etmek ve delil toplamak için yapılabilecek operasyon planı ne olabilir?

2. Riskler dikkatle değerlendirilmeli ve operasyona otel güvenliği veya personeli gibi kişilerin katılım katılmayacağı ve bunu riskleri değerlendirilmelidir.

3. Daha fazla arama emri çıkartılmalı mıdır?
4. Bu tür bir vakada ne tür bir kayıt yapılmalıdır?

Safha 4

6. Sonraki bir istihbarata göre esas suçlu ve aşka bir şüpheli otele gelir ve odaya girer. Para aklayan kişinin geri döneceğini düşünürler (aslında bu kişi polis tarafından gözaltına alınmıştır). Yarın saat içinde Dedektif ve yolsuzluğa karışmış diğer meslektaş otele gelir. Sonrasında, esas şüpheliyle gelen bir tetikçi (X) ile para aklayan kişinin kaçırılması ve işkence edilmesi konusunda tartışma olur.

7. Bütün şüpheliler odayı terk eder ve gözaltında olan para aklayan kişinin dışarıda duran arabasının lastiklerini bıçakla patlatırlar. Fakat arabayı aramazlar ve dolayısıyla da kiralanan evle ilgili bilgileri bulamazlar. İki gün geçer ve ortalık sakinleşir.

Operasyonun ileriye götürülmesi, geliştirilmesi veya tam tersi için ne tür bir operasyonel plan yapardınız?

Safha 5

8. Yolsuzluğa karışmış soruşturmacının daha fazla kokain almak için bilinmeyen bir uyuşturucu örgütü ile temasa geçmeye çalıştığına dair istihbarat alınır. Daha da önemlisi, esas şüpheli ve uyuşturucu örgütünün başı ile ortağı, şüpheli tetikçinin, para aklayan kişinin polise gitmiş olabileceğinden şüphelenmeleri nedeniyle İspanya'dan ayrılma konusunda konuştukları duyulur.

Bu aşamada ne yaparsınız?

Yakalama için yeterince deliliniz var mıdır?

Safha 6

9. Tetikçi (X) ülkeyi terk eder ve nerede olduğu başta bilinmemektedir. Yolsuzluk şebekesinin geri kalanı ve uyuşturucu örgütünün başı yakalanır. Daha sonradan yapılan araştırmalar neticesinde X'in bir kaç gün kalıp Portekiz üzerinden İspanya'ya geri döndüğü tespit edilir. Dedektifin tespitleri daha önceden Ürdün vatandaşı olan bilinmeyen bir şüphelinin (Y) olduğunu gösterir. Y'nin Güney Amerika'dan Batı Avrupa'ya ve Orta Doğu'ya yapılan kokain sevkiyatında esas kişi olduğundan şüphelenilmektedir. İspanya polisi aylarca Y'nin telefonlarını tarafından dinler ve teknik araçlarla izler. Bu kişinin Avrupa ve Ürdün dahil Ortadoğu'da bir şebekesi olduğu düşünülmektedir. Y'nin "kirli" parasını Amsterdam'da meşru bir şekilde faaliyet gösteren bir mücevherat şirketi aracılığıyla akladığından şüphelenilmektedir.

Aşağıdaki kişiler hakkında neler yapılabilir:

(a) Tetikçi X: ülkesine iade edilebilir mi, veya İspanyol polisi tarafından bir tür komplo suçuyla suçlanıp, hakkında kovuşturma başlatılabilir mi?

(b) Y hakkında ne yapılabilir; İspanya, Batı Avrupa ve Orta Doğu'ya

uyuşturucu sevkiyatı yapılmasında X ve muhtemelen başka kişilerle suç ortaklığı yaptığından şüphelenilmektedir?

(c) Amsterdam'daki kara para aklama operasyonunda neler yapılabilir, Ürdün makamları kimden ne tür bilgi talebinde bulunabilir?

2

TÜRK MEVZUATINDA YARGI ETİĞİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

2. Türk Mevzuatında Yargı Etiğine İlişkin Düzenlemeler

Sözlük anlamı olarak etik; bir toplumda, belli bir yaşam anlayışından kaynaklanan ve mutlak olarak iyi olduğu düşünülen davranış kurallarının tümü olarak tanımlanabilir.

Kamu görevlisi için mesleki anlamda etik; kamu görevi yapılırken mesleğin gerektirdiği normlar ve kurallar dairesinde hareket edilmesidir.

Yargı mensubu için etik dendiği zaman ise yargı hizmetini yerine getirenlerin bu görevleri sırasında uymakla yükümlü oldukları mesleki ve ahlaki kurallar bütünü aklı gelmekte olup, bu kurallar yargı profesyonellerinin mesleğe, kamuoyuna, meslektaşlarına, iş sahiplerine ve birlikte çalıştıkları personele karşı yükümlülüklerini ifade eder.

Ülkemizde 08.06.2004 tarihinde yürürlüğe giren ve kamu görevlilerinin etik kodlarını düzenleyen 5176 sayılı "Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun"un 1. maddesinin 3. fıkrası gereğince yargı mensupları bu Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur.

Hukuk sistemimizde yargı mensupları için "Yargı Etiği" başlığı altında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Türk yargı mensupları için etik kodlarının yazılı hâle getirilmesi hususunda HSYK'nın çalışmaları devam etmektedir.

Hukuk sistemimizde yargı etiğine ilişkin Anayasa, kanun ve yönetmeliklerde bir kısım düzenlemeler bulunduğu gibi, Birleşmiş Milletler Teşkilatı tarafından 23 Nisan 2003 tarih ve 2003/43 sayılı Karar'la kabul edilen 'Bangalore Yargı Etiği İlkeleri' ve 31 Mayıs 2005 tarihinde Avrupa Savcılar Konferansı tarafından kabul edilen Savcılar İçin Budapeşte Etik İlkeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, 27.06.2006 gün ve 315 sayılı Karar ile benimsenmiş ve Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 14.11.2006 gün ve 100289 sayılı yazısı ile yargı mensuplarına duyurulmuştur. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007/5 esas ve 2007/244 karar sayılı Karar'ında, Bangalore Yargı Etiği İlkeleri ve Budapeşte Etik İlkelerine atıf yapmıştır. Disiplin suçlarına bakan HSYK 3. Dairesi, Hâkim ve Savcılar hakkındaki şikâyetleri, 2802 sayılı Yasa'nın 62-72 maddelerindeki disiplin cezaları yönünden değerlendirirken Bangalore ve Budapeşte İlkelerini dikkate almakta ve kararlarında bu ilkelere de atıf yapmaktadır. Görüldüğü üzere; Bangalore Yargı Etiği İlkeleri ve Budapeşte Etik İlkeleri, Türk hâkim ve savcılarını bağlayıcı nitelikte olduğundan yargı etiği hususunda mevzuatımızda bir eksiklik bulunmamakla birlikte, ülkemiz hâkim ve Cumhuriyet savcılarında özel, millî kültür ve anlayışımıza uygun etik kodların belirlenmesi de faydalı olacaktır.

Türk Mevzuatındaki Etik Kurallar

Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesi, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine ilişkindir:

"Madde 138- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında

mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Anayasa'nın hâkimlik ve savcılık teminatını düzenleyen 139. maddesi bağımsızlık, tarafsızlık ve mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir:

“Madde 139- Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa’da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”

Anayasa'nın hâkim ve savcıların başka görev alamayacaklarını düzenleyen 140/5 maddesi tarafsızlık, eşitlik, mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir:

“Madde 140/5- Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.”

Hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddini düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilgili maddeleri tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir:

“Madde 34- (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekilmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olduğu davada,*
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında,*
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında, ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında,*
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında,*
- e) Nişanlısının davasında,*
- f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyumu veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.*

Madde 36- (1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

- a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş veya yol göstermiş olması,
- b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması,
- c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim veya hakem sıfatıyla hareket etmiş olması,
- ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması,
- d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması."

Hâkimin davaya bakamaması ve reddini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ilgili maddeleri tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir:

"Madde 22- (1) Hâkim;

- a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,
- b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayyumluk ilişkisi bulunmuşsa,
- c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise
- d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa,
- e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dâhil kan hısımlığı varsa,
- f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dâhil kayın hısımlığı varsa,
- g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
- h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz.

Madde 23- (1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.

(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.

(3) Yargılamanın yenilenmesi hâlinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz."

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun bağımsızlık, teminat ve ödevleri düzenleyen 4. maddesi bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine ilişkindir:

"Madde 4- Hâkimler mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun adayların niteliklerini düzenleyen 8. madde j fıkrası mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir:

"Madde 8 (j): Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak,..."

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun derece yükselmesinin koşullarını düzenleyen 21. madde c. fıkrası mesleğe yaraşırılık, ehliyet ve özen ilkesine ilişkindir:

"Madde 21 (c): Ahlaki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaları, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen işleri, örnek karar ve mütalaaları ve varsa mesleki eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri göz önünde tutularak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca ilan edilen derece yükselme ilkelerinde aranan koşulları taşımaları, gerekir."

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun özel durumlarda atamayı düzenleyen 46. maddenin 3. fıkrası mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir.

"Madde 46/3: Bulundukları yerde kendi kusurları olmaksızın; herhangi bir nedenle hâkimlik ve savcılık mesleğinin gerekli kıldığı şeref veya tarafsızlıkla görev yapamayacakları veya bulundukları yerde kalmaları mesleğin nüfuz ve itibarını sarsacağı soruşturma veya belgelerle anlaşılanlar, isteklerine bakılmaksızın bulundukları bölge içinde başka bir yere atanırlar." şeklindedir. Bu düzenleme hâkim savcıların tarafsızlığı ilkesine ilişkin bir düzenlemedir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun başka iş ve görev almayı düzenleyen 48. madde 4. fıkrası tarafsızlık, eşitlik, mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir:

"Madde 48/4: Hâkim ve savcılar, kanunlarda belirlenenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar, kazanç getirici faaliyetlerde bulunamazlar. Eşlerinin, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini Adalet Bakanlığına on beş gün içinde bildirmekle yükümlüdürler."

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun disiplin cezalarını düzenleyen 63/a maddesi- ehliyet ve özen ilkesine, 63/b maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 63/c maddesi- mesleğe yaraşırılık ve özen ilkesine, 63/d maddesi- mesleğe yaraşırılık ve özen ilkesine, 65/a maddesi- tarafsızlık ve dürüstlük ilkesine, 65/b maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 65/c maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 65/d maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 65/e maddesi- dürüstlük ilkesine, 65/f maddesi- ehliyet ve özen ilkesine, 65/g maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 65/h maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 66/a maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 66/b maddesi- tarafsızlık, dürüstlük ve mesleğe yaraşırılık ilkesine, 66/c maddesi- dürüstlük, ehliyet ve özen ilkesine, 66/d maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 67/a maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 67/b maddesi- tarafsızlık, dürüstlük ve mesleğe yaraşırılık ilkesine, 68/a maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 68/b maddesi- tarafsızlık ilkesine, 68/c maddesi- tarafsızlık ve eşitlik ilkesine, 68/d maddesi- mesleğe yaraşırılık ilkesine, 68/e maddesi- tarafsızlık ve eşitlik ilkesine, 68/f maddesi- dürüstlük ilkesine ilişkindir:

"Madde 63- Uyarma: Görevde daha dikkatli olunması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezası:

- a) Görevde kayıtsızlık ve düzensizlik,
- b) Meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine karşı kırıcı davranmak,
- c) Mazeretsiz olarak göreve geç gelmek ve görevden erken ayrılmak,
- d) Kanun, tüzük, yönetmelik karar ve talimatlarda açık olarak belirtilen konularda, işi uzatacak şekilde davranışlarda bulunmak, yazı ve tekitleri zamanında cevaplandırmamak,
- e) Nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak, hâllerinde uygulanır.

Madde 65- Kınama: Belli bir eylem veya davranışın kusurlu sayıldığı yazı ile bildirilmesidir.

Kınama cezası:

- a) Hizmet içinde ve dışında, resmî sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,
- b) Kılık ve kıyafetinde mesleğin gerektirdiği saygınlığı gözetmemek,
- c) Devlete ait araç ve gereçleri özel işlerde kullanmak,
- d) Meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak,
- e) Eşlerinin, reşit olmayan veya kısıtlanmış çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini on beş gün içinde Adalet Bakanlığına bildirmemek,
- f) Adalet Bakanlığının mevzuat uyarınca verdiği talimatı yerine getirmemek, büro ve kalemlerin denetimini ihmal etmek,
- g) Görevin iş birliği ve uyum içerisinde yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunmak,
- h) İzinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın kesintisiz üç gün göreve gelmemek,
- ı) Nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak, hâllerinde uygulanır.

Madde 66- Kademe ilerlemesini durdurma: İlgilinin bulunduğu kademe, ilerlemesinin bir yıl süre ile durdurulmasıdır.

Kademe ilerlemesini durdurma cezası :

- a) Mazeretsiz olarak göreve geç gelmeyi veya erken ayrılmayı alışkanlık hâline getirmek,
- b) Ödeme gücünün üstünde borçlanmak suretiyle borçlarını ödeyemez duruma düşmek veya kesinleşmiş borcunu kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak,
- c) Belirlenen durum ve sürelerde mal beyanında bulunmamak,
- d) İzinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın kesintisiz 4 -9 gün göreve gelmemek,
- e) Nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak, hâllerinde bulunur.

Madde 67- Derece yükselmesini durdurma: İlgilinin bir üst dereceye yükselmesinin iki yıl süre ile durdurulmasıdır.

Derece yükselmesini durdurma cezası:

- a) İzinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın, bir takvim yılı içinde, toplam on beş gün göreve gelmemek,
- b) Meslek mensuplarına yasaklanmış veya mesleğin gerekleriyle bağdaşmayan kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak.

Madde 68- Yer değiştirme: Bulunulan bölgenin en az bir derece altındaki bir bölgeye o bölgedeki asgari hizmet süresi kadar kalmak üzere atanmak suretiyle görev yerinin değiştirilmesidir.

Yer değiştirme cezası:

a) Kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek,

b) Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak,

c) Hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak,

d) Göreve dokunacak surette ve kendi kusurlarından dolayı meslektaşlarıyla geçimsiz ve dirliksiz olmak,

e) Madde tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile, rüşvet aldığı veya irtikâpta bulunduğu kanısını uyandırmak,

f) Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediye kabul veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak,

hâllerinde uygulanır.”

6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun, kurul müfettişlerinin görev ve yetkilerinin sınırını düzenleyen 17. md. 4. fıkrası bağımsızlık ilkesine ilişkindir:

“Madde 17/d: Kurul müfettişleri, denetimlerde, yargı yetkisine ve yargısal takdire giren konulara karışamazlar, tavsiye ve telkinde bulunamazlar.”

“Bangalore Yargı Etiği İlkeleri” ve “Savcılar İçin Budapeşte Etik İlkeleri”, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, 27.06.2006 gün ve 315 sayılı Karar ile benimsenmekle birlikte, ayrıca HSYK’nın 30.09.2011 tarihinde kabul edilen 14 no.lu Genelge’nin 2. paragrafında, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik ve özen ilkelerine vurgu yapılmıştır.

14 no.lu Genelge’nin ikinci paragrafı: *“Hukukun üstünlüğünü tehlikeye atan, adaleti ve demokrasinin kurum ve değerleri yanında ahlaki değerleri zayıflatan, siyasi istikrarı tehdit eden, ekonomik ve sosyal kalkınmayı engelleyen, toplumsal barış ve güvenliğin bozulmasına sebep olan ve kimi zaman ülke kaynaklarının önemli bir bölümünü teşkil edecek boyutta ekonomik değerlerin konu olduğu her türlü rüşvet ve yolsuzluk olaylarında; ilgili kanun hükümlerine göre derhâl soruşturmaya geçilmesi, kaynağı ne olursa olsun tavassut adı altında yapılacak başvurulara asla itibar edilmemesi ve suç oluşturan eylemlerde kanuni gereğine başvurulması, eylemleri meydana getiren kişi veya kişilerin belirlenip tespit edilmesinde; bu kişilerin sıfat ve durumları ne olursa olsun, yalnız hukuka bağlı olarak tarafsız bir şekilde ve kararlılıkla hareket edilmesi, bu tür olaylarla ilgili olarak basın ve yayın organlarında yer alan her türlü haberin dikkatle takip edilerek gereğinin yapılması, belirtilen sakıncalar yanında daha birçok olumsuzluğu da ortadan kaldıracaktır.”*

HSYK Teftiş Kurulu Yönetmeliği’ndeki esaslara göre HSYK Genel Kurulu tarafından belirlenen ve HSYK müfettişleri tarafından ilgili hâkim ve Cumhuriyet savcılar hakkında doldurulan performans değerlendirme ve geliştirme formlarında puanlamaya esas alınan kriterlerden; “iş bölümü ve görevlendirmeleri personelin

bilgi ve beceri düzeyine göre adil yapması kriteri"- eşitlik ilkesine; "çalışmalarını, uhdesindeki iş yükünün bütününe gözeterek yürütmesi"- ehliyet ve özen ilkesine; "çalışma saatlerinde görevinin başında bulunması"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "iş ve insan ilişkilerinde nezaket ve saygı kurallarına riayeti"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "çalışanlarla ve meslektaşları ile diyalogu, iş birliği ve uyumu"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "yargının kişi ve kurumlar nezdinde, saygınlık ve etkinliğini sağlaması ve koruması"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "iyi bir gözlemci ve dinleyici olması"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "eleştiri ve görüşlere açık olması"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; ilişkindir.

2802 sayılı Kanun'un 23. maddesi gereğince Cumhuriyet başsavcıları tarafından Cumhuriyet savcıları hakkında 2 yılda bir yapılan derece ilerlemesine esas olmak üzere doldurulan Derece Terfi Sicil Fişi'ndeki kriterlerden; "kendisine verilen iş ile çıkardığı iş"- ehliyet ve özen ilkesine; "görevdeki yeteneği, mesleki bilgi ve anlayışı"- ehliyet ve özen ilkesine; "çalışkanlık derecesi, göreve bağlılık ve devami"- ehliyet ve özen ilkesine; "halk arasında nasıl tanındığı ahlakının iyi, yargıçlık şerefine dokunacak şekilde içkiye ve kumara düşkün olup olmadığı, başka görünen kötü alışkanlıklarının olup olmadığı"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "giyinişinin yargıçlık şerefine uygun olup olmadığı"- mesleğe yaraşırılık ilkesine; "maiyetine söz geçirip geçiremeyeceği, üsleri, meslektaşları ve diğer memurlarla geçimi, halk ile ilişkisi olup olmadığı, özel ve sosyal durumu"- mesleğe yaraşırılık ilkesine ilişkindir.

Yukarıda giriş bölümünde bahsedildiği üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007/5 esas, 2007/244 karar sayılı Karar'ında görevin kötüye kullanılması suçunun sübutunda görev ve yetkilerin hangi ilke ve esaslara göre yerine getirileceği hususunda Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'ni ve Budapeşte Etik İlkeleri'ni ölçü olarak kabul etmiştir. Bu Karar'ın ilgili bölümü şu şekildedir. *"(...) Hâkimler ve savcıların görevle ilgili sorumluluklarının belirlenebilmesi için, görev ve yetkilerinin ne olduğunun bilinmesi ne kadar önemliyse, bu görev ve yetkileri hangi ilke ve esaslara göre yerine getirmeleri gerektiğinin bilinmesi de o derece önemlidir. Nitekim, yapılan eylemin 'görevin gereklerine aykırı hareket' olup olmadığının belirlenmesi, ancak görevin gereklerinin ne anlama geldiğinin doğru tespit edilebilmesi ile mümkün olabilecektir. Görevin gereklerinden ne anlaşılması gerektiği değerlendirilirken, hâkim ve savcılara Anayasa ve yasalarla açıkça verilen görev ve yetkilerin yanında, bu görev ve yetkilerin kullanılması sırasında uyulması gereken ilkeler de gözönünde bulundurulmalıdır. Her ne kadar hâkimlik ve savcılık ayrı görevler olarak görülmekte ise de Türk hukuk sisteminde gerek sadece Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun uygun bulmasıyla hâkimlerin savcı, savcıların hâkim olarak atanmalarının mümkün bulunması, gerekse savcıların şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamalarının zorunlu olması nedeniyle, hâkim ve savcıların taşımaları gereken özellikler ve uymaları gereken meslek kuralları açısından hâkimler ile savcılar arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Hâkimlerin/savcıların görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'dir. Nitekim Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı Karar'ı ile de Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'nin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğüne tüm hâkim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır. Adı geçen belgede korunan değerler; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak*

sayılırken, diğer kapsamlı açıklamaların yanında bağımsızlıktan bahsedilirken; 'Hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır.'; tarafsızlıktan bahsedilirken, 'Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, ön yargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava tarafların güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.'; doğruluk ve tutarlılıktan bahsedilirken, 'Hâkim, mesleki davranış şekli itibarıyla, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide herhangi bir serzenişe yol açmayacak hâl ve tavır içinde olmalıdır. Hâkimin hâl ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır. Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir.'; dürüstlükten bahsedilirken, 'Dürüstlük ve dürüstlüğün görüntü olarak ortaya konuluşu, bir hâkimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur. Hâkim, hâkimden sadır olan tüm etkinliklerde yakışsız ve yakışık almayan görüntüler içerisinde olmaktan kaçınmalıdır. Kamunun sürekli denetim süjesi olan hâkim, normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmeli ve bunlara isteyerek ve özgürce uymalıdır. Hâkim, özellikle yargı mesleğinin onuruyla uyumlu bir tarzda davranmalıdır. Hâkim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kimselerle olan bireysel ilişkilerinde, objektif olarak bakıldığında tarafgirlik veya bir tarafa meyiletme görüntüsü veya şüphe doğuracak durumlardan kaçınmalıdır. Hâkim; ailesinin, sosyal veya diğer ilişkilerinin, hâkim olarak mesleki davranışlarını veya vereceği yargısal kararları etkilemesine izin vermemelidir. Hâkim, hâkimlik mesleğinin prestijini; kendisine, aile üyelerinden birisine veya herhangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak şekilde ne kendisi kullanmalı ne de başka birisine kullandırmalıdır. Ayrıca hâkim, yargı görevinin yerine getirilmesinde, herhangi bir kimsenin kendisini etkileyebileceği izlenimine ne kendisi yol açmalıdır ne de başkalarının böyle bir izlenime yol açmalarına müsaade etmelidir. Hâkim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak, bir şeyin hâkim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir teberru veya bir iltimas talebinde bulunmaları veya kabul etmeleri konusunda izin veremez.'; eşitlikten bahsedilirken, 'Yargıçlık makamın gerektirdiği performans açısından asil olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır.'; ehliyet ve liyakatten bahsedilirken, 'Hâkim, yargısal görevlerinin layıkıyla yerine getirilmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz.' denilmek suretiyle bir hâkimin (savcının) uyması gereken etik değerler özü itibarıyla ortaya konulmuştur. Avrupa Savcılar Konferansı'nın 29-30 Mayıs 2005 tarihli 6. Oturum'unda kabul edilerek, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca 10.10.2006 gün ve 424 sayılı benimsenmesine karar verilip, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğüne de hâkim ve savcılara duyurulan Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları 'Budapeşte İlkeleri' de hemen hemen Bangalore İlkeleri ile benzer mahiyettedir. Şu hâlde; hâkimler ve savcılar Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya yazılı olmayan ancak evrensel anlamda hâkim ve savcılar bağladığından da kuşku bulunmayan etik kurallara tabi olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görevin ihmalinden veya kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır. Konu olay, bu ilkeler doğrultusunda incelendiğinde; Erdoğan isimli arkadaşının yönlendirmesiyle, kendisinin görev yaptığı mahkemede yargılanmakta olan Arif'in kardeşi D. Rüfai ve avukatlık yapan Mehmet

ile birlikte yemek yiyen ve bu yemek sırasında D. Rüfai'den zaten avukatı bulunan Arif için avukat olarak Mehmet'in de tutulmasını, Av. Mehmet'ten ise mahkeme kalemine gidilip, ilgili dosyanın kendi görev yaptığı mahkemeye düşürülmesini isteyerek, bu suretle tutuklu Arif'e yardımcı olabileceği imajını uyandıran sanık Semih'in eyleminin göreviyle ilgili olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Pek tabidir ki Cumhuriyet savcısının kişilere avukat tavsiye etmesi veya mahkeme kalemindeki dosya dağıtım işine müdahil olması biçiminde görevlerinin bulunduğu söylenemez. Bununla birlikte, Cumhuriyet savcısının söz konusu edilen olayın yargılandığı mahkemede iddia makamını temsil ettiği ve bu görevi nedeniyle bildirdiği görüşlerin ve davranışlarının değer ifade ettiği ortadadır. Sanık bu görev ve yetkiyi Anayasa ve yasalardan almaktadır. Zira davada tutuklu olarak yargılanan Arif'in kardeşi D. Rüfai de sanığı, bu mahkemede savcılık yaptığı için muhatap kabul etmekte ve onunla görüşmektedir. D. Rüfai ile sanık Semih'in birlikte yemek yemelerinin ve daha sonraki ilişkinin tek sebebi de sanığın mahkemede savcı olarak görev yapıyor olmasıdır. Sanık bu aşamada, görevinin gerektirdiği davranış biçimlerini terk etmiş, görevi adalete hizmet etmek olan bir kamu görevlisinin olmazsa olmaz ilkeleri arasında sayılan bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, eşitlik ve dürüstlük gibi evrensel etik kuralları hiçe sayarak savcılık görevinin gereklerine aykırı davranmıştır. Nitekim sanığın bu davranışı 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nda da hâkimlik ve savcılık görevinin gereklerine aykırı görülerek disiplin cezasına bağlanmıştır. Tüm bu nedenlerle, sanık Semih'in anılan eyleminin Cumhuriyet savcısının yerine getirdiği kamu görevi ile bağdaşmadığı rahatlıkla ifade edilebilir. Bu durumda, Cumhuriyet savcısı olan sanığın kendisine Anayasa ve yasalarla verilen görevleri yerine getirirken görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle yetkisini kötüye kullandığı anlaşıldığından, sanık Semih'in kabul edilen eyleminin 765 sayılı TCY'nin 240. maddesindeki 'görevde yetkiyi kötüye kullanma' suçunu oluşturduğu açıkça ortadadır. 5237 sayılı TCY'nin 257/1. maddesindeki 'görevde yetkiyi kötüye kullanma' suçunun oluşması için ise tek başına 'görevin gereklerine aykırı davranış' yetmemekte, ayrıca bu davranış sebebiyle kişilerin mağduriyetinin, kamunun zararının veya kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olması gerekmektedir. Somut olayda, görevinin gereklerine aykırı hareket eden sanık Semih, aynı zamanda zaten Av. Nizar tarafından savunulmakta olan Arif'i yeni bir avukat tutmak zorunda bırakmış ve D. Rüfai tarafından bu avukata avukatlık ücreti ödenmesi nedeniyle de Arif ve D. Rüfai'nin ekonomik açıdan mağdur olmalarına neden olmuştur. Belirtilen nedenle, sanık Semih açısından 5237 sayılı TCY'nin 257/1. maddesinde yer alan görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun unsurlarının da oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğinden, sanık hakkında mahkemece verilen ve isabetli bulunan mahkûmiyet hükmü onanmalıdır. ..."

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YOLSUZLUKLA M¼CADELE MEVZUATI

3.1. Giriş:

3.2. Yolsuzlukla M¼cadeleye İlişkin 2000 Yılına Kadar Doğrudan AB M¼ktesebatı

3.3. İkincil Yolsuzlukla M¼cadele M¼ktesebatı

3.4. (Brüksel) Konvansiyonu

3.5. Avrupa Yolsuzlukla M¼cadele Bürosu (European Anti-Fraud Office- OLAF)

3.6. Yolsuzlukla M¼cadeleye İlişkin 2000 Yılından Sonraki AB M¼ktesebatı

3. Avrupa Birliği'nde Yolsuzlukla Mücadele Mevzuatı

3.1. Giriş

Ortak Pazar'ın kurulmasının ardından AB'deki yolsuzluk, yeni politika alanları ve genişleme ile birlikte dayanılmaz bir şekilde artmıştır. İnsanlar, hizmetler, mallar ve sermayenin serbest dolaşımı Birliği sınır aşan suçlara ve yolsuzluğa karşı daha açık hâle getirmiştir. Siyasi bütünleşme süreci başladıktan sonra yolsuzluk sadece ekonomik çıkarlara karşı değil AB'nin kuruluş temel değerlerine karşı bir tehdit olarak da görülmeye başlanmıştır. Bu çalışmamızda, AB yolsuzlukla mücadele çerçevesinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı müktesebat belirtildikten sonra özellikle 1995 tarihli Avrupa Topluluğu Üye Ülkelerin Mali Çıkarlarının Korunması Hakkında Konvansiyon konusunda bilgi verilecektir. Çalışmamızın önemli bir bölümünde ise AB'de yolsuzlukla mücadele uygulamasına dönük birim olan Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisinin çalışmalarına yer verilecektir.

3.2. Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin 2000 Yılına Kadar Doğrudan AB Müktesebatı

Yolsuzlukla mücadele konusu adalet ve içişleri başlığı altına girmektedir. Bu konudaki Topluluk hukuku şöyledir:

- Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına ilişkin 18 Aralık 1995 tarihli, 2988/95 sayılı Konsey Düzenlemesi,
- Yolsuzluk ve diğer usulsüzlüklere karşı Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarını korumak amacıyla Komisyon tarafından yürütülen yerinde kontrol ve teftişlere ilişkin 11 Kasım 1996 tarihli 2185/96 sayılı Konsey Düzenlemesi,
- Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisi (OLAF) tarafından gerçekleştirilen soruşturmalara ilişkin 1073/1999 sayılı Avrupa Parlamentosu ve 25 Mayıs 1999 tarihli Konsey Düzenlemesi,
- Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisi tarafından gerçekleştirilen soruşturmalara ilişkin 25 Mayıs 1999 tarihli 1074/1999 sayılı K o n s e y Düzenlemesi,
- Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisinin kuruluşu: 28 Nisan 1999/352 tarihli 352/99 sayılı Komisyon Kararı,
- Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisinin yürüteceği soruşturmalara ilişkin Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Toplulukları Komisyonu arasındaki 25 Mayıs 1999 tarihli Kurumlararası Yasa,
- Üye ülkelerde Topluluk bütçesinde hilenin önlenmesi için gereken minimum standartları belirten 1995 tarihli Avrupa Topluluğu Üye Ülkelerin Mali Çıkarlarının Korunması Hakkında Konvansiyon,
- Üye ülkelerde AB yetkililerine rüşvet verilmesine karşı önlemler öngören, yukarıdaki Sözleşme'ye Ek Birinci ve İkinci Protokoller,
- 1995 tarihli, Avrupa Toplulukları ve AB Üye Ülkeleri Memurlarının Karıştığı Yolsuzluklarla Mücadele Hakkında Sözleşme,
- 1998'de AB Bakanlar Konseyi tarafından onaylanan, Özel Sektörde Yolsuzluğa Karşı Ortak Eylem Belgesi.

3.3. İkincil Yolsuzlukla Mücadele Müktesebatı

Yukarıdakilere ek olarak AB'nin aday ülkelerdeki yolsuzluğa yaklaşımı, tüm üye ülkeler tarafından onaylandığında müktesebatın bir parçası hâline gelen uluslararası anlaşmaları da kapsamaktadır. Bunlar şöyle sıralanabilir:

- Avrupa Konseyi Yolsuzluk Hakkında Ceza Hukuku Sözleşmesi,
- Avrupa Konseyi Yolsuzluk Hakkında Medeni Hukuku Sözleşmesi
- Yolsuzluk Kazançları Aklama, Araştırma, Bulma ve El Koyma Hakkında Avrupa Sözleşmesi
- OECD Yabancı Memurlara Verilen Rüşvetin Engellenmesi Sözleşmesi

Komisyon, aday ülkeleri, bu belgeleri imzalama ve onaylamalarına göre değerlendirmektedir. Avrupa Konseyi sözleşmelerini kabul etmede aday ülkeler Avrupa Komisyonunun da baskısıyla üye ülkelere daha yüksek bir performans kaydetmişlerdir. Diğer taraftan OECD Sözleşmesi'ni onaylamada üye ülkeler daha fazla ilerleme kaydetmiştir.

3.4. Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarını Korumaya İlişkin 26 Temmuz 1995 Tarihli (Brüksel) Konvansiyonu

AB'nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Konvansiyon (Konvansiyon), Avrupa bütçe çıkarlarına karşı ve ulusal ceza kanunları aracılığıyla organize suçlar tarafından işlenen sahtecilik olaylarını özellikle cezalandırmayı amaçlayan ilk belgedir ve bu belge 1980'li yıllarda başlayan uzun tartışmaların sonucu hazırlanabilmiştir. Tartışmaların genişliği bu konuda ortak bir karara varmanın güçlüğünü ortaya koymaktadır. Üye devletler pek çok alanda Topluluğun mali çıkarlarını koruyan ceza kanunlarına sahip olsalar da yürütülen mukayeseli çalışmalar, yasal boşlukları ve sahteciliğin cezalandırılması ve üye devletler arasındaki cezai olaylarda adli iş birliği gibi alanlardaki uyumsuzlukları belirlemiştir.

Sahtecilikle mücadeleyi ceza kanunları vasıtasıyla yürütmeyi hedefleyen Konvansiyonun amacı; gelir ve giderleri etkileyen yolsuzlukla, ceza kanununu kullanarak mücadele etmektir. Yani, yolsuzluğu suç hâline getirme ve kriminal cezalar verme, kriminal olarak sorumlu bulunabilecek patronları tespit etme ve yargılanmaya ilişkin kuralları çıkarmadır.

Konvansiyonun içeriği:

1. Konvansiyonun amaçlarına göre aşağıdakiler, Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarını olumsuz etkileyen yolsuzluğun kapsamına girmektedir:

- Aşağıdakilerle ilgili harcama, kasti eylem veya ihmal bakımından;
 - » Avrupa Toplulukları genel bütçesinden veya Avrupa Toplulukları tarafından yahut onlar adına idare edilen kaynaklardan gelen fonların kötüye kullanılmasında veya hatalı alıkonulmasında etkisi olabilecek yanlış, hatalı veya eksik beyan ile belgelerin kullanılması ve sunulması,
 - » Benzer etki yaratacak biçimde, özel bir yükümlülüğün ihlalinde bilginin açıklanmaması,
 - » Bu tip fonların ayrıldıkları amaçlardan daha farklı amaçlarla kullanılması.

- Aşağıdakilerle ilgili gelir, kasti eylem veya ihmal bakımından;
 - » Avrupa Toplulukları genel bütçesinden veya Avrupa Toplulukları tarafından yahut onlar adına idare edilen kaynakları yasa dışı yollarla azaltıcı etkisi olabilecek yanlış, hatalı veya eksik beyan ile belgelerin kullanılması ve sunulması,
 - » Benzer etki yaratacak biçimde, özel bir yükümlülüğün ihlalinde bilginin açıklanmaması,
 - » Benzer etki yaratacak biçimde, yasal olarak elde edilen gelirin kötüye kullanılması.

2. Her üye devlet, yukarıda atıfta bulunulan bu faaliyetin ve böyle bir faaliyete katılmanın, özendirilmenin veya teşebbüs etmenin etkin, mütenasip ve caydırıcı cezalarla cezalandırılmasını sağlayacak gerekli önlemleri almak zorundadır.

3. Her üye devlet, Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarını olumsuz etkileyen konularda ulusal hukuku tarafından belirlenen ilkelere uygun biçimde karar alma veya kontrol etme yetkisi bulunan veya başka bir kişinin kriminal olarak işinden sorumlu tutulabilmesine imkân verecek önlemleri almak zorundadır.

4. Her üye devlet, 1. maddede belirtilen suçlara ilişkin yargılama mekanizmasını kuracak önlemleri almak zorundadır.

5. Hukukunda suçları ülkesine iade etme bulunmayan her üye devlet, Konvansiyonda belirtilen suçlara ilişkin yargılama mekanizmasını kuracak önlemleri almak zorundadır.

6. Eğer bir yolsuzluk suç teşkil ediyor ve en azından iki üye devleti ilgilendiriyorsa, bu devletler karşılıklı yasal yardım, suçluların iadesi, işlemlerin aktarımı, başka bir üye devlette verilen mahkûmiyetlerin infazı gibi tedbirlerle; soruşturma, kovuşturma ve cezalandırmada etkin biçimde iş birliği yapmak zorundadırlar.

7. Adalet Mahkemesi, Konvansiyonun yorumu ve uygulanmasına ilişkin üye devletler arasında meydana gelecek anlaşmazlıklarda yargılama yetkisine sahiptir. Komisyon, belli koşullarda, anlaşmazlıkları Mahkemeye sunabilir.

3.5. Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Bürosu (European Anti-Fraud Office-OLAF)

AB Kurumları ve Birlik üyesi ülkeler, uluslararası organize suçlar, dolandırıcılık ve Birlik bütçesine zarar veren diğer yasa dışı faaliyetlerle mücadele edilmesine; dolayısıyla Birliğin ekonomik ve mali çıkarlarının korunmasına büyük önem vermektedir. Aslında suçlular tarafından AB politikalarına verilen zararlar sadece Birliğin bütçesine zarar vermekle kalmamakta aynı zamanda Birliğin güvenilirliğini de olumsuz yönde etkilemektedir. Avrupa Komisyonunun bu konudaki sorumluluğu, doğrudan Birlik bütçesini uygulama görevi ile bağlantılıdır. Komisyon, dolandırıcılıkla daha etkin mücadele edebilmek için, EC, ECSC Decision 1999/352 sayılı Karar ile 28 Nisan 1999 tarihinde kendi bünyesinde OLAF'ı kurmuştur. Bağımsız bir yapı olan ve 1 Haziran 1999 tarihinde faaliyete başlayan OLAF'a idari düzeyde dolandırıcılık soruşturmaları yapma sorumluluğu yüklenmiştir. OLAF, Birlik bütçesinin uygulanmasından sorumlu bir komisyon üyesinin sorumluluğu altında Avrupa Komisyonuna bağlı bir bürodur. 1999/352 sayılı Karar, OLAF'a idari ve cezai soruşturmalarla sonuçlanan usulsüz işlemlere karşı Topluluğun çıkarlarının korunmasına ilişkin idari işlemleri yürütme yetkisi tanımıştır. Özellikle bu Karar OLAF'ı Topluluk mali çıkarlarına zarar veren

dolandırıcılık, yolsuzluk ve diğer yasa dışı faaliyetleri ortaya çıkarması ve Topluluk organlarının talebi üzerine diğer alanlarda idari görevler yerine getirmesi için iç (Topluluk organları) ve dış (üye ülkelerdeki ekonomik birimlerde) idari soruşturmalar yapmakla da yetkilendirmiştir. Söz konusu Karar ayrıca OLAF'ı, üye ülkeler arasında dolandırıcılığın önlenmesi alanında iş birliğinin güçlendirilmesi, dolandırıcılığa karşı daha ileri düzeyde mücadele için yasal düzenlemelerin hazırlanması, ulusal polis ve adli otoritelerle direkt iletişimin devam ettirilmesi ve Komisyonu dolandırıcılığın önlenmesi konusunda temsil etmekle görevlendirmektedir.

OLAF'ın misyonunu gerçekleştirmek için üstlendiği tüm görev ve yetkileri üç başlık altında sınıflandırmak mümkündür. Bunlar; (1) yolsuzlukla mücadele politikasının geliştirilmesi, (2) soruşturma, (3) koordinasyon/yardım ve istihbarat toplamaktadır. Bu üç fonksiyon da birbirini tamamlayıcı roller üstlenmişlerdir. OLAF araştırmalarından doğan bulgular daha çok mali istihbarat birimlerinin yolsuzluğu tespit etmede kullanabilecekleri önemli bilgiler niteliğindedir. OLAF'ın fonksiyonlarının ikisi (yolsuzlukla mücadele politikasının geliştirilmesi- koordinasyon/yardım ve istihbarat) hem mevcut politika hedeflerini yerine getirmesine hem de yenilerini tanımlamaya yardımcı olmaktadır.

1) Komisyonun OLAF'ın Kuruluşuna İlişkin 28 Nisan 1999 Tarih ve 352/99 Sayılı Karar'ı ile OLAF'a Verdiği Yetkiler:

- Topluluğun mali çıkarlarını olumsuz etkileyen yolsuzluk, rüşvet (bozulma/corrupt) ve diğer yasa dışı faaliyetlere karşı mücadelenin bir parçası olarak ve yolsuzlukla mücadele amacıyla Topluluk hükümlerini ihlal etmeleri hâlinde çalışanların hareket ve faaliyetlerine karşı dış idari soruşturmaları yürütmek,
- Aşağıdaki amaçlarla iç idari soruşturmaları yapmak,
- Topluluğun mali çıkarlarını olumsuz etkileyen yolsuzluk, rüşvet (bozulma/corrupt) ve diğer yasa dışı faaliyetlere karşı mücadele,
- Disiplin cezasına veya lüzumlu hâllerde cezai işlem yapılmasını gerektiren Topluluk yetkililerinin ve çalışanlarının veya kurum, organ, büro ve kuruluş üyelerinin yahut Avrupa Toplulukları Personel Yönetmeliği ile Avrupa Topluluklarının Diğer Personeli Çalışma Koşullarına tabi olmayan meslek üyelerinin yükümlülüklerini yerine getirmede başarısızlık yaratabilen mesleki görevlerin yürütülmesine ilişkin ciddi durumların soruşturulması,
- Topluluk kurum ve organlarının talebi hâlinde, soruşturmaya ilişkin görevleri yapmak,
- Yolsuzluğun önlenmesi alanında üye devletlerle iş birliğinin güçlendirilmesine yardımcı olmak,
- Yolsuzlukla mücadele için bir konsept geliştirme faaliyetini üstlenmek, (Ofisin faaliyet alanı içinde Amsterdam Antlaşması'nın VI. Başlığı altında yer alan araçlarla ilgili girişimler de dâhil olmak üzere yasal ve düzenleyici girişimlerin başlatılması),
- Yolsuzlukla mücadele konusunda diğer işlevsel etkinlikleri harekete geçirmek, (altyapıyı geliştirme, bilgi toplama ve analiz etme, teknik destek sağlama),
- Polis ve adli makamlarla doğrudan irtibatı sağlamak,
- Yolsuzlukla mücadele alanında Komisyonu temsil etmek,

2) Avrupa Parlamentosu/Konseyi 1073/99 Sayılı Yönetmeliği:

OLAF Topluluk kuruluş ve kurumları, ofisleri ve organlarında yürüttüğü idari soruşturmaları; Avrupa Parlamentosu/Konseyinin 1073/1999 sayılı, Avrupa Konseyinin (Euratom) 1074/1999 sayılı ve OLAF tarafından yerine getirilen soruşturmaları düzenleyen yönetmeliklerle uyumlu olarak yerine getirmektedir.

1073/1999 sayılı Yönetmelik, iç soruşturmalar yürütmesi için yeni yetkiler ve dış soruşturmaları yürütmesi içinse Topluluğun tüm yetkilerini OLAF'a vermektedir. Yönetmelik uyarınca OLAF soruşturmalarını; dürüstlük ilkesine, insanların kendi fikirlerini ifade etme özgürlüğüne, belli değerlere sahip araştırma sonuçlarını içeren ve insan hakları ile temel özgürlüklere riayet ederek yürütmelidir. OLAF çalışanları ise yetkilerini ve kimliklerini gösteren yazılı belgeleri ve genel müdür tarafından incelemeye görevlendirildiklerini belirtilen yetki belgesini taşımakla yükümlü kılınmıştır. Dış araştırmalar süresince elde edilen bilgiler gizlilik hükümleri tarafından korunmaktadır. İç araştırmalar süresince elde edilen bilgiler ise mesleki gizlilik kapsamında olup, Avrupa Komisyonu kurumlarına uygulanan hükümler tarafından korunmaktadır.

OLAF'ın bugüne kadar yürüttüğü soruşturma faaliyetlerinin iki ana özelliği bulunmaktadır: Birincisi, OLAF maddi kaybın büyüklüğüne bakmaksızın tüm olaylarda soruşturma yürütmektedir. İkinci olarak ise aday ülkelerle ilgili hususlara ayrı bir önem verilmiştir. Genişleme süreci çerçevesinde, dağıtılan AB kaynaklarının kötüye kullanımı ve AB çıkarlarını etkileyen olaylar ele alınmıştır. Bu bağlamda, aday ülkelerin mali istihbarat birimleri ile iş birliğine gidilmiş ve Komisyondan sonra OLAF'a en çok bilgi sunan aday devletler olmuştur.

Kurumların ve üye devletlerin yolsuzlukla mücadeleye verdiği önem, bu amacı gerçekleştirmek için kullanılabilecek tüm araçlarla ilgili düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girişı, yolsuzlukla mücadele ile ekonomik ve mali suçu yok etmede Topluluğa çok daha güçlü araçlar vermiştir. AB Anlaşması'nın (yeni) 280. maddesi Topluluğun mali çıkarlarına zarar veren yolsuzluk ile diğer kanunsuz faaliyetlere karşı mücadelede, Topluluğun ve üye devletlerin yürüteceği operasyonları sağlam bir yasal zemine oturtmaktadır. Mücadelenin nasıl yürütüleceğini gösteren düzenlemeler ve kurumlar arası anlaşmalar ile OLAF'ın kurulmasına ilişkin alınan Komisyon kararı mücadelenin yasal zeminleridir. Bu kurallar, yürütölmekte olan soruşturmaların yanı sıra Topluluğun mali çıkarlarının korunması ve yolsuzluğa karşı mücadeleye ilişkin mevzuatın tasarlanması ve hazırlanması sorumluluğunu OLAF'a vermiştir.

OLAF bünyesindeki soruşturmalar müdürün kendi inisiyatifiyle veya (dış soruşturmalarda) konu ile ilgili bir üye devletin talebi yahut (iç soruşturmalarda) ilgili kurum ve organın talebiyle başlatılıp yürütölmektedir. İç ve dış soruşturmaların yanı sıra, OLAF birinci önceliğini üye ülkeler ile etkili iş birliğinin geliştirmesine vermektedir. Üye ülkelerin sorumluluklarının farkına daha fazla varmalarını sağlamakta ve yolsuzlukla mücadeleye ilişkin kendi politikalarını geliştirmeleri için üye ülkeleri teşvik etmektedir. Araştırmaların yürütölmesi sırasında ülkelere, Topluluk seviyesinde toplanmış bilgileri sunarak ve uluslararası davalarda yetkili otoritelerin operasyonel faaliyetlerini koordine ederek yardım sağlamaktadır. Araştırmalarını ulusal adli, polis ve idari otoritelerle doğrudan irtibat kurarak yürütmektedir. Bu irtibatla, üye ülkeler ile karşılıklı yardımlaşmayı ve güvenli ağ yardımıyla irtibat kurmayı sağlayan

Dolandırıcılıkla Mücadele Bilgi Sistemi (AFIS) kullanılmaktadır.

OLAF bu temel fonksiyonlarının yanında birçok faaliyetten de sorumludur. Bunlar; Topluluğun mali çıkarlarının korunması dışındaki diğer alanlarda adli ve cezai kovuşturmayla sonuçlanan usulsüz işlemlere karşı Topluluk çıkarlarının korunmasıyla ilgili faaliyetler, Topluluk memur ve diğer kamu görevlilerinin cezai veya disiplin işlemi gerektiren mesleki

konulardaki ihmaliyle ilgili ciddi konuların araştırılması, kalpazanlığa karşı avronun korunması, özel önem arz eden ürünlerin (kültürel mallar, ilaçlar taklit mallar gibi) ticareti ile ilgili araştırmalarında üye ülkelere yardım etmek, AB'deki bütünlüğü sağlamak için tasarlanmış Topluluk mevzuatının uygulanması, eğitim alanında teknik destek, AB üyesi ülkelerle üçüncü ülkeler arasında gümrük ve tarım alanlarında karşılıklı idari yardımın sağlanması, Gümrük Bilgi Sisteminin (CIS), yönetilmesi ulusal mahkemelerde bu araştırmalar için yapılan harcamaların takibi ve kendi araştırmalarının sonuçlarının takip edilmesidir.

3) 2185/96 ve 2988/95 Sayılı Düzenlemeler:

OLAF'ın soruşturmalarına ilişkin biri AB, diğeri Euratom ile ilgili iki düzenleme ana fonksiyonlarını yeniden açıklamakta ve Ofisin sorumluluğunda olan idari soruşturmaların yürütülmesine ilişkin uygulamaya yönelik düzenlemeleri tanımlamaktadır.

Avrupa Topluluğunun mali çıkarlarının korunması hakkında 2988/95 sayılı Avrupa Konseyi Yönetmeliği; "usulsüzlük" olarak tanımlanan mali suçlara ilişkin Topluluk kontrol ve idari önlemleri hakkında genel kuralları belirlemektedir. Yönetmelik, Topluluk Mevzuatının gerekli idari kontrol, önlem ve yaptırımları yürürlüğe koyacağını da belirlemektedir. Komisyon, idari uygulamaların Topluluk kurallarına uyumunu belirlemek, gerekli dokümanların varlığı ile bunların Topluluk harcama ve gelirlerine uygunluğunu tespit etmek amacıyla ticari kurallar çevresinde belirlenen şartlar altında inceleme yürütmekle görevlendirilmiştir. Bu yetkilerin bir bölümü sonradan OLAF'a devredilmiştir.

Avrupa Birliği'nin yolsuzlukla mücadele eden mekanizmalarından biri de 22 Temmuz 1975 tarihinde Brüksel Antlaşması ile kurulan Avrupa Sayıştayı'dır. Avrupa Sayıştay, Topluluğun yolsuzlukla mücadeledeki özel ihtisas mahkemesi olup temel görevi, Birlik bütçesinin doğru şekilde kullanılıp kullanılmadığını bağımsız ve nesnel olarak denetlemektir. Bu yüzden Avrupa Sayıştay, kendisi gibi yolsuzlukla mücadele etmek için kurulan Avrupa Kamu Savcılığı ve OLAF ile yakın iş birliği içerisinde. Avrupa Komisyonu üye ve aday ülkelere sürekli olarak, insan onuru, demokrasi, hukukun üstünlüğü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin prensipleri hatırlatmaktadır.

3.6. Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin 2000 Yılından Sonraki AB Müktesebatı

27 Mart 2000 tarihli "Organize Suçların Önlenmesi ve Kontrolüne İlişkin Milenyum Stratejisi" ile yolsuzluğa karşı daha genel bir AB politikası geliştirilmesi ve bu konuda uluslararası organizasyonların da yolsuzlukla mücadele araçlarını kullanması gerektiği vurgulanmıştır. Söz konusu strateji ile AB ve Avrupa Konseyi, yolsuzlukla mücadele alanındaki yasal düzenlemeleri hâlâ onaylamayan üye ülkeleri

uyarmış ve belirli bir süre içerisinde bunları onaylamaları konusunda zorlamıştır.

Daha önce 21 Mayıs 1997 tarihinde yayımlanan Yolsuzlukla Mücadelede Avrupa Birliği Politikası Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Belgesi, Avrupa Komisyonu tarafından 28 Mayıs 2003 tarihinde güncellenmiş ve söz konusu belgenin Ek'inde Avrupa Birliği'ne Üye ve Aday ile Diğer Üçüncü Ülkelerde Yolsuzlukla Mücadelenin Güçlendirilmesine İlişkin 10 İlke belirlenmiştir.

Belgede; yolsuzluğu azaltmak ve önlemek için, cezai yaptırım araçlarının yürürlüğe konması, halka açık olma prosedürleri konusundaki kurallar, hesap ve denetleme standartlarının belirlenmesi, rüşvetçi şirketlerin kara listeye alınması, yolsuzlukla mücadele edecek kurumların kurulması ve Topluluğun dış yardım planı hakkında önlemlerin belirlenmesi gibi konularda değerlendirmelerde bulunulmuş ve birtakım öneriler ortaya konmuştur. Belge, şeffaf ve hesaplanabilir kamu idaresi standartlarının yerleştirilmesi vasıtasıyla özel sektörü de kapsayacak şekilde bütün yolsuzluk faaliyetlerinin tespit edilmesi ve cezalandırılmasını, yasa dışı gelirlere el konulmasını ve yolsuzluk yapma olanaklarının azaltılmasını talep etmektedir.

Güncellenen yeni belge Avrupa Parlamentosu tarafından Aralık 2003'te, Avrupa Konseyi tarafından ise Nisan 2005'te kabul edilmiştir. Belgenin ekinde yayımlanan 10 ilke kısaca aşağıdaki gibidir:

1. Yolsuzlukla mücadele alanında ulusal strateji belgeleri hazırlanmalıdır.
2. AB'ye üye ve aday ülkeler AB müktesebatına tam uyum sağlamalı ve taraf oldukları temel uluslararası sözleşmeleri (Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve OECD Sözleşmeleri) onaylayıp uygulamalıdır.
3. Yolsuzlukla ilgili kanunlar, yetkili ve gerekli idari kapasiteye sahip mücadele birimleri tarafından uygulanmalıdır.
4. Devlet memuriyetine giriş bütün vatandaşlara açık olmalı, işe alınma ve yükselme objektif kriterler ve liyakat esasına göre düzenlenmeli, maaş ve sosyal haklar yeterli olmalı, kamu görevlilerine mal varlıklarını bildirme zorunluluğu getirilmelidir.
5. Kamu yönetiminde bütünlük, hesap verebilirlik ve şeffaflık geliştirilmelidir.
6. Kamu sektöründe davranış kuralları oluşturulmalı ve denetlenmelidir.
7. Yolsuzlukla ilgili ihbar prosedürlerine ilişkin ayrıntılı kurallar ve güvenceler getirilmelidir.
8. Toplumda yolsuzluk konusunda farkındalık oluşturmaya yönelik çalışmalar yapılmalı ve yolsuzluğun cezalandırılan bir suç olduğu mesajı verilmelidir.
9. Siyasi partilerin finansmanına ilişkin açık ve şeffaf kurallar getirilmelidir.
10. Özel sektörün yolsuzluk uygulamalarından kaçınmaları sağlanmalıdır.

Bunun yanı sıra, 4 Mayıs 2010 tarihinde kabul edilen Stockholm Programı, Mali Suç ve Yolsuzluk başlığı altında üye ülkelerden mali soruşturma kapasitelerini

artırmalarını, suç gelirlerinin tespit edilerek el konulmasını ve müsaderesinin daha etkin bir şekilde yapılmasını ve mal varlığı geri alım birimleri arasındaki iş birliğinin güçlendirilmesini öngörmektedir.

Yolsuzlukla mücadele konusu Avrupa Birliği açısından büyük önem taşımaktadır. 27 üye ülkeden oluşan Avrupa Birliği ekonomisinin her yıl yaklaşık olarak 120 milyar euro veya Birliğin gayrisafi yurt içi hasılasının %1'ini yolsuzluk sebebiyle kaybetmesi, yolsuzluğun ulaştığı ciddi boyutu anlatmaya yeterlidir (European Commision, 2011a).

Başka bir ifadeyle, yolsuzlukların ekonomik maliyetinin 120 milyar euro seviyesinde olduğu tahmin edilmektedir. Zaten 2009 yılında AB vatandaşlarının yolsuzluk konusundaki algılarını ölçen bir ankete göre, halkın yüzde 78'i yolsuzluğun kendi ülkelerinde en önemli problemlerden birisi olduğunu belirtmiştir. Yani diyebiliriz ki her beş Avrupa Birliği vatandaşından dördü yolsuzluğu Birlik için ciddi bir sorun olarak görmektedir. Üye ülkelerin cevaplarına baktığımızda yolsuzluk ile ilgili en yüksek evet cevabı %95 ile Yunanistan ve en düşük evet cevabı ise %22 ile Danimarka halkından gelmiştir (European Commision, 2009).

Fakat yolsuzluk AB üyesi ülkelerde önemli bir sorun olarak kalmaya devam etmekte olup, Avrupa Birliği AB İstatistik Kurumu Eurobarometer anketine göre de yolsuzluk algısı, son üç yıldır artış göstermektedir. AB ülkeleri vatandaşları, devletin tüm kademelerinde yolsuzluk olduğunu düşünmekte ve ankete katılanların %8'i ise rüşvet vermeleri talebine veya beklentisine maruz kaldıklarını belirtmiştir.

Ülkelerin yolsuzluk algıları hakkında Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün (TI) 2011 yılı Kasım ayında yayımlanan son yıllık raporuna göre 9,4 puanla Danimarka ve Finlandiya AB içerisinde en temiz ülke olarak belirlenmiştir. 2010 yılı sonuçlarına göre de Danimarka hem AB içerisinde hem dünyada birinci sırada idi. Avrupa Birliği içerisinde en kötü notu ise 86. sırayla Bulgaristan almıştır. 2010 yılı sonuçlarında ise Avrupa Birliği'nde en son sırada Yunanistan bulunmakta idi. Daha önceki yıllara ait sonuçlar karşılaştırıldığında bazı AB ülkelerinin de yolsuzluk konusunda gerilediği görülmektedir (Transparency International, 2011).

Avrupa Birliği tarafından yolsuzluk konusunun aktif bir mücadele gerektiren ciddi bir sorun olarak algılanmasının ardından, 4 Mayıs 2010'da kabul edilen Stockholm Programı¹ (European Union (EU), 2011) ile AB vatandaşlarının birçok konuda güvenliğini sağlamak üzere bir dizi karar alınmıştır.

Ulusal düzeyde ve AB düzeyinde yolsuzlukla mücadelenin daha etkili bir şekilde sürdürülebilmesi amacıyla Stockholm Programı'nın, "Mali Suç ve Yolsuzluk" başlığı altında, üye ülkelerden mali soruşturma kapasitelerini artırmaları, suç gelirlerinin tespiti, el konulması ve müsaderesinin daha etkin bir şekilde yapılması ve mal varlığı geri alım birimleri (ARO) arasındaki iş birliğinin güçlendirilmesi istenmektedir (European Council, 2010:23).

Bunun ardından 18 Mayıs 2010 tarihinde ise Avrupa Parlamentosu tarafından² Birliğin yolsuzlukla mücadele çabaları ile ilgili olarak, üye ülkelerin etkin bir yolsuzlukla mücadele politikası uygulamasına yönelik bir yazılı deklarasyon

1 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>

2 [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7_TA\(2010\)0176&language=EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7_TA(2010)0176&language=EN)

yayımlanmıştır. Yolsuzlukla m¼cadelede ye ülkelerin çabalarını ölçmeye ve değerlendirmeye yönelik kriterler ve bir mekanizma oluşturulması kararlaştırılmıştır.

Son olarak 6 Haziran 2011 tarihli "Avrupa Birliği'nde Yolsuzlukla M¼cadele Başlıklı Komisyon Bildirisi" [COM(2011)308] (European Commission, 2011a) ile hâlihazırda yolsuzlukla m¼cadele ile ilgili olarak var olan değerlendirme mekanizmaları belirtilerek, Avrupa Birliği içerisinde de AB yolsuzlukla m¼cadele periyodik değerlendirme mekanizmasının kurulacağı belirtilmiştir. Akabinde alınan 6 Haziran 2011 tarih ve C(2011)3673 sayılı Komisyon Kararı³ (European Commission, 2011c) ile de AB'nin yolsuzlukla m¼cadelesinde periyodik değerlendirmeler yapacak raporlama mekanizmasının aracı olan "AB Yolsuzlukla M¼cadele Raporu"na ilişkin yasal altyapı oluşturulmuştur.

Avrupa Birliği yesi ülkelerde yolsuzlukla m¼cadele kapsamında gerekli kanunlar mevcut olsa da bu kanunların uygulanmasında bazı tutarsızlıklar yaşanmaktadır. Bu sebeple Birlik içerisinde ortak bir yolsuzlukla m¼cadele yaklaşımı benimsenmesi kararlaştırılmıştır. Bu kapsamda öncelikle suç gelirlerinin m¼saderesini, mal varlıklarının geri alınmasını ve Birlik içerisinde verilen m¼sadere kararlarının ülke mahkemelerinde uygulanmasını kolaylaştıracak şekilde AB d¼zenlemelerinin revize edilmesine önem verileceği kararlaştırılmıştır (European Commission, 2011b).

3 [http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/308/1_EN_ACT_part1_v12\[1\].pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/308/1_EN_ACT_part1_v12[1].pdf)

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER YOLSUZLUKLA MÜCADELE SÖZLEŞMESİ (BMYMS-UNCAC) & G-20 YOLSUZLUKLA MÜCADELE ÇALIŞMA GRUBU

4.1. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (BMYMS - UNCAC)

4. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (BMYMS-UNCAC) Ve G-20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu

4.1. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (BMYMS-UNCAC)

4.1.1. Genel Olarak

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, ülkemiz tarafından 10 Aralık 2003 tarihinde imzalanmış, Sözleşme'nin onaylanması 18.5.2006 tarihli ve 5506 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve 24.05.2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme genel olarak; yolsuzlukla mücadelede uluslararası iş birliği, dürüstlük, saydamlık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin yerleştiği bir kamu yönetimi, yolsuzlukla mücadele ile görevlendirilmiş birimlerin etkin bir şekilde çalışması, siyasi partiler ile seçime katılacak adayların finansmanında saydamlığın artırılması, kamu ihaleleri ve kamu maliyesinin etkin yönetimi suretiyle yolsuzluğun önlenmesi, kamu etik sözleşmesi, yargı ve kovuşturma hizmetlerine ilişkin önlemler, özel sektörde yolsuzluğun önlenmesi ve sivil toplumun yolsuzlukla mücadelede aktif katılımının sağlanması gibi hususlarda düzenlemeler içermektedir. Belirtilen hususlarda, Sözleşme'ye taraf devletlerin mevcut hukuki ve kurumsal durumlarının tespiti ile Sözleşme'ye ne şekilde uyum sağladıklarını tespit etmek amacıyla, bir gözden geçirme mekanizması (review mechanism) kurulmuştur.

Sözleşme'nin 46'ncı maddesinin 13'üncü fıkrası uyarınca adli yardım taleplerini kabul etmek veya yerine getirmekle yetkili taraf ülke yerel makamı olarak Bakanlığımız Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğü belirlenmiş olup, bu husus Sekreteryaya iletilmek üzere 30.10.2009 tarihli yazı ile Dışişleri Bakanlığına bildirilmiştir.

4.1.2. Sözleşmenin Amacı

Sözleşmenin amaçları:

- a) Yolsuzluğun önlenmesi ve yolsuzlukla mücadele amacıyla alınan önlemlerin daha etkin ve verimli kılınması,
- b) Mal varlığının geri alınması dâhil olmak üzere, yolsuzluğun önlenmesi ve yolsuzlukla mücadelede uluslararası iş birliği ve teknik yardımlaşmanın teşvik edilmesi, kolaylaştırılması ve desteklenmesi,
- c) Bütünlüğünün, hesap verme sorumluluğunun ve kamusal işlemlerin ve kamu mal varlığının uygun yönetimin teşvik edilmesi,

şeklinde sıralanabilir.

Sözleşme toplam 8 bölüm ve 71 ana başlıktan oluşmaktadır.

- 1. Bölüm: Genel Hükümler
- 2. Bölüm: Önleyici Tedbirler
- 3. Bölüm: Suç Olarak Düzenleme ve Yasaların Uygulanması
- 4. Bölüm: Uluslararası İş Birliği

- 5. Bölüm:** Varlıkların Geri Alınması
- 6. Bölüm:** Teknik Yardım ve Bilgi Değişimi
- 7. Bölüm:** Uygulamaya Yönelik Mekanizmalar
- 8. Bölüm:** Son Hükümler

Yolsuzlukla mücadele alanında ilk küresel hukuk belgesi niteliğinde olan Sözleşme, yolsuzlukla mücadele konusunda etkin ve etkili bir uluslararası iş birliği mekanizması kurmayı hedeflemekte olup, *mal varlıklarının geri alınması* hususu sözleşmenin asıl konusunu oluşturmaktadır. Bu husus, daha önce de bahsettiğimiz üzere yolsuzluk oranlarının yüksek olduğu ve yolsuzluğun etkisinin çok fazla hissedildiği az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler için büyük önem arz etmektedir.

Sözleşme’de ulusal kamu görevlilerinin rüşveti, yabancı kamu görevlilerinin ve uluslararası örgüt görevlilerinin rüşveti, mal varlığının kamu görevlilerince zimmete geçirilmesi, haksız olarak mal edinilmesi veya diğer şekillere dönüştürülmesi, nüfuz ticareti, görevin kötüye kullanılması, haksız zenginleşme ile özel sektörde rüşvet ve özel sektörde zimmet yolsuzluk kapsamında değerlendirilmiş; yolsuzlukla bağlantılı olarak suç gelirlerinin aklanması, gizleme ve adaletin engellenmesi suçlarına yer verilmiştir.

Sözleşme, yolsuzluktan elde edilen gelirlerin kaynak ülkeye iadesi yani mal varlıklarının geri alınması konusunda daha önceki uluslararası hukuk belgelerinde bulunmayan etkili bir sistem öngörmektedir. Ayrıca etkin bir adli yardım mekanizması da öngören Sözleşme, iki ülkeden yalnızca birinde suç teşkil etse dahi yolsuzluk suçlarından dolayı adli yardım talebinde bulunulmasını mümkün kılmaktadır

4.1.3. Mal Varlıklarının Geri Alınması

Mal varlıklarının geri alınması ve müsadere konusunda BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’nin “Varlıkların Geri Alınması” başlıklı beşinci bölümünde; suç gelirlerinin transferinin önlenmesi ve tespit edilmesi, mal varlığının doğrudan geri alınmasına yönelik önlemler, müsadere hususunda uluslararası iş birliği yoluyla mal varlığının geri alınması için mekanizmalar, müsadere amacıyla uluslararası iş birliği, özel iş birliği, mal varlığının iadesi ve tasarrufu, mali istihbarat birimi, ikili ve çok taraflı anlaşma ve düzenlemeler konularında düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.¹

4.1.4. Suç Gelirlerinin Transferinin Önlenmesi ve Tespit Edilmesi

Sözleşme ile taraf devletlerin yetki alanları içerisinde yer alan mali kuruluşlardan; müşterilerinin kimliklerini tespit ederek ardından doğrulamaları, yüksek meblağlı hesaplara yatırılan fonların nihai faydalanıcılarının kimliklerini belirlemeye yönelik önlemler almaları ve önemli kamu görevlerini icra edenler, aileleri veya yakınları tarafından yahut bunlar adına açılmak istenen veya açılan hesaplar üzerinde yoğun bir inceleme yapılmasını zorunlu kılan gerekli önlemleri almaları istenmektedir. Söz konusu incelemeler sonucunda şüpheli bulunan hususlarda yetkili makamlara şüpheli işlem bildiriminde bulunulacak olup, bu tür bir uygulamanın müşteriler ile yasal işlemlerin yapılmasını yasaklayacak bir durum olarak algılanmaması gerektiği belirtilmektedir.

¹ Hatice TOPKAYA/Ahmet TOPKAYA, “Yolsuzlukla Mücadelede Etkin Bir Araç: BM Sözleşmesi Çerçevesinde Yolsuzluk Kaynaklı Mal Varlıklarının Geri Alınması”, Sayıştay Dergisi, S.74-75, s.28-30 <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der74-75m3.pdf>

Ayrıca suç gelirlerinin transferini önlemek ve tespit etmek amacıyla, tabela bankaların kurulmasının ve bu bankalarla muhabir bankacılık işlemi yapılmasını önleyici tedbirler alınması istenmektedir.

4.1.5. Mal Varlığının Doğrudan Geri Alınmasına Yönelik Önlemler

Mal varlığının doğrudan geri alınmasını sağlamaya yönelik olarak, taraf devletlerin Sözleşmede yer alan suçların işlenmesi suretiyle elde edilen mal varlığı üzerindeki mülkiyet veya diğer bir hak iddiasını ispat edebilmek için diğer taraf devletlere kendi mahkemelerinde hukuk davası açabilmelerini sağlayacak izin verilmesi kararlaştırılmıştır. Mahkemelerin Sözleşme’de yer alan suçları işleyenlerce, bu suçlardan zarar gören diğer taraf devlete tazminat ödenmesine hükmedebilmesini ve mahkemelerin veya yetkili makamların müsadereye ilişkin karar verirken, bu Sözleşme’ye uygun olarak ihdas edilen bir suçun işlenmesi suretiyle elde edilen mal varlığı üzerindeki diğer bir taraf devletin mülkiyet iddiasını kabul edebilmesini teminen gerekli önlemleri alması gerekmektedir.

4.1.6. Müsadere Hususunda Uluslararası İş Birliği Yoluyla Mal Varlığının Geri Alınması İçin Mekanizmalar

Taraf devletler, bir başka taraf devletin mahkemesi tarafından verilmiş bir müsadere kararının infaz edilmesine izin vermek üzere gerekli önlemleri alacak olup, kara para aklama suçu veya yargı yetkisi dâhilinde olabilecek benzer bir suça ilişkin bir hüküm çerçevesinde yabancı menşeli olan mal varlığının müsadereğine imkân sağlayacaktır. Aynı şekilde dondurma veya el koyma kararlarının da uygulanmasına imkân sağlamalıdır.

4.1.7. Müsadere Amacıyla Uluslararası İş Birliği

Başka bir taraf devletten ülkesinde bulunan suç gelirleri, mal varlığı, teçhizat ve diğer araç gereçlerin müsadere için talep alan bir taraf devlet, müsadere için karar alınmasını ve ardından uygulanmasını teminen etkili makamlara durumu iletecek olup, müsadere edilecek mal varlığının tespiti, izlenmesi, dondurulması veya el konulması için gerekli önlemleri almalıdır. Fakat talep alan devlet süresinde ve yeterli delil elde edemez veya mal varlığının değeri çok az ise; iş birliğini reddedebilir veya geçici önlemleri kaldırabilir.²

4.1.8. Özel İş Birliği

Her taraf devletin, kendi iç hukukuna aykırı olmayacak şekilde ve kendi yürüttüğü soruşturma, kovuşturma ve yargılamalarına zarar vermeksizin Sözleşme’de belirtilen suçların gelirleri ile ilgili bilgiyi, başka bir taraf devlete o devletin bir talebi olmaksızın gönderebileceği belirtilmektedir. Fakat söz konusu bilginin, ilgili taraf devletin soruşturma, kovuşturma ve yargılamaları başlatmasına veya yürütmesine yardımcı olacağının veya taraf devleti mal varlıklarının geri alınması konusunda bir talepte bulunmaya yönelteceğinin değerlendirilmesi hâlinde, bu bilgi gönderilebilecektir.

2 TOPKAYA/TOPKAYA, s.28-30

4.1.9. Mal Varlığının İadesi ve Tasarrufu

Bir taraf devlet tarafından müsadere edilen mal varlığının tasarrufu ve önceki yasal maliklerine iade edilmesi, Sözleşme hükümlerine ve taraf devletin iç hukukuna uygun olarak yapılabilecektir. Ayrıca başka bir taraf devletin talebi üzerine yetkili makamlarının müsadere edilen mal varlığını iade edebilmelerini teminen, iç hukukunun temel ilkelerine uygun olarak, gerekli yasal ve diğer önlemleri alacaktır.

4.1.10. Mali İstihbarat Birimi

Sözleşme’de, Mali İstihbarat Birimi (MİB)¹; “suç gelirlerinin transfer edilmesinin önlenmesi, bununla mücadele edilmesi ve bu gelirlerin geri alınmasına yönelik yol ve yöntemlerin teşvik edilmesi amacıyla birbirleriyle iş birliği yapan ve bu amaçla, şüpheli işlem bildirimi alan, analiz eden ve yetkili makamlara dağıtan birim” şeklinde tanımlanmıştır. BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’nde yer alan mali istihbarat birimi tanımı ile bu birimlere, suç gelirlerinin transfer edilmesinin önlenmesi, bununla mücadele edilmesi ve bu gelirlerin geri alınmasına yönelik yol ve yöntemlerin teşvik edilmesi amacıyla birbirleriyle iş birliği yapmak gibi bir fonksiyon daha yüklemiştir.

4.1.11. Gözden Geçirme Mekanizması (Implementation Review Mechanism)

Gözden Geçirme mekanizması, 9-13 Kasım 2009 tarihinde Doha/Katar’da düzenlenen Taraf Devletler Konferansı’nda kurulmuştur. Esas amaç, taraf devletlerin Sözleşme’yi uygulama kapasitelerini görmek ve gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamaktır. 2010 yılından itibaren ülkeleri inceleme süreci başlamıştır.

2010-2014 yılları arasında “3. Suç Olarak Düzenleme ve Yasaların Uygulanması” ile “4. Uluslararası İş Birliği” başlıklı bölümlerinin incelenmesinin tamamlanması ve her yıl yaklaşık 40 taraf devletin incelemesinin yapılması hedeflenmektedir.

2015 yılında “2. Önleyici Tedbirler” ile “5. Varlıkların Geri Alınması” başlıklı bölümlerinin incelenmesine başlanılacaktır. İnceleme iki taraf devlet tarafından, UNODC Sekreterya’sının desteği ile yapılmaktadır. İncelenecek ülke ile incelemeyi yapacak ülkeler kura çekimi ile belirlenmekte, incelemeyi yapacak iki ülkeden birisinin incelenecek ülke ile yakın coğrafyadan ve mümkünse benzer hukuki ve idari mekanizmalara sahip bir ülke olması göz önünde bulundurulmaktadır. Gözden Geçirme mekanizmasının temel ilke ve kurallarını içeren bir rehber hazırlanması ve incelemelerin bu çerçevede gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.

4.1.12. Türkiye İncelemesi

27-31 Mayıs 2013 tarihlerinde Viyana’da düzenlenen toplantıda yapılan kura çekimi ile Belçika ve Malezya ülkemizi inceleyecek devletler olmuştur.

İncelemenin en önemli enstrümanı “Öz Değerlendirme Raporu”dur (Self-assessment Checklist). Bu Rapor’un ülkemiz açısından en geç Ekim 2013’e kadar tamamlanarak hem inceleyici ülkelerle hem de UNODC ile paylaşılması gerekmektedir. Yerinde inceleme için inceleyicilerin ülkemizde davet edilmesi ve STK, özel sektör temsilcileri de dâhil olmak üzere ilgili tüm taraflarla yüz yüze görüşmeler yapılması gerekmektedir.

"3. Suç Olarak Düzenleme ve Yasaların Uygulanması" ile "4. Uluslararası İş Birliği" bölümlerinde yer alan tüm maddelere ilişkin;

- Öncelikle konuya ilişkin mevzuat
- Mevzuatın uygulamasını gösteren örnek olay
- Uygulama sonuçlarına ilişkin ilgili birimlerce tutulan istatistikler
- OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi, GRECO, FAFT gibi uluslararası geçerliliği olan ülke raporları
- İlgili ulusal kurumların faaliyet raporları dikkate alınmaktadır.

4.1.13. Sözleşmenin İlgili Olduğu Diğer Temel Kanun ve Sözleşmeler

- 19 Nisan 1990- 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu yürürlüğe girdi.
- 1 Şubat 2000- OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi 4518 sayılı Kanun'la onaylandı.
- 24 Mart 2001- içeriğinde yolsuzlukla mücadeleyle ilgili öncelikli hedeflerin de yer aldığı Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlgilin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar kabul edildi.
- 16 Mayıs 2001- Etkin Yönetim ve Yolsuzlukla Mücadele Yönlendirme Komitesi ve bu Komiteye yardımcı olmak üzere bir çalışma grubu oluşturuldu.
- 12 Ocak 2002 - Türkiye'de Saydamlığın Artırılması ve Kamuda Etkin Yönetimin Geliştirilmesi Eylem Planı, Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edildi.
- 16 Kasım 2002- Yolsuzlukla mücadeleye ilişkin hususların da yer aldığı 58. T.C. Hükûmeti Acil Eylem Planı açıklandı,
- 2 Ocak 2003- Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 4782 sayılı Kanun kabul edildi.
- 17 Nisan 2003- Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Avrupa Konseyi Sözleşmesi 4852 sayılı Kanun'la onaylandı.
- 10 Aralık 2003- Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Türkiye tarafından imzalandı.
- 14 Ocak 2004- Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku Avrupa Konseyi Sözleşmesi 5065 sayılı Kanun'la onaylandı.
- Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi 4518 sayılı Kanun'la onaylandı.
- Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 4800 sayılı Kanun'la onaylandı.
- Suçtan Kaynaklanan Gelirin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlgilin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 5391 sayılı Kanun'la onaylandı.
- 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun 18.10.2010 tarihinde yürürlüğe girdi.
- Ülkemiz, 5 Şubat 2007 tarihli ve 2007/11611 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki 2005 Yılı Programına İlgilin Finansman Anlaşması uyarınca, Avrupa Sahtecilikle Mücadele Birimi'nin (OLAF) AB'den sağlanan fonlarla finanse edilen projelerle ilgili olarak denetim ve kontrol yapmasını kabul etmiş; 2006/32 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile Başbakanlık Teftiş Kurulu, OLAF'ın ülkemizdeki muhatap kuruluşu olarak belirlenmiştir.
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile özel sektörde rüşvet suçu kabul edilmiş; ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama kapsamı genişletilmiş; zaman aşımı süreleri ciddi oranda artırılmış, suçların tanımı, uluslararası normlara uygun hâle getirilmiş;

- edimin ifasına fesat karıştırılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.
5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile rüşvet, zimmet, ihaleye fesat karıştırma gibi yolsuzluk suçları yönünden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, teknik araçlarla izleme, taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma gibi önlem ve tespit amaçlı düzenlemeler yapılmıştır.

Türkiye ayrıca, 1 Ocak 2004 tarihinden beri, Avrupa Konseyinin sözkonusu sözleşmelerinin takip mekanizması olan "AK Yolsuzluğa Karşı Avrupa Devletler Grubu"na (GRECO) üyedir ve çalışmalarına aktif olarak katılmaktadır.

Rüşvet ve yolsuzluk konularındaki çalışmalara öncelikle yer veren Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (OECD), Mali Eylem Görev Gücü'nün (Financial Action Task Force-FATF) bütün karar ve tavsiyeleri ülkemizde uygulanmaktadır.

G-20 YOLSUZLUKLA MÜCADELE ÇALIŞMA GRUBU

5.1. Genel Olarak
5.2. Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu (YMÇG)

5. G-20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu (Anti Corruption Working Group-Acwg)

5.1. Genel Olarak

G20 ilk toplantısını 15-16 Aralık 1999'da Berlin'de gerçekleştirmiştir. G20, siyasi bir yaptırımı olmayan, daha çok ekonomik meselelere odaklanmış bir yapıdır. G20 üyeleri, 19 ülke ve Avrupa Birliği temsilciliğini kapsamaktadır. Üye ülkeler; ABD, Almanya, Arjantin, Avustralya, Brezilya, Britanya, Çin, Endonezya, Fransa, Güney Afrika, Hindistan, İtalya, Japonya, Kanada, Meksika, Rusya, Suudi Arabistan ve Türkiye'den oluşmaktadır. Bu ülkelerin yanı sıra, Avrupa Birliği ve Avrupa Merkez Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası başkanları da bu toplantılara katılmaktadır.

G20 ülkeleri, dünya toplam ekonomik üretiminin %85'ini ve dünya ticaretinin %80'ini denetlemektedir. G20 toplantılarında resmî oylama söz konusu olmayıp, tüm kararlar "uzlaş" yoluyla alınmaktadır. G20 üyesi olmak için resmî bir kriter yoktur. Ülkelerin seçiminde bölgesel etkileri ve dünya ölçeğinde ekonomik ağırlıkları göz önüne alınmaktadır.

G20 üye ülkeleri liderleri her yıl içerisinde iki üç kez Sherpa Zirvesi düzenlemekte ve bu zirvelerde alınan kararlar çalışma gruplarında takip edilmektedir. 2012 yılı içinde 15-16 Mart 2012, 18-19 Haziran 2012 ve 29-30 Ekim 2012 tarihlerinde Meksika'da G20 Sherpa toplantıları düzenlenmiştir.

Sherpa Zirvelerinde, pek çok bakanlığın görev alanına giren konular gündeme alınmakta olup, Bakanlığımızın görev alanına giren konularla ilintili olarak G20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu toplantısı gerçekleştirilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki ülkemizin Ulusal Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı'nın yürütülmesi Başbakanlık tarafından gerçekleştirilmektedir.

Los Cabos Zirvesi'nde G20 liderlerinin kararlaştırması ile 2010 yılında Toronto'da Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu (YMÇG-ACWG) kurulmuştur. Aynı yıl Seul'de uygulamaya konulan Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı'nın yenilenmesi kararı alınmış ve üye ülkelerce "uygulamaların yakınlaştırılması" sözü verilmiştir.

2013 yılında G20 eş başkanlığını Rusya ve Kanada, 2015 yılında ise ülkemiz ele alacaktır.

5.2. Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu (YMÇG)

G20 YMÇG, temel olarak Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin uygulanmasını takip etmektedir. YMÇG, yılda en az üç kez planlı toplantılar yapmakta ve bu toplantılara G20 dönem başkanı başkanlık etmektedir. Yıl sonundaki toplantılarda o yılın izleme raporu yazılmaktadır.

11-12 Ekim 2012 tarihlerinde OECD Merkezinde (Paris) G20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu (YMÇG-ACWG) toplantısında 2013-2014 yıllarını kapsayacak G20 Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı güncellenmiş ve G20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu'nun 2012 İzleme Raporu düzenlenmiştir.

YMÇG, 2013-2014 Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı'nda; üye ülkelere Sözleşme'ye taraf olma çağrısı yapmakta, rüşvet alma ve vermeyi suç hâline getiren düzenlemeler yapılması konusunda üye ülkelere çağrı yapmakta, suçtan kaynaklanan gelirlerle bir suç cenneti yaratılmasının önlenmesi ve mal varlıklarının geri alınması için FATF standartlarında düzenlemeler yapılması istenmekte, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde ve başkaca uluslararası belgelerde bulunmayan yolsuzluğa bulaşmış yabancı kamu görevlilerinin ülkeye girişinin engellenmesine dair çaba göstermesi istenmektedir. Ayrıca Eylem Planı, suçtan elde edilen yurt dışındaki mal varlıklarının geri alınması (asset recovery) ile ilgili uzlaşılan geri alım ilkeleri ve iyi uygulama örneklerini ön plana çıkarmakta, yolsuzluk ve rüşvetle mücadeledeki çabalarla ilgili uluslararası iş birliğinin güçlendirilmesi, bu açıdan ülkelerin irtibat noktası ataması, G20 üye ülkelerinin itirafçı (whistle blower) koruma tedbirlerini yasalaştırmasını istemekte, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde yer alan ülkelerin bağımsız yolsuzlukla mücadele birimi kurmasını dile getirmekte, kamu sektöründeki yolsuzluğun önlenmesi, hesap verilebilirlik, şeffaflık ve dürüstlük çalışmalarının teşvik edileceği, uluslararası organizasyonlarla iş birliğini ve özel sektörle şeffaflığın sağlanması konusunda çalışma yapılması gibi konuları teşvik etmektedir.

G20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu'nun 2012 İzleme Raporu'nda, 2012 yılı içinde yasalaşan Kamu Denetçiliği Kanunu ve rüşvetin suç olarak tanımı, etkin pişmanlık hükümlerinin yer aldığı TCK 252, 254 ve 255 maddelerinin 2012 yılı Temmuz ayında (GRECO tavsiye kararları doğrultusunda) değiştirildiği hususları yer almıştır.

G20 Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu tarafından, BMYMS'de Ülkeye Girişinin Engellenmesi (Denial of Entry) kavramı ortaya atılmış olup, bu konuda 10 Ekim 2012- Paris OECD Merkezinde bir toplantı düzenlenmiştir.

BMYMS'de Ülkeye Girişinin Engellenmesi (Denial of Entry) kavramı, yolsuzluğa bulaşmış ilgili yabancı kamu görevlisi hakkında soruşturma, kovuşturma veya kesinleşmiş mahkûmiyet kararı aranmaksızın vize vermeye yetkili ve ülkeye giriş izni vermeye yetkili makamlar tarafından ilgili şahsın ülkeye girişinin engellenmesidir. Bu tedbirin uygulanması için şahıs hakkında ciddi somut delillerden ziyade, gazete haberleri veya yabancı kamu görevlilerinin maaşları ile orantısız mal varlıklarının bulunduğu dair veriler yeterli kabul edilebilecektir. Bu tedbire ilişkin mevzuat yalnızca ABD ve Kanada'da bulunmaktadır.

Anılan toplantıda ABD, İngiltere ve Kanada'nın başını çektiği bir grup üye ülke, gerekirse bir ortak bildiri (memorandum of understanding) yayımlanabileceği ve zaten bu network'un resmî olmayan (informal) bir şekilde çalışacağını belirtmiştir.

6 YAYGIN YOLSUZLUK SUÇLARI

- 6.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu
- 6.2. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu (M.236)
- 6.3. Zimmet Suçu
- 6.4. Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu (5411 S.LİK.)
- 6.5. İrtikap Suçu (M.250)
- 6.6. Rüşvet (M.252-254)
- 6.7. Güveni Kötüye Kullanma Suçu
- 6.8. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Zararına Dolandırıcılık

6. Yaygın Yolsuzluk Suçları

- » İhaleye Fesat Karıştırma
- » Edimin İfasına Fesat Karıştırma
- » Zimmet
- » Rüşvet
- » İrtikâp
- » Dolandırıcılık
- » Emniyeti Suistimal
- » Kara Para Aklama
- » Haksız Mal Edinme
- » Nüfuz Ticareti

6.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

6.1.1. Genel Bilgiler

Devlet, kamu hizmetlerini yürütmek, kendi işleyişini sağlamak amacıyla gerçek veya tüzel kişilerle alım satım veya yapım sözleşmeleri düzenlemektedir. Bilindiği gibi özel hukukta sözleşmeler, irade serbestisine dayanır.¹ Ancak devlet, alım satım ve yapımlarında, kamu parası kullanıldığı ve kamu menfaati söz konusu olduğu için, sözleşmenin diğer tarafının belirlenmesi, imzalanması ve edimin yerine getirilmesi kanunla düzenlenmiştir.

Kamu alım ve yapımlarının usulünü gösteren temel yasa, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'dur (KİK).²

Kamu adına gerçekleştirilecek satım sözleşmelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, özelleştirme uygulamalarında ise 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri tatbik edilmektedir.

İhale gerçekleştirildikten sonra sözleşme imzalanmakta ve edimler bu sözleşme çerçevesinde yerine getirilmektedir. Bu süreç, 4735 sayılı Kamu İhale

1 Suç tipi ile ilgili olarak bk. Gökçen, Ahmet, "Yeni Ceza Kanunu'nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Hukuk ve Adalet", Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6-7, İstanbul, Ekim 2005, s. 160-180

2 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlenmiştir. Kanun'un 2'nci maddesinde belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım ihaleleri, Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yürütülür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2'nci maddesinde;

"Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (mesleki kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler, b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri, c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar, d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte veya ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler." denilmektedir.

Kanun'un 3'üncü maddesi ise kapsam dışı bırakılan ihaleleri düzenlemiştir. Örneğin, 3'üncü maddenin (g) bendinde; "2'nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli (...) Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları (...) bu Kanun'a tabi değildir." denilmektedir.

25.07.2005 tarih ve 25886 sayılı "Resmî Gazete"de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre; Kanun'un 2. maddesinin (b) ve (d) bendinde belirtilen kuruluşların, Kanun'un 3/g bendinde belirtilen istisnadan yararlanabilmesi için; Kamu İhale Kurumuna müracaat ederek, ana faaliyet konularını belirtmesi, istisna talep ettiği mal ve hizmet alımlarını göstermesi ve Kurumun bu talebi değerlendirerek, istisna kapsamında olan mal ve hizmet alımları hakkında karar alması gerekmektedir. Böyle bir karar olmadan, adı geçen kurumların doğrudan istisnayı uygulamaları söz konusu değildir.

Sözleşmeleri Kanunu'yla düzenlenmiştir.

Bilindiği gibi ihale, bir mal, bir hizmet alım satımı veya kiralama dolayısıyla yürütülen bir kamusal faaliyete ilişkin süreci ifade etmektedir. Bu işlemlerin, devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve bunların yürütülmesi sırasındaki kamu görevlilerine olan güvenin tesisine yönelik olarak hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde işletilmesi gerekmektedir. Bu işleyişte kişilerin, toplumun kamu idaresine karşı olan güvenini sarsıcı bir tutum içerisine girmesi, ceza hukuku bakımından yaptırım gerektirmektedir. Bu nedenle ihale sürecinde veya edimlerin ifası aşamasında söz konusu olabilecek usulsüzlükler, TCK'nın 235 ve 236'ncı maddelerinde yer alan ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları ile yaptırım altına alınmıştır.³

İhaleye fesat karıştırma suçu, TCK'nın ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmında, "ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar"a ilişkin dokuzuncu bölümünde 235. maddede düzenlenmiştir.

Madde: "(1) (Değişik fıkra: 11/04/2013-6459 S.K./12. md) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak,

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

(3) (Değişik fıkra: 11/04/2013-6459 S.K./12. md) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

³ Ayrıca bk. Arslan, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235), Ankara 2008, s.9 vd.

a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.

b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

İhale, Arapça bir kelime olup “bir işi veya bir malı birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene bırakma, eksiltme veya artırma” anlamına gelmektedir.⁴

4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 4. maddesinde ihale; “bu Kanun’da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 4. maddesinde ise ihale ile ilgili olarak; “bu Kanun’da yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasında seçilecek birisi üzerinde bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade eder” ibaresine yer verilmiştir.

“Fesat” kelimesi sözlükte; “bozukluk, bozuk şeyin hâli, çürüklük, yolsuzluk” anlamlarına gelmektedir.⁵

235’inci maddeye göre, ihaleye fesat karıştırma, münhasıran kamu adına yapılan ihaleler açısından değil, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları adına yapılan ihaleler bakımından da söz konusu olabilir. Bunlardan, kamu kurumlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştiraki olan şirketler adına yapılan ihalelerde de ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin hükümler tatbik edilecektir.

Keza Kızılay gibi kamu yararına çalışan dernekler, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının tesis ettikleri vakıflar bünyesinde yapılan ihaleler açısından da TCK’nın 235 ve 236’ncı maddeleri uygulanabilecektir.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki; yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki tanımlama biçimi bakımından ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamunun bir zarar

4 Bk. Türkçe Sözlük, TDK, s.1052

5 Bk. Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s. 378

görmesi gerekmez.

Yine, suç tanımına göre, bu ihale sürecini deruhte eden görevlilerin -bu, yerine göre kamu görevlisidir, yerine göre değildir; mesela bir şirketin, bir vakfın, kamu yararına çalışan bir derneğin yöneticisi kamu görevlisi değildir- bu ihaleye fesat karıştırmak suretiyle bir menfaat elde etmiş olması hâlinde, sadece ihaleye fesat karıştırmadan değil, bu menfaat temini başka bir suç oluşturduğu takdirde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması öngörülmektedir.⁶

6.1.2. Korunan Hukuki Değer

Devlet hesabına yapılan alım satım ve yapıma fesat karıştırmada suçunda korunan hukuki değer ne olduğu hususunda doktrinde değişik fikirler ileri sürülmüştür.

Bir fikre göre; bu suçun ihdasıyla, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair inanç ve özellikle kamu görevlilerine duyulan itimat duygusu korunmak istenmiştir.⁷

Diğer bir düşünceye göre; maddede düzenlenen suç, devletin mali ve maddi yararlarını korumaktadır.⁸

Madde gerekçesinde; *"bu hükümle korunmak istenen hukuki değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir"* denilmiştir.

Kanaatimizce bu suçla korunan hukuki değer, karma niteliktedir.⁹ Burada öncelikle kamu idaresinin itibarının korunması hedeflenmektedir. Gerçekten kamu adına yapılan bir malın alım satım ve yapımına fesat karıştırılması, bundan devlet adına hiçbir zarar doğmamış olsa bile cezalandırılmalıdır. Zira kamusal fonksiyonu vasıta kılarak hukuka aykırı bir menfaat elde eden veya başkalarına elde ettiren kişi, kamu idaresinin işlerliğini ve vatandaşlar tarafından kamu idaresine duyulan güven ve itibar duygusunu zedelemiştir.¹⁰

Fiilden kamu idaresi zarar görmüşse, mesela ucuza alınabilecek bir mal pahalıya alınmış, bunu gerçekleştiren kamu görevlisi de haksız kazanç elde etmişse, devletin mali ve maddi yararları da ihlal edilmiş olmaktadır.¹¹

6 Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde ihaleye fesat karıştırmada failin kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine haksız kazanç sağlamasını aramakta, aksi takdirde, eylemin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekteydi. "765 sayılı TCK'nın 205. maddesindeki suçun maddi unsurunun sanığın kendi ve üçüncü şahıslar lehine haksız çıkar sağlamak olduğu, bu hareket ögesinin gerçekleşmemesi hâlinde salt alım satımın uygulama usul ve şekillerine aykırı davranılmasının alım satıma fesat karıştırmaya vücut vermeyeceği keza; belediye başkanı olan sanık'in Kamu İhale Yasası'ndaki engel neden olduğu hâlde, kurucusu ve münferiden şirketi temsile yetkili olduğu şirketin diğer ortaklarından kardeşi sanık'in ihaleye katılmasını sağlayarak kendisinin de komisyon üyesi olarak iştirak ettiği 01.08.1990 ve 10.01.1991 tarihlerinde yapılan ihaleler sonucu belediyeye ait 6 parselin kendisinin de ortağı olduğu limited şirket adına tapuda intikalini temin etmek şeklinde oluşan eylemde; 413 adet parselin alım- satımının açık teklif artırma yöntemiyle yapıldığı, isteyen ihaleye iştirak ettiği, parsellerin Belediye Meclisi ve Belediye Encümeni'nin belirlemiş olduğu muhammen bedelin üstünde satıldığı gözetildiğinde, sanıkların eylemlerinin 765 sayılı TCK'nın 240. maddesinde düzenlenmiş görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu hâlde yazılı şekilde karar verilmesi..." Yarg. 5. CD, 09.07.2007, 1794/5967 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK Şerhi, 5, s. 4600)

7 Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 236; Yazıcıoğlu, s. 135

8 Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 91

9 Aynı doğrultuda bk. Erman-Özek, s. 55; Yazıcıoğlu, s. 135; Balcı, s. 32

10 Yazıcıoğlu, s. 135

11 Erman-Özek, s. 55

İnceleme konusu suç, bu tehlikeyi her zaman bünyesinde taşımaktadır. Her ne kadar madde gerekçesinde suçla korunan hukuki değer kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair inanç ve kamu görevlilerine duyulan güven olduğu ifade edilmiş ise de; fail kamu görevlisi olmayan kişiler de olabileceğinden ve bölüm başlığı da dikkate alındığında suçun ihdasıyla devletin ekonomik çıkarlarının da korunmak istendiği söylenebilir.

6.1.3. Suçun Unsurları

a. Tipiklik

Fiilin tipik sayılabilmesi; *"kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştırılmasına"* bağlıdır.

Madde gerekçesinde; *"ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalara ilişkin ihale olmasıdır"* denilmiştir.

Kamu tüzel kişileri; kamu idareleri ve kamu kurumları diye iki gruba ayrılır.¹² Devlet ile yerel yönetimler olarak il özel idaresi, belediye ve köyler kamu idarelerini, tüzel kişiliğe sahip bulunan ve belli bir veya birkaç konuda etkinlikte bulunmak için kurulanlar ise kamu kurumlarını oluşturmaktadır.¹³

TCK'da suçun uygulama alanının genişletilebilmesi amacıyla 235'inci maddenin 5'inci fıkrasında; *"yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de uygulanır"* hükmüne yer verilmiştir.

b. Maddi Unsurlar

aa. Fiil

İnceleme konumuzu oluşturan suç bakımından yasaklanan fiil; *"kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına veya kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştırma"*dır.

5237 sayılı TCK'nın 235'inci maddesinde hangi hâllerde fesat karıştırmanın söz konusu olabileceği sayılmıştır.

"Fesat" kelimesi sözlükte; *"sakatlık, iradeyi sakatlayan hâller, yapılan bir işin*

¹² Özay, İl Han, *Günüşünde Yönetim*, İstanbul 1996. s.137

¹³ Ayrımın temelini, kamu idarelerinin çok çeşitli alanlarda uğraş vermeleri, buna karşılık kamu kurumlarının her birinin uğraş konusunun belirli ve sınırlı olması oluşturmaktadır. Geniş bilgi için bk. Özay, s.137

hukuki bakımdan sakatlık taşıması” anlamlarına gelmektedir.¹⁴

Doktrinde fesat karıştırma deyiminden, failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla devlet alım satım veya yapımına ilişkin ihale sürecinde başvurduğu her çeşit hile ve desise yahut kullandığı cebir, şiddet veya tehdidin anlaşılacağı ifade olunmuştur.¹⁵

Fesat karıştırmanın ne anlama geldiği konusunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 17’nci maddesinden de yararlanılabilir.¹⁶ Söz konusu hükmün a, b ve c¹⁷ bentleri konumuzla bağlantılı olarak, kamu ihalelerinde yasaklanan fiil ve davranışları göstermiştir. Bunlar; *“hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma veya buna teşebbüs etme, isteklileri tereddüde düşürme, katılımı engelleme, isteklilere anlaşma teklifinde bulunma veya teşvik etme, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunma, sahte belge veya sahte teminat düzenleme, kullanma veya bunlara teşebbüs etme”* gibi hareketlerdir.¹⁸

TCK’nın 235’inci maddesinin 2’nci fıkrasında; *“Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır.”* denilmiştir. Bu hâller;

“a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,

14 Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s.138; Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.221

15 Gerçekten Erman’a göre; fesat karıştırma, esasta hileli bir harekette bulunmayı ifade ederse de cebir ve tehditte bulunmayı da bu kavrama ithal etmek uygun olur. Hangi hareketlerin bu anlama geleceğini takdir etmek hâkimin yetkisine girer. Genel olarak failin görevini yerine getirirken, mensup olduğu kamu idaresinin yerine veya bu menfaatle birlikte olarak kendisine veya başkasına ait bir çıkar elde etmeye yönelik ve elverişli herhangi bir harekette bulunması fesat karıştırma olarak anlaşılmalıdır. Bk. Erman-Özek, s.58. Dönmezer’e göre ise; fesat karıştırma, her ne suretle olursa olsun alınacak, satılacak veya yapılacak şeylerin değerinde veya miktarında veya yapımında hile ve hud’a kullanarak failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlaması ve devleti zarara sokmasıdır. Alım satım komisyonunda görevli olan memurun satıcıyla anlaşarak, kabul edilmiş bulunan şartları taşımayan malları kabul etmesi, içine toprak karıştırılmış boyaları alması veya fazla göstererek az miktarda mal alması fesat karıştırmaya örnek olarak gösterilebilir. Dönmezer, s.91. Erem-Toroslu’ya göre; her türlü hile fesat karıştırma değildir. Fesat karıştırma deyimi şiddet ve tehdidi de kapsar. Dolayısıyla ihale işlerinde şiddete veya tehdide başvurarak menfaat sağlanmak suretiyle de söz konusu suçun işlenmesi mümkündür. Erem-Toroslu, s.164. Gözübüyük de fesat karıştırmayı hile olarak anlamakta, her tür hilenin suçu oluşturacağını, fiilin işlenmesinde kullanılacak hilenin çeşit ve niteliklerini saymanın mümkün olmadığını, örnek olarak; alınacak, satılacak veya yapılacak eşyanın artırma ve eksiltme kâğıtlarında, belgelerinde, eşyanın vasıf miktar ve büyüklüğünde veya bu işlere ilişkin işlemlerin düzenlenmesinde hile yapılmasının suçu oluşturacağını belirtmektedir. Bk. Gözübüyük, Devlet İdaresine Karşı Cürümler, s.438

16 Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.238 vd

17 Belirtelim ki maddenin (d) ve (e) bentleri daha ziyade sivil şahıslar tarafından işlenebilecek eylemleri gösterdiğinden, bunlar inceleme konusu suç anlamında fesat karıştırma olarak değerlendirilemez.

18 Bk. Balcı, s.113 vd.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.”dır.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu, ihaleye fesat karıştırma sonucunu doğurabilecek bütün fiilleri değil, yukarıda metni verilen 2. fıkrada hangi hâllerin “ihaleye fesat karıştırma” sayılacağını tadadi olarak (tek tek sayılmak suretiyle) belirterek bağlı hareketli bir suç öngörmüştür.¹⁹ Ayrıca fesat karıştırmanın bu hareketlerden herhangi birisiyle gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan seçimlik hareketli bir suçtur.

Bu hâllerin dışında kalan benzer nitelikteki fiiller, TCK’nın 235. maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Aksi davranış, 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesinin 3. fıkrasında “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”²⁰ şeklinde ifade edilen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olur.²¹

Bunun yanında, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 345b maddesinde; “Bu Kanun’a göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vadolunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. Aracılara da aynı ceza verilir.” denilerek, TCK’nın 235’inci maddesindeki suçtan ayrı, İİK’da düzenlenen ihalelere özgü bir ihaleye fesat karıştırma suçuna yer verilmiştir. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, İİK’ya göre yapılmış bir ihale olmalı ve fail, ihalede kendisine veya başkasına vadolunan yarar karşılığında artırmaya katılmamalı veya artırmadan çekilmelidir.

Aşağıda 5237 sayılı TCK’nın 235’inci maddesinde fesat karıştırma sayılan seçimlik hareketler ayrı ayrı incelenecektir.

aaa. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (TCK M. 235/2 A-1)

Arapça asıllı bir kelime olan hile; “aldatacak tarz, tertip ve oyun” anlamına gelir.²² Herhangi bir şekilde bir hukuki ilişki içine giren taraflar, bu ilişkinin kurulmasında etkili olan unsurlar hakkında birbirlerini doğru olarak bilgilendirme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu yükümlülük yerine getirilmeyerek hukuki ilişkinin kurulmasında aldatıcı beyanlarda bulunmak “hile” olarak nitelendirilir.²³

19 Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.115 vd.; Eker Kazancı, Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2007, s. 129 vd

20 Konu ile ilgili olarak madde gerekçesinde; “Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus ‘ceza kanunları dar yorumlanır’ biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir.” denilmektedir.

21 Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s.115 vd.; Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 129 vd.

22 Bk. Hayat, s. 528; Devellioğlu, s. 370

23 Bk. Özgenç, s. 138

Kural olarak aranan özellikleri taşıyan ikametgâh sahibi herkes istenilen teminat ve belgeleri vermek şartıyla ihaleye katılıp bir teklif verebilir. Ancak Kanun'da ihale hukukundaki temel ilkelerin korunması amacıyla bazı kimselerin ihalelere katılamayacakları öngörülmektedir. Bu kural ihalelerde eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Aksine eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacıyla bu şekilde kural konması zorunludur.²⁴ İsteklinin ekonomik ve mali,²⁵ mesleki ve teknik²⁶ açıdan yeterli olup olmadığının tespiti açısından KİK'in 10'uncu maddesinde bazı belgelerin istenebileceği belirtilmiştir.

İhaleye katılma yeterliliğine sahip olan bir kişinin ihaleye katılmasını engelleme hâlinde ihaleye fesat karıştırma suçu söz konusu olacaktır.

bbb. Hileli Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak (TCK M. 235/2 A-2)

Hangi hâllerde ihaleye katılma yeterliliğinin söz konusu olmayacağı yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere 4734 sayılı Kanun başta olmak üzere diğer ihale mevzuatına göre belirlenecektir.²⁷

ccc. Hileli Davranışlarla, Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Hâlde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak yahut Teklif Edilen Malları, Şartnamede Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Hâlde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak (TCK M. 235/2 A-3,4)

İhaleye konu işin nitelikleri belirlenmeden ihale süreci başlatılamaz. İhale konusunun nitelikleri şartnamelerle belirlenmelidir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 4'üncü maddesine göre şartname; yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve

24 Kutlu, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir 1997, s.226

25 Abacıoğlu, Muhittin, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2004, s.50 vd. Ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek, isteklinin mali durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayımlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eş değer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler istenebilir.

26 Abacıoğlu, s.51 vd.

Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İsteklinin ihale konusu iş veya benzer işlerde; mal ve hizmet alımları için son beş yıl içinde, yapım işleri için ise son on beş yıl içinde kamu veya özel sektörde sözleşme bedelinin en az %70'i oranında gerçekleştirdiği veya %50'si oranında denetlediği veya yönettiği idarece kusursuz kabul edilen benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgeler,

3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlama yönüne yönelik belgeler,

4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,

5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,

6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,

7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,

8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslararası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,

9) İdarenin talebi hâlinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları istenebilir.

27 "Bolu Millî Eğitim Müdürlüğünde görevli olup ücretsiz ders kitabı dağıtım ihalesinde komisyon başkanı ve üyesi olan sanıkların, ihaleye katılma yeterliliğine ve koşullarına sahip olmayan kişinin ihaleye katılmasını sağlama eylemlerinin 5237 sayılı TCY'nin 235. (765 sayılı TCY'nin 205 ve 366.) maddesinde öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği, 5235 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi uyarınca eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması..." Yarg. 4. CD, 16.5.2007, 13471/4710 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK Şerhi, 5, s. 4593, 4594)

idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri ifade eder. Şartnamelerde yer alan kurallar hem sözleşmenin oluşumu hem de sözleşmenin icrası aşamasına ilişkin olarak hazırlanmaktadır. Şartnameleri hazırlama yetkisi idareye aittir. Ancak mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının idare tarafından onaylanması kaydıyla teknik şartnameler idare tarafından KİK hükümlerine uygun olmak kaydıyla başka bir heyete hazırlattırılabilir.²⁸ İdari şartnamede ihale konusuna göre, bulunması gereken asgari hususlar 4734 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinde belirtilmiştir.

İhale dokümanında²⁹ idari şartnameler, yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler,³⁰ sözleşme tasarısı ve gerekli olan diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlilik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlar, ön yeterlilik kriterleri ve gereken diğer belge ve bilgiler bulunmalıdır. İhale dokümanında yer alan bilgiler, isteklilerin ihaleye katılma kararını ve sunacakları teklifleri belirlediğinden, ilan yapıldıktan sonra belirtilen dokümanda değişiklik yapılmaması esastır. Ancak çeşitli sebeplerle değişiklik yapılması zorunlu olursa, ihtiyacın giderilmesinde gecikmelere neden olunmaması için, sadece önceki ilan geçersiz sayılarak iş yeniden ihale edilir.³¹ İlan yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi hâlinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir.³² Yapılan bu değişikliklere ilişkin zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması hâlinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün ertelenebilir.

İhale sürecinde tekliflerin alınması ve açılmasından sonra değerlendirme aşamasına geçilmektedir (KİK m. 36-37). Bu aşamada teklif edilen malların, ihale komisyonu tarafından şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması veya tam tersine şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğu gerekçesiyle değerlendirmeye alınması ve hatta ihalenin söz konusu istekli üzerinde bırakılması ihaleye fesat karıştırma sayılır.³³

Teklifin değerlendirme dışı bırakılması, ihalenin karara bağlanmasında hiç dikkate alınmaması demektir. Dolayısıyla bu ihtimalde teklif sahibinin ihaleyi

28 KİK m.12; "İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlattırılabilir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır.

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşe, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.

Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hâllerinde "veya dengi" ifadesine yer vermek şartıyla marka veya model belirtilebilir."

29 İhale dokümanı; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri, ifade eder. KİK m. 4

30 Bk. Özek, Ali-Kaya, Osman, Kamu İhale Rehberi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamaları, Ankara 2003, s.294 vd.

31 Turguter, Necip-Tokmaklı, Cafer, Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2004, s.199; Abacıoğlu, s.164 vd; KİK m. 29

32 Bk. Doğanyüğit, Saadetin, Açıklamalı-Uygulamalı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2003, s.254 vd; Abacıoğlu, s.164 vd; Özek-Kaya,s.302 vd.

33 Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma, s.139

alabilmesi de mümkün değildir. Teklifin değerlendirmeye alınmasından kastedilen de diğer tekliflerle birlikte aynı hukuki değerde görülmesidir. Bu bakımdan ihalenin aslında değerlendirmeye bile alınmaması gereken teklif sahibine bırakılması mümkün olmakla birlikte, suçun oluşumu için şart değildir.³⁴

ddd. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkasının Ulaşmasını Sağlama (TCK M. 235/2 B)

Gizlilik, kamu ihalelerinin temel ilkelerindendir. Kuşkusuz bu ilke ihalenin gizli bir şekilde verilmesi, tekliflerin gizli bir şekilde açılmasını değil, rekabetin sağlanması için belli bir aşamaya kadar bazı bilgi ve belgelerin gizli kalmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle kanun koyucu 235'nci maddenin 2. fıkrasının "b" bendinde, gizliliğin ihlalini suç saymıştır.

Buna göre, tekliflerle ilgili olan ve ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere "başkalarının ulaşmasını sağlamak" suç teşkil edecektir. "Başkalarının ulaşmasını sağlamak" ibaresi ile kastedilen şey, açıklanmaması/saklı kalması gereken bilgilerin bir veya birden fazla kişinin öğrenmesine neden olunacak şekilde onlara iletilmesi, açığa vurulması, yayımlanması veya herhangi bir şekilde ifşa edilmesidir. İfşa edilen bilgi, tekliflerle ilgili bir belgede veya başka bir dokümanda mevcut olabilir.

İşlenen fiilin bu bent kapsamında suç teşkil etmesi için başkalarına ulaşması sağlanan bilgiler hem tekliflerle ilgili olmalı hem de ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulmaları gereken bilgilerden olmalıdır. Bilginin teklifle olan ilgisi ortaya konulmadığı takdirde, eylemin tipik olduğundan söz edilemez. Hangi bilgilerin gizli olduğu ihalenin tabi olduğu mevzuat ve buna uygun olarak hazırlanması gereken şartnameye göre belirlenmelidir.

Konuyla ilgili olarak madde gerekçesinde; "... ihale sürecinde, tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkasının ulaşmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur. Aslında bu durumda hile yoktur. Ancak, gizli kalması gereken bilgilerin başkalarının bilgisine sunulması, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller" denilmiştir.

4734 sayılı KİK'in "Temel İlkeler" başlıklı 5'inci maddesinde ihalelerde rekabetin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükmün amacı ihalelerde rekabeti güvence altına almaktır.

4734 sayılı KİK'in 61'inci maddesinde de "Bu Kanun'un uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60'ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır." denilerek TCK'ya atıf yapılmıştır.

4734 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinde isteklilerce verilmiş olan tekliflerin ihale dokümanında belirtilen saatte açılacağı belirtilmiştir. Bu saatten

³⁴ Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma, s.139

önce tekliflerin açılması, TCK'nın 235'inci maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında değerlendirilebilecektir.

Buna karşılık, 4734 sayılı KİK'in 9'uncu maddesinde belirtilen yaklaşık maliyetin ihale sonuçlanıncaya kadar gizliliği korunmalıdır. Buna aykırı hareket edilmesi durumunda ise TCK'nın 258'inci maddesinde yer alan "göreve ilişkin sırrın açıklanması" suçu oluşabilir.³⁵ Zira yaklaşık maliyet, tekliflerle doğrudan ilgili olmadığından, bu husustaki bilgilerin dışarıya sızdırılması fiili TCK'nın 235/2-b maddesi kapsamında değerlendirilmemelidir.

KİK'in 39'uncu maddesine göre ihale komisyonu kararı üzerine bütün teklifler reddedilerek ihale iptal edilebilir. Bu hâlde isteklilerin tekliflerinin diğer isteklilerce öğrenilmiş olması ihaleye fesat karıştırma sayılmaz. Zira sonraki ihalede taraflar serbestçe teklif verebileceklerinden rekabet ilkesi ihlal edilmemiştir.

eee. Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle veya Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engelleme (TCK M. 235/2 C)

Konuyla ilgili madde gerekçesinde; "... Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle veya hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmiştir. İsteklilerin ihalenin gün veya saatinde, ihalenin yapılacağı yer konusunda yanıtılması ve bu suretle teklif veya pazarlık için öngörülen süreyi geçirmesi, bu fiillere ilişkin örnek oluşturmaktadır" denilmiştir.

Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir.

Tehdit; mağdurun güvenlik duygusunu, iç huzurunu etkileyici; onu endişeye, korkuya sevk etmeye elverişli her türlü hareketlerdir.

Şu hâlde failin, isteklilere fiziki güç kullanmak yahut güvenlik duygusunu, iç huzurunu etkileyici, onu endişeye, korkuya sevk edecek her türlü harekette bulunması fesat karıştırma olarak kabul edilmelidir.³⁶

fff. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları

Konuyla ilgili olarak gerekçede; "... İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Çünkü bu fiiller, ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engeller" denilmiştir.

35 Farklı görüş için bk. Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma, s.142

36 "1- Oluşa uygun olarak, sanığın 15 gün sonra yapılması beklenen köy kahvesi ihalesine yakınının katılmasını önlemek maksadıyla ölümle tehdit ettiği kabul edilmesine karşın, sözü edilen ihalenin kim tarafından ve ne şekilde yapılacağı gibi hususlar araştırılarak eylemin 765 sayılı Yasa'nın 366 vd. maddelerine uyup uymadığı ve uymakta ise yakınının sonuçta ihaleye katılıp katılmadığı da gözetilerek sonucuna göre hüküm kurulması, gerektiği gözetilmeden aynı Yasa'nın 188/1. maddesi ile hüküm kurulması,

2- Kabule göre de;

a) Sanığın ihaleye girip girmediği araştırılarak 765 sayılı Yasa'nın 188/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması..." Yarg. 4. CD, 05.12.2007, 6325/10469 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK Şerhi, 5, s.4589)

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nın 368'inci maddesinde; *"Bir kimse kendisine veya başkasına vadolunmuş para veya sair menfaat mukabilinde müzayedeye veya münakasaya devamdan istinkaf suretiyle resmî müzayedeye fesat karıştırırsa ... mahkûm olur."* denilmekteydi. Bu hüküm 5237 sayılı Kanun'da ayrı bir suç tipi olarak yer almamakla birlikte bu bent kapsamında fesat karıştırma olarak nitelendirilmiştir.

bb. Fail, Mağdur, Konu

TCK'nın 235'inci maddesinde düzenlenen suçun faili, kamu görevlisi olabileceği gibi sivil kişiler de olabilir.³⁷

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

Suçun konusu, somut olayda yapılmakta olan ihaledir.

Fesat karıştırma sonucunda bir zarar meydana gelmemişse, bu hâlde 235'inci maddenin 3'üncü fıkrasının (b) bendine göre daha az ceza verilecektir. Zararın meydana gelmemesi bu bağlamda daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl kapsamına alınmıştır.

c. Manevi Unsurlar

İhaleye fesat karıştırma suçu kasten işlenebilir. Taksirli şekli cezalandırılmamıştır. Bu yüzden failin bilgisizliği, tedbirsizliği veya dikkatsizliği sonucu meydana gelen fiiller müsnet suça vücut vermez.

İhaleye fesat karıştırma suçunun kasten işlenebileceğini ifade ettik. TCK'nın 21'inci maddesine göre kast, *"suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi"*dir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleştirileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde ise olası (muhtemel) kast vardır.

Kastın bu tanımı, 30'uncu maddenin 1'inci fıkrasında, *"failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz"* denilmek suretiyle başka bir tarzda ifade edilmiştir.

Bilindiği gibi kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Yeni kanunun düzenlemesine göre suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan şartların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez.

³⁷ 765 sayılı TCK'nın 205'inci maddesinde; "bir kimse" deyimini yer aldığından suçun failinin memur olmasının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, maddede "bir kimse" ibaresi yer almış olduğundan suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Ancak bu şahsın, memur olsun olmasın devlet adına veya hesabına bir şeyi almak, yapmak veya satmak hususunda görevlendirilmesi gerekir. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer bir fikre göre ise maddenin 765 sayılı TCK'da düzenlendiği bölüm (Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler başlıklı birinci babın birinci faslı), 765 sayılı TCK'nın 219'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında failin memuriyetten mahrumiyet cezasına da mahkûm edileceği hususunun yer alması ve hükmün kaleme alınış tarzı göz önünde tutulduğunda, suçun failinin, 279'uncu madde anlamında "memur" olduğu sonucuna varılmalıdır. Ayrıca failin memur olması da yeterli değildir, aynı zamanda Türkiye devleti hesabına alım satım veya yapım işlerinde görevli ve yetkili olması da (örneğin, kurum ita amiri veya ihale komisyonu üyesi) gerekir.

Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail icra hareketlerine devam etmek suretiyle yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir.

Yeni kanunun düzenlemesine göre kasten işlenebilen suçlar, kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Kanuni tanımında "bilerek, bildiği hâlde" gibi ifadeler yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin "işlemediğini bildiği hâlde ..." kişiye hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi (m. 267) gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Bu bilgiler inceleme konusu suç açısından değerlendirildiğinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun hem doğrudan hem de muhtemel (olası) kastla işlenebileceği sonucuna varılmalıdır. Şu hâlde ihaleye fesat karıştırma, yukarıda açıkladığımız maddi unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır.

Olası kast durumunda ise kişi, yukarıda açıklanan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail, unsurların meydana gelmesini, yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir.

6.1.4. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Bilindiği gibi suçun failinin kamu görevlisi olması hâlinde kural olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulanır. Bu Kanun'un 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında; "Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır." hükmüne yer verilmiştir.

4483 sayılı Kanun'un 2'inci maddesinin 2'inci fıkrasında belirtilen istisnalar arasında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu da bulunmaktadır.

3628 sayılı Kanun'un 17'nci maddesine göre; "bu Kanun'da yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında" 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacak,³⁸ soruşturma ve kovuşturma, 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre doğrudan yapılacaktır.³⁹

17'nci maddede "resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma" suçları da sayılmış olduğundan, devlet hesabına yapılan alım satım ve yapım fesat karıştırma

38 Bk. 4483 s.lı Kanun'un 16/1. maddesi.

39 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrasında, müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

suçu bakımından da 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.⁴⁰

Buna göre suçun işlendiği haberini alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte, keyfiyeti kamu görevlisinin mensup olduğu daireye de haber vermelidir.

Savcılık, yaptığı soruşturma neticesinde delile dayalı yeterli suç şüphelerinin mevcut olduğu kanaatine varırsa iddianame düzenleyecek, aksi hâlde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verecektir.

6.2. Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu (M. 236)

6.2.1. Genel Bilgiler

Bilindiği üzere ihale kararının kesinleşmesinden sonra istekli ile ihaleyi yapan kurum arasında sözleşme imzalanmakta, ardından edimin ifası süreci başlamaktadır.

Maddede, edimin ifasına fesat karıştırılması, ihaleye fesat karıştırmadan bağımsız, ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.⁴¹TCK'nın "Edimin ifasına fesat karıştırma"yı düzenleyen 236'ncı maddesinde; "(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması hâlinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,

b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi,

c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,

d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen, kabul edilmesi,

e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen

40 Yarg. CGK'nın 08.12.1998 tarih ve 1998/307 E., 1998/375 K. numaralı ilamında da bu husus; "... Büyükşehir Belediyesi ... Genel Müdürlüğünde görevli olan sanık (M) ile diğer 13 sanığın bu kuruluşa ihalesiz olarak cep telefonu almış oldukları, yapılan ihale sonucu usulüne uygun alındığı imajı vermek amacıyla fatura ve demirbaş eşya giriş pusulası üzerindeki tarihlerde tahrifat yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırılması suçunu işledikleri iddiasıyla açılan davada ... 4. Ağır Ceza Mahkemesince sanık (M) hakkındaki davanın tefrik edilerek görevsizlik kararı verilmesi ve İl ... İl İdare Kurulunca da görevsizlik kararı verilmesi üzerine olumsuz görev uyuşmazlığı doğmuştur.

Her ne kadar suç olarak fatura tarihini değiştirmek suretiyle ihaleye fesat karıştırma suçunu gösteren ve anlatılan iddianamede sevk maddesi olarak TCK'nın 339'uncu maddesi de gösterilmişse de yerel mahkemece sanık hakkındaki davanın tefriki ve yargılamanın durmasına ilişkin kararda suçlar bakımından tefrik yapılmamış olup, İl İdare Kurulunun görevsizlik kararında da sanığın fatura tarihini değiştirmek suretiyle ihaleye fesat karıştırdığının belirtilmesi karşısında sorunun çözümü için 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasası'nda getirilen düzenleme nazara alınmalıdır.

3628 sayılı Kanun'un 17'inci maddesinde; "Bu Kanun'da yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat Hükümleri uygulanmaz." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda açıklanan Yasa hükmüne göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun faili memur olsa bile, hakkında MMHK hükümlerinin uygulanması olanaksızdır. Bu nedenle sanık hakkında genel hükümlere göre iddianame ile açılan davanın sonuçlandırılması gerektiğinden, Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararı kaldırılmalıdır" şeklinde belirtilmiştir. Karar için bk. Baytemir, Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s. 420

41 Suç tipi hakkında bk. Gökcen, Ahmet, Yeni Ceza Kanunu'nda "İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Hukuk ve Adalet", Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı: 6-7, İstanbul Ekim 2005, s.160-180

şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi,

(3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılırlar.” denilmektedir.

Kamu İhale Kanunu ile birçok hükmü yürürlükten kaldırılan 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, hem ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri hem de bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları düzenlediği hâlde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda, uluslararası mevzuat gereği sadece sözleşmelerin imzalanmasına kadar olan ihale süreci ile ilgili hükümlere yer verilebilmiştir.⁴²

4734 sayılı Kanun’a göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenecek sözleşmeler ile ilgili hususlarda bir boşluk doğmaması için, ayrı bir kanuna ihtiyaç duyulmuş ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanıp yürürlüğe konmuştur.

2886 sayılı Kanun’da olduğu gibi, 4735 sayılı Kanun açısından da bu Yasa’da hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu’na göre işlemler yürütülecektir. Bu husus 4735 sayılı Kanun’un 36’ncı maddesinde açıkça belirtilmiştir.⁴³

Kanun’da dört çeşit sözleşme yapılabileceği hükme bağlanmıştır:

- Yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmesi
- Yapım işlerinde birim fiyat sözleşmesi
- Mal ve hizmet alımlarında götürü bedel sözleşmesi
- Mal ve hizmet alımlarında birim fiyat sözleşmesi

4734 sayılı Kanun’un 46’ncı maddesi gereğince, yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanmak zorundadır.⁴⁴ Sözleşmeler idareler tarafından hazırlanarak ihale yetkilisi ve istekli tarafından imzalanmalıdır. Ayrıca düzenlenen sözleşmelerin notere tasdik ettirilmesi de gereklidir. Ancak, parasal limit dâhilinde doğrudan temin usulü ile yapılan ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmelerin, notere onaylatılması ve tescil ettirilmesi zorunlu değildir.⁴⁵

Temelde sözleşme, belli bir hukuki sonuç doğurmak üzere tarafların birbirine uygun şekilde iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ile tamam olur. Ancak, kamu kurumları tarafından yapılan sözleşmeler resmî şekle tabi olup, burada taraflarının hukuki iradelerinin tam olarak uyduğu, noter huzurunda beyan edilmesi gerekir.

Noter tasdiki, kamu kurumlarınca yapılan ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmelerin geçerlilik şartı olup, notere tasdik ettirilmemiş olan sözleşmeler geçersizdir. Dava aşamasında bu husus hâkim tarafından resen gözetilecektir. 4735 sayılı Kanun’da sözleşmelerde bulunması gereken diğer hususlar da belirtilmiştir.

⁴² Turguter-Tokmaklı, s. 433

⁴³ Turguter-Tokmaklı, s. 621

⁴⁴ “İhale yasası kapsamındaki kuruluşlar, tüm alımlarını, bu yasa da belirtilen ihale usullerinden biri ile yapmak zorundadırlar. Bu yasa hükümlerine uygun olmayan alımlara ilişkin sözleşmeler kural olarak geçersizdir ve hukuki bir sonuç doğurmaz. Geçersiz sözleşme ile alınan mallar haksız zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir. Ancak geçersiz sözleşme ile alınan mallar idare tarafından teslim alınıp kullanılmaya başlanarak benimsendikten sonra, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Sözleşme ve şartname dışı malzeme teslim edildiğini ileri süren davacı bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.” Yargıtay 13. HD’nin 11.4.1995 tarih ve 1998/10E., 1998/65K. sayılı ilamı için bk. Doğanyigit, s.507

⁴⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m. 22/d

6.2.2. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsurlar

aa. Fiil

Bu suç açısından ceza normunun yasakladığı fiil, "taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma"dır.

Edimin ifasına fesat karıştırma, hareketin önemi bakımından bağlı, sayısı bakımından seçimli hareketli bir suçtur. Suçun oluşması için herhangi bir zarar meydana gelmesi aranmaz. İhaleye fesat karıştırma suçunda zarar meydana gelmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hâl olarak kabul edilmişken, edimin ifasına fesat karıştırma açısından böyle bir nitelikli hâl yer verilmemiştir.

Edim; sözlükte, "borçlanılan şey, borcun konusu, alacaklının borçludan yerine getirmesini talep etme hakkı bulunduğu ve borçlunun da verme veya vermeme yahut yapma veya yapmama şeklinde yerine getirmekle yükümlü olduğu şey" anlamında kullanılır.⁴⁶

Edim (Leistung), borcun konusuna denilmektedir. Bir başka deyişle edim, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır.⁴⁷ Edim kavramı borçluya düşen yükümlülüğün muhtevasını olduğu kadar, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için gereken fiilleri de ifade eder.⁴⁸

Roma hukukundan bu yana borç ilişkisinin konusu olan edimin üç türü olduğu kabul edilmektedir:⁴⁹ verme, yapma veya yapmama borçları⁵⁰

Edim genellikle ekonomik değer taşır.⁵¹ Edimin yerine getirilmesi ya bir defada bitecek ya tekrarlanması gereken ya da kesintisiz olarak sürüp giden fiil ve hareketlere lüzum gösterir.⁵² Buna göre edimler değişik şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Edim, davranış biçimi açısından, "müspet-menfi edimler"; edimin belirlenmesi açısından, "neviyle belirlenen-seçimle belirlenen edimler"; ifa süresi bakımından "ani-sürekli, dönemli edimler" şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır.⁵³

Kanunda hangi hâllerin edimin ifasına fesat karıştırma olduğu tadadi olarak belirtilmiştir. TCK'nın 236'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca *"aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması hâlinde edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:*

a) *İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi,*

b) *İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim*

46 Arslan-Azizağaoğlu, s. 985

47 Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul 1998, s. 5

48 Tekinay, S. Sulhi-Akman, Sermet-Burcuoğlu, Haluk-Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 8

49 Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2003, s. 3

50 Oğuzman-Öz, s. 5; Tekinay-Akman-Burcuoğlu- Altop, s. 9

51 Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 8

52 Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 11

53 Geniş bilgi için bk. Oğuzman-Öz, s. 5 vd

veya kabul edilmesi,

c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi,

d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen, kabul edilmesi,

e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.⁵⁴

İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilip edilmediği, ihale kararına veya yapılan ihale sözleşmesine göre değerlendirilecektir. Sözleşmede veya ihale kararında belirtilmiş olan malın yerine, aynı özellikteki veya daha kaliteli bir başka malın teslim veya kabul edilmesi hâlinde inceleme konusu suç oluşmayacaktır. Çünkü maddenin düzenlemesine göre suçun oluşması hileli hareketlerle söz konusu fiillerin işlenmesine bağlıdır. Bu durumda ise bir hileden bahsedilemeyecektir. Konu ile ilgili olarak madde gerekçesinde; "(...) edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır" denilmiştir.

İhale yapıldıktan sonra ortaya çıkabilecek ve maliyeti etkileyebilecek fiyat değişikliklerinin dikkate alınabilmesi için, sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesi ilke olarak kabul edilmiştir.⁵⁵ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde ortaya konulan temel bir ilke de sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamamasıdır.⁵⁶

Taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabilir.⁵⁷ Kısmi kabul yapılması fesat karıştırma sayılmaz. Buna karşılık, edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi Kabul edilmesi hâlinde edimin ifasına fesat karıştırılmış olur.

Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelini aşmamak ve idare ile yüklenicinin anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri (süresinde yapılması ve teslim edilmesi kaydıyla), işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları hususunda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.⁵⁸ Bu durumda fiil fesat

54 "1998-1999-2000 tarihlerinde 34.300 ton mıcır dolgu malzemesi, 8950 ton dolgu malzemesi, 5500 ton kum, 5350 ton çakıl, 2432 ton taş tozu ve 2849 ton mıcır olmak üzere toplam 59.381 ton malzemenin teslim alınmadığı, depolanmadığı, kullanılmadığı ve satın alınmadığı hâlde satın alınmış gibi gösterilen sahte fatura, sahte tesellüm heyet raporları, ambar giriş ve çıkış makbuzları, sahte ambar kartları ve ambar istek ve çıkış fişleri düzenlemek suretiyle kullanılmış gibi gösterilerek bu malzemelerin bedellerinin sanıkların zimmetlerine geçirdiklerinden bahisle TCK'nın 202/1, 31, 33. maddeleriyle açılan kamu davasında sanıklara yüklenen bu zimmet eylemi ile ilgili münhasıran bir karar verilmesi gerekirken, iddianamede anlatılan olayın tamamen zimmet fiiline ilişkin olup ihaleye fesat karıştırmadan bahsedilmediği ve zimmet suçunun farklı unsurlara sahip ihaleye fesat karıştırma suçuna dönüşmeyeceği gözetilmeden alınan bilirkişi raporundaki suç nitelendirmesine bağlı kalarak yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yarg. 5. CD, 20.11.2006, 3428/9311 (Artuk-Gökçen-Yenidünya, TCK Şerhi, 5, s.4592)

55 Doğanyüğit, s.527 vd.; Turguter-Tokmaklı, s. 459; Abacıoğlu, s.264 vd;

56 "(...) hâl böyle iken ve sözleşmenin 8. maddesinde açıkça 'keşif cetvelinde bulunan birim fiyatlar değişmeyeceği gibi, yıl içerisinde herhangi bir fiyat farkı ve eskalasyon uygulanamaz' hükmüne taraflar serbest iradeyle yer vermiş olduğu hâlde olayla ilgisi bulunmayan Yargıtay kararlarının varlığından bahisle fiyat farkına yüklenicinin hak kazanacağına dair bilirkişi düşüncesinin aynen benimsenmesi ve bunun sonucu olarak fiyat farkına dair talebin kabul edilmesi doğal değildir" (Yargıtay 15. HD'nin 26.3.1992 tarih ve 1430/1586 sayılı ilamı); "Başlanan bir işte kâr kadar zarar etme olanağı da vardır. Bu nedenle davacı yüklenici, yapılacak şey tasarlanan miktardan fazla çalışma ve masrafı gerektirse bile, sözleşmeye aykırı olarak zarar ettiğinden söz edip davalı iş sahiplerinden bedelin artırılmasını ve fiyat farkı ödenmesini isteyemez. Taraflar arasındaki özel hukuk alanına giren eser sözleşmesinin yapılmasında olduğu gibi değiştirilmesinde veya bozulmasında yine tarafların müşterek irade ve rızalarına ihtiyaç vardır. Bakanlar Kurulunun bir hükümet tasarrufu olan kararname ile özel hukuk ilişkilerine müdahalesi, para ödeme mükellefiyeti yüklemesi, yüklenicilere bu konuda bir dava hakkı tanınması söz konusu olamaz" (Yargıtay 15. HD'nin 24.11.1975 tarih ve 4852/4651 sayılı ilamı). Kararlar için bk. Doğanyüğit, s.544 vd.

57 KSK, m. 11; Turguter-Tokmaklı, s.494 vd.

58 KSK, m. 15; Turguter-Tokmaklı, s.512 vd.; Doğanyüğit, s. 635 vd.

karıştırma olarak nitelendirilemez. Sözleşmenin sadece işin yapılma yerine, teslim yerine ilişkin hükümleri ile işin süresinden önce bitirilmesi hâlinde yeni iş süresi ve bu süreye uygun ödeme şartları değiştirilebilir.

Bazen işin yapılma veya teslim yerinin değiştirilmesi beraberinde ilave süreye ihtiyaç gösterebilir. Bu hâlde nasıl hareket edileceği KİSK'in 8'inci maddesinde açıklanmış değildir. Bu durumda ilave sürenin idarece belirlenmesinde bir sakınca bulunmadığı kanaatindeyiz.

Mücbir sebep hâlleri, daha önce yürürlükte bulunan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak idarelerce şartname ve sözleşmelere hükümler konularak mücbir sebeplerin neler olacağı belirtilmekteydi. İdareler farklı hükümler koyduğu için uygulamada birlik sağlanması mümkün olmuyordu.⁵⁹

Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek hâller KİSK'in 10. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; "doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı, gerektiğinde kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller" mücbir sebep olarak gösterilmiştir. Süre uzatımı verilmesi, ödenek aktarımı veya sözleşmenin feshi gibi sözleşmenin herhangi bir hükmünün tadili anlamına gelen durumlarda, mücbir sebebin geçerli kabul edilebilmesi için aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir:

- Mücbir sebebin ortaya çıkmasında yükleniciden kaynaklanan herhangi bir kusurun bulunmaması gerekir.
- Mücbir sebep taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olmalıdır.
- Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücü yetmemiş bulunmalıdır.
- Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması zorunludur.
- Mücbir sebebin varlığının yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

İhaleye fesat karıştırmada olduğu gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçu da kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatiflere karşı işlenebilir. Bu düzenleme ile suçun uygulama alanı oldukça genişlemiştir.

bb. Fail, Mağdur, Konu

Suçun faili herkes olabilir. Madde metni dikkate alındığında, fesat karıştırma hâlleri sayılırken "malın teslim veya kabul edilmesi"nden söz edilmektedir. Burada malın kabulü bakımından özellik arz eden husus, failin kabule yetkili olmasıdır. Teslim edilen mal, hizmet veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından gerçekleştirilir.⁶⁰ Mal veya yapılan iş, yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz.⁶¹

59 Turguter-Tokmaklı, s.489

60 "Teslim aldığı eseri incelemeyen ve varsa ayıbı ihbar etmeyen iş sahibi, artık kusurlu imal yüzünden doğan haklarını kullanmaktan yoksun kalır." Yargıtay 15. HD'nin 19.11.1973 tarih ve 210/208 sayılı ilamı, karar için bk. Doğanıyigit, s.625 vd.

61 Bu husus, "Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği", "Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik", "Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği" ve "Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği" ile düzenlenmiştir. Yönetmelikler için bk. Turguter-Tokmaklı, s.1375; Abacıoğlu, s.267 vd.

Malın teslim edilmesi hâlinde, suçun faili malı bizzat teslim eden kişi değildir. İhale sözleşmesinde, kendisine ihale yapılmış olan kişi suçun failidir. Ancak malı teslim eden kişi ile kendisine ihale yapılmış kimse arasında iştirak varsa iştirake ilişkin hükümler uygulanır.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

Suçun konusu somut olayda ihale ile belirlenen edimdir. İhalesi yapılmış okul, yol vb.

b. Manevi Unsurlar

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilir. Taksirli şekli cezalandırılmamıştır. Bu yüzden failin bilgisizliği, tedbirsizliği veya dikkatsizliği sonucu meydana gelen aksaklıklar müsnet suça vücut vermez.

Kastın bu tanımı, 30. maddenin 1. fıkrasında, *"fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz"* denilmek suretiyle başka bir tarzda ifade edilmiştir.

TCK'nın düzenlemesine göre kasten işlenebilen suçlar, kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Kanuni tanımında "bilerek, bildiği hâlde" gibi ifadeler yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin "işlemediğini bildiği hâlde ..." kişiye hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi (m. 267) gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, hem doğrudan hem de muhtemel (olası) kastla işlenebilir. Şu hâlde edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yukarıda açıkladığımız maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır.

Olası kast durumunda ise kişi, yukarıda açıklanan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail, unsurların meydana gelmesini, yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmekte, "olursa olsun" demektir.

6.2.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

5237 sayılı TCK'nın 236'ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma, sırf hareket suçudur. Bu bakımdan suçun icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkündür.

b. İştirak

İştirak bakımından genel hükümler uygulanır.

c. İçtima

İçtima ile ilgili özel bir düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 236'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; *"Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla"*

menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükümlerine göre cezalandırılırlar.” Bu hükmün gerekçesinde; “Maddenin üçüncü fıkrasına göre, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.” denilmiştir. Edimin ifasına fesat karıştırılması suretiyle herhangi bir menfaat temin eden kamu görevlisi, örneğin, irtikâp (TCK m. 250) veya rüşvet (TCK m. 252) suçlarından ayrıca cezalandırılacaklardır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi hâlinde TCK’nın 212’nci maddesi hükmü uyarınca ayrıca bu suçtan da ceza verilecektir.

6.2.4. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Suçun failine, “üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası” öngörülmüştür. Ayrıca, TCK’nın 242’nci maddesi gereğince, suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Bilindiği gibi tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri 5237 sayılı TCK’nın 60’ıncı maddesinde düzenlenmiştir.

3628 sayılı Kanun’un 17’nci maddesi uyarınca; “bu Kanun’da yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında” 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacak,⁶² soruşturma ve kovuşturma, 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacaktır.⁶³ Maddede “resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma” suçları sayılmış, ancak 3628 sayılı Kanun’un yapıldığı dönemde “edimin ifasına fesat karıştırma” şeklinde ayrı bir suç olmadığı için bu suçtan açıkça bahsedilmemiştir. Bu sebeple failin kamu görevlisi olduğu durumlarda soruşturmanın 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılması daha isabetli olacaktır.⁶⁴

6.3. Zimmet Suçu

6.3.1. Genel Bilgiler

Zimmet, TCK’nın İkinci Kitabı’nın “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde, 247 ile 249’uncu maddeler arasında

⁶² Bk. 4483 s.lı Kanun’un 16/1. maddesi

⁶³ 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinin 2. fıkrasında, müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

⁶⁴ Önceki yayınlarmızda bu suçun soruşturmasının da 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre resen yapılacağını ifade etmiştik. Fakat daha sonra yukarıda sunduğumuz görüşün daha doğru olacağı kanaatine ulaştık.

düzenlenmiştir.⁶⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu suç tiplerinin düzenlendiği bölüm başlığının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" olarak isimlendirilmesi isabetli olmuştur. Zira bölümde düzenlenen suçlarla; bir yandan kamu idaresine karşı vatandaşlar tarafından duyulan güven duygusu korunmak istenmiş, diğer yandan kamu görevlisinin mensubu olduğu idareye karşı göstermesi gereken sadakat mükellefiyetine aykırı davranması önlenmek istenmiştir. Şu hâlde yapılan düzenlemeyle; toplumun ihtiyaçlarını karşılayan, huzur, sükûn ve güvenliği temin eden devletin fonksiyonlarının gereği gibi icra edilmesi, devlet mekanizmasının düzenli bir şekilde işlemesi sağlanmak istenmiştir.⁶⁶

TCK'nın 247'nci maddesinde; *"(1) Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir." denmektedir.

Zimmet bakımından etkin pişmanlığı düzenleyen 248'inci maddede; *"(1) Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.*

(2) Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir." hükmü yer almıştır.

249'uncu maddede ise zimmet suçunun "daha az cezayı gerektiren

65 Zimmet suçu konusunda bk. Önder, s.111 vd.; Dönmezer, s.77; Erman-Özek, s. 6 vd.; Erem, Faruk, "Zimmet ve İhtilas", AÜHFD, C.: XIV, S.: 1-4, 1957, s. 38 vd.; Donay, s. 23 vd.; Logoz, I, s. 120 vd.; Erem, Faruk, "Zimmet Cürmünde Tevdi Unsuru", AD, S.: 7-8, Temmuz-Ağustos 1958, s. 429 vd.; Tezcan-Erdem-Önok, s. 767 vd.; Özgenç, s. 202 vd.; Mahmutoğlu, Fatih Selami, in: Dördüncü Podyum Tartışması. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar. Türk Ceza Kanunu Reformu. Birinci Kitap. Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli. (21-22 Mayıs 2004) Ankara, s.240 vd.; Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", in: Türk Ceza Kanunu Reformu. İkinci Kitap. Makaleler, Görüşler, Raporlar. (Editör: Ergül, Teoman), Ankara 2004, s.375 vd.; Yenidünya, A. Caner, "2004 Türk Ceza Kanununun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme", Kazancı, Sayı:5, Ocak 2005, İstanbul, s.121 vd.; Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet-Rüşvet, İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008, s.32 vd.; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara, 1998, s. 216 vd.; Soyaslan, s. 522 vd.; Yarsuvat, Devlet, s. 665 vd.; Yarsuvat, Duygun, "Ceza Kanunu'nun Uygulamasında Memur-İktisadi Devlet Teşekkülleri-Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suistimal ve Zimmet", İÜHFM, C.: XXXV, S.: 1-4, 1970, s. 525 vd.; Majno, II, s. 164; Akbulut, İlhan, "Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu", İBD, C.: 66, S.: 7-9, 1992, s. 740 vd.; Gözübüyük, II, s. 623 vd.; Çağlayan, II, s. 510 vd.; Dülger, İbrahim, Zimmet ve İhtilas Cürümleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1990, s. 1 vd.; Bakıcı, Sedat, Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara 1988, s. 22 vd.; Malkoç-Güler, II, s. 1448 vd.; Gündel, Ahmet, İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet Sahtecilik Hırsızlık Gasp Dolandırıcılık Emniyeti Suistimal Suçları, Ankara, s. 13 vd.; Malkoç, İsmail, "Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı", TBBD, S.: 4, 1989, s. 586 vd.; Özütürk, I, s. 731 vd.; Korkut, Ekrem, "Zimmet ve İhtilas", İBM, S.: 1, Y.: XV, İstanbul 1941, s. 332 vd.; Alpar, Erol, "657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı", TİD, Y.: 63, S.: 391, 1991, s. 67 vd.; Çağlayan, Muhtar, "Yüz Kızartıcı Suç Üzerinde Bir İnceleme ve Önerimiz", AD, S.: 1-2, 1977, s. 36 vd.; Dündar, Nihat, "3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kapsamına Giren Suçlar ve Soruşturulması", TİD, Y.: 64, S.: 395, 1992, s. 195 vd.; Ulusoy, Halil, "3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve Uygulaması Hakkında İnceleme", TİD, Y.: 63, S.: 392, 1991, s. 151 vd.; Gözübüyük, A. Pulat, "Memurların İşlediği Zimmet İhtilas Yıyıcılık ve Rüşvet Suçlarını Takipte Görev Meselesi", AD, S.: 5, 1945, s. 485 vd.; Ögel, Ragıp, "Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet İrtikâp", AC, Y.: 32, S.: 7, 1941, s. 472 vd.; Ögel, Ragıp, "Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet İrtikâp", AC, Y.: 32, S.: 11, 1941, s. 916 vd.; Karadeli, Vedat, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar-Zimmet, İrtikâp, Görevi Kötüye Kullanma", ABD, S.: 4, 1984, s. 572 vd.; Kıyak, Fahrettin-Çağlayan, M. Muhtar-Şenel, Cebbar, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu ve Alakalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı, Ankara 1969, s. 1 vd.; Kocalar, Salih, "Zimmet Suçu", AD, C.: 1, S.: 2, Ankara 1989, s. 102 vd.; Erkün, Ali Şevket, "Zimmet Suçu Üzerine Bir İnceleme", AC, C.: 30, Ankara 1939, s. 281 vd.

66 Yenidünya, s.121

hâl"ine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Madde; "(1) Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir." şeklindedir.⁶⁷

247'nci maddenin ikinci fıkrası, doktrinde "nitelikli zimmet" olarak da adlandırılan zimmet suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlini düzenlemiştir. Buna göre fiil, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmişse, ceza yarı oranında artırılacaktır.

TCK'da eski 202'nci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan "dairesini aldatacak ve" ibaresine yer verilmediğinden, suçun daha ağır cezayı gerektiren bu nitelikli hâlinin gerçekleşmesi için, kişinin hileli faaliyetlerde bulunması yeterlidir. Bu itibarla zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarda bulunan failin, sonuç elde edememesi, başka bir anlatımla zimmetin olağan veya olağanüstü bir denetimde ortaya çıkması, -fiil hileli davranışlarla işlenmiş olduğu için- kişi hakkında nitelikli hâlin uygulanmasına mani olmayacaktır.⁶⁸ Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.⁶⁹

Zimmet suçunun işlenmesi sürecinde gerçekleştirilen hile, belgede sahtecilik suretiyle gerçekleştirilmişse yeni yasanın 212'nci maddesi uyarınca kişi, ayrıca evrakta sahtekârlıktan da sorumlu tutulacaktır. Düşüncemize göre bu düzenleme, ceza hukuku biliminin esaslarına daha uygundur.⁷⁰

TCK'nın 247'nci maddesinin 3'üncü fıkrası, önemli bir yenilik getirmiştir.⁷¹ Hüküm uyarınca; suç, mal geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmişse verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir. Burada esasen doktrin ve uygulamada "kullanma zimmeti" diye adlandırılan⁷² ve Yargıtayın içtihat yoluyla ortaya koymaya çalıştığı bir konu, yasal bir statüye kavuşturulmuştur.

TCK'nın 247'nci maddesinde, eski 202'nci maddenin son fıkrasında yer alan zimmetin "kamu bankaları aleyhine işlenmiş olması" nitelikli hâline isabetli olarak yer verilmemiştir. Zira bu husus 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160'ncü maddesinde, özel olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki günümüz ekonomik sistemi içerisinde kamu bankası-özel banka ayırımının bir önemi de kalmamıştır.⁷³

67 Zimmet suçu, 765 sayılı eski TCK'nın İkinci Kitap'ının "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü babının "Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama" başlıklı birinci faslında yer alan 202'nci maddesinde düzenlenmişti. Maddede; "Görevi sebebiyle kendisine tevdi olunan veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmetine geçiren memura altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası verilir. Yukarıdaki fıkra da gösterilen cürüm, dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç misli kadar ağır para cezası verilir. Zararın, kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması hâlinde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmişse ise üçte biri indirilir. Meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece ödettilmesine resen hükümlenir. Bu fiiller kamu bankaları aleyhine işlenmiş ise faile verilecek ceza üçte bir oranında artırılır." denilmektedir.

68 Ayrıca bk. Malkoç, İsmail, in: Dördüncü Podyum Tartışması. Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar. Türk Ceza Kanunu Reformu. Birinci Kitap. Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli. (21-22 Mayıs 2004) Ankara, s.248.

69 "Zimmet suçunda suç konusu mal kamu görevlisinin zilyetliğinde veya koruma ve gözetim sorumluluğunda olduğu için bunun zimmete geçirilmesi için herhangi bir kimsenin aldatılmış olması gerekmez. Burada hile, sadece zimmet olgusunun sonradan anlaşılmasının önüne geçilmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan zimmet suçundaki hile suçun delillerini gizlemeye yöneliktir." Gerekçe için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S. Sayısı: 664), s.644

70 765 sayılı TCK'daki düzenleme ile ilgili eleştirilerimiz için bk. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.309 vd.; Ayrıca bk. Yenidünya, s.122

71 Ayrıca bk. Apaydın, Necati, Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler, in: Türk Ceza Kanunu Reformu. İkinci Kitap. Makaleler, Görüşler, Raporlar. (Editör: Ergül, Teoman), Ankara 2004, s.153, 154

72 Bk. Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. baskı, s.308 vd.

73 Mahmutoglu, s.239; Yenidünya, s. 123; Banka çalışanları tarafından işlenen zimmet suçu için kitabımızın ilgili bölümüne bakınız.

5237 sayılı TCK'nın 248'inci maddesinde "etkin pişmanlık" hâli düzenlenmiştir. Buna göre soruşturma başlamadan önce zimmete geçirilen malın aynen iadesi veya zararın tamamen tazmini, cezanın üçte ikisinin indirilmesini gerektirir (m. 248/1). Soruşturma başladıktan ancak kamu davası henüz açılmadan önce gönüllü olarak zimmete geçirilen malın aynen iadesi veya uğranılan zararın tamamen tazmini, cezanın yarısının indirilmesi; kamu davası açıldıktan sonra fakat yargılama son bulmadan önce gösterilen etkin pişmanlık ise cezanın üçte biri oranında azaltılması sonucunu doğurur (m. 248/2).

Yasa koyucu 1'inci fıkradan ayrı olarak, 2'inci fıkrada iade veya tazminin gönüllü olması şartını getirmiştir. Bu itibarla soruşturmadan önce gerçekleşen iade veya tazmin hâlinde, bunun gönüllü olup olmadığı aranmayacak, ancak soruşturma başladıktan sonra gerçekleşen iade ve tazminin gönüllü olup olmadığını hâkim araştıracaktır. Yeni yasanın bu düzenlemeleri, ceza muhakemesinin değişik safhalarına göre etkin pişmanlığa farklı sonuçlar bağlaması itibarıyla yerindedir. 248'inci maddenin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesinde yer alan "hükümden önce" ibaresi, ilk derece mahkemesinin son kararı verdiği anı ifade etmektedir. Bu husus maddenin gerekçesinde de aynı şekilde açıklanmıştır.⁷⁴

Arapça asıllı bir kelime olan zimmet, sözlük anlamı olarak, "a- himaye, koruma, sahip çıkma b- birinin uhdesinde, elinde bulunan şey c- borç, borçların tümü" manalarını içermektedir.⁷⁵ TCK'nın 247'nci maddesinde kullanılan "zimmete geçirme" terimi de sözlükte "kişinin kendisine bırakılmış parayı mal edinmesi" anlamına gelmektedir.⁷⁶

Hukuk literatüründe ise "kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisi veya başkası için mal edinmesi, aşırması" olarak tanımlanabilir.⁷⁷

Bu suç tipi, Türk doktrinde hemen her yazar tarafından "zimmet" olarak isimlendirilmektedir.⁷⁸ TCK'nın suç tipini düzenleyen madde başlığı da "zimmet"tir. Uygulamada da zimmet kelimesi yaygın olarak kullanılmakla birlikte Yargıtayın bazı kararlarında "görevde aşırma"⁷⁹ terimine yer verildiği görülmektedir.

6.3.2. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsurlar

aa. Fiil, Netice

247'nci maddenin 1'inci fıkrasında zimmet suçunun temel şekli düzenlenmiştir. Burada; *"görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine*

74 Bk. TBMM Adalet Komisyonu'nun 248'inci maddeye ilişkin gerekçesi.

75 Bk. Hayat Büyük Türk Sözlüğü, İstanbul, s. 1276; Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11. Baskı, Ankara 1993, s. 1187; Meydan Larousse, C.: 20, s. 492.

76 Hayat, s. 1276; Devellioğlu, s. 1187; Meydan Larousse, C.: 20, s. 492

77 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre zimmet; "TCK anlamında memur olan veya özel kanunları gereği memur kabul edilen bir kimsenin görevi dolayısıyla kendisine tevdi edilmiş bulunan para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya sair malları mal edinmesi, aşırması" olarak tanımlanmıştır. Bk. Önder, s. 112; Dönmezer, s. 77; Erman-Özek, s. 6 vd.; Erem, Zimmet ve İhtilas, s. 38 vd.; Donay, s. 27 vd.; Toroslu, s. 216 vd.; Soyaslan, s. 522 vd.

78 Bakıcı, bu fiili zimmet olarak isimlendirmekle birlikte "görevde aşırma" terimini de kullanmaktadır. Bk. Bakıcı, s. 22 vd.

79 Bk. Gözübüyük, II, s. 625 vd.

geçiren kamu görevlisi"nin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemeye göre ceza normunun yasakladığı fiil, "zimmete geçirme"dir.

Fiil, ancak bir insan tarafından gerçekleştirilebilen bir davranıştır. Fiil; icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir.

Zimmete geçirme, genelde icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak suçun ihmali davranışla işlenmesi de mümkündür. Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır. Nitekim 4. CD'nin bir kararında, *"noter olan sanığın damga vergisi, noterlik harcı, değerli kâğıt bedeli ve katma değer vergisi olarak tahsil ettiği paraları yetkili makama yatırmama biçimindeki eylemlerinin (...) zincirleme zimmet suçunu oluşturacağı"* denilerek fiilin ihmali davranışla da işlenebileceği belirtilmiştir.⁸⁰

İhmalî davranış gerçekleştiren kişi, denetimle görevli kamu görevlisi ise bu kişiler bakımından 251. maddede özel bir hüküm bulunmaktadır.

Zimmete geçirme; "zimmete konu eşyanın maliki gibi tasarrufta bulunmakla" gerçekleşir.⁸¹ Diğer bir deyişle zimmet suçunun faili, görevi dolayısıyla zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı, tahsis edildiği gaye dışında kendisi veya başkası için⁸² almalıdır.

Bunun gerçekleştiriliş biçiminin herhangi bir önemi yoktur. Burada önemli olan husus, failin zimmete konu eşya üzerinde, tahsis gayesi dışında, zilyetliği haklı kılan sıfatla bağdaşmayacak tarzda tasarrufta bulunması, yani zilyetliği fiilen mülkiyete dönüştürmesidir.⁸³ Bu sebeple zimmete konu eşyanın fail tarafından idareye verilmeyerek kendi mal varlığına ithal edilmesi, satılarak veya trampa edilerek karşılığında bedel alınması, üçüncü kişiye temlik edilmek suretiyle menfaat sağlanması, şahsi borca mahsup edilmesi, zimmete geçirme anlamına gelir.⁸⁴ Zimmete geçirmenin mevcut olması için eşya, taşınması zor olan bir nesne ise failin egemenlik alanına geçirilmeli, gayrimenkul ise tescil edilmelidir.

247. maddenin gerekçesinde; *"Zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malın zimmete geçirilmesi gerekir. Zimmete geçirme, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Bu tasarruflar, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde olabileceği gibi, bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Zimmete geçirme olgusu,*

80 Bk. Yarg. 4. CD, 01.12.1997 t. ve 9669/10536 s.lı Karar'ı. Karar için bk. Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.452; "(...) 8 ila 58 gün arasındaki gecikmelerle yatırdığı 2004, 2005 ve 2006 yıllarına ait harç, damga vergisi, değerli kâğıt bedelleri ile hiç yatırmadığı katma değer vergisi tutarlarının, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 118, 119, 120. maddeleri uyarınca K... Birinci Noteri olan sanığa görevinden dolayı tevdi edilmiş olması, bu değerler üzerinde muhafaza ve denetim sorumluluğunun bulunması gözetilip, delillerle iddia ve savunma, duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş, sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan, yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan mahkûmiyet hükmünün onanmasına, (...) oy birliğiyle karar verildi." Yarg. 5. CD, 25.06.2009, 5952/8395.

81 Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.139

82 Zimmet suçunun oluşması için failin kendine veya üçüncü şahsa menfaat sağlaması yeterlidir. Bu husus Yarg. 5. CD'nin 16.04.1996 t. ve 801/1277 sayılı Karar'ında şöyle vurgulanmıştır: "... Bankası ... Şubesinde mevduat servis şefi olarak çalışırken, dört banka mudisinin hesapları müsait olmadığı hâlde, değişik şubelerden para çekmelerini sağlayacak biçimde sorulan provizyonlara olumlu cevaplar vererek, mudilerin mal edinmelerine olanak sağlayan bankada provizyon vermeye yetkili sanığın eylemi, zincirleme biçimde basit zimmet suçunu oluşturur." YKD, Mart 1997, s. 463 vd. Aynı yönde bk. Yarg. 5. CD'nin 10.3.1994 t. ve 452/827 sayılı Karar'ı, YKD, Şubat 1995, s. 323 vd.; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.141

83 Bk. Önder, s. 117; Erem, Zimmet ve İhtilas, s. 42; Toroslu, s. 218; Erman-Özek, s. 24 vd.; Erem-Toroslu, s. 155; Soyaslan, s. 524; Gözübüyük, II, s. 631; Akbulut, s. 746; Majno, II, s. 166; Malkoç-Güler, II, s. 1463; Özütürk, I, s. 734; Kıyak-Çağlayan-Şenel, s. 2; Gündel, s. 31

84 "Polis memuru olan ve makam şoförü olarak çalışan sanığın, resmî aracın benzin gereksinimi için kendisine teslim olunan 'matbu akaryakıt fişini özel aracının akaryakıt borcuna karşılık kullanmaktan ibaret eylemi'nin TC. Yasası'nın 202/1, 219/3 maddelerinde tanımlanan adiyen zimmet suçunu oluşturabileceği ... gözetilmeden ... TC. Yasası 240. maddesinden hüküm kurulması ... yasaya aykırıdır." Yarg. 4. CD, 11.03.2002, 410/3423 (Karar yayımlanmamıştır.)

icrai bir davranışla gerçekleştirileceği gibi, ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malın kamu görevlisinin şahsının veya bir başkasının zimmetine geçirilmiş olması arasında fark bulunmamaktadır.⁸⁵ denilmiştir.

Malın şahsi bir iş için rehin bırakılması veya borç olarak verilmesi; zimmete geçirme sayılır. Yarg. CGK, kullanma zimmetinin henüz mevzuatımızda olmadığı dönemde verdiği bir kararda; "borç verilen kooperatif parasına karşılık olarak alınan çekin tahsil edilerek bedelinin belirli bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmesi" durumunu, failde temellük kastı olmadığı düşüncesiyle görevi kötüye kullanma saymıştır. Kararda "ana sözleşmeye aykırı ve usulsüz olarak verilen borç para karşılığı alınan çek bedelinin tahsil edilerek 31.8.1987-31.10.1987 tarihleri arasında paranın kullanılması ve başkasına kullandırılması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağından Yarg. C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir" denilmektedir.⁸⁶

Failin göreve başlarken veya görev esnasında yatırdığı teminat, zimmete geçirilen değerden fazla olsa dahi suç oluşur. Teminatın mevcudiyeti -diğer şartların da varlığı hâlinde- ancak cezayı azaltır.⁸⁷

Zimmete geçirmek kavramına geçici kullanma dâhil değildir. Bu sebeple zimmete konu eşyanın fail tarafından geçici bir süre özel işlerde kullanılıp istendiği anda iade edilmesi hâlinde (idareye ait otomobil, daktilo, bilgisayar vs.) zimmet suçu gerçekleşmez. Bu tarz kullanma, disiplin suçu veya diğer unsurları da bulunmak kaydıyla 247'nci maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş bulunan kullanma zimmeti suçuna vücut verebilir.

Zimmet suçunun işlenmesi dolayısıyla elde edilecek menfaatin mutlaka faile ait olması gerekmez. Menfaat üçüncü kişiye de sağlanabilir.⁸⁸

Zimmet konusu eşyanın resmî daireye ait bir zarf, kurşun kalem, silgi gibi çok değerli bir şey olması hâlinde zimmet suçunun meydana gelmeyeceği kabul edilmekte ve buna "müsamaha edilebilen zimmet" denilmektedir.⁸⁹ Burada bazı yazarlar örf ve âdet gereği, bazı yazarlar ise mefruz rızanın bulunması sebebiyle failin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Bir başka düşünceye göre; gerek mefruz rızanın bulunduğu kabulü gerekse örf ve adet gereği hukuka aykırılığın bulunmadığından failin cezalandırılmayacağı görüşü doğru değildir. Burada işlenen fiilin haksızlık muhtevası; cezaya müstahak, cezayı gerektirici boyutta olmadığından müsamaha edilebilen zimmet söz konusudur.⁹⁰

85 Gerekçe için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S.Sayı: 664), s.644

86 Bk. Yarg. CGK'nın 25.06.1990 t. ve 174/193 sayılı Kararı. Karar şöyledir: "Dosya içeriğine göre, sanık borç olarak verdiği 1.500.000 TL kooperatif parasına karşılık çek olarak yevmiye defterinin ... emanetler hesabı borcuna ve bankalar hesabı alacağına işlemiştir. Sanık tarafından söz konusu çek inşaat malzemeleri satan bir ticari işletmeye ciro edilerek borç para alınmış ve bu firmadan 31.10.1987 tarihinde 1.066.500 liranın, 30.10.1987 günü ise borç para verilen Yaşar'dan 466.500 liranın tahsil edildiği yevmiye defterine kaydedilmiştir. Defteri Kebir'in 31.8.1987 tarihli sayfasında 1.500.000 liranın gider olarak gösterildiği, 31.10.1987 günü ise aynı miktarın gelir olarak hesaba aktarıldığı saptanmıştır. Görüldüğü üzere borç verilen kooperatif parası kayıtlara işlenmiş olup sanığın temellük etme kastı yoktur. Bu nedenle zimmet suçu oluşmamıştır." (Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1905)

87 Erem, Zimmet ve İhtilas, s. 42

88 Yarg. 5. CD 16.4.1996 t. ve 801/1277 sayılı Kararı'nda; "... Bankası ... Şubesinde mevduat servis şefi olarak çalışırken, dört banka mudisinin hesapları müsait olmadığı hâle değişik şubelerden para çekmelerini sağlayacak biçimde sorulan provizyonlara olumlu cevaplar vererek, mudilerin mal edinmelerine olanak sağlayan bankada provizyon vermeye yetkili sanığın eylemi, zincirleme biçimde basit zimmet suçunu oluşturur. Eylemde GKK suçunun unsurları yoktur" denilmektedir. Bk. YKD, Mart, 1997, s. 463 vd

89 Bu konuda bk. Yarg. 5. CD, 21.10.1998, 2862/3834 (Taşdemir- Özkepir, s.464)

90 Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.142; Önder, bu konuda, "örf ve adetin hukuka aykırılığı kaldırdığı" görüşünün ileri sürülebileceğini belirttikten sonra, "failde hukuka aykırılık şuurunun bulunmaması sebebiyle, kastının da olamayacağı" sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir. Bk. Önder, s.119.

Sarf şekli takdire bağlı zimmete konu eşyanın iyi idare edilmemesi, israf edilmesi hâllerinde zimmet suçu meydana gelmez.⁹¹ Ayrıca belirli bir kamu görevinin yerine getirilmesi için tahsis olunan zimmete konu eşyanın, fail tarafından başka bir kamu hizmetinin görülmesi için kullanılması durumunda da suç meydana gelmeyecektir. Aynı şekilde, para, ait olduğu kamu kuruluşunun amacına giren bir işte kullanılmış olmakla birlikte, tahsis edildiği gaye dışında kullanılmışsa da zimmet suçu meydana gelmez.

Suç, zimmete konu eşyanın zimmete geçirilmesi (mal edinilmesi) ile tamamlanır. Zimmet fiilinin işlenmesi ile kamu idaresine duyulan itimat daima zarar görmüş olacağından suçun tekemmülü için, 247'nci maddenin metninden de kolayca anlaşılacağı üzere (maddi) bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır.⁹² Suçun işlenmesiyle birlikte maddi bir zararın da ortaya çıkması, sadece cezanın tespitinde etkili olur. Bu şekil bir düzenleme yapılmasının sebebi korunan hukuki değer ile ilgilidir.

Yüksek Mahkeme zimmet sonucunda bir zararın oluşmasını veya zarar ihtimalinin ortaya çıkmasını gerekli görmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 21.10.1998 tarih ve 2862/3834 sayılı Karar'ında; "Zimmet suçu; sanığın görevi gereği ve yasal olarak kendisine tevdi olunan malları haksız bir şekilde mal edinmesiyle oluşur. Bunun için mal edinme sonucunda failin mal varlığındaki artış kadar, mağdur tarafın zarara uğraması veya zarar olasılığıyla karşı karşıya kalması koşuldur. Zarar doğurmayan veya zarar olasılığı bulunmayan eylemlerin zimmet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.(...)" denilmektedir.

Misli eşyada (para, arpa, buğday vs.) aynen değil, misli ile iade söz konusu olduğundan, bu tür eşya bakımından zimmetin tamamlanma anı; zimmete konu eşyanın iade edilmesi gereken zamana göre belirlenir. Bu gibi hâllerde zimmete konu eşyanın zamanında iade edilmemesi ile suç tekemmül eder. Sonradan yapılan iade, diğer şartları da mevcut olmak kaydıyla, cezanın tayininde etkili olur.

Eğer kamu görevlisi zimmete konu bu tür eşyayı, iade etme niyeti olmadan almışsa, malik gibi tasarrufta bulunmuşsa zimmete geçirme vardır, suç tamamlanmıştır.

Netice, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Ancak, icra

91 Yarg. 5. CD'nin 26.12.1986 t. ve 1042/5675 sayılı Karar'ı şöyledir: "Sanığın görevinde gerekli dikkat ve itinaı göstermerek ilaç, sıhhi malzeme ayniyat işlemlerini gelişigüzel yürütmesinden doğan farklılıklarda çıkar sağlama kastı mevcut olmamakla beraber sonuçta kurumun zararına sebebiyet verildiği için fiil, TCK m. 230'da düzenlenen görevi savsaklamak suçunu teşkil eder." (Bakıcı, s. 104)

92 Tezcan-Erdem-Önok, s.782; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.145. Yarg. 5. CD, 21.10.1998 t. ve 2862/3834 sayılı Karar'ında, tıbbi ömrü dolmuş olan ilaçları piyasaya sürüp haksız menfaat elde eden sanıkların fiillerini, -düşüncemize göre hatalı olarak- müdahil hazine yönünden oluşmuş veya olası bir zarar bulunmadığı için zimmet değil görevi kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir. Kanaatimizce burada problem, hazinenin zarara uğrayıp uğramamasına göre değil, zimmete konu eşyanın 202. maddede kullanılan "diğer mallar" kapsamında bulunup bulunmamasına göre çözümlenmelidir. Karar'da; "Zimmet suçu, sanığın görevi gereği ve yasal olarak kendisine tevdi olunan malları haksız bir şekilde mal edinmesiyle oluşur. Bunun için mal edinme sonucunda failin mal varlığındaki artış kadar, mağdur tarafın zarara uğraması veya zarar olasılığıyla karşı karşıya kalması koşuldur. Zarar doğurmayan veya zarar olasılığı bulunmayan eylemlerin zimmet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Olayımızda Köy İşleri Bakanlığı Ankara Etlik Veteriner Kontrol ve Araştırma Enstitüsünde ambar memuru olan sanık Ş.T'nin ambarda bulunan ve son kullanma tarihleri yazılı olmayan suç konusu 'Acaprin' isimli ampul ilaçlara üretim tarihlerini de belirtmek suretiyle, ne işlem yapılacağına 26.8.1994 günlü bir yazı ile Bakanlık Koruma ve Kontrol Genel Müdürlüğünden sorup oraca 27.4.1995 günlü cevabı yazıyla adı geçen ampul ilaçların raf ömrünün 42 ay olduğu ve buna göre son kullanma tarihi geçen ürünlerin hayvan tedavisi amacıyla kullanılmasının uygun bulunmadığının bildirilmesi üzerine, üretim tarihleri 1980-1982-1983-1984 ve 1986 olan bu ürünleri kayıtlardan düşerek imha etmesi gerekirken, bunu yapmayıp ham maddesi bulunmadığından üretici firma tarafından uzun süreden beri üretilmeyen ve bu itibarla piyasada, özellikle, doğu ve güneydoğu bölgelerinde karaborsaya düşerek yüksek fiyatla satıldığını bilmesi nedeniyle bu ürünleri Marmaris ilçesinde veteriner olan diğer sanık M.V.İ.ye verdiği, onun da doğu ve güneydoğu bölgesine götürüp satarak birlikte menfaat sağladıkları dosya içeriği ve toplanan kanıtlardan anlaşılmasına göre bu ürünlerin kayıtlardan düşürülmesi ve imha işlemleri yapılmamakla birlikte imhaları zorunlu bulunduğundan eylem sonucunda müdahil hazine yönünden oluşmuş veya olası bir zarardan söz edilemeyeceği cihetle sanıkların eylemlerinin zimmet olmayıp iştirak hâlinde görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde cezalandırılmaları ... bozmayı gerektirmiştir." denilmektedir. (Taşdemir-Özkepir, s.464)

edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tanımında unsur olarak belirtilen değişiklik, ceza hukuku açısından önem taşımaktadır. Başka bir deyişle burada söz konusu edilen netice, sadece ceza normunda yer alan dış âlemdeki değişikliklerdir. Mesela; kasten öldürme suçunda bir insanın ölmesi, suçun maddi unsurlarından biri olan neticeyi oluşturmaktadır. Şu hâlde netice, fiilin bir alt unsurunu değil; fiilden ayrı olarak, suçun maddi unsurlarından birini oluşturur.

İnceleme konumuzu oluşturan zimmet, sırf hareket suçu niteliğinde olup, kişinin malik gibi tasarrufta bulunması ile oluşur, ayrı bir netice aranmaz.

bb. Fail ve Mağdur aaa. Fail

Kanunumuzun düzenlemesine göre bu suç ancak "kamu görevlisi" olan kimse tarafından işlenebilir. Bu yüzden fiil özgü suç olarak nitelendirilmektedir. TCK'da bu husus, *"Görevi nedeniyle ... zimmetine geçiren kamu görevlisi ... hapis cezası ile cezalandırılır."* denilmek suretiyle dile getirilmiştir. Madde gerekçesinde; *"Zimmet suçunun faili kamu görevlisidir. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığını belirlerken ifa ettiği görevin niteliği göz önünde bulundurulmak gerekir."*⁹³ denilmiştir.

Bu düzenleme sebebiyle fiil, kamu görevlisi olmayan kimse tarafından işlenirse güveni kötüye kullanma (emniyeti suistimal) suçu meydana gelir.⁹⁴

Failin suçu işlediği sırada kamu görevlisi olması yeterlidir.⁹⁵ Sonradan bu sıfatı kaybetmesi veya fiili vazifesi başında olmadığı sırada işlemesi, suçun oluşması açısından önem taşımaz. Fiilin tatil günü veya mesai haricinde de işlenmesi mümkündür.

Zimmet suçu failinin kamu görevlisi olması gerektiğinden -657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre Türk vatandaşı olmayan kimseler devlet memuru (kamu görevlisi) olamazlar- Türk vatandaşı olmayan ve fakat Türkiye'de görevli yabancı ülke memurları bu suçun faili olamazlar.⁹⁶

Mevzuatımızda bazı kanunlar, kamu görevlisi olmayan kimselerin işledikleri

93 Gerekçe için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S.Sayı: 664), s.644

94 "... Posta Dağıtım Hizmetleri Yönetmeliği'nin 126. maddesinde 'Dağıtıcılar asıl görevlerinin yapılmasında bir aksaklık ve gecikmeye meydan vermemek şartıyla ve merkez amirinin emriyle ilgili memurun sorumluluğu ve denetimi altında gerektiğinde her türlü posta işlerine yardım ederler, ancak memur ve amirler tarafından yapılması gereken işlerin dağıtıcılar tarafından tek başlarına yapılmasına izin verilmez.' biçimindeki yasaklayıcı hükmü nazara alınarak Aliğa PTT merkezinde yaya dağıtıcı olduğu bildirilen sanığın, P... Site Şubesinde ne suretle görevlendirildiği, bir memurun sorumluluğu ve denetimi altında çalışıp çalışmadığı araştırılıp saptanmasından sonra, görevlendirilmenin yasal olmadığının anlaşılması hâlinde sanığın mahkemece de oluşu kabul edilen eyleminin TCK'nın 510 ve 80. maddelerine uygun zincirleme biçimde inancı kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden eksik incelemeye dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması ... kanuna aykırıdır." Yarg. 5. CD 22.01.1998, 4688/93, YKD, C.: 25, S.: 10, 1999, s.1467 vd.

95 Yarg. 7. CD 20.07.2005 tarihli kararında; "... Sanık S.nin 05.08.2002 tarihinde açığa alınması nedeniyle görevli bulunmadığı 03.10.2002, 14.10.2002, 30.10.2002, 02.12.2002 tarihlerinde 1999 ve 2000 yıllarında vefat etmiş bulunan M.S., S.Y. ve C.Ş. ye ait hesaplardan sanık Y.E.yi aldatarak çekilmesini sağlayıp mal edindiği 9.219.000.000.-lira banka zararı yönüyle eylemlerin gerçekleştiği tarihlerde görevde bulunmayan sanık yönünden zimmet suçunun oluşamayacağı ve bu fiillerin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden eylemlerinin tamamı zimmet suçu olarak değerlendirilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi..."ni yasaya aykırı bulmuştur. Yarg. 7. CD'nin 20.07.2005 t. ve 2005/6198-13386 sayılı Kararı (Karar için bk. Kazancı İçtihat Bankası).

96 765 sayılı eski TCK'ya göre de bu suçun faili memurdur. Daha önce de belirtildiği gibi 765 sayılı TCK'nın 279'uncu maddesinin düzenlemesinde amme vazifesi görenlerle amme hizmeti ifa edenler arasında fark gözetildiği, ancak amme vazifesi görenler Kanun tarafından memur sayıldığı için, 279'uncu maddenin 2'nci fıkrasında tanımlanan ve amme hizmeti görmekle muvazaf olan kimseler bu suçun faili olamazlar. 765 sayılı TCK anlamında memur kavramının kapsamının dar tutulması, görev ve hizmetleri sebebiyle birtakim değerlere zilyet olanların nispeten hafif bir şekilde cezalandırılmalarına yol açar ve neticede kamu görevinin sağlıklı bir şekilde yapılıp toplumsal huzurun sağlanmasına zarar verir. Bunun önlenmesi için çareyi özel kanunlarda aramak işleri kolaylaştırmak yerine zorlaştırır. Nitekim memur kavramının kapsamının dar tutulmasından doğan sakınca, bazı kamu müesseselerinin kuruluş kanunlarına, suç işleyen personelinin memur gibi cezalandırılacaklarına dair hükümler koymak suretiyle aşımaya çalışılmıştır. Ayrıca Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan personelin; 3771 sayılı Kanun'la değişik, 399 sayılı KHK'nın 11'inci maddesinin (b) bendine göre, ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılacakları belirtilmektedir. 5237 sayılı TCK, "kamu görevlisi" kavramı müessesesini kabul etmek suretiyle bu tür problemleri esastan çözmüştür.

fiil sebebiyle kamu görevlisi gibi zimmetten yargılanacaklarına dair hükümler içermektedir. Böyle bir düzenleme, mesela 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 28'inci maddesinde mevcuttur. Maddede; *"Yardım toplama faaliyetinden elde edilen mal ve paraları zimmetine geçiren kişi, kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanunu'nun zimmet suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır."* denilmektedir.⁹⁷

Yarg. 11. CD 13.5.1996 tarihli Karar'ında "devlet parası sayılan ve 2860 sayılı Kanun'a göre toplanan yardım parasının şahsi veya siyasi menfaat sağlamak için sarf ve istihlak edilmesinin zimmet suçunu oluşturacağına" karar vermiştir.⁹⁸

Benzeri bir düzenleme de 11.7.1939 t. ve 3670 sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanun'da mevcuttur. Kanun'un 12'nci maddesinde; *"Piyango idaresine ait mallar devlet malıdır. Bunları çalanlar, ihtilas edenler, zimmete geçirenler veya her ne suretle olursa olsun suistimal edenler ve piyango biletlerini taklit ve tahrif edenler devlet malları ve paraları hakkında ifa olunan bu gibi suçlara müterettip cezalara tabidirler."* hükmü yer almaktadır.

Yarg. 5. CD, konu ile ilgili 19.10.1983 tarihli Karar'ında; "görevi gereği kendisine tevdi edilen ve 3670 sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Yasa'nın 12. maddesine göre devlet malı sayılan Millî Piyango biletlerini mal edinen sanığın eylemi zimmet niteliğinde olduğu hâlde inancı kötüye kullanmak şeklinde kabulü"nü yasaya aykırı bulmuştur.⁹⁹

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62'nci maddesinde "Üyelerin Titizlik Derecesi ve Sorumlulukları" başlığı altında sevk edilen hükümde "... Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları, bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır" denilmektedir.¹⁰⁰ Bu hüküm dolayısıyla maddede zikredilen kimseler devlet memuru gibi cezalandırılacaklardır.¹⁰¹

Yarg. 5. CD 4.11.1980 tarihinde verdiği Karar'da "... 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın 2, 3 ve 7. maddelerinde açıklandığı üzere, bir kooperatifin, düzenlenecek ana sözleşmesinin noterce onaylandıktan ve Ticaret Bakanlığından alınacak izinden ve ticaret siciline tescil edildikten sonra, tüzel kişilik kazanmış olacağına ve ancak tüzel kişilik kazanmış bulunan kooperatif memurlarının, kooperatifin para ve malları üzerinde işledikleri suçlardan dolayı devlet memuru gibi cezalandırılmaları mümkün bulunmasına göre ... eksik soruşturma ile hüküm kurulması"nı Yasa'ya aykırı bulmuştur.¹⁰²

Yukarıda belirtilen tarzda özel kanunlarında memur gibi sorumlu tutulacakları belirtilen kimselerin TCK'da "memur" terimine yer verilmediği için statülerinin ne olacağı hususu üzerinde de durulmalıdır. Düşüncemize göre 5252 sayılı Yürürlük

97 Hüküm; 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 406'nci maddesiyle değiştirilerek bu hâlini almıştır.

98 Bk. Yarg. 11. CD'nin 13.05.1996 t. ve 1996/563-562 sayılı Karar'ı. Aynı yönde: Yarg. 5. CD'nin 29.09.1988 t. ve 1988/4732-5819 sayılı Karar'ı (Kararlar İBBB arşivinden alınmıştır).

99 Bk. Yarg. 5. CD'nin 19.10.1983 t. ve 2824/3375 sayılı Karar'ı. Karar için bk. Çağlayan, II, s. 531

100 Hüküm; 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 337'nci maddesiyle değiştirilerek bu hâlini almıştır.

101 Maddenin eleştirisi ve Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak bk. Öztürk, Bahri, "1163 Sayılı Kooperatifler Kanununda Düzenlenen Suçlar", DEÜHFD., Kudret Ayiter Armağanı, C: III, S.: 1-4, Ankara 1987, s. 236 vd.

102 Bk. Yarg. 5. CD'nin 04.11.1980 t. ve 3103/3558 sayılı Karar'ı. Karar için Bk. Çağlayan, II, s. 556

Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası ile 5237 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gerekçesi dikkate alındığında bu kimselerin kamu görevlisi sayılması gerekir.

Failin asker kişi olması hâlinde, Askeri Ceza Kanunu'nda konuyla ilgili özel hüküm bulunduğundan bu özel kanun uygulanacaktır. As. CK'nın 131'inci maddesine göre; *"askerî bir hizmet yaparken veya vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan, olmasa bile her türlü askerî erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler veya ihtilas edenler beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Az vahim hâllerde üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur". Aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre "yukarıdaki fıkarda yazılı fiiller silah, cephane veya herhangi bir müdafaa vasıtasına taalluk ederse" ceza artırılacaktır. Fiilin seferberlik hâlinde işlenmesi de ağırlaştırıcı sebep kabul edilmiş (f. 3), böyle hâllerde "on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hâllerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası" verilmesi öngörülmüştür.*

bbb. Mağdur

Her suçun mutlaka bir mağduru vardır; mağdursuz suç olmaz. Ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören olabilir. Mağdur ile suçtan zarar gören kavramları, aynı şeyler değildir. Bu bakımdan, örneğin devlet, bir suçtan zarar gören olabilir; ancak, mağdur olamaz.

Mağdur ile suçun konusu da aynı şeyler değildir.

Bazı suçlarda mağdur, belli bir kişi veya kişilerdir. Ancak, bazı suçlarda mağdur, belli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkeştir. Örneğin; rüşvet suçunda, çevre suçlarında, genel tehlike suçlarında, mağdur, toplumu oluşturan herkeştir.

Bu bilgiler bağlamında inceleme konusu suçun mağduru, korunan hukuki değer de dikkate alındığında toplumu oluşturan herkeştir. Bunun yanı sıra zimmete geçirilen malın sahibi belli ise elbette o kişi toplumu oluşturan şahıslardan biri olduğu için de mağdur sayılmalıdır. Buna karşılık devlet tüzel kişiliği, bu suçun mağduru değil, ancak suçtan zarar göreni olabilir.

cc. Suçun Konusu

aaa. Genel Olarak

Her suçun mutlaka bir konusu vardır. Bazı suç tanımlarından, konuyu bir nesnenin oluşturduğu, açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda "taşınır bir mal", mala zarar verme suçunda "taşınır veya taşınmaz mal" gibi.

TCK'nın 247'nci maddesinde; *"(1) Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu 'mal'ı ... zimmetine geçiren kamu görevlisi, ... cezalandırılır."* denilmek suretiyle zimmet suçunun konusunun "mal" olduğu açıkça belirtilmiştir.

bbb. Suçun Konusu Olarak Mal

5237 sayılı TCK'nın 247. maddesine göre zimmetin konusunu oluşturan nesne, "mal"dır. Görüldüğü gibi TCK tekrarlarından kaçınmak amacıyla genel bir ifade kullanmış¹⁰³ ve zimmete konu eşyanın "mal" olduğunu belirtmiştir. Madde gerekçesinde; *"zimmet suçunun konusu, taşınır veya taşınmaz mal"* olarak belirlenmiştir.¹⁰⁴

Arapça asıllı olan "mal" kelimesi, "sahip olunan değerli ve lüzumlu şey" anlamına gelir. Kanun'da kullanılan "mal" terimi, umumi ve kapsayıcı bir manayı haiz olup, her türlü "eşya" olarak anlaşılmalıdır. Hukuki manada eşya; "maddi bir varlığı olup üzerinde hâkimiyet kurulması mümkün olan,¹⁰⁵ sınırlanabilen,¹⁰⁶ insan dışı, ekonomik değer taşıyan her türlü nesnedir".

Özel Hukuk'un bir dalı olan Eşya Hukuku, şahısların eşya (mallar) üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyetinden doğan meseleleri düzenleyen bir disiplindir. Bu bilim dalına göre eşya; maddi-maddi olmayan eşya, menkul-gayrimenkul eşya, basit-birleşik eşya ve eşya birliği, misli-gayrimisli eşya, tüketime tabi olan ve olmayan eşya, bölünebilen ve bölünemeyen eşya, özel mülkiyete tabi olabilen ve olamayan eşya, sahipli-sahipsiz eşya¹⁰⁷ şeklinde bazı tasniflere tabi tutulmaktadır.

İnceleme konumuz açısından faydalı olabileceği düşüncesiyle burada menkul-gayrimenkul eşya ile maddi-maddi olmayan eşya kavramları üzerinde durmak istiyoruz.

MK m. 762, menkul mülkiyetinin mevzusunu, "bir yerden diğer bir yere nakledilebilen eşya ile gayrimenkul mülkiyetinin kapsamına girmeyen temellüke elverişli bulunan doğal güçler" olarak belirlemiştir. Menkul eşyada nakledilebilmenin eşyanın kendi hareketi neticesi (mesela hayvanlarda olduğu gibi) veya başka bir kuvvet sayesinde olmasının (otomobil, kitap vs.) bir önemi yoktur. Kanun atom ve elektrik enerjisi gibi tabii kuvvetleri menkul mallar içinde düzenleyerek bunlar üzerindeki hakka tıpkı mülkiyet gibi bir himaye sağlamak istemiştir.¹⁰⁸

MK m. 704'e göre, gayrimenkul mülkiyetinin mevzusu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu Kanun'a göre, "arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler" gayrimenkuldür.

103 Önceki ifade tarzı tarafımızdan eleştirilmekte idi (Bk. Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, s. 294). Kanun koyucu bu eleştirileri dikkate almış ve kapsayıcı bir ifade kullanmıştır.

104 Gereke için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S.Sayı:664), s.644

105 Bugünkü teknolojik imkânlarla güneş, ay ve yıldızlar üzerinde hâkimiyet tesisi mümkün olmadığından bunlar hukuk düzenimiz tarafından eşya kabul edilmemektedir. Bk. Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 1997, s. 6 vd.; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara, 1989, s. 16 vd.; Özütürk, I, s. 733

106 Hâkimiyetin şüml sahasını gösterecek bir sınırlandırmaya imkân olmadığı için hâkimiyet tesis edilemeyen hava, açık deniz ve akarsu da hukukî eşya (mal) sayılmamaktadır. Bk. Oğuzman-Seliçi, s. 5, Ertaş, s. 16

107 Sahipli eşya, sahipsiz eşya ayrımı; özel mülkiyete konu olabilen eşyanın fiilen üzerinde mülkiyet bulunup bulunmamasına göre yapılan bir ayrımdır. Fiilen mülkiyete tabi bulunan eşya sahipli eşyadır. Buna mukabil özel mülkiyete konu olabilen fakat henüz üzerinde hiçbir mülkiyet tesis edilmemiş eşya (av hayvanları, balıklar, kır çiçekleri ve yemişleri) ile evvelce bir mülkiyete tabi iken, malikin kendi arzusu ile bu mülkiyetten feragat ettiği terk edilen eşya, sahipsiz eşyadır. Ancak malikin, arzusu dışında elinden çıkan eşya üzerindeki mülkiyeti, eşyanın bu şekilde kaybı ile sona ermez ve eşya sahipsiz olmaz. Av hayvanları ve ehilleştirilmiş olan hayvanlar açısından bir istisna vardır. Buna göre, tutulan bir av kaçtığı anda, sahibi tekrar tutmak için aramaya koyulmazsa o hayvan sahipsiz olur (MK 768). Ehilleştirilen bir hayvan tekrar kati surette vahşileşirse sahipsiz olur. Bk. Oğuzman-Seliçi, s. 16; Ertaş, s. 19

108 Oğuzman-Seliçi, s. 6 vd.; Ertaş, s. 17 vd.; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 21 vd.; Donay, s. 41

Fizik varlığı olan her şey hukuki anlamda eşya sayılmaz. Ayni haklara¹⁰⁹ konu olabilen maddi varlıklardır ki hem fizik olarak hem de hukuki anlamda eşya (mal) sayılır. Ayni haklara konu olabilen maddi varlıklar ise üzerlerinde insanların hâkimiyet kurabilecekleri elbise, para, arazi gibi nesnelerdir. Bunlara maddi eşya denir. Maddi olmayan eşyaya gelince, burada birbirinden farklı üç kategoriden söz etmek mümkündür.¹¹⁰

a. MK m. 762’de menkul eşya sayılan elektrik ve atom enerjisi gibi doğal güçler: Bunlar, fizik bakımdan maddi bir şey olmamakla beraber maddi eşyaya dair esaslar kendilerine de uygulanmaktadır.

b. Söz konusu, muayyen bir şey değil de bir maliklikten, haktan ibaret ise bu takdirde yine maddi olmayan mallardan (eşyadan) söz etmek mümkündür. Kanunumuza göre intifa ve rehin hakları, menkul ve gayrimenkul mallardan başka haklar üzerinde de kurulmuş olabilir (MK m. 794, 850, 881, 939 ve 954). Yani bir alacak hakkı üzerinde, üçüncü şahısların intifa hakkına sahip bulunması mümkündür. Bu takdirde “alacak üzerindeki intifa”, onun gelirlerine temellük imkânı sağlar. Burada eşya olmayan alacak hakkı, üzerinde ayni hak tesisi suretiyle maddi olmayan eşya statüsüne sokulmaktadır.

c. Nihayet ticaret unvanı, ihtira beratları, markalar, tüccarların müşteriler çevresi üzerindeki hakları gibi haklara “maddi olmayan şeylere ilişkin haklar” denilmektedir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar da bu kategoriye girmektedir. Birçok hukukçu “maddi olmayan mal” deyimiyle bu hakları kastetmektedir.¹¹¹

Ceset ve ceset parçaları mal (eşya) sayılmadığından¹¹² mezarlıkta vazifeli kamu görevlisinin ölünün kemiklerini alıp kullanması veya başkalarına satması zimmet suçunu oluşturmaz. Bu sebeple konu, 5237 sayılı yeni TCK’nın 130. maddesinin 2. fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.¹¹³

İnsan ve onun sunduğu hizmet eşya olmadığı için suçun failinin, emri altındaki insanları şahsi hizmetlerinde çalıştırması, onların emeğinden haksız menfaat sağlaması, zimmet değil, diğer unsurları da bulunduğu takdirde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir.

109 Ayni haklar; “bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı dermeyeran edilebilen haklar”dır. Bk. Oğuzman-Seliçi, s. 4; Ertas, s. 13; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 6. Mülkiyet hakkı, irtifak hakları, rehin hakkı aynı haklardandır.

110 Bk. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 21 vd.

111 Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 22; Doktrinde bazı yazarlar fikir ve sanat eserleri ve keşifler üzerinde mülkiyet hakkı değil (Mülkiyet aynı bir haktır ve aynı haklara konu olanlar ise eşyalardır.) “fikri hak” adı verilen başka bir kategori mutlak hakkın varlığını kabul edip, gayri maddi eşya diye de adlandırılan fikir ve sanat eserleri ve keşiflerin bizim hukukumuz açısından “eşya” kavramı dışında kaldığını savunmaktadırlar (Oğuzman-Seliçi, s. 6 vd.; Ertas, s. 16). Ancak, fikir ve sanat eserini tecessüm ettiren maddi şeyler, mesela, bir tablonun, bir heykelin maddesi şüphesiz ki eşya vasfını haizdir.

112 Cesedin eşya (mal) sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte “eşya sayılmayacağı” fikri Türk doktrininde hâkim olan görüştür. Bk. Zevkililer, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, Ankara 1989, s. 417 vd.; Oğuzman-Seliçi, s. 5; Ertas, s. 16; Zevkililer, “cesedin üzerinde hâkimiyet kurulamadığı ve ekonomik değeri olmadığı için eşya sayılmayacağı” görüşündedir (Zevkililer, s. 418). Cesedin eşya olmadığını kabul etmekle birlikte Zevkililer’in görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü teknolojinin gelişmesi ile birlikte hukuka uygun veya aykırı tarzda elde edilen organların gelişmiş ülkelere aktarılması ve bu yüzden çıkan problemler günden güne artmaktadır. Bazı olaylarda yeni ölmüş bir insan cesedinden alınan organlara astronomik fiyatlar verilmektedir. Bu da ceset ve ceset parçalarının ekonomik bir değerinin olduğunu gösterir. Ayrıca canlı insan vücudundan ayrılan saç, kan gibi vücut parçalarının eşya olduğunu ve üzerinde aynı haklar kurulabileceğini kabul ettikten sonra (Oğuzman-Seliçi, s. 5, Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s. 20 vd.) cesedin ekonomik değerinin olmadığını söylemek mümkün değildir. Ayrıca bk. Saymen, s. 36 vd.

113 5237 sayılı TCK’nın 130. maddesinin 2. fıkrası; “Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir.

ccc. Malın Zimmet Suçunun Konusunu Oluşturması İçin Sahip Olması Gereken Özellikler

Malın zimmet suçunun konusunu oluşturabilmesi için zilyetliğinin kamu görevlisine “görevi sebebiyle devredilmiş olması” veya “kamu görevlisinin mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması” gerekmektedir. Burada önem arz eden husus, devir veya koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması keyfiyetinin görev dolayısıyla olmasıdır.

Kanuni düzenleme; bir yandan hangi durumdaki eşyanın zimmete geçirilebileceğini gösterirken diğer yandan hırsızlıkla zimmeti birbirinden ayırmaya yarayan bir kritere de işaret etmektedir. Gerçekten zimmette fail, malın esasen zilyedi olduğu hâlde, hırsızlıkla fiilin işlenmesiyle zilyetlik elde edilmektedir.

Madde gerekçesinde; *“Bu malın zilyetliğinin kamu görevlisine devredilmiş olması veya kamu görevlisinin bu mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna veya herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır.”*¹¹⁴ denilmiştir.

Eski TCK’nın düzenlemesinde “görev nedeniyle zilyetliğin devri” yerine, “görev sebebiyle tevdi” ibaresi kullanılmıştır. İfade edelim ki “tevdi etme” ile malın zilyetliğinin devri kastedildiği için yeni kanunun düzenlemesi teknik açıdan daha isabetli olmuştur. Zaten benzeri değerlendirmeler eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde de ifade edilmekte idi. Nitekim Erem, görev sebebiyle tevdi hususunda ölçü; *“mala görevi dolayısıyla zilyet olma”* durumudur. Eğer mala memur görevi dolayısıyla zilyet ise bu mal memura tevdi edilmiş kabul edilmelidir¹¹⁵ diyerek bu hususu vurgulamıştır.¹¹⁶

aaaa. Zilyetlik Devri

Arapça bir kelime olan zilyet, *“elinde bulunduran, tasarruf eden”* demektir.¹¹⁷ Zilyetlik, Medeni Kanun’un 973’üncü maddesinde; *“Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir. Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır.”* şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹⁴ Gerekçe için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S. Sayısı: 664), s. 644

¹¹⁵ Bk. Erem, Tevdi, s. 431; Yarg. 5. CD’nin konu ile ilgili 29.09.1988 t. ve 1988/1669-5805 sayılı Kararı şöyledir: “E... Okullar saymanlığı müdürlüğünde şef olan sanığın, Memur Refik’in emekli olması nedeniyle Erzurum-Sarıkamış arası yolu için düzenlenen 44.700 liralık tahakkuk evrakını ödemenin ertesi gün yapılacağını söyleyip yanında alıkoyduktan sonra Verilme Emri’ne ekli örnek 6 ve 16 numaralı tahakkuk müzekkerelerini ortadan kaldırıp yerine yetkililerin imzalarını taklit ederek yenilerini düzenlemek ve Verilme Emri’nin ilgili sütunlarında değişiklik yapmak suretiyle tahakkuku Erzurum-İzmir arası yolu olarak 90.740 liraya yükseltip mutemet adına çek kestirerek parayı aldırttıktan sonra gerçek tahakkuktan artan parayı mutemetten alıp menfaat sağladığı anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre zimmete geçirilen paranın kendisine görevi nedeniyle tevdi edilmiş olmadığı ve muhafaza ve murakabe sorumluluğu da bulunmadığı dikkate alındığında eylemi TCK’nın 339. maddesine uygun evrakta sahtekârlık niteliğinde bulunduğu hâlde zimmetten hüküm kurulması, ... yasaya aykırıdır.” (Karar İBBB arşivinden alınmıştır).

¹¹⁶ 765 sayılı Kanun’a göre suça konu eşya, faille, görevi sebebiyle tevdi edilmiş olmalıdır. Tevdinin sözlük anlamı; “emanet etme, bırakma, teslim”dir. Maddede kullanılan “tevdi” kelimesiyle “zimmete konu eşyanın faille teslim edilmiş bulunması” kastedilmektedir. Tevdi kavramının geniş yorumlanması gerekir. Resmen teslim, tesellüm muamelesinin yapılmamış olması, tevdinin olmadığı anlamına gelmez. Bu itibarla bir maldan resmen sorumlu olandan başka bir memurun da o malı zimmetine geçirmesi mümkündür. Gerçekten resmî dairelerde bulunan eşya (mefruşat, her türlü demirbaş, kitaplar vs.) genellikle ayniyat memuru olarak isimlendirilen muayyen bir şahsın sorumluluğu altındadır. Bununla beraber resmî dairede kullanmak yetkisine sahip olduğu şeyleri tesellüm etmiş sayılan memurun da zimmet suçunu işlediği kabul edilir.

Tevdi edilmiş olan ne ise onun zimmete geçirilmesi mümkündür. Bu sebeple Posta Tüzüğü’ne (kanununa) aykırı olarak içine para konmuş zarfı açıp içindeki parayı alan posta memurunun fiili, usulüne uygun bir tevdi olmadığı için, zimmet değil hırsızlık olarak değerlendirilebilir.

Yarg. CGK’da 25.06.1990 tarihli kararında “mektubu muhtevadaki sırrı öğrenmek için değil, içindeki para ve sair kıymeti almak için açan” sanığın eylemini hırsızlık olarak nitelendirmiş, “ancak zarftan çıkan ve sanık tarafından alınan kâğıtların ekonomik değerden yoksun olmaları sebebiyle fiilin eksik teşebbüs derecesinde kaldığını” belirtmiştir.

Tevdi edilmeyen eşyanın mal edinilmesi, zimmet suçuna değil, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla “görevi kötüye kullanma, hırsızlık veya emniyeti suistimal suçlarına” vücut verir. Failin kullandığı icbar veya aldatıcı hareketlerle ikna edilerek sağlanan tevdi, zimmet değil, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla irtikâp veya dolandırıcılık suçunu oluşturur.

¹¹⁷ Bk. Devellioğlu, s. 1187; Hayat, s. 1275

Zilyetlik türleri, 974 ve 975. maddelerde düzenlenmiştir.

Zilyetliğin devri, MK'nın 977-980'inci maddeleri arasında yer almaktadır. Medeni Kanun'da hazırlar arasında, hazır olmayanlar arasında, teslimsiz devir, emtiayı temsil eden senetlerin teslimi farklı hükümlere bağlanmıştır. MK'nın 977'nci maddesinde, hazırlar arasında zilyetliğin devri ile ilgili olarak; *"Zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur."* denilmiştir.

Hazır olmayanlar arasında zilyetliğin devri, MK'nın 978'inci maddesinde; *"Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Zilyetliğin teslimsiz devri ise 979'uncu maddede; *"Bir üçüncü kişi veya zilyetliği devreden, özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur."*

Zilyetliğin bu yolla devri, zilyet olmakta devam eden üçüncü kişiye karşı, ancak durumun devreden tarafından kendisine bildirildiği andan başlayarak hüküm doğurur."

Üçüncü kişi, zilyetliği devredene karşı ileri sürebileceği sebeplerle şeyi edinene vermekten kaçınabilir." şeklinde hükme bağlanmıştır.

MK'nın 980'inci maddesine göre; *"bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur."*

Kıymetli evrakı iyi niyetle teslim alan kimse ile emtiayı iyi niyetle teslim alan kimse arasında uyuşmazlık çıkarsa emtiayı teslim alan tercih olunur".

bbbb. Zilyetlik Devrinin Görev Dolayısıyla Olması

Suçun oluşabilmesi için zilyetliğin kamu görevlisine "görevi sebebiyle devredilmiş olması" gerekir.¹¹⁸ Fail de bu devri kabule yetkili olmalıdır. Yetkilendirme, kanun tarafından yapılabileceği gibi,¹¹⁹ usulüne uygun idari veya adli kararlar da olabilir.¹²⁰

118 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilen kararlar da konuya ışık tutacak niteliktedir: "(...) Suç tarihinde T... İl Halk Kütüphanesinde ambar memuru olarak görev yaptığı anlaşılan sanığın dosyada isimleri yazılı kütüphane personeli olan kişilere ödenmek üzere tahakkuk ettirilen tedavi gider ve yollukları ile tasarrufu teşvik nema tutarlarını ilgili kuruluşlardan almak ve ilgisine ödemek yönünden bağlı bulunduğu kurum tarafından mutemet sıfatıyla görevlendirip görevlendirilmediği, tahsil ve tevdiye yetkisi bulunup bulunmadığı hususu sorulup duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptandıktan sonra hukuki durumunun takdiri ve tayini gerekirken noksan soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Yarg. 5. CD, 05.11.2001, 1078/06592, YKD 2002/05

119 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilen kararlar da konuya ışık tutacak niteliktedir: "772 sayılı Kanun'un 41. maddesinde çarşı ve mahalle bekçilerinin hizmet dışında çalıştırılmayacakları açıklanmış bulunmasına ve temellük edilen paranın sanığa görevi gereği teslim edilmiş olmadığının anlaşılmasına nazaran eylemi emniyeti suistimal suçunu oluşturur." Bk. Yarg. 1. CD'nin 01.03.1994 t. ve 1994/107-689 sayılı Kararı. (Karar İBBB arşivinden alınmıştır.)

120 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilen kararlar da konuya ışık tutacak niteliktedir: "PTT şubesinde dağıtıcı olarak çalışan sanığın, Posta Dağıtım Hizmetleri Yönetmeliği'nin 126. maddesine aykırı biçimde tek başına şube memuru olarak görevlendirildiği sırada gerçekleştirdiği eylemi, zincirleme biçimde inancı kötüye kullanma niteliğinde olup, TCK'nın 510, 80. maddelerine uygun suç oluşturur. Eylemde zimmet suçunun unsurları yoktur." Bk. 5. CD, 11. 04.1996 t. ve 725/1216 s.lı Kararı. Karar için bk. YKD, Mart, 1997, C: 23, S: 3, s. 461. "Posta Dağıtım Hizmetleri Yönetmeliği'nin 126. maddesinin 2. fıkrasının açıklığı karşısında memur veya amirler tarafından yapılması gereken işlerin dağıtıcılar tarafından tek başlarına yapılmasına izin verilmeyeceği gözetilmeden olay tarihlerinde dağıtıcı olarak görevli olan sanıkların ... PTT Müdürlüğü'nün yazılı talimatları ile Sanayi Şubesinde gişede görevlendirildikleri sırada suçu işledikleri anlaşılmış olmasına göre kurumun paralarının kendilerine yasal olarak tevdi edilmemiş olduğu nazara alındığında eylemlerinin ... niteliğinde bulunduğu hâlde zimmetten mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır." Bk. Yarg. 5. CD, 07.04.1993 t. ve 1082/1471 s.lı Kararı. (Karar için bk. Malkoç-Güler, II, s. 1507)

765 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde Yargıtay da aynı yönde içtihadta bulunmuştur. Nitekim, Yarg. 5. CD 22.5.2003 tarih ve 5235/3092 sayılı Karar'ında¹²¹ emniyeti suistimal suçundan mahkûm edilen sanık hakkında; "Dağıtım Hizmetleri Yönetmeliği'nin 126. maddesinde 01.10.1999 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde yapılan değişiklik sonucu 'dağıtıcıların merkez ve şubelerde asli görevlerinin yanında merkez amirinin emriyle her türlü posta ve gişe hizmetlerinde çalıştırabileceklerinin' belirtilmesi karşısında Şenköy PTT Şubesinde dağıtıcı olan sanığın Antakya PTT Müdürlüğüne Merkez Şubede görevlendirildiği anlaşıldığından, eylemlerinin kül hâlinde müteselsil zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasını" yasaya aykırı bulmuştur.

Keza aynı şekilde Daire, 14.06.1997 tarihli kararında ise "tahsildarın ... yıllık izne ayrılması nedeniyle Ordu İşletme müdürü tarafından şifahen tahsilat yapmakla görevlendirilen ve fiilen de bu işi yaptığı kendi ikrarıyla saptanan ... sanığın, tahsilatlarını yaptığı elektrik abone faturaları ve gecikme cezası bedellerini zimmetine geçirdiği ... anlaşıldığından mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken beraatine karar verilmesini" hukuka aykırı bulmuştur.¹²²

Yetkilendirmenin daimî veya geçici olmasının -fiilin işlendiği zamanda yetkili olmak kaydıyla- suçun oluşumu bakımından bir etkisi yoktur. Eğer kamu görevlisi, mağduru icbar veya ikna ederek zilyetliğin devrini sağlamışsa diğer unsurlar da mevcutsa icbar veya ikna suretiyle irtikâp suçu meydana gelir. Keza zilyetliğin devri, kamu görevlisinin hiçbir katkısı olmadan mağdurun hatası dolayısıyla meydana gelmişse, bu takdirde de hatadan yararlanma suretiyle irtikâp söz konusu olabilir.

cccc. Koruma ve Gözetimle Yükümlü Olma

Kanunumuz, suçun oluşumu için, zimmete konu eşyanın ya faile zilyetliğinin devredilmiş olmasını ya da failin koruma ve gözetimle yükümlü olmasını aramaktadır. Koruma ve gözetimle yükümlü olma, zilyetliğin devri kavramının kapsamını genişletmek için kullanılmıştır. Diğer bir anlatımla, zilyetlik devri olmasa dahi fail suç konusu malı koruma ve gözetimle yükümlü ise zimmet suçu oluşabilecektir.¹²³ Failin korumak ve gözetmekle yükümlü olmadığı bir şeyi mal edinmesi hâlinde zimmet değil, yerine göre dolandırıcılık, hırsızlık gibi suçlar gerçekleşebilir.

765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilmiş olan Yargıtay 5. CD'nin 11.10.2001 tarih ve 536/5749 sayılı Karar'ında;¹²⁴ "(...) Sanığın, mudiler Ali, Ebubekir, Zarf, Mustafa ve M. Ali'nin hesaplarına bir şekilde öğrendiği müdür konumundaki bilgisayar şifresini kullanarak faiz tahakkuk ettirip daha sonra düzenlediği tahsil ve tediye fişleriyle tahakkuk ettirdiği 5.877.000.000 lirayı şubedeki diğer mudilerin hesaplarına aktararak onlara veznedenden çekirip temellük etmesinin nitelikli dolandırıcılık olarak kabulünde bir isabetsizlik yoksa da 4.6.1999 günlü müfettiş raporunun, 51. sayfasında vurgulandığı gibi, kendi bilgisayar şifresi ile virman, tahsil ve tediye işlemleri yapabilen, bu nedenle bankanın paralarının muhafazasından sorumlu olduğu anlaşılan sanığın, adı geçen mudiler dışındaki 60 mudinin hesaplarına faiz tahakkuku yapmadan sadece tahsil ve tediye fişleri düzenleyerek bu mudilerin

121 Bk. YKD 2004/02

122 Bk. Yarg. 5. CD'nin 14.06.1997 t. ve 1997/1918-2299 sayılı Karar'ı. (Karar yayımlanmamıştır.) Aynı yönde bk. Yarg. CGK'nın 14.01.1985 t. ve 242/13 sayılı Karar'ı. (Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1915.)

123 Bk. Önder, s. 115; Donay, s. 38; Erman buna hukuki anlamda zilyetlik demektir. Bk. Erman-Özek, s. 20; Gözübüyük, II, s. 629; Gündel, s. 31

124 YKD 2002/01

hesaplarındaki 2.362.650.000 lirayı bankada diğer mudilerin hesaplarına aktarıp ve onların vasıtasıyla vezneden alarak mal edinmesi eyleminin müteselsil basit zimmet niteliğinde olduğunun gözetilmemesi (...) yasaya aykırıdır.” denilmektedir.

“Koruma”, 765 sayılı Kanun’da kullanılan “muhafaza”nın Türkçe asıllı kelime ile ifade edilmiş şekli olup, faile, eşyanın muhafaza edilmek üzere verilmiş olmasını ifade eder. Mesela, orman bölgesinde kesilmiş ve biriktirilmiş ağaçlar, orman muhafaza memurunun koruması altındadır.¹²⁵

“Gözetimle yükümlü olma” ibaresinden anlaşılan; bir işi üstüne alan ve o işi yapmak zorunda olan bir kimseden, gerektiğinde, yüklendiği bu işlerin hesabının sorulmasıdır. Gözetim, korumaya benzer bir anlama sahiptir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi aslında bu kavramlar zilyetlik devrinin anlamını genişletmek için kullanılmıştır. Faile zilyetliği devredilen mal, aynı zamanda onun sorumluluğu altındadır. Mesela; parkta bulunan makineler, orada görevli olan bekçinin sorumluluğu altındadır. Bu sebeple bekçinin bu mallar üzerinde suç işlemesi, diğer unsurları da bulunmak şartıyla zimmet suçunu oluşturur.¹²⁶

ddd. Zimmete Konu Eşyanın Aidiyeti

Zimmet suçunun oluşması için eşyanın sahibinin devlet veya fert olması arasında fark yoktur. Nitekim suçu düzenleyen 247. maddenin gerekçesinde; *“Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna veya herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır.”* denmektedir.

Bu husus, 765 sayılı TCK’nın 202’nci maddesinin açık ifadesinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten maddede *“para, para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmete geçirme”*den söz edilmekte, bu eşyanın aidiyeti konusunda (devlet malı, şahıs malı gibi) bir ayırım yapılmamaktadır.

Her iki kanunda yapılan düzenlemenin sebebi, korunan hukuki değer ile ilgilidir. Nitekim bu suçla korunan hukuki değer, zimmete geçirilen eşyanın mülkiyeti değil, kamu görevlisine duyulan itimadın devamındaki toplum menfaatinin korunmasıdır.

125 Dönmezer, s. 81. Konu ile ilgili Yarg. 5. CD’nin 29.05.1996 t. ve 1308/1889 s.lı kararı şöyledir: “Saniğin, mudiler M. Ö. ve İ. K’nın hesaplarından gerçeğe aykırı tediye fişleri düzenlemek suretiyle toplam ... lira çekip mal edinmesi eylemi müteselsil sahtecilik ve Halk Bankası Gönen Şube Müdürü’nün 16.11.1992 tarihli yazısından saniğa bilgisayarda çalışan diğer personel gibi şifre verildiği, bilgisayarın virman yapmaya programlı olduğu ve saniğin görevi süresince virman da yaptığı anlaşılmış ... olmasına göre bilgisayar kullanarak virman yapma yetkisi bulunan ve bu itibarla bankanın paralarının muhafazasından sorumlu olan saniğin borçlu bulunduğu şahısların hesaplarına bilgisayarda virman yapmak suretiyle şahsi borçlarını ödeme şeklinde vaki olan mal edinme eylemlerinin de müteselsil zimmet suçu niteliğinde olduğu gözetilmeyerek tüm eylemlerin müteselsil inancı kötüye kullanma niteliğinde olduğu kabul edilip buna göre ceza tayini isabetsiz ise de karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.” Karar için bk. Taşdemir-Özkeper, s.474

126 765 sayılı Kanun’un 202. maddesinde “Muhafaza, Denetim veya Sorumluluğu Altına Verilmiş Bulunma” ibareleri kullanılmıştır. Bu düzenleme ile Kanun, suçun oluşumu için zimmete konu eşyanın faile ya görevi sebebiyle tevdi edilmiş olmasını ya da muhafaza, denetim veya sorumluluğu altına verilmiş bulunmasını aramaktadır. Şu hâlde, tevdi olmasa dahi suç konusu eşyanın, failin muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunması, zimmet suçunun oluşması bakımından yeterlidir. Failin muhafaza, denetim veya sorumluluğu altına verilmiş olmayan bir şeyi mal edinmesi hâlinde zimmet değil, yerine göre dolandırıcılık, hırsızlık gibi suçlar gerçekleştirilebilir.

“Denetimi altında bulunma” demek; eşyanın zilyedi olmayan failin, bunların kullanıma veya sarfı işlemlerinde kontrol yetkisine sahip olması demektir. Personeli TCK anlamında memur sayılan kamu bankası yetkilisinin, karşılıksız çek verenle anlaşarak, onun hesabında para olmadığı hâlde varmış gibi provizyon vererek kontrolü altında olan paranın başkasının zimmetine intikalini sağlayan fiili, denetimi altında bulundurmaya örnek olarak gösterilebilir. Yine Yarg. 5. CD, 13.03.2002 tarih ve 4921/1536 sayılı ilamında; H... ilçesinde mal müdür vekili olarak görev yapan saniğin, memur olmayan diğer sanıklarla anlaşarak devletten tedavi gideri almak için düzenlenen sahte belgeleri, sahteliklerini bilerek kabul edip, elde edilecek haksız menfaatten pay alma karşılığında muhafaza ve denetleme sorumluluğu altında bulunan Devlet Hazinesinden diğer sanıklara ödeme yapması şeklinde gerçekleşen eylemini, küll hâlinde basit zimmet, diğer sanıkların eylemlerini ise bu suça iştirak kapsamında değerlendirmiştir. (Karar için bk. YKD 2003/3)

Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹²⁷

dd. Suçun Nitelikli Unsurları

aaa. Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur: Suçun, Zimmetin Açığa Çıkmasını Sağlamaya Yönelik Hileli Davranışlarla İşlenmesi, Nitelikli Zimmet (m. 247/2)

Bilindiği gibi TCK'da, önce suçun temel şekli tanımlanmakta daha sonra da suçun bu temel şekline nazaran cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlara yer verilebilmektedir.

Bu unsurlar; *"fiilin işleniş tarzı bakımından, fiilin işlendiği yer veya zaman bakımından, failin vasfı bakımından, mağdurun vasfı bakımından, fail ile mağdur arasındaki ilişki bakımından, suçun konusu bakımından, fiilin işlenişyle güdülen amaç bakımından"* nitelikli unsurlar olarak tasnife tabi tutulabilir.

5237 sayılı TCK'nın 247. maddesinin ikinci fıkrasında, zimmet suçunun işleniş tarzı dikkate alınmak suretiyle daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsur yer verilmiştir. Bu düzenleme, doktrin ve uygulamada "nitelikli zimmet" olarak isimlendirilmektedir. Fıkra göre suçun, "zimmetin açığa çıkmasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi" hâlinde ceza artırılacaktır.

Fıkra metninde kullanılan "hile" kavramı, TCK'nın diğer maddelerinde kullanılan "hile" terimi (örneğin, m. 157, m. 235) ile aynı anlama sahiptir.

Arapça asıllı bir kelime olan hile; "aldatacak tarz, tertip ve oyun" anlamına gelir.¹²⁸ Herhangi bir şekilde bir hukuki ilişki içine giren taraflar, bu ilişkinin kurulmasında etkili olan unsurlar hakkında birbirlerini doğru olarak bilgilendirmek yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu yükümlülük yerine getirilmeyerek hukuki ilişkinin kurulmasında aldatıcı beyanlarda bulunmak "hile" olarak nitelendirilir.¹²⁹

İfade edelim ki yeni kanunda, 765 sayılı TCK'nın 202/2'nci maddesinde yer alan "dairelerini aldatacak" tarzında bir ifade yer almadığından, suçun nitelikli hâlinin gerçekleşmesi için, failin hileli faaliyetlerde bulunması yeterlidir. Bu itibarla hileli davranışlarda bulunan kişinin sonuç elde edememesi yani hileli davranışlara rağmen fiilin ortaya çıkması hâlinde kişi nitelikli zimmetten sorumlu tutulacaktır.¹³⁰

Nitekim gerekçede; *"Zimmet suçunda suç konusu mal, kamu görevlisinin zilyetliğinde veya koruma ve gözetim sorumluluğunda olduğu için bunun zimmete geçirilmesi için herhangi bir kimsenin aldatılmış olması gerekmez. Burada hile,*

127 Bk. Yarg. CGK'nın 24.12.1984 t. ve 5/156-464 sayılı Kararı. Karar şöyledir: "Saniğin ... Merkez Jandarma Karakol komutanı olarak görev yaptığı sırada 15.07.1980 günü meydana gelen ve ölümlü sonuçlanan trafik kazasında el koyduğu, sürücülerini ölen iki otomobil ve diğer eşyaları tutanakla saptayıp karakola götürdüğü ve muhafaza altına aldığı, ertesi gün de ... plakalı otomobilin iki tekerleğini söktürüp kendi özel otomobili taktığı anlaşılmış, olay mahkemece de bu biçimde kabul edilmiştir. (...) Yasa ve yönetmelik hükümleri uyarınca sanık olaya el koyduğuna göre olaya ait her türlü delili de muhafaza etmek onun görevi gereğidir. Bu bakımdan kaza yapmış araçlar üzerinde herhangi bir görev ve sorumluluğu olmadığı iddiası söz konusu olamaz. TCK'nın 202. maddesine göre, suçun oluşması için zimmete geçirilen para veya şeylerin devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından önemi yoktur. Zimmete geçirilen şeyler ister devlete isterse kişilere ait olsun TCK'nın 202. maddesinde yazılı suç oluşur. Bu suçta önemli olan para veya şeylerin memurun eli altında görevi gereği olmasıdır. Bu suçla korunan mülkiyet değil, kamu hizmeti ve görevidir." (Karar 1BBB arşivinden alınmıştır.)

128 Bk. Hayat, s. 528; Devellioğlu, s. 370

129 Bk. Özgenç, s. 138

130 Yenidünya, s. 122

sadece zimmet olgusunun sonradan anlaşılmasının önüne geçilmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan zimmet suçundaki hile, suçun delillerini gizlemeye yöneliktir.”¹³¹ denilmiştir.

Şu hâlde, hile, dairesini aldatıcı ve zimmet suçunun ortaya çıkmasını engelleyici, zorlaştıracı nitelikte değilse, suçun basit şeklinden ceza verilmesi gerektiği yönündeki eski anlayışın, yeni düzenleme karşısında bir anlamı kalmamıştır.¹³²

Önemle belirtelim ki 247’nci maddenin 2’nci fıkrasında zikredilen hile, uygulamada çoğu kez, başka suçlarla birlikte ve özellikle belgede sahtecilik suçunun işlenmesi suretiyle yapılmaktadır. Eski kanun döneminde verilen kararlarda böyle hâllerde sadece zimmetten ceza verilmekte, sahtecilik göz ardı edilmekte idi. 5237 sayılı TCK’nın İçtima başlıklı 212’nci maddesindeki hüküm böyle hâllerde nasıl davranılacağını açıkça belirtmiştir. Maddede; “Sahte resmî veya özel belgenin başka bir suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.” denilmektedir.

Konu ile ilgili açıklamaları bitirmeden eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde verilen bir kararı inceleyerek yeni düzenlemenin mahiyetinin daha iyi anlaşılabilirliğini zannediyoruz:

Yarg. CGK, 765 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında her hilenin ihtilas (nitelikli zimmet) olmadığını şu şekilde belirtmiştir: “Uyuşmazlığı, sanığın zimmet olan suçu ihtilâsen işleyip işlemediği oluşturmaktadır. Tokat Vergi Dairesinde tahsildar olan sanık, 3700 liralık vergi borcunu tahsil ederek müştekiye verdiği makbuzun aslına 3700, dairede kalan ikinci ve üçüncü kopyalarına 370 lira yazarak fazlasını zimmetine geçirmiştir. Vergi dairesi mükelleften alacaklı olduğunu kendi kayıtlarına göre kesinlikle bildiğinden, sanığın eylemi TCK’nın 202. maddesinde yazılı adiyen zimmet suçunu oluşturur.”¹³³

Görüldüğü gibi hadisede, kişi, işlediği fiilin ortaya çıkmamasını sağlamak için hileli bir yol kullanarak, belgede sahtecilik suçunu işlemiş ve Yargıtay fiilin adiyen (basit) zimmet olduğuna karar vermiştir. Bu olay, yeni kanunun sistemine göre değerlendirildiğinde, kişinin hem nitelikli zimmetten (m. 247/2) hem de kamu görevlisinin işlediği belgede sahtecilik suçundan (m. 204/2) sorumlu tutulması gerekir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160/1. maddesinde; “Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece resen ödettirilmesine

131. Gerçekçe için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S.Sayı:664), s.644; Aynı yönde bk. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.147

132. 765 sayılı TCK’nın 202’nci maddesine göre hile; “dairelerini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü faaliyette bulunmak suretiyle” yapılmalıdır. Diğer bir anlatımla; nitelikli zimmet suçu bakımından “hile”; hem dairesini aldatacak hem de fiilin açığa çıkmasını önleyecek ve zorlaştıracak bir tarzda gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu sebeple hilenin iğfal kabiliyetinin, aldatıcı niteliğinin bulunması gerekir. Yargıtay, yerleşmiş içtihatlarında, hak sahibinin imzasını taklit ile hak sahibine ait parayı ona verilmiş gibi göstererek temellük etmeyi, nitelikli zimmet olarak kabul etmektedir. Bu konuda verilen ve istikrar arz eden Yargıtay kararlarından bir örnek zikretmek suretiyle yukarıda belirtilen hususlar somutlaştırılabilir: 5. CD, 02.02.1998 tarihli kararında “... sanığın eylemi ... müştekiden ... ilçesindeki E. Türkmene gönderilmek üzere 08.05.1984 tarihinde almış olduğu 100.000 TL’lik havale bedelini kayıtlara işlemeyerek bunu da mal edinmekten ibaret olup, kullandığı hileli işlemlerle gizlediği ... eyleminin, ancak müştekinin şikâyeti ve elindeki havale makbuzunu ibraz etmesi üzerine yapılan soruşturma sonucu meydana çıkarıldığı anlaşıldığından, bu durum karşısında suçun nitelikli zimmet vasfında” bulunduğuunun gözetilmemesini, bozma sebebi saymıştır.

133. Yarg. CGK 24.10.1988, 6-274/382 (Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1908)

hükmolunur.” denilerek nitelikli zimmetin söz konusu olacağı ifade edilmiştir.¹³⁴

247’nci maddede, eski TCK’nın 202. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı sebebe (kamu bankaları aleyhine işlenmiş olma¹³⁵) isabetli olarak yer verilmemiştir. Çünkü Bankacılık Kanunu’nda bankalar açısından zimmet suçu özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca günümüz ekonomik yapısı içinde kamu bankası -özel banka ayrımının da bir önemi kalmamıştır.

765 sayılı TCK’nın 219’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan zimmet suçunun, emir ve idare yetkisine sahip olanlarla¹³⁶ hâkim ve savcılar tarafından işlenmesine ilişkin ağırlatıcı sebep¹³⁷ de 5237 sayılı TCK’nın 247’nci maddesinde yer almamaktadır.

bbb. Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar (Kullanma Zimmeti, m. 247/3, Malın Değerinin Azlığı m. 249)

aaaa. Kullanma Zimmeti (m. 247/3)

TCK’nın 247/3’üncü maddesinde; *“Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir.”* denilerek kullanma zimmeti düzenlenmiştir.

Gerekçede; *“Suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla zimmet olgusu ortaya çıktığına göre; kullanmanın malikin bulunabileceği tasarruf niteliğinde olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle her bir kullanmanın, ilgili somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirmeye, zimmeti oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan kullanmanın salt belli bir süreyle sınırlı olması, zimmetin oluşumuna engel değildir.”*¹³⁸ denilmiştir.

Kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı belli bir süre kullandıktan sonra iade etme amacını taşıması veya iade etmesi hâlinde ne şekilde hareket edeceği 765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır. 247. maddenin 3. fıkrası 5237 sayılı TCK bakımından önemli bir yeniliktir.

Kullanma ile failinin kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamayı amaçlaması gerekmektedir. Mal, devlet veya diğer bir kamu kurumu için kullanılmış ise diğer şartların da varlığı hâlinde görevi kötüye kullanma (TCK m. 257/1) söz konusu olabilecektir.

¹³⁴ Banka çalışanlarının işlediği zimmet suçu açısından kitabımızın ilgili bölümüne bakılmalıdır.

¹³⁵ Kanun metninde kullanılan “kamu bankası” terimi ile kastedilen “sermayesi devlet tarafından ödenmiş ve özel bir kanunla kurulmuş olan ve bu sebeple Kamu İktisadi Teşebbüsü sayılan bankalar”dır. “Halk Bankası’nda çalıştığı sırada ... zimmetine para geçirmekten hükümlü sanığın eylemi kamu bankası aleyhine işlendiği hâlide sanık hakkında TCK’nın 202/son maddesinin uygulanmaması ... kanuna aykırıdır.” Bk. Yarg. 5. CD, 02.02.1995 t. ve 3656/277 sayılı ilamı, YKD, Mayıs 1996, s. 815 vd.

¹³⁶ “Emir ve İdare Yetkisine Sahip Olanlar” terimi ile “zimmete konu eşyanın kullanılmasına karar vermek, bunların üzerinde tasarrufta bulunmak yetkisini haiz olan kimseler” kastedilmektedir. Cezai sonuç doğuran bir konuda böyle muğlak bir ifadenin kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmeliyiz. Metindeki bu belirsizlik dolayısıyla kanaatimizce, emir ve idare yetkisine sahip olanlar teriminin dar yorumlanması gerekir. Bu yetkiye sahip kişiler arasında; bakan, rektör, vali, kaymakam, büyükşehir belediye başkanı, belediye başkanı gibi görevliler zikredilebilir Nitekim Yargıtay 5. CD, 20.10.1992 tarih, 2547/3192 sayılı Karar’ında, “... ilçesi PTT müdürü olan sanığın emir ve idare yetkisini haiz kişilerden olmadığını...” belirtmiştir. Bk. Taşdemir-Özkepir, s.502

¹³⁷ Failin hâkim veya savcı olması durumunda, zimmet suçunun mutlaka yargı faaliyeti sebebiyle işlenmiş olması şart değildir. İdari bir görevi sebebiyle zimmet suçu işleyen savcı hakkında veya seçim kuruluna başkanlık eden hâkimin bu görevi dolayısıyla zilyet olduğu eşyayı temellük etmesi hâlinde de ağırlatıcı sebep uygulanacaktır.

¹³⁸ Gerekçe için bk. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM (S. Sayısı:664), s.644; Ayrıca bk. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.144

bbbb. Malın Değerinin Azlığı (m. 249)

TCK'nın 249'uncu maddesinde; zimmet suçunun daha az cezayı gerektiren hâline ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Maddede; "(1) *Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.*"¹³⁹ denilmektedir.

Kanunumuzun düzenlemesine göre zimmete geçirilen malın değerinin azlığı, daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurdur.

Buna göre suçun işlenmesi ile elde edilen yararın değerine göre hâkim cezayı üçte birden yarıya kadar indirebilecektir. Hâkim, bu tespiti, zimmete konu eşyanın suçun işlendiği zamandaki değerini dikkate alarak yapacaktır. Gecikme faizi, zarar kavramı kapsamına girmez. Eski kanunun yürürlükte olduğu zamanlarda verilen Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.¹⁴⁰

Değerin azlığını somut olayda yargılamayı yapan hâkim takdir edecektir. Bu sebeple yasada değer azlığı hususunda somut bir ölçüt getirilmemiştir.

b. Manevi Unsurlar

Zimmet suçu kasten işlenebilir, taksirle veya bilinçli taksirle işlenen şekli cezalandırılmaz. Bu bakımdan bilgisizlik, meslekte yetersizlik, dalgınlık ve nısyan (unutma) suretiyle zimmete geçirme hâlinde inceleme konusu suç oluşmaz.¹⁴¹

Kamu görevlisinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketleri, kayıtsızlığı, tedbirsiz davranışları dolayısıyla sorumluluğu altındaki zimmete konu eşyanın azalması ve hatta kamu görevlisinin bu azalmanın ortaya çıkmaması için bazı hileli hareketlerde bulunması -bu fiilin ayrı bir suç teşkil etmesi hâli müstesna olmak üzere- zimmet suçuna vücut vermez.¹⁴²

5237 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre zimmet suçunun kasten işlenebileceğini ifade ettik. Bilindiği gibi TCK, 21. maddesinde kasti tanımlamış, kavrama eski kanun ve eski Türk doktrininin verdiği anlamdan farklı bir anlam yüklemiştir.

139 Gerekçede; "Suç konusu malın değerinin az olması durumunda da zimmet suçu oluşur. Ancak, bu durumlarda zimmet suçundan dolayı verilecek cezada belli bir oranda indirim öngörülmüştür. Söz konusu madde metninde bu indirimin oranı belirlenmiştir. Zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda, bu tasarruf, hoşgörüyü karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda, gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörüyü karşılanabilir." denilmektedir.

140 765 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre (TCK m. 219/3) elde edilen yararın değerinin azlığı bir hafifletici sebep olarak kabul edilmiştir. Buna göre suçun işlenmesi ile elde edilen yararın değeri "hafif" olduğu takdirde cezanın yarısı, "pek hafif" olduğu hâlde ise üçte biri verilecektir. Değerin hafif veya pek hafif olup olmadığı somut olayın durumuna göre hâkim tarafından takdir edilecektir. Hâkim, bu tespiti, zimmete konu eşyanın suçun işlendiği zamandaki değerini dikkate alarak yapacaktır. Gecikme faizi zarar kavramı kapsamına girmez. Yargıtayın içtihatları da bu yöndedir. Bir örnek olarak bk. Yarg. CGK'nın 26.10.1987 t. ve 5-335/494 sayılı Kararı. Kararda; "Hâkim her meselenin niteliğine ve özelliğine göre gereken incelemeyi yaparak zararın hafif veya ağır olduğunu takdir eder ve bu zararın hesaplanmasında gecikme faizi göz önüne alınmaz." denilmektedir. Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1909

141 Önder, s. 119 vd; Yarg. 5. CD, eski kanunun yürürlükte olduğu zaman verdiği bir kararında (11.08.1959 t. ve 3558/4186); "içme suyu için alınan paraların hata sebebiyle kayıtsız olarak sanık üzerinde kaldığı anlaşıldığına göre kasti suçlardan olan zimmette kastın ne sebeple teşekkül ettiği gösterilmelidir" demek suretiyle suçun taksirle işlenemeyeceğini vurgulamıştır. (Karar için bk. Önder, s. 119)

142 Önder, s. 119; Erman-Özek, s. 34; Yarg. 5. CD, 28.02.1958 t. ve 697/1380 sayılı Kararı'nda, "Maznun sarf yerini göstermediği meblağı, zimmet kastıyla temellük etmesinden mi yoksa kayıtsızlık ve teseyyüp yüzünden sarf ve tediye mahallini göstermemiş bulunmasından mı olduğunun takdiri ve buna göre 202 ve 230. maddelerin uygulanabilirliği düşünülmelidir." demiştir. Karar için bk. Önder, s. 119

Gerçekten TCK'nın 21. maddesinin düzenlemesine göre kast, "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi"dir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde ise olası (muhtemel) kast vardır.

Kastın bu tanımı, 30. maddenin 1. fıkrasında, "fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz" denilmek suretiyle başka bir tarzda ifade edilmiştir.

Bilindiği gibi kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. 5237 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan şartların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez.

Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail icra hareketlerine devam etmek suretiyle yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir.

5237 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre kasten işlenebilen suçlar, kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Kanuni tanımında "bilerek, bildiği hâlde" gibi ifadelere yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin "işlemediğini bildiği hâlde ..." kişiye hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi (m. 267) gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Bu bilgiler inceleme konusu suç açısından değerlendirildiğinde, zimmet suçunun hem doğrudan hem de muhtemel (olası) kastla işlenebileceği sonucuna varılmalıdır. Şu hâlde zimmet, yukarıda açıkladığımız maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır.

Olası kast durumunda ise kişi, yukarıda açıklanan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini, yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir. 5237 sayılı Kanun'un bu düzenlemeleri dikkate alındığında, yeni kanunu eski anlayışa göre yorumlamanın ve hâlâ kişide "temellük kastı"nı aramanın doğru olmadığı görüşündeyiz.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde verdiği kararlarda temellük, faydalanma saikini aramaktaydı.¹⁴³ Yüksek Mahkeme, 5237 sayılı TCK'nın 247/3'üncü maddesinin yürürlüğe girmesinden önce de bazı kararlarında, özel kastlar arasında da ayırım yapmıştır. Yargıtaya göre; failde faydalanma kastı bulunduğu hâllerde; "kullanma

143 Örnek olarak şu karar zikredilebilir: "Saniğin 09.11.1990 tarihli avansı haksız menfaat sağlamak kastıyla geciktirdiği tespit edilememiş bulunması, husule gelen gecikmenin ancak Muhasebe Umumiye Kanunu'na göre mali sorumluluğu gerektireceğinin gözetilmesi gerekir." Yarg. 5. CD 17.02.1993, 417/646 (Gündel, s. 33). Yarg. CGK'nın 21.12.1987 t. ve 410/637 sayılı Karar'ında zimmet suçunun manevi unsuru "suç konusu şeyin faydalanmak kastıyla aşırılması" olarak ifade edilmiştir. Karar için bk. Bakıcı, s. 50 vd.

zimmeti" oluşmakta,¹⁴⁴ temellük kastı bulunduğu takdirde ise "zimmet" suçu meydana gelmektedir.¹⁴⁵ Böyle bir ayırımın pratik sonucu; temellük kastıyla hareket edildiğinde ceza, zimmete geçirilen menfaatin tamamı dikkate alınarak tespit edilmekte; faydalanma kastıyla hareket edildiğinin kabul edildiği hâllerde ise yalnızca failin o parayı kullanarak sağladığı temettü dikkate alınarak ceza belirlenmekteydi.¹⁴⁶

Yeni mevzuat yürürlüğe girdikten sonra bu tür ayırımların bir anlamı kalmamıştır.

Bazı suç tanımlarında, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra, failin belli bir amaç doğrultusunda veya belli bir saikle hareket etmesi, bir manevi unsur olarak aranmaktadır.

Amaç veya saik, bazı tanımlarda, suçun temel şekli açısından aranan bir manevi unsurdur. Örneğin,

- "Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla" örgüt kurmak veya yönetmek (m. 220, f. 1; ayrıca bk. m. 78, f. 1; m. 314, f. 1),
- Hırsızlık suçu açısından "yarar sağlamak maksadı" (m. 141, f. 1),
- Rüşvet suçu açısından, "bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için ... bir yarar sağlaması" (m. 252, f. 3).

Amaç veya saik, bazı suçlarda, suçun nitelikli şekli açısından aranan bir manevi unsurdur. Örnek:

- Kasten öldürme suçunun "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla" veya "kan gütme saikiyle" veya "töre saikiyle" (m. 82, bent h, i, j),
- Hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarının "bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla" (m. 144, bent b; m. 150, f. 1; m. 159),
- Belgede sahtecilik suçunun "bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla" (m. 211) işlenmesi.

Bu çerçevede inceleme konusu suç değerlendirildiğinde, kişi, malı geçici bir süre kullandıktan sonra iade maksadıyla zimmet suçunu işlemişse TCK'nın 247/3'üncü fıkrasında düzenlenen kullanma zimmeti suçu oluşacaktır.

144 Bk. Yarg. CGK'nın 27.05.1991 t. ve 135/170 sayılı Kararı. Karar şöyledir: "Görüldüğü üzere sanık, idarenin hiçbir resmî yazısı, tespiti ve ihtarı olmadan eylem idarece tespit edilmeden önce, aldığı paraları yatırmıştır. Sanığın amacı idareye ait parayı temellük etmek olmayıp, bu parayı kullanmak ve bu yolla kendisine çıkar sağlamaktır. Paranın 10 ve 23 gün gibi kısa sürelerle kullanılarak nemasından yararlanıldıktan sonra hiçbir uyarı olmadan iade edilmesi biçiminde oluşan eylem, 'kullanma zimmeti' suçunu oluşturmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir." Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1904 vd.

145 "Tespit edilen kasa açığının muhasebe hataları dışında sanıkların temellük kastıyla hareketleri sonucunda meydana geldiğini kabule yeterli açık ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden mahkûmiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır." Yarg. 5. CD, 17.02.1993, 4005/634 (Gündel, s. 33)

146 765 sayılı TCK'nın 202'nci maddesi bakımından böyle bir ayırımın hukuka aykırı olduğu açıktır. Çünkü suç, failin faydalanma veya temellük kastıyla eşyayı zimmetine geçirdiği anda oluşur. Kanun'da faydalanma amacıyla zimmet, temellük amacıyla zimmet diye bir ayırım bulunmadığından Kanun'da olmayan böyle bir ayırımın uygulamada yapılması, adli mercilerin kanun koyucunun yerine geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan bu kabul, kanun hükmüne dayanmadığı için bazı fiiller açısından uygulanmakta, bazılarında uygulanmamakta dolayısıyla keyfiliklere sebebiyet vermektedir. Bu konudaki açıklamalar için kitabımızın 6. baskısına bakılmalıdır.

6.3.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Bu suçta teşebbüs oldukça zordur. Çünkü birçok olayda fail, zimmete konu eşyaya zilyet olduğu için teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün değildir. Bununla beraber icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa, teşebbüs söz konusu olur. Zimmete geçirilen, para veya kıymetli evrak değil de bunun dışındaki mallardan ise suçun tamamlanması bu malların bulunduğu yerden alınıp failin egemenlik alanına geçirilmesine bağlıdır. Bu hareketlerin yapıldığı sırada failin yakalanması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.¹⁴⁷

Yargıtay 5. Ceza Dairesi konuyla ilgili olarak 14.03.2005 tarihli kararında; "... T. Fabrikaları AŞ Erzurum Ş... Fabrikasında ambar şefi olan sanığın koruma ve sorumluluğu altındaki 20 torba toz şekeri işçilere talimat vererek Cevat'a ait kamyonu yükletip, tanıdık bir yere bırakmasını istediği, faturasız kamyonu yüklenen şekerin tartıya girmeden çıkış kapısına yöneldiğini gören tanık Lutfettin'in ikazı ve olayı öğrenen istif tanzim ustası tanık Yasin'in durumu fabrika yönetimine bildirmesi üzerine fabrikaya ait araçla peşinden gidilerek şekerin indirildiği marketten teslim alınarak fabrikaya geri getirildiğinin sabit olduğu ve zimmete teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilerek tecziyesi yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle, fiili görevi ihmal kabul edilerek, 4758 sayılı Kanun gereği kamu davasının kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmesi..."ni Kanun'a aykırı bulmuştur.¹⁴⁸

b. İştirak

İştirak açısından da genel hükümler uygulanacaktır.¹⁴⁹ Kamu görevlisi tarafından işlenen suçlara sivil kişilerin (kamu görevlisi olmayanların) iştirak etmeleri de mümkündür.¹⁵⁰ Ancak bu durumda suçta iştirak edenler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 40/2).

c. İçtima

Zimmet suçunda içtima ile ilgili genel hükümler uygulanır. Burada bu suçla ilgili kararlardan örnekler verip özellik arz eden hususlar üzerinde durulacaktır.

Zimmet suçunun belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenmesi hâlinde TCK'nın 212'nci maddesi hükmü uyarınca her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi

147 Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir. Yarg. 5. CD, 05.02.1992 t. ve 5125/405 sayılı Karar'ında bu hususu şu şekilde belirtmiştir: "Depo memuru olan sanığın denetim ve sorumluluğundaki orman emvalini faydalanmak için usulsüz olarak depodan çıkarıp başkasına ait hızar atölyesine sevk ettiği sırada izlenip kamyonundan indirilmeden yakalanması zimmete eksik kalkışmadır." Karar için bk. Malkoç-Güler, II, s. 1470

148 Yarg. 5. CD, 14.03.2005 t. ve 2004/354 E., 2005/1146 K. sayılı Karar'ı, YKD, C: 31, S:8, Ağustos 2005, s.1297-1298

149 Bu konuda bk. Yarg. CGK'nın 16.03.1992 t. ve 5-14/81 sayılı Karar'ı. Karar şöyledir: "Sanık, zimmet suçunu işlemeye karar veren Bekir'in bu suçta iştirak kararını takviye etmiş, müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırmış, dövizleri alarak işletmiş ve ona çıkar sağlamıştır. Bu suretle zimmet suçuna ferî fail olarak katılan sanık Mustafa hakkında, TCY'nin 65/3. maddesi uygulanmalıdır. Yerel mahkeme direnme hükmünün değişik bu gerekçe ile bozulmasına karar verilmelidir." Karar için bk. Gündel, s. 74 vd.; "4792 sayılı SSK Yasası'nın 7. maddesi uyarınca TCK'nın uygulanmasında memur sayılan sanık Duralı'nın, SSK Genel Müdürlüğüne bağlı E... Matbaası ve kâğıt ambarında teknisyen yardımcısı, mücellit kadrosu ile görevli bulunduğu sırada, 28.07.1993 tarihinde düzenlenen tutanakla kâğıt ambarının sayımı da yapılmak suretiyle 01.02.2000 tarihine kadar fiilen ambar sorumlusu olarak görevlendirildiği ve bu görevi yapmasına yasal bir engel de bulunmadığı anlaşılan sanığın sorumluluğunda bulunan ambardan muhtelif tarihlerde 59.821.196.792 liralık kâğıdı satıp bedelini temellük etmekten ibaret eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu, matbaacı olan sanık Aydın'ın ise 11.043.087.500 liralık kısmını temellük etmek suretiyle sanık Duralı'nın zimmetine bilerek iştirak ettiği gözetilmeden yazılı gerekçelerle hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Yarg. 5. CD, 28.5.2003, 4513/03273, YKD 2003/12

150 Bk. Yarg. 5. CD 17.09.1996, 2268/2868, YKD, Aralık 1997, s. 1906 vd.

gerekecektir.

Zimmet, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir. Bu sebeple, zimmet suçunun olduğu hâllerde ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmez.

Failin zimmetine geçirdiği eşya, bir kişiye değil, iki kişiye ait ise iki değil tek suç oluşur. Aynı kişiye ait mallar değişik zamanlarda zimmete geçirilirse fiil sayısı kadar zimmet suçu vardır. Ancak bu fiiller aynı suç işleme kararı ile işlenmiş olursa tek suç kabul edilip tayin edilen ceza, 43'üncü maddenin 1'inci fıkrasına göre artırılır.¹⁵¹ Zimmet suçu TCK'nın 43. maddesinin son fıkrasında sayılan suçlar arasında bulunmadığından zincirleme olarak işlenmesi mümkündür.

Zimmet suçuna ilişkin mahkûmiyet hükmü verilip kesinleştikten sonra, daha önce aynı suç işleme kararıyla ifa edilen bir zimmet suçu daha ortaya çıkarsa, kesinleşen cezaya 43'üncü maddede öngörülen oranda ceza ilave edilir.¹⁵²

Zincirleme olarak işlenen suçlardan birinin basit zimmet, diğerinin nitelikli zimmet olması, 43'üncü maddenin uygulanmasına mani değildir. Ancak, bu durumda TCK'nın 43'üncü maddesi dolayısıyla yapılacak olan artırıma esas alınacak ceza, nitelikli zimmet suçunun cezasıdır. Yargıtayın içtihatları da aynı yöndedir.¹⁵³

6.3.4. Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

a. Genel Bilgiler

"Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık", suç tamamlandıktan sonra gerçekleşmektedir. TCK'nın sisteminde gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilmiş, etkin pişmanlık ise mahiyeti buna uygun suçlar bakımından özel hükümler arasına alınmıştır.

Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep niteliği taşımaktadır.

Zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hâli, 5237 sayılı TCK'nın 248. maddesinde düzenlenmiştir.

151 "Noter olan sanığın, damga vergisi, noterlik harcı, değerli kağıt bedeli ve katma değer vergisi olarak tahsil ettiği paraları yetkili makama yatırmama biçimindeki eylemlerinin TCY'nin 202 ve 80. maddelerinin uygulanmasını gerektirir zincirleme zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması.." Yarg. 4. CD, 01.12.1997, 9669/10536 (Taşdemir- Özkeper, s.469); "Zimmet suçunu aynı kasıt altında, değişik tarihlerde işlediği anlaşılan sanık hakkında tayin edilen, hürriyeti bağlayıcı cezanın TCK'nın 80. maddesi ile arttırılmaması karşı temyiz olmadığından, bozma nedeni sayılmamıştır." Yarg. 5. CD, 07.06.1999, 1450 / 2815 (Yaşar, s.1259). Ayrıca bk. Yarg. 5. CD, 01.04.1992, 702/1073 (Gündel, s. 160); Yarg. 5. CD, 01.07.1993, 1683 / 2777 (Yaşar, s.1261)

152 Eski kanun döneminde verilen kararlarda Yargıtay uygulaması da aynı doğrultudadır. Bk. Yarg. 5. CD'nin 09.11.1993 t. ve 3664/3973 sayılı Kararı. Karar şöyledir: "10.01.1990 tarihli iddianame ile açılan kamu davasının ... yapılan yargılaması sonunda 10.05.1990 günlü kararla; TCK'nın 202/1-son ... maddeleri uyarınca sanığın ... cezasıyla hükümlendirildiği, ancak mahkûmiyete esas alınan eyleminin dışında 07.08.1991 günlü iddianame ile açılan bu davanın yapılan yargılaması sonucunda sanığın Tarım Kredi Kooperatifi müdürü olarak görev yaptığı, 03.03.1987 tarihinde müştekiler adına tanzim ettiği gerçek dışı borç senetleri ile ... TL'yi kendi adına çekerek zimmetine geçirdiği anlaşılmış bulunmasına göre, sanığın bu dosyadaki eyleminin kesinleşen dosyadaki iddianamenin düzenlendiği 10.01.1990 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olması nedeniyle tümünün müteselsil tek suç kabul edilerek zimmet suçundan kesinleşen ilk mahkûmiyetine ilişkin ceza miktarı ile buna TCK'nın 80. maddesinin tatbik edilmesi hâlinde hükmedilmesi gereken ceza miktarı arasındaki fark kadar ceza tayini gerekirken ayrı bir eylem kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Karar için bk. Gündel, s. 160

153 Bk. Yarg. CGK'nın 05.02.1990 t. ve 5-129/14 sayılı Kararı. Karar'da "hem TCK'nın 202/1 ve hem de 202/2. maddesini ihlal eden sanığa 202/2. maddesiyle tek ceza verilmeli ve verilen ceza 80. maddeyle arttırılmalıdır" denilmektedir. Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1907 vd.

b. Zararın Tamamıyla Ödenmesi (m. 248)

5237 sayılı yeni TCK, suçun işlenmesi ile meydana gelen (maddi) zararın tamamıyla ödenmesini, ödeme zamanını da dikkate almak suretiyle bir etkin pişmanlık hâli saymıştır. Gerçekten TCK'nın 248'inci maddesinde; *"(1) Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.*

(2) Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir." hükmüne yer verilmiştir.¹⁵⁴

Zimmete geçirilen eşyanın aynen iadesi, tamamıyla ödeme sayılmalıdır.¹⁵⁵ Aynen iade olmadığı takdirde meydana gelen zararın tamamıyla karşılanmış olması da hükmün uygulanması için yeterlidir. Ödeme taahhüdünde bulunulması veya teminat gösterilmesi ödeme sayılmaz.

5237 sayılı TCK'nın 248'inci maddesinde üçlü bir ayırım yapılmıştır. Buna göre soruşturma, kovuşturma veya hükümden önce zararın aynen iadesi veya tazmini hâlinde kademeli olarak cezada indirim yapılacaktır.

Yeni kanunun bu düzenlemesi muhakemenin değişik safhalarına göre etkin pişmanlığa farklı sonuçlar bağlaması bakımından yerindedir.

aa. Soruşturma Başlamadan Önce

Soruşturma; 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde; *"kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi"* ifade eder. Yetkili mercilerin suç şüphesini öğrenmeden önce zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde 248/1'inci maddede yer alan etkin pişmanlık hükmü uygulanacaktır. Bu aşamada aynen iade veya tazminin gönüllü olup olmadığına bakılmayacaktır.

bb. Kovuşturma Başlamadan Önce

Kovuşturma, *"iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi"* ifade eder (CMK m. 2/(1)/e). CMK'nın "İddianamenin Kabulü ve Duruşma Hazırlığı" başlıklı 175'inci maddesinde; *"(1) İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar."* hükmü yer almaktadır. Fail soruşturma başlayıp da kovuşturma başlamadan önce meydana gelen zararı tazmin

¹⁵⁴ Gerekece; "Maddede zimmet suçunda etkin pişmanlık hâline ilişkin hükme yer verilmiştir. Zimmet suçunda etkin pişmanlık hâli, sadece cezada indirim yapılmasını gerektiren neden olarak kabul edilmiştir. Ancak, cezada yapılacak olan indirim oranları, etkin pişmanlığın gösterildiği zamana göre belirlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, zimmet suçundan dolayı soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Etkin pişmanlığın soruşturma başlatıldıktan sonra ve fakat henüz kamu davası açılmadan önce gösterilmesi de mümkündür. Bu durumda, zimmetine geçirdiği malı aynen iade eden veya uğranılan zararı tamamen tazmin eden kişiye verilecek cezanın yarısı indirilir. Ancak, bunun için, aynen iade veya tazminin gönüllü olması gerekir. Etkin pişmanlığın ilk hükmün verilmesinden önce gerçekleşmesi hâlinde ise verilecek cezanın üçte biri indirilmesi gerekmektedir." denilmiştir.

¹⁵⁵ Yarg. 5. CD, 22.11.1995 t. ve 2537/3841 sayılı ilamında; zimmete geçirilen eşyanın zabıtaca yakalanıp idareye teslim edildiği olayda, 202/3. fıkranın uygulanmamasını -fikirimizce hatalı olarak- bozma sebebi saymıştır. Karar şöyledir: "... çelik halatlar zabıtaca ele geçirilip kuruma iade edilmekle kurumun zararı telafi edilmiş olduğundan sanıkların TCK'nın 202/3. fıkrasındaki indirimden yararlandırılmalarının gerektiğinin düşünülmemesi ... yasaya aykırıdır." Karar için bk. Gündel, s. 167 vd.

eder veya aynen iade ederse cezası indirilerek uygulanacaktır. Görüldüğü gibi burada kanun koyucu 1. fıkrada bulunmayan gönüllülük şartını aramaktadır. Gönüllü olarak verme, tazmin veya iadenin failin rıza ve isteğine dayanmasıdır. Baskı, telkin veya teşvik sonucu tazmin veya iade gerçekleşmişse bu hâlde 248/2 de düzenlenen etkin pişmanlık hükmü uygulanamayacaktır.

cc. Hükümden Önce

“Hükümden önce” ibaresi ile ilk derece mahkemesince hüküm verilmezden önceki zaman dilimi kastedilmektedir. Cezanın azaltılmasını gerektiren inceleme konusu şahsi sebebin uygulanabilmesi, ödemenin hükümden önce yapılmış olmasına bağlıdır. Şu hâlde hükmün verilmesinden sonra fakat karar kesinleşmeden önce yapılan ödemenin -takdiri hafifletici sebep olma dışında- bir etkisi olmayacaktır. Yargıtayın kararı bozmasını müteakip ilk derece mahkemesinin karar vermesinden önce ödemenin yapılması, etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını gerektirmez. Diğer bir anlatımla bu şekil bir ödeme, “hükümden önce” yapılmış bir ödeme olarak nitelendirilemez. Aksinin kabulü, hakkında verilen karar, Yargıtay tarafından bozulan ve bozulmayan sanıklar arasında ayırım yapılması sonucunu doğurur ki bu da hukuka aykırı olur.

Gönüllü olarak verme bu hâlde de geçerlidir.

6.3.5. Soruşturma Usulü

Mevzuatımıza göre, kamu görevlileri (memurlar) vazifeleri esnasında veya görevleri dolayısıyla suç işledikleri takdirde, soruşturma, 4.12.1999 tarihine kadar, 1913 tarihli Memurların Muhakematı Hakkında Kanun-ı Muvakkat hükümlerine göre, idare tarafından yapılmakta idi. 4.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 18. maddesi, MMK’yı yürürlükten kaldırmış ve memurların yargılanmasına ilişkin esasları yeniden düzenlemiştir.

Zimmet de bir kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden bu suç bakımından da 4483 sayılı Kanun’un uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak 4483 sayılı Kanun’un, 2. maddesinin 1. fıkrasında “suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır” denildiği için, inceleme konusu suç bakımından 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu” hükümleri geçerli olmaya devam edecektir.

3628 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre “3628 sayılı Kanun’da yazılı bulunan suçlarla irtikâp, rüşvet, ihtilas,¹⁵⁶ zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında” 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacak,¹⁵⁷ kovuşturma, 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacaktır.¹⁵⁸ Buna göre suç haberi

156 02.11.1990 t. ve 3679 sayılı Kanun’la ihtilas suçu, nitelikli zimmet ismiyle yeniden düzenlendiği için Kanun’da geçen ihtilas terimi “nitelikli zimmet” olarak anlaşılmalıdır.

157 Bk. 4483 s.lı Kanun’un 16/1. maddesi.

158 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinin 2. fıkrasında, müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte durumu memurun mensup olduğu daireye de haber verecektir. Savcılık, yaptığı soruşturma neticesinde yeterli delil mevcut olduğu takdirde dava açacak, aksi hâlde takipsizlik kararı verecektir.

Burada uygulamada çıkabilecek bir probleme de işaret etmek gerekmektedir: Savcılık, sanığın fiilinin, 3628 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'inci fıkrası kapsamında bir suç olduğunu (mesela zimmet) düşünerek iddianame ile dava açsa ancak yargılama esnasında suçun vasfı değişerek 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan (mesela görevi kötüye kullanma, TCK m. 257) biri olduğu anlaşılsa nasıl davranılmalıdır? Kanaatimizce bu ihtimalde, mahalli mahkeme CMK'nın 223. maddesi gereğince durma kararı vererek dosyayı idareye göndermeli ve yetkili idari merci, bu yeni suç isnadı ile ilgili soruşturma izni verdiği takdirde, yargılamaya devam etmelidir.¹⁵⁹

6.4. Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu (5411 S.İ K. M. 160)

6.4.1. Genel Bilgiler

19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun¹⁶⁰ 160. maddesinde bankacılarla ilgili özel bir zimmet suçu düzenlenmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde; *"Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.*

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece resen ödettirilmesine hükmolunur.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak,

159 MMK'nın yürürlükte olduğu dönemlerde Yargıtay da aynı doğrultuda kararlar vermektedir. Bk. Yarg. CGK 09.12.1991 t. ve 5-315/343 sayılı Karar'. Karar şöyledir: "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) hükümleri yürürlüktedir. Bu Yasa'ya göre memur olan failin 3628 sayılı Yasa ile getirilen ayrıcalık dışında görevinden dolayı veya görev sırasında, bir başka deyimle görev suçu işlemesi hâlinde MMHK hükümleri uyarınca kovuşturma yapılması zorunludur. Bu durumda, 3628 sayılı Yasa'nın 17. maddesinde sınırlı biçimde sayılı suçlar nedeniyle C. savcısı tarafından doğrudan doğruya açılan davalarda yapılan soruşturma sonucunda suç niteliğinin değişmesi hâlinde gündeme gelen suç MMHK'ya göre kovuşturulması gereken suçlardan ise mahkemece CMUK'un 253/4. maddesi uyarınca durma kararı verilerek gereği yapılmak üzere dosya MMHK uyarınca görevli idare kuruluna gönderilmelidir." (Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 1899 vd.)

160 Bk. RG, 01.11.2005 t. S. 25983. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 168. maddesinin A bendi; "Bu Kanun'un geçici maddelerindeki düzenlemeler hariç olmak üzere, 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırılmıştır." şeklindedir.

adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir.

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.” denilmiştir.¹⁶¹

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce inceleme konusu suç tipi, yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22’nci maddesinin 3 ve 4’üncü fıkralarında düzenlenmekteydi.¹⁶²

Banka, halkın ve işletmelerin tasarruflarını mevduat olarak toplayan, bu şekilde oluşturduğu sermaye birikimlerini başkalarına ödünç vererek, kredi ve benzeri finansal hizmetleri profesyonel anlamda yürütmeye yetkili kılınmış kurumdur.¹⁶³

Yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 2’nci maddesinde banka; *“Bu Kanun’a göre banka adı altında Türkiye’de kurulan kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bankaların Türkiye’deki şubelerini ... ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. Eski kanuna göre şube ise *“bankaların elektronik işlem cihazlarından ibaret birimleri hariç, şube, ajans ve mevduat kabulü veya diğer bankacılık işlemleriyle uğraşan sabit veya seyyar büroları gibi her türlü yerel teşkilatları”* ifade etmektedir.

161 Bu suç tipi konusunda bk. Gökcen, Ahmet, “Bankalar Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Suçu” (4389 s.lı K. m. 22/3-4), Legal Mali Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 10, İstanbul 2005, s.2665 vd.; Mahmutoglu, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara 2003, s. 229 vd.; Mahmutoglu, Fatih Selami, “Backtoback, Fiduciary, Offshore Bankacılık İşlemleri Bağlamında Bankalar Kanunu’nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s. 223 vd.; Okuyucu-Ergün, Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008, s. 147 vd.; Dursun, Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002; Dursun, Selman, “Kıyı (Offshore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları”, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 247 vd.; Alacakaptan, Uğur, “Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu”, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 36 vd.; Kühne, Hans-Heine, “Hukuk Devleti İlkesi ve Bankalar Kanunu Bağlamında Türkiye Uygulamaları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s. 239 vd.; Şensoy-Cin, Şehnaz, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 829 vd.

162 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında; “Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler. Bu fıkra da gösterilen suç bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemeye resen ödettirilmesine hükümlenir. Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması hâlinde cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte bir oranında indirilir.” denilmektedir.

4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 12.12.2003 tarih ve 5020 sayılı Kanun’un 25’inci maddesiyle değişik 22/4’üncü maddesinde ise; “Fon alacaklarından; temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran yönetici olsun veya olmasın gerçek kişi ortakların 15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının mal varlığının artışına neden olmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan ağır hapis ve yirmi milyar liradan seksen milyar liraya kadar ağır para cezasına hükümlenir. Ayrıca, meydana gelen zararın Hazine alacağı olarak müteselsilen ödenmesine karar verilir.” denilmektedir.

163 Mahmutoglu, s.72

5411 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde Kanun'un kapsamı; *"Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tabidir.*

Özel kanunlarla kurulmuş olan bankalar hakkında da kanunlarında yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kanun hükümleri uygulanır.

Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler tatbik olunur." şeklinde belirtilmiştir.

5411 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesine göre;

- Banka: "Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını",
- Kredi kuruluşu: "Mevduat bankalarını ve katılım bankalarını",
- Mevduat bankası: Bu Kanun'a göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,
- Katılım bankası: Bu Kanun'a göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,
- Kalkınma ve yatırım bankası: Bu Kanun'a göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,
- Finansal holding şirketi: İçlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak şartıyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan şirketi,
- Şube: Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit veya seyyar bürolar gibi her türlü iş yerini,
- Merkez şube: Yurt dışında kurulu bir bankanın Türkiye'de açtığı şubeyi, birden fazla şubenin olması hâlinde ise Kuruma bildirilecek ve Kurulca onaylanacak şubeyi,
- Fon bankası: Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu, bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve bu Kanun uyarınca temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetimi Fona intikal eden bankalar ile Fonun çoğunluk hissesine sahip olduğu bankaları,
- Finansal kuruluş: Kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanun'da yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketlerini,
- Kontrol: Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim

kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme veya görevden alma gücünün elde bulundurulmasını,

- Ana ortaklık: Kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usûl ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding şirketini,
- Bağlı ortaklık: Ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkları,
- Nitelikli pay: Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları,
- Hâkim ortak: Bir ortaklığı doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi,
- Yöneticiler: Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eş değer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini,
- Mevduat: Yazılı veya sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde yahut belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı,
- Tasarruf mevduatı: Mevduat bankaları nezdinde açtırılan, gerçek kişilere ait ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduat hesaplarını,
- Özel cari hesap: Katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesapları,
- Katılma hesabı: Katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullanılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve ana paranın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesapları,
- Katılım fonu: Katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan parayı,
- Kıyı bankacılığı: Bankacılık faaliyetleri, kurulu bulunulan ülke harici ile sınırlı tutulan veya ülke genelinde uygulanan ekonomik ve mali mevzuata tabi olmayan veya kurulu bulunulan ülkede yerleşik olanlardan mevduat ve fon kabulünün yasaklandığı bankacılığı, ifade etmektedir.

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenen inceleme konusu suç, doktrinde bazı yazarlar tarafından "inancı kötüye kullanma, güveni kötüye kullanma" olarak da isimlendirilmektedir.¹⁶⁴ Ancak biz kanuni düzenlemeye uygun olan "zimmet" terimini kullanacağız.

6.4.2. Suçun Unsurları

6.4.2.1. Maddi Unsurlar

a. Fiil

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde yaptırıma bağlanan fiil, "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya

¹⁶⁴ Mahmutoglu, s.229, Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 150

para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi”dir.¹⁶⁵

Maddenin düzenlemesi yukarıda ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz 5237 sayılı TCK’nın 247’nci maddesi ile aynı paralelde bulunduğundan müşterek olan terimlerle ilgili orada yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Suçun oluşabilmesi bakımından para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların bankaya ait olması zorunlu değildir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda para veya sair menfaatlerin bankaya ait olması gerektiği ifade edilmiş iken 5411 sayılı Kanun bakımından bu şart aranmamıştır. Aynı şekilde 5237 sayılı TCK’nın 247’nci maddesinde malın devlete ait olması gerekmediği yukarıda ifade edilmişti.

Netice, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Burada söz konusu edilen netice, ceza normunda yer alan dış âlemdeki değişikliktir. Mesela; kasten öldürme suçunda bir insanın ölmesi, suçun maddi unsurlarından biri olan neticeyi oluşturmaktadır. Bu bakımdan inceleme konumuzu oluşturan zimmet suçunda ceza normunda fiilden ayrı bir netice öngörülmüş olmadığından bu suç sırf hareket suçu niteliğindedir.

b. Fail

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinde düzenlenen zimmet suçu, 5237 sayılı TCK’nın 247’nci maddesinde düzenlenen suçtan, fail bakımından farklılık arz etmektedir. Bankacılık Kanunu’nda; *“Görevleri nedeniyle kendilerine bırakılan veya muhafazaları, denetim ve sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para ve sair varlıkları zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının”* fail olabilecekleri ifade edilmiştir.

Maddede yer alan “diğer mensuplar” kavramı, bankada çalışan herkesi kapsayıcı niteliktedir.¹⁶⁶

Suç kredikullanılması suretiyle işlenmişse, bankanın kredi vermek konusunda yetkilendirdiği kişileri tespit etmek gerekir. Bu hâlde yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları, kredi komitesi üyeleri, bölge ve şube müdürleri fail olabilir.¹⁶⁷

Bankalar, anonim şirket şeklinde teşkilatlandıkları için, Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerine de burada değinmek gerekir. Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlerle ilgili 365’inci maddesinde; *“Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanun’daki istisnai hükümler saklıdır.”* denilmekte ve 367’nci maddede de *“(1) Yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini*

¹⁶⁵ Bk. Alacakaptan, s. 36

¹⁶⁶ Mahmutoğlu, s.231

¹⁶⁷ Mahmutoğlu, s. 231

ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında yazılı olarak bilgilendirir. (2) Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.” hükmüne yer verilmiştir.

Doktrinde, yönetim kurulunda murahhas üye seçilmişse, diğer üyelerin cezai sorumluluklarının bulunması için suça katılma iradelerinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Eğer suça iştirak yoksa, murahhas üyenin gerçekleştirdiği ve ceza hukukuna göre suç teşkil eden eylemlerin sorumluluğu yalnız ona aittir.¹⁶⁸

5411 sayılı Kanun’un 160/3. maddesinde belirtilen suçun faili ise faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın, hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklardır.¹⁶⁹ Maddede, bankanın hukuki statüsüne önem verilerek fail belirlenmiştir.¹⁷⁰ Hukuken yönetim ve denetimi elinde bulunduran yöneticiler, fiilen yönetimi ve denetimi elinde bulunduranlar, yönetici olmayan fakat hukuken yönetim ve denetimi elinde bulunduranlar, yönetici olmayan fakat fiilen yönetim ve denetimi elinde bulunduranlar Bankalar Kanunu’nun 22/4 maddesinde düzenlenen suçun faili olabilirler.¹⁷¹

Suç, faili bakımından, özgü (mahsus) suç niteliği taşımaktadır. İnceleme konumuzu oluşturan suç, TCK’nın 247’nci maddesinde düzenlenen “zimmet” ve 155’inci maddesinde düzenlenen “güveni kötüye kullanma” suçundan ayıran en önemli fark, suçun failidir. Failin kamu görevlisi olması hâlinde fiil, zimmet; banka mensubu olmayan sivil kişi olması hâlinde ise güveni kötüye kullanma olarak nitelendirilecektir.

Suçun faili ile ilgili olarak 15.11.2000 tarih ve 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun’un¹⁷² 1’inci maddesi ve 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un¹⁷³ geçici 1’inci maddesinin üçüncü fıkrası üzerinde de durmak gerekir.

4603 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde; *“1. Bu Kanun’un amacı; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketinin (bankalar) çağdaş bankacılığın ve uluslararası rekabetin gereklerine göre çalışmalarını ve özelleştirmeye hazırlanmalarını sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmaları ile hisse satışlarına ilişkin düzenlemelerin ve hisselerin tamamına kadarının özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilere satışının gerçekleştirilmesidir.*

2. Bankalar, anonim şirket statüsündedirler. Bu Kanun’da yer alan hükümler dışında 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile genel hükümlere tabidirler.” denilmektedir.

4743 sayılı Kanun’un geçici 1’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında ise *“Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve*

¹⁶⁸ Alacakaptan, s. 39

¹⁶⁹ Mahmutoglu, Bankalar Kanunu’nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s. 230

¹⁷⁰ Mahmutoglu, Bankalar Kanunu’nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s. 233

¹⁷¹ Mahmutoglu, Bankalar Kanunu’nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s. 234

¹⁷² “Resmî Gazete” ile Neşir ve İlanı: 25 Kasım 2000, Sayı: 24241

¹⁷³ “Resmî Gazete” ile Neşir ve İlanı: 31 Ocak 2002, Sayı: 24657 (1. Mükerrer)

Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu üyeleri ceza ve idare hukuku bakımından memur sayılmazlar.” hükmü yer almaktadır.

Anılan maddelerle kamu bankaları olan ve bu sebeple 765 sayılı TCK’nın 279’uncu maddesi anlamında “memur” sayılan, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu üyeleri, memur olmaktan çıkarılmıştır. Bu sebeple işlemiş oldukları fiil Bankalar Kanunu’nun yürürlüğe giriş tarihinden sonra ise haklarında 4389 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak suç tarihi 4389 sayılı Kanun’un yürürlüğe giriş tarihi olan 23.07.1999’dan önce ise fiil (Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu üyeleri bakımından) emniyeti suistimal olarak nitelendirilmelidir.

Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.¹⁷⁴

c. Mağdur

Bu suçun mağduru, korunan hukuki değer de dikkate alındığında toplumu oluşturan herkeştir. Bunun yanı sıra zimmete geçirilen malın sahibi belli ise elbette o kişi toplumu oluşturan şahıslardan biri olduğu için de mağdur sayılmalıdır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinin 2. fıkrasında; *“Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece resen ödettilmesine hükmolunur.”* denilmiştir.

Fıkra metninde kullanılan “hile” kavramı, TCK’nın diğer maddelerinde kullanılan “hile” terimi (örneğin, m. 157, m. 235) ile aynı anlama sahiptir.

Arapça asıllı bir kelime olan hile; “aldatacak tarz, tertip ve oyun” anlamına gelir.¹⁷⁵ Herhangi bir şekilde bir hukuki ilişki içine giren taraflar, bu ilişkinin kurulmasında etkili olan unsurlar hakkında birbirlerini doğru olarak bilgilendirmek yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu yükümlülük yerine getirilmeyerek hukuki

174 “Sanığın, B. Ziraat Bankası Şubesi müdür vekili ve muhasebecisi olarak görev yapmaktayken, 04.04.2001 tarihinde B. Şubesinden H. B. tarafından, adına 25 milyar liralık telefon havalesi yapılmış gibi, kendi görev ve yetkisinde olan telefon muhtelif tahsilat alındısı düzenleyerek söz konusu parayı çekmek suretiyle zimmet suçunu işlediği iddia ve kabul edilerek, TCY’nin 202/1-son, 202/3, 59/2, 219/son maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir. Açıklanan bu oluştta ve sanığın eyleminin sübuta erdiği hususunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki hukuki uyumsuzluk, sabit olduğu kabul edilen zimmet eylemi nedeniyle sanık hakkında TCY’nin 202. maddesinin mi yoksa 4389 sayılı Bankalar Yasası’nın 22. maddesinin mi uygulanacağını belirlenmesine ilişkindir. ... Somut olayda T.C. Ziraat Bankası personeli olan sanık, zimmet eylemini, 4603 sayılı Yasa’nın 25.11.2000 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 04.04.2001 tarihinde gerçekleştirmiştir. O hâlde, suç tarihi itibarıyla memur gibi cezalandırılması olanağı bulunmayan sanık hakkında TCY’nin 202. maddesinin uygulanması da olanaksızdır. 4603 sayılı Yasa’nın 1. maddesinin 2. bendi uyarınca T.C. Ziraat Bankası, 4389 sayılı Bankalar Yasası’na tabi kılındığından, sanık, sabit olan zimmet eylemi nedeniyle Bankalar Yasası’nın 22. maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezalandırılmalıdır.” Bk. Yargıtay CGK’nın 08.02.2005 tarih ve 5-146/7 sayılı Kararı, YKD, Mayıs 2005, C:31, S:5, s.762 vd.; “... 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 3771 sayılı Yasa’nın 3. maddesiyle yeniden düzenlenen 11/b maddesi uyarınca, ceza uygulamasında memur sayılan ve diğer koşulları da oluştuğunda zimmet suçunu işleyebilecek olan T.C. Z... Bankası personelinin banka parasını mal edinmesi hâlinde haklarında 4389 sayılı Yasa’nın 22/11. maddesi uyarınca daha ağır hükümler taşıyan Türk Ceza Kanunu’nun 202. maddesinin uygulanması gerekeceği kabul edilmiş ise de Dairemizce de benimsenen Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 08.02.2005 gün ve 5/146-7 sayılı Kararı’nda da belirtildiği üzere, 25.11.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4603 sayılı Yasa ile “T.C. Z... Bankası anonim şirkete dönüştürülmüş ve anılan yasanın 1. maddesi 5. bendinde de 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin uygulanamayacağı belirtilmiş olup, 4389 sayılı Bankalar Yasası’nın 22. maddesinde Türk Ceza Kanunu’nda bulunan zimmet suçuna paralel olarak bankalar için özel düzenleme yapıldığı cihetle, sanığın zimmet eyleminin 4603 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmiş olması nedeniyle suç tarihleri itibarıyla memur gibi cezalandırma olanağı kalmadığından hakkında 4389 sayılı Yasa’nın 22. maddesi gereğince uygulama yapılması gerekeceği düşünülmenden uygulama yeri bulmayan TCK’nın 202. maddesinin tatbiki suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi ... yasaya aykırıdır.” (Yarg. 7. CD, 22.07.2005 t. ve 2005/5612-13846 sayılı Kararı, YKD, C:32, S:1, Ocak 2006, s.147,148)

175 Bk. Hayat, s. 528; Devellioğlu, s. 370

ilişkinin kurulmasında aldatıcı beyanlarda bulunmak "hile" olarak nitelendirilir.¹⁷⁶

İfade edelim ki yeni kanunda, 4389 sayılı Kanun'un 22/3'üncü maddesinde yer alan "dairelerini aldatacak" tarzında bir ifade yer almadığından, suçun nitelikli hâlinin gerçekleşmesi için, failin hileli faaliyetlerde bulunması yeterlidir.¹⁷⁷ Bu itibarla hileli davranışlarda bulunan kişinin sonuç elde edememesi yani hileli davranışlara rağmen fiilin ortaya çıkması hâlinde kişi nitelikli zimmetten sorumlu tutulacaktır.¹⁷⁸

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/3. maddesinde; *"Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir."* denilmiştir.

İnceleme konusu suç, bazen kredi ilişkisi görüntüsü altında bankakaynaklarının haksız olarak başkalarına aktarılması, bankaların içinin boşaltılması suretiyle işlendiği için "kredi" müessesesi üzerinde de durulmalıdır.

Kredi, Latince "credere" kelimesinden gelmekte olup, sözlükte; "güven, sağlamlık, itibar" anlamlarına gelmektedir.¹⁷⁹ Kredi, hukuk literatüründe, belirli bir süre sonra ödenme sözü ile para, hizmet ve mal nezdinde satın alma gücünün temini veya mevcut satın alma gücünün ileride tekrar geri alınmak şartıyla başka bir kimseye aktarılmasıdır.¹⁸⁰ Bankacılıkta ise kredi; bir bankanın, yapacağı istihbarat neticesinde, tabi olduğu yasaların öngördüğü sınırlar içerisinde, özellikle de mevcut kaynaklarını ve limitleri göz önünde bulundurarak, gerçek ve tüzel kişilere, uygun gördüğü teminatlar çerçevesinde verdiği para, kefalet, garanti şeklindeki ekonomik değerlerdir. Kredi ilişkisinde kredi veren ve kredi alan olmak üzere iki taraf bulunur. Kredi veren, belirli bir zaman dilimi sonrasında karşı edimin yerine getirileceği inancından hareket ederek, sahip olduğu ekonomik gücü başkasına devreden; kredi alan ise kendisine geçici bir

176 Bk. Özgenç, s. 138

177 "... sanıklardan Mehmet'in Türkiye V... Bankası Mut Şubesinde birinci derece imzaya yetkili şube yetkilisi, sanık Mehmet Ali'nin de aynı şubede kasa yetkilisi olarak görev yaptıkları sırada 05.05.1999-15.04.2002 tarihleri arasında 77 banka müşterisine ait muhtelif hesaplardan bir kısım evrakta mudiler yerine imza atmak suretiyle, bir kısım evrakta ise müşteri imza yerini boş bırakarak, bir kısım evrakta da yetkili imzası olmaksızın düzenledikleri tediye fişleri ile paraları zimmetlerine geçirdikleri belirtilmiş olup, sanıkların savunmalarında bir kısım mudilerin kendilerine hesapları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi verdiklerini belirttikleri dikkate alınarak savunmaları doğrultusunda sanıklara mudilerce hesapları üzerinde işlem yapmaları için talimat verip vermedikleri hususu sorulup banka iç mevzuatı gereği mudilerin banka görevlisi olan sanıklara hangi işlemler için ne tür yetki vereceği hususu da araştırılıp, sanıkların tek imza ile yetkili imzası bulunmaksızın ödeme yapmalarının mümkün olup olmadığı da tespit edilerek yetkili imzası olmadan ödeme yapılmasının mümkün bulunmadığının anlaşılması hâlinde düzenlenen bir kısım belgelerde yetkili imzası mevcut olmadığından yapılacak olağan kontrolde zimmetin ve miktarın ortaya çıkabileceği ve eylemin basit zimmet suçunu oluşturacağı, sanıkların yetkili imzalarını tamamlayarak düzenledikleri evrak yönünden ise fiillerin açığa çıkmasını engelleyecek nitelikte hileli işlemlerle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, bu şekilde yapılan usulsüzlüklerin olağan inceleme ve araştırma sonucu banka görevlilerince ilk bakışta anlaşılabilir nitelikte bulunup bulunmadığı, suçun banka dışı araştırmayı gerektirecek derecede bankayı aldatıcı ve fiilin açığa çıkmasını engelleyecek her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenip işlenmediği, sanıkların attıkları taklit imzalar ile müşterilere ait banka kayıtlarındaki tatbik imzalar arasında fark bulunup bulunmadığı hususları konunun uzmanı bilirkişi heyeti marifetiyle araştırılıp tespit edilerek düzenlenecek rapor sonucuna göre eylemlerin basit veya nitelikli zimmet suçunu oluşturup oluşturmadığı sorulup suç niteliğinin buna göre saptanması gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak eylemlerin tamamının basit zimmet olarak değerlendirilerek yazılı şekilde hüküm tesisi, ..." yasaya aykırıdır. Bk. Yarg. 7. CD, 30.06.2005 t. ve 2004/3661 E., 2005/10299 K. s.1 Kararı (YKD, Aralık 2005, s.1922 vd.)

178 Yenidünya, s. 122

179 Bk. Özön, Mustafa Nihat, Türkçe-Yabancı Kelimeler Sözlüğü, İstanbul 1962, s.123

180 Mahmutoğlu, s.94

süre için bırakılan ekonomik değeri, öngörülen şartlar altında kullanarak tekrar iade etmek yükümlülüğünü üstlenen kişidir.

Kredinin, hukuka uygun olarak verilip verilmediği, açıldığı ve kullandırıldığı andaki şartlar göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Bir başka deyişle, kredi, kendi özel koşulları incelenmeden yalnız sonuç göz önünde bulundurularak değerlendirilemez. Kredinin verildiği tarihte özel veya tüzel kişinin kredi yeterliliğinin olması, yeterli güvencenin bulunması, bankanın öz kaynakla bağlantılı genel limitler içerisinde krediyi kullandırması, kredinin usule uygun olup olmadığının tespiti açısından önemlidir.

Bazı hâllerde failler,örneğin (A) bankasının sahipleri, (B) bankasının iştiraklerine veya bankanın sahiplerinin gösterdiği şirketlere; (B) bankasının sahipleri (A) bankasının iştiraklerine veya bankanın sahiplerinin gösterdiği şirketlere aynı miktarda veya aynı şartlarda kredi kullandırmaktadırlar. Bu tip kredilere doktrinde "backtoback" kredi denilmektedir. Bu şekilde hareket edilmesinin sebebi, Bankalar Kanunu'nun 50 ve 54. maddelerinde¹⁸¹ getirilmiş olan kredi limitlerinin aşılmasının dolanılmasıdır. Backtoback kredilerin söz konusu olduğu durumlarda zimmet suçu oluşabilir. Hâkim hissedarın, mal edinme kastıyla, baştan beri ödenmeyeceğini bildiği krediyi, hayalî veya mali gücü yerinde olmayan gerçek veya tüzel kişilere kullandırması hâlinde, zimmet söz konusu olacaktır.¹⁸²

Ceza hukuku bakımından bu işlemlerin nitelendirilmesinde 5020 sayılı Yasa yürürlüğe girene kadar tereddüt vardı. 5020 sayılı Yasa ile yürürlüğe konulan mülga 4389 sayılı Kanun'un 22/4'üncü madde ile 15a maddesine atıfta bulunularak hâkim

181 5411 s.lı Kanun m. 50: "Bankalar;

a) Yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına; tek başlarına veya birlikte sermayesinin yüzde yirmi beş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara, b) (a) bendinde sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velayeti altındaki çocuklarına, c) Mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara, Her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi veremez, tahvil veya benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar. Birinci fıkra hükümleri, yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmaz. Bir bankanın ortaklıklarının yönetim ve denetim kurullarında bulunan kimselerin aynı zamanda ilgili bankanın mensubu olması, bu ortaklıkların ilgili banka ile işlem yapmasına engel değildir. Bankanın dâhil olduğu risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere kredi kullandırılması hâlinde, gerekli kararların yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve bunlara sağlanan kredi koşullarının kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şarttır. Bir bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler, üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ile bu Kanun'un 55'inci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen menkul kıymetler karşılığı kullandırılan krediler birinci ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi değildir. Banka, bankanın risk grubunda yer alan kişilere açtığı kredileri Kuruma düzenli olarak raporlar. Sonradan bu madde hükümlerine aykırı hâle gelen kredilerin en geç altı ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur." 5411. s.lı Kanun m. 54; "Kredi sınırları": "Bankalarca bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılabilen kredilerin toplamı öz kaynakların yüzde yirmi beşini aşamaz. Bu oran, 49'uncu maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan risk grubu bakımından yüzde yirmi olarak uygulanır. Kurul, bu oranı yüzde yirmi beşe kadar yükseltmeye veya kanuni haddine kadar indirmeye yetkilidir. Bir adi ortaklığa verilen krediler, sorumlulukları oranında ortaklara kullandırılmış sayılır. Bankalarca hâkim ortak veya nitelikli pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın bankaların sermayesinin yüzde bir ve daha fazla payına sahip olup pay defterine kayıtlı olan tüm ortaklarına ve bunlarla risk grubu oluşturan kişilere kullandırılacak kredilerin toplamı öz kaynaklarının yüzde ellisini aşamaz. Birlikte kontrol edilen ortaklıklara kullandırılan krediler, bu ortaklıkları birlikte kontrol eden hissedarların her birinin ortaklık sermayesinde sahip olduğu payların, birlikte kontrol ettikleri toplam paya oranı ölçüsünde ortaklığı birlikte kontrol eden her bir hissedarın dâhil olduğu risk grubuna kullandırılmış sayılır. Bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir risk grubuna öz kaynakların yüzde onu veya daha fazlası oranında kullandırılan krediler büyük kredi sayılır ve bunların toplamı öz kaynakların sekiz katını aşamaz. Bir risk grubuna kullandırılan kredilerin teminatını oluşturmak üzere aynı risk grubuna dâhil gerçek veya tüzel kişilerden kabul edilen aval, garanti ve kefaletler risk grubuna ait kredi sınırlarının hesabında dikkate alınmaz. Gayrinakdî krediler, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler, kabul edilen aval, garanti ve kefaletler, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlarla gerçekleştirilen işlemler, Kurulca kabul edilecek ülkelerin merkezî yönetimleri, merkez bankaları ve bankaları ile yapılan işlemler veya bunlarca çıkarılan veya ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, verilen diğer garantiler karşılığı yapılan işlemler kredi sınırlarının hesabında Kurulca belirlenen esaslar ve oranlar dâhilinde dikkate alınır. Bu madde hükümleri, ana ortaklık bakımından konsolide esasa göre uygulanır."

182 Mahmutoglu, s. 241; Mahmutoglu, Bankalar Kanunu'nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s. 228

hissedarların, banka kaynaklarının, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırarak bankayı her ne suretle olursa olsun zarara uğratarak kendilerinin veya başkalarının mal varlığının artışına neden olmaları zimmet olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle "backtoback" kredilerin nitelendirilmesinde yaşanan problem ortadan kalkmıştır.

Yürürlükten kaldırılmış olan 4389 sayılı Kanun'un 22/4. maddesine paralel bir şekilde 5411 sayılı Kanun'un 160/3. maddesi konuyu düzenlemiştir. Burada da faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak nitelenmiştir.

Bir bankanın, kendi grup şirketi veya iştirakine verilmek üzere, bir başka banka veya finans kurumuna kredi kullandırıp, grup şirketi veya banka iştirakinin krediyi ödeyememesi sebebiyle, bu bankanın veya finans kurumunun alacağını ilk bankaya devretmesi hâlinde "fiduciary işlem" (inançlı işlem) söz konusu olmaktadır. Fiduciary işlem; bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı haklarını ciddi olarak devretmesi fakat hakları iktisap edenin bunlardan kaynaklanan birtakım yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını daha önceden menfaat sahiplerince belirlenen biçimde kullanmak durumunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir.¹⁸³ Bu şekilde fiduciary işlemlerle, failin, geri ödenmeyeceğini bilerek, mali yapısı itibarıyla krediyi kapatabilmesi imkân dâhilinde olmayan gerçek veya tüzel kişilere bu imkânı sağlaması, zimmet suçunu oluşturur.¹⁸⁴

Banka tarafından kullanılmış olan kredinin, vadesi gelmeden ödeme tarihinin temdit edilmesi hâlinde zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı hususu da burada incelenmelidir. Kredi geri ödenmeyeceği bilinerek açılmışsa, zimmet suçu kredinin açıldığı tarihte oluşur. Bu durumda ödenmeyeceği bilinen krediye ilişkin yapılan temdit işlemi ayrı bir suç oluşturmaz. Bu hâlde, sahte resmî belgenin düzenlenmesinden sonra kullanılmasının ayrı suç teşkil etmemesi gibi, cezalandırılmayan sonraki hareket söz konusudur.¹⁸⁵ Açıldığı tarihte usulüne uygun olan kredi, daha sonra yapılan hukuka aykırı temditte kasten ödenmeyecek hâle getirilmişse, zimmet suçunun varlığı düşünülmelidir.

Son olarak offshore bankacılık (kıyı bankacılığı) üzerinde durulmalıdır. Kıyı

183 Mahmutoğlu, s. 245; Mahmutoğlu, Bankalar Kanunu'nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s. 230

184 Fiduciary işlemler bakımından, Mahmutoğlu'nun tespitleri şu şekildedir: "Fiduciary ... işlemler doktrinde inançlı işlemler olarak isimlendirilebilmektedir. Bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı haklarını ciddi olarak devrettiği, fakat hakları iktisap edenin bunlardan kaynaklanan birtakım yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da daha önceden menfaat sahiplerince belirlenen biçimde kullanmak durumunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. Ülkemizdeki uygulamanın ise daha önce de bankacılık düzeninin öngördüğü disiplin nitelikli kuralların (limit aşımı, mutlak kredi yasaklarının dolanılması, iştiraklere kredi sağlanması gibi) dolanılması biçiminde karşımıza çıktığı bilinmektedir. Kanimızca, backtoback krediler ve offshore bankalarınca açılan kredilerde olduğu gibi, böyle bir ihtimalde zimmet suçu oluşmaz. Ancak rehin işlemi yoluyla, geri ödenmeyeceği baştan itibaren bilinen veya krediyi kullananın mali yapısı itibarıyla böyle bir krediyi kapatabilmesi imkân dâhilinde olmayan gerçek veya tüzel kişilere, bu olanağın fiduciary işlemiyle sağlanması zimmet suçunu oluşturabilecektir. Unutmamak gerekir ki banka kayıtlarında rehin işleminin görülmemesi aynı zamanda 22/5. md. anlamında gerçeğe aykırı muhasebeleştirme suçunu da oluşturabilecektir. Vurgulamak isteriz ki tarafların bu şekilde uzlaşmasından ilke olarak dolandırıcılık suçu da gerçekleşmez. Kuşkusuz tüzel kişiyi temsil edenlerin hileli hareketlerle diğer temsilcileri yanılgıya uğratarak, böylelikle de karar yeter sayısına ulaşmaları ihtimalinde dolandırıcılık suçundan bahsetmek mümkün olabilecektir." Mahmutoğlu, s.245 vd.

185 Mahmutoğlu, s.248

bankacılığı yasal bir faaliyet şeklidir.¹⁸⁶ Bu bankalar, kolay kurulmaları, vergi ve bazı benzeri yükümlülüklerden muafiyet, yabancı para ve sermayelere nüfuz etme gibi sebeplerle tercih edilmektedir. Bunlar, bir anlamda uluslararası bankacılık faaliyeti gerçekleştirmektedir.¹⁸⁷

5411 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinde, kıyı bankacılığı; "bankacılık faaliyetleri, kurulu bulunulan ülke harici ile sınırlı tutulan veya ülke genelinde uygulanan ekonomik ve mali mevzuata tabi olmayan veya kurulu bulunulan ülkede yerleşik olanlardan mevduat ve fon kabulünün yasaklandığı bankacılığı" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bankalar, kıyı bankacılığı sayesinde, kredi düzenine ilişkin bazı kuralları dolanmaktadır. Offshore bankalar için toplanan mevduat; zorunlu karşılık, umumi dispoñibilite¹⁸⁸ gibi yükümlülükler tabi olmadığından, bu mevduata daha fazla faiz ödeme imkânı ortaya çıkmakta, söz konusu bankadan ana bankanın iştiraklerine veya grup şirketlerine Bankalar Kanunu'nda öngörülen kredi sınır ve yasakları ile bağılı olmaksızın kredi verilebilmektedir.¹⁸⁹ Banka tarafından toplanan mevduatın offshore bankasına yatırılması, ardından grup firmalarına veya iştiraklere kredi olarak kullandırılması veya offshore bankasındaki mevduatın backtoback veya fiduciary işlemle grup firmalarına aktarılması hâlinde, kredi geri ödenmek üzere fakat kredi usulüne aykırı olarak kullandırılmış ise Bankalar Kanunu'nun 160/3. maddesi anlamında zimmet suçu söz konusu olmayacaktır. Ancak bu krediler, baştan geri ödenmeyeceğı bilinerek mali yapısı itibarıyla böyle bir krediyi ödemesi imkân dâhilinde olmayan gerçek veya tüzel kişilere, kıyı bankacılığı yoluyla kullandırılmışsa zimmet suçu oluşacaktır.¹⁹⁰

Bankacılık Kanunu'nun 160/6. maddesinde zimmet suçunun daha az cezayı gerektiren hâline ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Maddede; *"Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir."* denilerek suçun konusu ile ilgili bir nitelikli unsura yer verilmiştir.

Kanun'umuzun düzenlemesine göre suçun işlenmesi ile elde edilen yararın değerine göre hâkim cezayı üçte birden yarıya kadar indirebilecektir.¹⁹¹ Hâkim, bu tespiti, zimmete konu eşyanın suçun işlendiğı zamandaki değerini dikkate alarak yapacaktır. Gecikme faizi zarar kavramına kapsamına girmez.

Yargıtayın içtihatları da bu yöndedir.¹⁹²

6.4.2.2. Manevi Unsurlar

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenmiş olan zimmet suçunun taksirle işlenen

186 Konu ile ilgili Danıştay 4. Dairesinin 06.12.2000 tarih ve 1391/5052 sayılı Kararı için bk. Alacakptan, s. 42 vd.; Dursun, Kıyı (Offshore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları, s. 247

187 Dursun, Kıyı (Offshore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları, s. 249

188 "Disponibilite" kelimesi sözlükte; "bankalarda mevcut nakit ve derhâl paraya çevrilebilecek kıymet" anlamına gelmektedir. Bk. Türkçe Sözlük, TDK, s.601

189 Dursun, Kıyı (Offshore) Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları, s. 262 vd.

190 Mahmutoglu, s.244 vd; Mahmutoglu, Bankalar Kanunu'nun 22/3 ile 22/4. Maddeleri Arasındaki Temel Farklar, s. 229

191 Majno, II, s. 167

192 Bir örnek olarak bk. Yarg. CGK'nın 26.10.1987 t. ve 5-335/494 sayılı Kararı. Karar'da; "Hâkim her meselenin niteliğine ve özelliğine göre gereken incelemeyi yaparak zararın hafif veya ağır olduğunu takdir eder ve bu zararın hesaplanmasında gecikme faizi göz önüne alınmaz." denilmektedir. Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoglu, II, s. 1909

şekli cezalandırılmamıştır. Bu yüzden banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının kayıtsızlığı, tedbirsiz davranışları dolayısıyla sorumluluğu altındaki zimmete konu eşyanın azalması ve hatta failerin bu azalmanın ortaya çıkmaması için bazı hileli hareketlerde bulunması -bu fiilin ayrı bir suç teşkil etmesi hâli müstesna olmak üzere- zimmet suçuna vücut vermez.

Aynı şekilde bilgisizlik, meslekte yetersizlik, dalgınlık ve nisyan (unutma) suretiyle zimmete geçirme hâlinde de suç oluşmaz.¹⁹³

İnceleme konusu olan zimmet suçu kasten işlenebilir.

Bilindiği gibi kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur.

Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail, icra hareketlerine devam etmek suretiyle yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir.

5237 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre kasten işlenebilen suçlar, kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Kanuni tanımında "bilerek, bildiği hâlde" gibi ifadelerle yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin "işlemediğini bildiği hâlde ..." kişiye hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi (m. 267) gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Şu hâlde, bankacılık zimmetinin hem doğrudan hem de muhtemel (olası) kastla işlenebileceği sonucuna varılmalıdır.

Zimmet suçu, yukarıda açıkladığımız maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır.

Olası kast durumunda ise kişi, yukarıda açıklanan maddi unsurların somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail, unsurların meydana gelmesini, yasaklanan fiilin gerçekleşmesini kabullenmektedir.

Sadece işlem hacmine veya kredilerin kimlere kullandırıldığına bakılarak zimmet kastının varlığı sonucuna varılmamalı,¹⁹⁴ yukarıda belirttiğimiz kriterlere göre değerlendirme yapılmalıdır.

6.4.3. Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık (5411 S.11 K. M. 160/4,5)

5411 sayılı Kanun, suçun işlenmesi ile meydana gelen (maddi) zararın tamamıyla ödenmesini, ödeme zamanını da dikkate almak suretiyle, cezanın indirilmesini gerektiren etkin pişmanlık saymıştır. Gerçekten 5411 sayılı Kanun'un

¹⁹³ Dönmezer, s.84; Önder, 119 vd; Donay, s.44; Akbulut, s.747. Yarg. 5. CD, 11.08.1959 tarih ve 3558/4186 sayılı Karar'ında; "içme suyu için alınan paraların hata sebebiyle kayıtsız olarak sanık üzerinde kaldığı anlaşıldığına göre kasti suçlardan olan zimmette kastın ne sebeple teşekkül ettiği gösterilmelidir" demek suretiyle suçun taksirle işlenemeyeceğini vurgulamıştır. (Karar için bk. Önder, s.119)

¹⁹⁴ Alacakaptan, s. 38

160/4-5. maddesinde; *"Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir."*

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir." hükmüne yer verilmiştir.¹⁹⁵

Zimmete geçirilen eşyanın aynen iadesi, tamamıyla ödeme sayılmalıdır.¹⁹⁶ Aynen iade olmadığı takdirde meydana gelen zararın tamamıyla karşılanmış olması da etkin pişmanlığın uygulanması için yeterlidir.¹⁹⁷ Ödeme taahhüdünde bulunulması veya teminat gösterilmesi ödeme sayılmaz.¹⁹⁸

5411 sayılı Kanun'un 160. maddesinde üçlü bir ayırım yapılmıştır: Buna göre soruşturma, kovuşturma veya hükümden önce zararın aynen iadesi veya tazmini hâlinde kademeli olarak cezada indirim yapılacaktır. Yeni kanunun bu düzenlemesi muhakemenin değişik safhalarına göre etkin pişmanlığa farklı sonuçlar bağlaması bakımından yerindedir.¹⁹⁹

6.4.4. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

5411 sayılı Kanun'un 160/1. maddesinde yer alan suçu işleyenler; "altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler".

Suç, fiilin açığa çıkmasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse (m. 160/2) faile "on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece resen ödettilmesine hükmolunur".

195 Gerekçede; "Maddede zimmet suçunda etkin pişmanlık hâline ilişkin hükme yer verilmiştir. Zimmet suçunda etkin pişmanlık hâli, sadece cezada indirim yapılmasını gerektiren neden olarak kabul edilmiştir. Ancak, cezada yapılacak olan indirim oranları, etkin pişmanlığın gösterildiği zamana göre belirlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, zimmet suçundan dolayı soruşturmaya başlamadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Etkin pişmanlığın soruşturma başlatıldıktan sonra ve fakat henüz kamu davası açılmadan önce gösterilmesi de mümkündür. Bu durumda, zimmetine geçirdiği malı aynen iade eden veya uğranılan zararı tamamen tazmin eden kişiye verilecek cezanın yarısı indirilir. Ancak, bunun için, aynen iade veya tazminin gönüllü olması gerekir. Etkin pişmanlığın ilk hükmün verilmesinden önce gerçekleşmesi hâlinde ise verilecek cezanın üçte biri indirilmesi gerekmektedir." denilmiştir.

196 Yarg. 5. CD, 22.11.1995 t. ve 2537/3841 sayılı ilamında; zimmete geçirilen eşyanın zabıtaca yakalanıp idareye teslim edildiği olayda, 202/3. fıkranın uygulanmaması -fikirimizce hatalı olarak- bozma sebebi saymıştır. Karar şöyledir: "... çelik halatlar zabıtaca ele geçirilip kuruma iade edilmekle kurumun zararı telafi edilmiş olduğundan sanıkların TCK'nın 202/3. fıkrasındaki indirimden yararlandırılmalarının gerektiğinin düşünülmemesi ... yasaya aykırıdır." Karar için bk. Gündel, s. 167 vd.

197 "Sanık zimmetine geçirdiği miktarın tamamını henüz banka müfettişi de olayla ilgili araştırmaya başlamadan önce 20.12.2001 tarihinde ödediği cihetle, ödemeyi soruşturma başlamadan önce gerçekleştirdiğinden hüküm olunan cezasından 5411 sayılı Yasa'nın 160/4. maddesi uyarınca 2/3 oranında indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, zimmet suçunun konusunu oluşturan 1.666.000.000 liranın suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücüne nazaran değerinin az olduğu gözetilerek cezasından 5411 sayılı Yasa'nın 160/son maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin nazara alınmaması, ..." Yarg. 7. CD, 06.02.2008, 2007/12446, 2008/762, YKD, C:34, S:5, Mayıs 2008, s.1001,1002

198 Majno, II, s. 167; Erman-Özek, s. 42

199 Yenidünya, s.123

Kanun'un 160/3'üncü maddesinde düzenlenen suç işleyenlere ise "on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettirilmesine karar verilir".

Banka suçlarının muhakemesi bakımından 5411 sayılı Kanun'da özel hükümler sevk edilmiştir. 5411 sayılı Kanun'un 162. maddesinde bu Kanun'da yer alan suçlar bakımından kovuşturma şartı olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun yazılı başvurusu aranmıştır. 162. maddede; *"Bu Kanun'da belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ancak, 160'ınci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirimi üzerine veya gecikilmesinde sakınca görülen hâllerde resen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar.*

İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır." denilmiştir.

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçların yargılaması, 5411 sayılı Kanun'un 164. maddesi gereğince özel görevli mahkemeler tarafından yapılmaktadır. 164. maddeye göre; *"Bu Kanun'da tanımlanan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak, işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme ve zimmet suçları ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, bankacılık ve müşteri sırlarının açıklanması, bankacılık faaliyeti çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık, bu suçların işlenmesi amacıyla yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak veya bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilir veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilir."*

5411 sayılı Kanun'un "Özel Soruşturma ve Kovuşturma" başlıklı 166. maddesinde özel hükümler sevk edilmiştir. Buna göre; *"160'ınci maddenin üçüncü fıkrası kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturmalarında aşağıdaki hükümler tatbik olunur:*

a) Soruşturma, iş bölümü ilişkilerine göre, Cumhuriyet başsavcılarınca veya görevlendireceği Cumhuriyet savcılarınca bizzat yürütülür. Bu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsalar bile, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

b) Bu suçların soruşturma ve kovuşturmalarında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ila 138'inci maddeleri de uygulanır.

c) Bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi ve suçtan zarar görenleri, Cumhuriyet savcısının veya mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emriyle

belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur. Bu emir, çağrılanlar hakkında kolluğa, ihzar müzekkeresinde olduğu gibi zor kullanma yetkisi verir.

d) Cumhuriyet başsavcılıkları, bu suçların soruşturmasında gerekli olması hâlinde, geçici olarak yargı çevresi içerisinde veya dışındaki, genel bütçeli dairelere ve katma bütçeli idarelere, bütün kamu kurum ve kuruluşlarına, belediyelere, bankalara ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler. Bu istemler, ilgili kurum ve makamlarca geciktirilmeksizin yerine getirilir. Özürsüz olarak bu istemleri yerine getirmeyen sorumlu kişiler, üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

e) Soruşturmanın gerekli kıldığı hâllerde, suç mahalli veya delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılır.

f) Soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, bu suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur.

g) El koyma kararı yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kırk sekiz saat içinde kararını açıklar. Aksi hâlde el koyma hükümsüz kalır.”

6.5. İrtikâp Suçu (M. 250)

6.5.1. Genel Bilgiler

İrtikâp suçu, TCK'nın 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'la değişik 250'nci maddesinde; “(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, icbarın varlığı kabul edilir.”²⁰⁰

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar

²⁰⁰ Bu fıkradaki ikinci cümle, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'la metne eklenmiştir.

indirilebilir.”²⁰¹ şeklinde düzenlenmiştir.²⁰²

Bu suç, 765 sayılı TCK’nın ikinci kitabının “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” isimli üçüncü babının, “İrtikâp” başlıklı ikinci faslında 209’uncu maddede düzenlenmiştir.²⁰³

Görüldüğü gibi, inceleme konusu suç tipinin yeni düzenlemesi, eski kanundaki hükümle birçok noktada benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte eski kanun maddesinde eleştiri konusu yaptığımız, “memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma” ibareleri değiştirilmiş, yasaklanan hareketler icbar suretiyle irtikâp açısından ayrı, ikna suretiyle irtikâp açısından ayrı olmak üzere daha somut, daha belirgin hâle getirilmiştir.

Gerçekten “icbar suretiyle irtikâp” suçunda 209’uncu maddede yer alan “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak” gibi kapsamı geniş ve içeriğinin tespiti açısından 765 sayılı TCK’nın 240’nci maddesindeki normla karışan ifadeler terk edilmiş, bunun yerine “görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” ibaresi benimsenmiştir. Bu bakımdan yeni hüküm, yasaklanan fiili ifade etmek açısından daha elverişlidir.

Bunun sonucu olarak TCK’ya göre, icbar suretiyle irtikâp suçu, 765 sayılı TCK’nın aksine²⁰⁴ ancak görevle bağlantılı olarak işlenebilir.

“İkna suretiyle irtikâp” suçunda da eskiden icbar suretiyle işlenenden herhangi bir fark gözetilmeden “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanma” gibi yukarıda belirtilen tarzda kapsamı geniş ve içeriğinin tespiti zor olan ifadeler bırakılmış, bunun yerine “görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılması” ibaresi benimsenmiştir. Aslında burada da kamu görevlisine o toplumda yaşayan insanların duyduğu itimat, güven kötüye kullanılmaktadır. Bu bakımdan yeni hüküm, suç sayılan fiili ifade etmek açısından çok daha elverişlidir.

201 Bu fıkra, 6352 sayılı Kanun’la maddeye eklenmiştir. Maddeye eklenen fıkra ile ilgili olarak Alt Komisyon Raporu’nda şu ifadelerle yer verilmiştir: “İrtikâp suçlarının işlenmesi suretiyle elde edilen menfaatin değerinin azlığı, mağdurun ekonomik durumu da göz önünde bulundurulmak suretiyle, verilecek cezada indirip yapıp yapılmaması ve yapılacaksa, indirilecek miktarın belirlenmesi hususunda hâkime takdir hakkı tanınması amacıyla verilen önergenin kabul edilmesi neticesinde Komisyonumuzca çerçeve 85’inci madde olarak kabul edilmiştir.” Türkiye Büyük Millet Meclisi (S. Sayısı: 278)

202 İrtikâp suçu hakkında bk. Güreli, s.1 vd.; Özgenç, İzzet, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2013 s.11 vd.; Özen, Mustafa, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010, s.3 vd.; Logoz, İ., s. 752-754; Güreli, Nevzat, “İrtikâp”, İBD, C.: XXVI, S.: 5, Mayıs 1952, s. 304 vd.; Erem, Faruk, “İrtikâp”, AD, Y: 49, S.: 9-10, Ankara 1958, s. 519 vd.; Önder, s. 136 vd.; Dönmezer, s. 113 vd.; Erman-Özek, s. 66 vd.; Tezcan-Erdem-Önok, s.834 vd.; Erem- Toroslu, s. 165 vd.; Soyaslan, s. 657 vd.; Toroslu, s. 283 vd.; Yenidünya, A. Caner, “2004 Türk Ceza Kanunu’nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, Ocak 2005, Sayı: 5, s.121-130; Mahmutoğlu, Fatih Selami, in: Dördüncü Podyum Tartışması. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli. (21-22 Mayıs 2004) Ankara, s.241; Akkaya, Çetin-Türk, Kenan, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s.939 vd.; Gözübüyük, İ., s. 707 vd.; Çağlayan, İ., s. 593 vd.; Bakıcı, s. 179 vd.; Malkoç-Güler, İ., s. 1559 vd.; Turabi, Selami, İrtikâp Suçları, Ankara 2009, s.16 vd.; Malkoç, Yüz Kızartıcı, s. 586 vd.; Özüdür, İ., s. 781 vd.; Yasa, Ferit, “Bazı İhtilafı İçtihatlarla Sebep Olan Meseleler I-İrtikâp ve Rüşvet Suçları Arasındaki Farklar”, AC, S.: 11, 1935, s. 608 vd.; Alpar, s. 79 vd.; Çağlayan, Yüz Kızartıcı, s. 36 vd.; Dündar, s. 188 vd.; Ulusoy, s. 139 vd.; Gözübüyük, s. 485 vd.; Ögel, s. 924 vd.; Karadeli, s. 572 vd.; Özer, Yılmaz-İyibil, Ali-Arica, Nadir-Can, İsmail, Memur Soruşturma Kılavuzu ve Memur Suçları, Ankara 1986, s. 254 vd.

203 765 sayılı Kanun’un 209’uncu maddesinde; “Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. / Yukarıdaki fıkra yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir. / Memur kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.” denilmektedir.

204 “Polis memuru olan sanığın şikâyetçilerin birlikte işlettikleri kahvehaneye giderek kumar oynadığı, kumarda kaybettiği için aldığı fiş karşılığında şikâyetçilere önce ... lira borçlandığı, şikâyetçilerin sanığa kumar oynamamasını öğütleyip olumlu karşılık alınca bu borcunu sildikleri, buna rağmen sanığın kumara devamla, şikâyetçilere ... lira daha borçlandığı, bu nedenle sıkıntıya düştüğü, yemek parasını şikâyetçilere ödediği ve ancak 1981 yılı Aralık ayında kahvehaneyi kapayacağını söyleyip şikâyetçileri baskı altına alarak bir gece kahvehanede kendi adına kumar oynatıp ... lira mano topladığı anlaşılmaya göre, sanığın memuriyet sıfatını kötüye kullanmak suretiyle ve kahvehaneyi kapatacağını söyleyip korkutarak onları kendisine çıkar sağlamaya icbar etmekten ibaret eylemi cebrî irtikâp suçunu oluşturur.” (Yarg. 5. CD, 01.03.1984, 4536/856, Malkoç-Güler, İ., s. 1562)

Sonuç olarak TCK'da icbar ve ikna suretiyle irtikâp bakımından bu suçların mahiyetine daha uygun terimler seçilmiştir.

Bundan başka 250'nci maddenin 2'nci fıkrasında "ikna" hareketinin "hileli davranışlarla" gerçekleştirileceği belirtilerek, "ikna" teriminin anlamına açıklık getirilmiştir. Ayrıca 250'inci maddenin 3'üncü fıkrasında hatadan istifade suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâbın bir işleniş şekli olarak ele alınmıştır. Bu düzenleme tarzını sistematik açıdan isabetli bulmaktayız.

765 sayılı TCK'nın 219'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan irtikâp suçunun "emir ve idare yetkisine sahip olanlar²⁰⁵ ile hâkim ve savcılar tarafından işlenmesine" ilişkin nitelikli hâle yeni TCK'da yer verilmemiştir.

765 sayılı TCK'nın 219'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan irtikâp suçunda; "değer azlığına" ilişkin düzenleme, TCK'nın sisteminde yoktu. 6352 sayılı Kanun, 250'nci maddeye 4'üncü bir fıkra eklemek suretiyle irtikâp suçunda değer azlığı hâlinde cezada indirim yapan bir düzenleme tekrar hayata geçirilmiştir.

TCK'da, eski kanunda olduğu gibi irtikâp suçlarında etkin pişmanlık hâline ilişkin hüküm bulunmamaktadır.

İrtikâp, kanunda icbar ve ikna suretiyle olmak üzere iki bağımsız suç şekilde düzenlenmiştir.

İkna suretiyle irtikâp, icrai bir davranışla işlenebileceği gibi (m. 250/2), ihmalî davranışla (hatadan yararlanma suretiyle irtikâp) (m. 250/3) da işlenebilir. Ancak, ihmali davranışla işlenen şeklinin cezası, icrai davranışla işlenene nazaran daha azdır.

İrtikâp, sözlükte; *"kötü bir iş yapma, kötülük etme, günah işleme, suç işleme"*²⁰⁶ anlamına gelir.

Hukuk terminolojisinde ise *"kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya vadetmeye bir kimseyi icbar veya icrai veya ihmali davranışla ikna etmesi"* olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁷

İcbar suretiyle irtikâp suçunda kullanılan "icbar" kelimesi, cebirden türetilmiş olup; sözlükte *"zorlama, birini isteğine aykırı işe sevk etme, (...) zorunda bırakılma"* anlamına gelir.²⁰⁸

205 "(...) Belediye başkanı olan sanığın lehe kabul edilen 765 sayılı TCK'nın 219/1. maddesinde sayılan emir ve idare yetkisine sahip olan kişilerden olması nedeniyle anılan madde uyarınca cezasının yarısı oranında artırılarak hükümlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamış (...)" (Yarg. 5. CD, 14.06.2012, 3132/6798); "17.12.1983 gün ve 18254 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanan Yönetmelik'in 148/a-c maddesindeki 'İlçe jandarma bölük komutanları, o ilçe bakımından jandarmanın adli kolluk amiri; dışında kalan subay ve astsubaylar ile uzman jandarma erbaş ve erleri, adli görevlerinin yerine getirilmesi bakımından adli kolluk memuru sayılırlar.' hükmü nazara alındığında Didim Merkez Jandarma Karakol komutanı Mehmet A. ile Mavişehir Jandarma Karakolunda görevli uzman çavuş ve astsubayları olan sanıklar Gökay Y., Ahmet F., Ahmet İ.'nin emir ve idare yetkisine sahip şahıslardan sayılamayacakları gözetilerek, rüşvet veren sanıklar Muammer K., Ali A. ve Ali Rıza B. hakkında bu suçtan dolayı 765 sayılı TCK'nın 214. maddesinin uygulanamayacağı ve bu nedenle de 765 sayılı TCK'nın 213/1, 80, 59. maddelerinin uygulanması neticesinde verilecek sonuç cezanın bu sanıklar lehine olacağı gözetilmeden yazılı şekilde karşılaştırma yapılarak lehe olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCK hükümlerinin tatbiki suretiyle hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 07.05.2007, 8/3323)

206 Meydan Larousse, C.: 9, s. 583; Hayat, s. 595

207 Ayrıca bk. Gürelli, s. 7 vd.

208 Meydan Larousse, C.: 9, s. 361; Devellioğlu, s. 407

Hukuki anlamda icbar ise bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde, maddi veya manevi (şiddet veya tehdit) zor kullanmaktır.²⁰⁹

TCK'nın 250'nci maddesinin birinci fıkrasına 6352 sayılı Kanun'la; yukarıda metnini verdiğimiz 2'nci bir cümle eklenmiştir.

Bunun sebebi, gerekçede şu şekilde açıklanmıştır: *"Maddeyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 250'nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temin edilmiş olmasının kamu görevlisi bakımından çoğu zaman icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaya rağmen bu suçun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulama döneminde genel görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirilmesinin bir yansıması olarak yeni Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesinin²¹⁰ ortaya çıkardığı*

209 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde Yarg. 5. CD, icbarın; "memurun memuriyet sıfatını veya memuriyetine ait görevi kötüye kullanarak ferdi tazyik etmesi ile başlayıp, bu tazyik karşısında ferdin de memurun kendisine yönelik haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin veya vadetmesiyle" oluşacağını ifade etmişti. Bk. Yarg. 5. CD, 14.11.1991, 4222/4930, Erdurak, 3. Baskı, s. 380. Ayrıca bk. Gürelli, s.80

210 "M. Devlet Hastanesinde kadın doğum uzmanı olarak görev yapan aynı zamanda özel muayenehanesi de bulunan sanık M. M. T'nin katılanın 'İdrar torbasında sarkma, rahim içinde yırtık ve dönme olduğu ve ameliyat gerektiği' teşhisinden 10 gün sonra tekrar muayenehaneye gelen ve ameliyat olmak istediğini söyleyen katılana, odasından çıkarken sekreterine uğramalarını söylediği, katılanın odadan çıkmasından sonra sekreter olan diğer sanık A. A'nın katılanın yanına gelerek 'Ameliyattan 1 gün önce benim yanıma gelin, 200-250 milyon TL ameliyat parası alıyoruz, fakat sizden bir muayene parası alacağız, siz 50 milyon TL muayene parası verdiğiniz için 100 milyon TL kadar para getirin.' diye söylediği; müştekinin Emekli Sandığına bağlı olup sağlık güvencesinin bulunduğu, söz konusu ameliyatın heyet raporuyla ücretsiz olarak yapıldığı ve masrafların Emekli Sandığı tarafından karşılandığı, bu olaydan bir gün sonra katılanın M. Devlet Hastanesinde sanık Doktor M. M. T'nin yanına gittiği ve ona tıp ligasyondan vazgeçtiğini, ancak ameliyat olacağını söylediği, sanık M. M. T'nin de ameliyat günlerine bakmak suretiyle, katılana 6 Ocak 2005 gününü ameliyat günü olarak verdiği ve ona '6 Ocak'ta gel, ameliyat edeyim.' dediği, bu arada bir şeyler söylediği, ancak katılanın anlamaksızın dışarıya çıktığı, fakat anlamadığı sözün ne olduğunu tekrar sormak amacıyla sanık M. M. T'nin yanına gelip, ne dediğini sorduğunda, sanık M. M. T'nin, Ayşe Hanım'ın yanına gidin diye iki kez tekrarladığı, katılanın sanık A. A'nın yanına gitmeyip eve gittiği, durumu eşi M. Su'ya anlattığı, bunun üzerine katılanın eşinin sanık M. M. T'yi aradığı, sanık doktora 'Eşimi ameliyat edecekmişsiniz' dediği, sanık doktor M.nin de 'Evet ameliyat edeceğim.' dediği, katılanın, 'Eşimin ameliyatına siz mi karar veriyorsunuz, A. Hanım mı karar veriyor?' diye bir soru sorduğu, bunun üzerine sanık M. M.nin sesini yükselterek, "A. Hanım karar veriyor... Ben sizin hastanızı ameliyat etmeyeceğim, başka bir doktora ameliyat ettirin!" dediği, ertesi gün sabahleyin sanık A. A'nın katılanın evine telefon açtığı, katılana 'Doktor bey, bana firça attı, hastanede doktor beyin sizden bıçak parası istediği hususunda yaygara çıkartmışsınız, trilyonlarca para da verseniz, doktor bey sizi ameliyat etmeyecek, ayrıca, 60 milyon TL de borcunuz var, onu da vereceksiniz.' dediği, bunun üzerine katılanın eşinin C. savcılığına şikâyet dilekçesi verdiğinin anlaşılması karşısında sanık M. M. T'nin eyleminin 765 sayılı Yasa'nın 212/1-son, 61, 219/3-son, sanık A. A'nın 765 sayılı TCK'nın 65. maddesi delaleti ile aynı Yasa'nın 212/1-son, 61, 219/3 TCK'nın maddelerine uyan, yapması gereken işi yapmak için rüşvet almaya eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu; ancak 765 sayılı Yasa'nın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde 'rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyi verdiği anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu cihetle sanık M.nin eyleminin aynı Yasa'nın 257/3., sanık A.nın eyleminin ise TCK'nın 40/2. maddesi yollaması ile 257/3, 39. maddelerinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama ve buna yardım etme suçlarını oluşturduğu ve lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 23.01.2012, 4417/155); "Müteahhitlik yapan müşteki Selçuk Emlak'ın Mamak, 36453 ada 1 parsel numaralı taşınmazla ilgili olarak Susek İnşaat Limited Şirketi adına Mamak Belediyesi'nden 11.12.2009 tarihinde yapı ruhsatı olarak inşaatla başladığı, 17.03.2010 tarihinde de temel vizesi için müracaat ettiği, evrakların şube müdürü tarafından harita teknikeri olarak görev yapan sanık T. B'ye verildiği, bu sanığın vizeyi verebilmesi için müştekidenden 15.000 TL istediği, daha sonra bu rakamı 7.000 TL'ye düşürdüğü, bilahare sanık Selahattin'in müştekinin bürosuna giderek '2.000 TL ver, sana vize alalım, yoksa dosyanı encümene vereceğiz, belediye encümeni sana ceza kesecek.' şeklindeki sözleri üzerine müştekinin emniyet müdürlüğüne müracaat ettiği, Selahattin ile irtibata geçerek parayı hazırladığı, sanık T'nin müştekinin bürosuna gelerek seri numaraları tespit edilmiş olan paraları aldığı, arabasına binerek güvenlik görevlileri tarafından yakalandığı, sanıkların bu şekilde rüşvet almak suçunu işledikleri iddia edilmesinde karşısında; sanık T'nin 8 veya 9 Nisan günü inşaatla gerekli ölçümleri yaptığını, temel betonun genel olarak mimari projeye uygun olduğunu gördüğünü, denetim firması yetkililerine de inşaatın projeye uygun olduğunu sözlü olarak bildirdiğini, iş yoğunluğu nedeniyle raporu henüz hazırlamadığını, üzerinde ele geçirilen paranın müşteki tarafından kendisine borç verildiğini, sanık Selahattin ise müştekinin dosyasının T. B.de olduğunu, kendisinin görevli olmadığını, sadece müştekinin yemek yeme ve konuyla ilgili görüşme talebini T'ye iletmediğini, para pazarlığı yapmadığını, konuyla ilgili bilgisinin olmadığını savunması, sanık T. B. müdafisinin 06.09.2010 günlü dilekçesine eklediği Mamak Belediyesi İmar ve Şehircilik Müdürlüğü'nün 01.09.2010 günlü cevabi yazı içeriğinde; 36453 ada 1 parselde yapılan inşaatla ilişkin temel vizesinin yapılmasına engel hâl bulunmadığı, 05.02.2008 tarihli 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yapı Denetim ve Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesi hükmü doğrultusunda temel vize işleminin onaylandığının bildirildiği, bir kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyi verdiği anlaşma çerçevesinde bir menfaat sağlamayla rüşvet suçunun, yapması gereken işi yapmak için haksız menfaat sağlamasıyla da görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı nazara alınarak (...) (Yarg. 5 CD, 23.12.2010, 9162/9980)

sakıncaları gidermek amacıyla icbar fiiline açıklık getirilmiştir.²¹¹ Bu suretle, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışı karşısında kişinin haklı bir işinin gereği gibi veya hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği herhangi bir kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, kamu görevlisi bakımından rüşvet almaktan veya görevi kötüye kullanmaktan dolayı değil, icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerekecektir. Keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir.”

TCK'nın 250'nci maddesinin birinci fıkrasına 6352 sayılı Kanun'la eklenen bu 2'nci cümle ile gerekçede de belirtildiği gibi “icbar” kavramının kapsamı daha net bir hâle getirilmeye çalışılmış, uygulama açısından ise kapsamı genişletilmiştir. Bu düzenleme sebebiyle, kişinin, maruz kaldığı icbarın etkisinden kolayca, hiç zorlanmadan kurtulma imkânının bulunmasına rağmen, kamu görevlisinin talep ettiği haksız menfaati temin etmesi durumunda, 6352 sayılı Kanun'la TCK'nın 250 ve 252'nci maddelerinde yapılan değişiklik ve 257'nci maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılması karşısında, artık icbar suretiyle irtikâp veya görevi kötüye kullanma suçundan ziyade rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.²¹²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 29.1.2013'te verdiği bir kararda; “*İcbar suretiyle irtikâp suçunun düzenlendiği TCK'nın 250'nci maddesinin 1'inci fıkrasında 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişikliği, aynı Kanun'la TCK'nın 257'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte değerlendirmek gerekmektedir. (...) Bu değişiklikten sonra kamu görevlisinin görevi nedeniyle bir yarar sağlaması durumunda oluşan suç ya rüşvet ya da irtikâp olabilecektir. Eğer kamu görevlisi, haksız tutum ve davranışlara başvurarak karşı tarafın kendisine veya yönlendireceği kişilere yarar sağlaması konusunda kendini mecbur hissetmesine yol açmış ise eylemi icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturabilecektir. İrtikâp suçundan söz edebilmek için mağdurun iradesinin baskı altına alınması gerektiği göz önünde tutulacak, icbar boyutuna varan bir baskı söz konusu olmayıp görevlinin yalnızca telkin, öneri ve teşvik niteliğindeki davranışlarına dayanarak yarar sağlanması durumunda da rüşvet suçu gündeme gelecektir.*²¹³ diyerek bu görüşü teyit etmiştir

“İkna” kelimesi sözlükte; “1- Kanaat ettirme, kanaat verebilme, 2- Kandırma,

211 TCK'nın 257'nci maddesinin üçüncü fıkrası 6352 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmadan önce, bu tür fiiller görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktaydı. Yürürlükten kaldırılan 3'üncü fıkra hükmünde; “İrtikâp suçunu oluşturmada görevlinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” denilmekteydi. Üçüncü fıkra hükmüyle ilgili olarak gerekçede, şu açıklama mevcuttu: “Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hâllerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturmaktadır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.”

212 Özgeç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.27 vd. Tezcan-Erdem-Önok, düzenlemeyi ağır bir biçimde eleştirmektedir: Yazarların görüşü şöyledir: “TCK m. 250/1 c.2'de ‘kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları’, ‘kişinin kendisini mecbur hissederek’ yarar sağlamış olması gibi ne anlama geldiği belli olmayan bazı kavramlara yer verilerek suretiyle rüşvet ve irtikâp suçlarının birbirinden ayrılması keyfî ve subjektif değerlendirmelere açık hâle getirilmektedir. Eğer burada kamu görevlisinin ‘haksız tutum ve davranışları’ ile kast edilen, failin görev gereği zaten yapması gereken bir işi hiç, gereği gibi yapmayacağı veya gecikerek yapacağı endişesi ise bu durum zaten madde metninde açıkça belirtilmiştir. Kamu görevlisinin muhatap kişide endişeye yol açacak ‘haksız tutum ve davranışlarının’ neler olabileceğini kestirmek mümkün olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, icbar suretiyle irtikâp suçunu düzenleyen TCK m. 250/1'in uygulama alanı da tamamen belirsiz hâle gelmektedir. Haklı bir işin görürülmesi amacıyla kamu görevlisine yarar sağlayan vatandaşın ‘kendisini mecbur hissettiğini’ ileri sürerek rüşvet suçundan dolayı cezalandırılmasını engelleyen bu düzenleme yolsuzlukla mücadele açısından ciddi sorunlar yaratacaktır. Çünkü bu düzenlemeyle kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye yarar sağlayan vatandaş hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilmesi olanaksız hâle getirilmektedir.” Bk. Tezcan-Erdem-Önok, s.838

213 Bk. Yarg. CGK, 29.01.2013, 5-1269/26

razı etme" manasına gelir.²¹⁴ İkna, hukuki anlamda, "failin, hileli hareketlerle aldatıp kandırma da dâhil her türlü yeteneğini kullanarak suçun mağdurunu, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlama veya vadetme gereğine inandırması" olarak tanımlanabilir.

İkna suretiyle irtikâbın, ihmalî davranışla işlenen şekli *"hatadan yararlanma suretiyle irtikâp"* olarak da adlandırılır. Hata; *"yanlış, yanlışlık, yanlışma, istemeyerek yapılan kusur"* demektir.²¹⁵ Hatadan yararlanma suretiyle irtikâbın söz konusu olabilmesi için, mağdurun, kamu görevlisi olan failin icrai bir davranışı olmaksızın yanlış olmuş olması ve kamu görevlisinin de bu yanlışma dolayısıyla icrai bir davranışta bulunmadan yarar elde etmesi gerekir.

İrtikâp suçu, Türk doktrin ve uygulamasında genellikle aynı adla ifade edilmektedir. Bununla birlikte bazı yazarlar²¹⁶ ve bazı kararlarında Yargıtay, bu suçu ifade etmek üzere "yiyicilik" terimini kullanmaktadır. İncelediğimiz suç tiplerinden icbar suretiyle irtikâp için; "mağduru zorlama yoluyla irtikâp";²¹⁷ "manevi zorla yiyicilik", "zor yoluyla yiyicilik"; ikna suretiyle irtikâp için "ikna yoluyla yiyicilik"; hatadan yararlanma suretiyle irtikâp için ise "yanılgıdan yararlanarak yiyicilik"²¹⁸ terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir. Bundan başka, doktrin ve uygulamada, icbar veya ikna suretiyle işlenen fiilleri "cebrî irtikâp";²¹⁹ "icabi irtikâp"; hatadan yararlanmak suretiyle işlenen fiilleri ise "selbi irtikâp" olarak isimlendiren yazarlar da mevcuttur.²²⁰

6.5.2. Suçun Unsurları

6.5.2.1. Maddi Unsurlar

A. Fiil, Netice

250'nci maddede, yasaklanan fiiller, suç tipinin her biri için ayrı olarak, *"... bir kimseyi icbar etme"*, ve *"... ikna etme"* şeklinde ifade edilmiştir. Bu fiiller, ayrı, bağımsız suçlardır.

İrtikâbın suç sayılma sebebi, bu fiilin kamu idaresine duyulan itimada zarar vermesidir. Bu sebeple suçun oluşması bakımından maddi bir zararın husulü şart değildir. Failin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni suistimal ederek mağduru; kendisine veya başkasına yarar sağlamaya, bu yolda vaatle bulunmaya icbar veya ikna etmesi veya mağdurun hatasından istifade suretiyle menfaat temin etmesiyle suç oluşur.

İcbarı teşkil eden hareketler, yarar veya vaat temininden önce yapılmış olmalıdır. İşin yapılmasından sonra para veya benzeri menfaat temin edilmesi hâlinde diğer unsurlar da bulunmak kaydıyla somut olayın durumuna göre görevi kötüye

²¹⁴ Hayat, s. 571

²¹⁵ Meydan Larousse, C.: 8, s. 471

²¹⁶ Selçuk, Dolandırıcılık, s.45 vd.; Bakıcı, s. 179 vd.

²¹⁷ Soyaslan, s. 657 vd

²¹⁸ Selçuk, Dolandırıcılık, s.45 vd.; Bakıcı, s. 180 vd.

²¹⁹ Yarg. 5 CD, 15.12.2011, 12606/25500

²²⁰ Bk. Erem, İrtikâp, s. 522 vd.; Dönmezer, s. 122

kullanma veya rüşvet suçu oluşabilir.²²¹

Aşağıda suç tipleri ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. İcbar Suretiyle İrtikâp: Görevin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması Suretiyle İcbar Etme

aa. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanma

250'nci maddenin 1'inci fıkrasında; *"görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle ... icbar eden kamu görevlisi cezalandırılır"* denilerek, suçun, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenebileceği belirtilmiştir.

"Nüfuz" kelimesi sözlükte *"içe geçme, içe işleme"* anlamına gelmektedir.

Nüfuz, inceleme konumuzla ilgili olarak, "bir kimsenin veya topluluğun söz geçirme, otorite kurma gücü" olarak tanımlanabilir.²²²

Madde gerekçesindeki; "icbarın, yürütülen görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir" şeklindeki açıklama dikkate alındığında, icbarın varlığının kabulü için, kamu görevlisinin kendi görev alanına giren bir işi yaparken, haksız çıkar sağlamak amacıyla görevinin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanması gerekir.²²³

Şu hâlde, 765 sayılı Kanun'daki düzenlemenin aksine TCK'ya göre icbar suretiyle irtikâp, ancak görevle bağlantılı olarak işlenebilir.²²⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; *"kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma" ile ilgili olarak; "nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi veya başkasına yarar sağlaması olup, kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır"* değerlendirmesini

221 "Sayaç memuru olan sanığın şikâyetçinin fazla tahakkuk ettirilen su sarfiyatına itirazı üzerine kontrol için görevlendirildiği, sayaçta yazılı 2055 sayısının 2 rakamını sıfırlamak suretiyle 55 tona indirdikten sonra el emeği olarak 1500 lira istediği şikâyetçinin bu kadar parasının olmadığını söylediği ve sanığın ayrıldığı, takip eden günlerde isteğini ısrarla tekrarlaması üzerine şikâyetçinin durumu emniyete bildirdiği, paranın verilmesi sırasında sanığın yakalandığı anlaşılmaya göre, işin bitiminden sonra paranın istenmesinden ve alınmasından ibaret eylemin TCY'nin 240'ncı maddesine uygun görevi kötüye kullanma niteliğinde olduğu düşünülmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 21.01.1987, 2787/203, Malkoç-Güler, II, s. 1564)

222 Bk. Meydan Larousse, Sabah, C.15, s.28

223 Özgenç, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Seçkin, Ankara 2012, s.19 vd.

224 "TCY'nin 'İrtikâp' başlıklı 250. maddesinin birinci fıkrasında, '(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.' şeklindeki düzenleme ile icbar suretiyle irtikâp suçu tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin, bir başkasını kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar etmesi gerekir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun maddi unsurlarından birini oluşturan 'icbar', mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli, doğrudan veya dolaylı her türlü zorlayıcı hareketin yapılmasını ifade eder. Bu icbarın, yürütülen görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bu suçun en önemli özelliği, bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlanmasıdır." (Yarg. CGK, 15.11.2011, 5-202/221)

yapmıştır.²²⁵

Kamu görevinin sağladığı nüfuzun suistimali için, kamu göreviyle bağlantılı kamu görevlisi sıfatının hukuka uygun bir biçimde iktisap edilmiş olması gerekir.²²⁶

Eğer fail, kamu görevini, gasp ederek elde etmiş ve sonra da mağduru menfaat sağlamaya icbar etmişse; irtikâp değil, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (m. 262) ile birlikte dolandırıcılık suçları oluşabilir.

Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ile ilgili olarak eski TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilmiş olan aşağıdaki kararlar örnek olabilir: *"Orman eri olan failin, mağdurun nehir kenarında ve orman sahası dışında topladığı çalı çırpının, kaçak olarak kabul edilmesine imkân olmadığı hâlde, keyfî surette hayvanları ile birlikte kaza merkezine sevk ederek memuriyet nüfuz ve kudretini suistimal suretiyle maruz kaldıkları haksız muameleden kendisini kurtarmak isteyen mağdurdan haksız menfaat temin etmesi irtikâptır."*²²⁷

bb. Yarar Sağlanması veya Vaatte Bulunulması

İcbar suretiyle irtikâpta fail, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle mağduru, kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar etmelidir.

Aşağıda *"sağlamak"* ve *"vaatte bulunmak"* terimleri açıklanacaktır.

aaa. Sağlamak

Sağlamak kelimesinin konumuzla ilgili anlamı; *"temin etmek"* tir.

225 Kararın devamı şöyledir: "(...) Saniğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma suçlarına ilişkin A. Cumhuriyet Başsavcılığının kendi uhdesindeki (...) sayılı soruşturma evrakında tutuklu bulunan H. M., M. D.ve S. K.yı 08.05.2009 günü adliyeye getirttiği, şüphelilerden H. M.nin ifadesini odasında aldıktan sonra hakkındaki iddiaların iftiradan ibaret olduğunu, en çok 2 ay tutuklu kalabileceğini, dosyayı Ankara'ya talimat yazmak suretiyle sürüncemede bırakması hâlinde ise tutukluluğun 7-8 ay belki 1 yıl uzayabileceğini belirterek tahliye olmak istiyorsa kişi başı 20.000 TL olmak üzere toplam 60.000 TL para vermeleri gerektiğini söylediği, tutuklu Hüseyin'in işletmeciliğini yaptığı 'Uğur Şekerleme ile konuşabilirsiniz' dediğinde saniğin; 'Onlardan bir şey çıkmadı, giden arkadaşlarla ilgilenmediler.' diyerek 'Kimi muhatap alabiliriz?' diye sorduğu, Hüseyin'in dışarıdaki tutuklu Mustafa'nın tekstil dükkânı işleten eşinden bahsettiği, bunun üzerine saniğin dışarıda bekleyen tutuklu Mustafa Dal'ı da odasına çağırarak H. M.nin yanında ona da suçunun olmadığını, bu işin masrafının 60.000 TL civarında olacağını söylediği, paranın tedariki ve gelecek kişilerle ilgilenilmesi hususunda yanında bulunan cep telefonunu uzatarak iki kez eşi ile görüşme yaptırdığı, şüphelileri yasal olmayan bu paradan kimseye bahsetmemeleri hususunda uyardığı, birkaç gün sonra şüpheli Mustafa'nın kardeşi Mazlum'a da olayda silah ele geçmediği, yaralı ve ölünün bulunmadığını ancak Ankara'ya bir talimat yazması hâlinde kardeşinin 7-8 ay süre ile tutuklu kalabileceğini, 60.000 TL para temin etmeleri gerektiğini ifade ettiği, süreçte iki kez Mazlum ile telefonla görüştükleri, saniğin savunmasında aralarında samimiyet olduğunu söylediği ve telefon görüşmesi bulunan G. S. adına kayıtlı bir telefondan iki kez Mustafa'nın eşinin aranarak paranın hazır olup olmadığının sorulduğu, parayı temin edemeyen Mazlum'un telefonla aradığı sanığa elinde ses kayıtlarının olduğunu söylemesi üzerine saniğin tahliye talep etmelerini tavsiye ettiği, şüpheli müdafisinin istemi üzerine önce sulh ceza mahkemesinden tahliye talebinde bulunduğu, evrakın iade edilmesi üzerine de saniğin şüphelileri CMK'nın 103/2 maddesi uyarınca tahliye ederek kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği anlaşılmaktadır. Bu kabule göre, suç tarihinde A. C. savcısı olarak görev yapan ve iş bölümüne göre yürüttüğü soruşturma evrakı ile ilgili en yetkili kişi konumunda bulunan saniğin şüphelilere soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanacağını, şikâyetçinin haksız olduğunu, ancak Ankara'ya talimat yazması hâlinde tutukluluk hâlinin bir yıla yakın sürmesine neden olabileceğini söylemesi şeklindeki eylemleri, tutuklu olan şüphelilerden manevi baskı ve zorlamayla menfaat temin etmeye yönelik davranışlar olup icbarı oluşturduğundan, eylemin Özel Dairece, TCK'nın 250/1. maddesinde yer alan icbar suretiyle irtikâp suçu olarak nitelendirilmesi isabetlidir." (Yarg. CGK, 29.01.2013, 5-1269/26) Ayrıca bk. Özen, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, s.51

226 "Müşteki beyanlarına, tanık anlatımlarına, savunmaya, olaya ilişkin tutanaklara ve dosya içeriğine göre; ilçe jandarma merkez karakol komutanı olarak görev yapan saniğin, müştekinin açacağı iş yerine ruhsat verilmesi işlemleri için para aldığının anlaşılması karşısında; TCK'nın 250/1. maddesindeki düzenlemeye nazaran da cebri irtikâp suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesi gerektiği, somut olayda saniğin yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, saniğin ruhsat verme yetkisinin de bulunmaması karşısında eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, ..." (Yarg. 5 CD, 14.02.2011, 4251/677)

227 Yarg. 5. CD, 18.01.1949, 3175/127, Önder, s. 138

Temin etme; “emniyet verme, korkusunu giderme, sağlamlaştırma, şüphe bırakmama” manalarına gelir.²²⁸

Şu hâlde yararın sağlanması için, mağdur, failin suç konusu yararın verileceği konusundaki şüphelerini tamamen ortadan kaldıracak, icbar veya ikna da buna yönelik olacaktır. Buradan da anlaşılmaktadır ki sağlamak; “*vaatte bulunmak*”tan ileri, “*verme*”den daha önceki bir safhayı ifade etmektedir.

Sağlamak; mutlaka suça konu nesnenin mülkiyetinin karşı tarafa devrini gerektirmez. Burada söz konusu olan; fail veya üçüncü kişinin; suçun konusunu oluşturan para veya sair menfaat üzerinde tasarruf yetkisini elde etmektir.²²⁹

bbb. Vaatte Bulunmak

Vaat, “ahd”dan türetilen Arapça bir kelime olup, vadetme; “söz verme, üste alma, taahhüt etme” anlamına gelir.²³⁰

İrtikâp suçunun oluşması için yalnız vaadin kabulü yeterlidir. Vaat, vaatte bulunanı, taahhüdünü ifa ile mükellef kılan herhangi bir tarzda olabilir ve doğrudan doğruya veya araya bir vasıta konularak yapılabilir.

Vaat, kanuna muhalif bir muamele ve dolayısıyla batıl olduğundan, herhangi bir şekle tabi değildir. Bu sebeple ciddi olmak kaydıyla yazılı veya sözlü vaat ile suç oluşur.

TCK’nın 250’nci maddesinin gerekçesine göre, yarar vaadinde bulunulması hâlinde, izlenen suç politikası gereğince, kamu görevlisinin tamamlanmış irtikâp suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir.

İrtikâp suçlarında mevzubahis olan “*yarar sağlama veya vaatte bulunma*”, doğrudan doğruya kamu görevlisi veya üçüncü kişiye yönelik olmalıdır. Madde metninde yer alan “*başkasına*” ibaresi, gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

Yararın, kamu görevlisine veya başkasına olmayıp da devlete temin veya vaat olunması, irtikâp suçunu değil, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.²³¹

cc. İcbar Etmek

Yukarıda da belirtildiği gibi, 250’nci maddenin 1’inci fıkrasındaki düzenlemeye göre; icbar suretiyle irtikâp, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, kişinin kendine veya başkasına yarar sağlanması veya bu yolda vaatte bulunulmasına mağduru icbar etmesiyle oluşur. Başka bir anlatımla, icbar suretiyle

²²⁸ Hayat, s. 1159

²²⁹ Özgenç, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.37 vd.

²³⁰ Bk. Hayat, s. 1213

²³¹ Özgenç, böyle hâllerde de irtikâp suçunun oluşacağını belirtmektedir: Yazarın konuya ilişkin görüşleri; “Para veya sair menfaat, kamu görevlisinin şahsına veya sair bir kişiye temin edilmiş olabilir. Bunun aksini madde metninden çıkarmaya yönelik elimizde herhangi bir dayanak noktası bulunmamaktadır. Bu itibarla, para veya sair menfaatin ‘devlet kasasına girmiş’ olması durumunda icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşmayacağı yönündeki görüş, esasında devlete kişilere nazaran daha ‘üstün’ değer tanıyan eski anlayışın bir ürünüdür. Keza, kamu kurumları yanında tesis edilmiş olan vakıf veya derneklere yaptırılan ‘bağış’ların da bu kapsamda bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği kanısındayız. Zira bir hukuk devletinde kişinin kamusal harcamalara katılma yönündeki mali yükümlülükleri ancak kanunla belirlenebilir. (1982 Anayasası m. 73)” şeklindedir. Bk. Özgenç, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.39

irtikâp suçu, "kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, kişiyi tazyik etmesiyle başlar, tazyik karşısında kişinin, haklı bir işinin gereği gibi yapılmayacağı endişesiyle, kendini mecbur hissederek, ona menfaat temin veya vaadi ile tamamlanır".

Görüldüğü gibi ceza normunun yasakladığı fiil; "icbar etme"dir.

Burada kamu görevlisi, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını söylemek veya hissettirmek suretiyle onu korkutmakta, tehdit etmektedir. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği veya haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur, belli bir yoğunluğa ulaşmış olan bu tür icbarın etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı veya menfaatleri kamu görevlisine vermekte veya vadetmektedir.

Konuya ilişkin olarak madde gerekçesinde; "İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için, bu baskının etkisiyle, kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü kişiye bir yarar sağlamaktadır." açıklaması mevcuttur.

Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır: "... Sanıkların polis olduğu ve olay tarihinde Fatih İlçe Emniyet Müdürlüğü Önleyici Hizmetler Büro Amirliğinde ekip amir vekili ve ekip memuru olarak görev yaptıkları sırada sanık H... H...'in talimatıyla diğer sanık Hikmet'in yabancı uyruklu müşterinin koluna girerek ekip aracına bindirdiği, pasaportunu alıp kontrol ettikten sonra kendisine ait olmadığını ve sahte olduğunu ileri sürdükleri, sanık H... H...'in pasaportla birlikte araçtan inip cep telefonu ile konuşup tekrar araca bindiği, müşteriye 'komiserle konuştuğunu ve kendisini tutmasını söylediğini' bildirdiği, bu şekilde baskı altına alındıktan sonra bırakılması ve pasaportunun iadesi için önce 5000 dolar, pazarlık neticesinde de 3000 dolar para istedikleri, müşterinin üzerinde bulunan 200 TL'yi vermek istediği ancak sanıklar bunu kabul etmeyince para temin edebilmek için telefonla arkadaşlarını aradığı, tanışın getirdiği toplam 1300 euro ile 200 Türk lirasını aldıkları, müteakiben yaklaşık bir saat araçta tutup dolaştırdıkları müşterinin pasaportunu alıkoymak 500 euro daha getirmesi kaydıyla serbest bıraktıkları, (...) sabit görülen ve kamu görevlisi sanıkların görevin sağladığı nüfuzlarını kötüye kullanmak suretiyle kendilerine yarar sağlamaya zorlamadan ibaret eylem (in) (...) TCK'nın 250/1. maddesinde düzenlenen cebrî irtikâp suçunu oluşturacağı, ..."232

Ancak bu icbar fiilleri sonucunda mağdurun iradesi mutlak bir şekilde devre dışı bırakılmaz.²³³

232 (Yarg. 5. CD, 16.11.2009, 9978/12463); "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Kararı'nda da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebri, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskından kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, M. S. B. Erzurum İç Tedarik Bölge Başkanlığında muayene komisyonu üyesi olan sanıkların Ankara İç Tedarik Bölge Başkanlığı tarafından yapılan yatak alım ihalesini kazanan şirket tarafından ihale sözleşmesi gereğince teslim edilen yatakların fiziki muayenesinin yapılması karşılığında, şirket çalışanları tarafından suç tarihlerinde verilen 1.500 TL ve 500 TL'yi almaları şeklinde gerçekleşen somut olayda ise sanıkların para istemeleri üzerine şirket çalışanlarının irtikâp suçunun unsuru olan manevi cebri şirket sahibi aracılığıyla M. S. B. Teftiş Daire başkanına ulaşmak suretiyle kolayca bertaraf ettiklerinin anlaşılmasına göre, sanıkların davranışlarının öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere Yasa'nın öngördüğü anlamda icbar boyutuna ulaşmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, şirket çalışanlarının baştan beri sanıkları yakalamak amacıyla hareket ederek paraları sanıklara verdiklerinin anlaşılmasına göre, sanıkların eylemlerinin 765 sayılı TCK'ya göre rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu ve lehe kanun değerlendirilmesinin buna göre yapılmasının gerektiği gözetilmesizsin suç vasfında yanılıya düşülüp yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 21.01.2013, 13200/481)

233 Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 16 vd.

Yarg. CGK bir kararında; "İcbar sözcüğünün anlamı 'Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde, 'zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak' şeklinde açıklanmıştır. Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 gün ve 167-70 sayılı Karar'ı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi 'manevi cebir' anlamında olup cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacak, maddi cebir kullanılması hâlinde ise eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Nitekim, gerek 765 sayılı TCK'nın 209. maddesinin, gerekse TCK'nın 250. maddesinin madde gerekçelerinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Yine Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, manevi cebrin; belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dâhildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vadedilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel koşullar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir."²³⁴ şeklinde görüş bildirmiştir.

Eğer kamu görevlisi, görevinin sağladığı nüfuz sebebiyle ferdi, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden veya mal varlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit eder veya maddi cebir kullanarak onun kendisine bir yarar sağlamasını temin ederse veya temin etmek istediği zarara ferdin engel olmasını aynı vasıtalarla önlerse, fiil cebrî irtikâp değil, yağma olur.²³⁵

İcbarın varlığının kabul edilmesi için, kamu görevlisinin basit bir biçimde menfaat temini talebinde bulunması yeterli değildir. Bilakis icbarın belli bir yoğunlukta olması,²³⁶ mağdurun içinde bulunduğu durum, yararlanmak istediği kamu hizmetine erişebilirliği gibi hâller de dikkate alınmalıdır.

Yargıtay, 24.11.2010 tarihinde verdiği bir kararında; aynı hastanede birden fazla KBB uzmanının bulunmasını ve müştekinin kızının acilen ameliyat edilmesini gerektiren hayati bir rahatsızlığının olmamasını da dikkate alarak cebrî irtikâp suçunun

234 Yarg. CGK, 29.01.2013, 5-1269/26; "(...) İcbar kelimesi manevi cebir anlamındadır. Cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır. Maddi cebir kullanılması hâlinde, eylem yağma suçunu oluşturur. ... TCY'nin 250. maddesinin gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir. Yine, ... manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dâhildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vadedilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel koşullar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir." (Yarg. CGK, 30.03.2010, 5-167/70)

235 "Sanıklar otobüs garajında gördükleri mağduru karakola götürme bahanesi ile otel odasına götürüp orada üzerinde yaptıkları aramada buldukları 7.500 lirayı almaları ve yine elde ettikleri banka cüzdanının muhteviyatını mağdura zorla bankadan çektirip kendilerine verilmesini temin etme eylemi 209. değil 495. maddeye uyan yağmadır." (Yarg. 5. CD, 28.04.1978, 1095/1505, Önder, s. 138)

236 "Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nün kesin kabul heyetinde bulunan sanığın, Esentepe İlköğretim Okulu ve Hizmetçi Eğitim Enstitüsü bina yapım ihale işini alan müştekinden işlemleri yaptırmak için geldiğinde 1000-YTL tutarında para istediği, müştekinin 'bulup, getireyim' diye öneriyi kabul etmiş gözükmek evraklarını imzalattığı, bilahare sanığın her işlem sırasında bu istemini dile getirmesi üzerine müştekinin C. Savcılığına müracaatta bulunduğu nazara alınarak, yasal olarak para ödemesi gerektiğine dair inandırıcı davranışta bulunmayan sanığın eyleminde, irtikâbin ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı, ..." (Yarg. 5. CD, 21.02.2008, 18231/1068)

unsurlarının oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır.²³⁷

Görüldüğü gibi kişinin kamu hizmetinden gecikmeksizin yararlanma imkânı varsa, kamu görevlisinin salt menfaat talep etmesi icbar olarak kabul edilmemektedir. Suçun oluşması için kamu görevlisinin kişiye uyguladığı cebrin, maddede aranan icbar derecesinde olması gerekir. Mağdurun, isteneni yapmamak için, failin etkisinden kolaylıkla kurtulmak imkânı varsa, yasaklanan fiil gerçekleşmiş olmaz. Başka bir deyişle mağdur, failin fiili dolayısıyla ciddi bir korkuya kapılmış olmalıdır.²³⁸

Yargıtay, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde ve sonraki zamanlarda verdiği bazı kararlarında icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşumu bakımından, kamu görevlisinin icbarına muhatap olan kişinin meşru zeminde bulunmasını, yani haklı bir çıkarının söz konusu olmasını aramaktadır. Buna göre kamu görevlisinin icbarına muhatap olan kimse meşru zeminde değilse, Yargıtaya göre fiil, irtikâp değil, rüşvet olur. Mesela, kolluk görevlileri, kişinin üzerinde yaptıkları aramada 6136 sayılı Kanun'a aykırı silah yakalasa ve kişi üzerinde baskı kurarak menfaat talep etse muhatap da bunu hemen kabul etse, fiil; irtikâp değil, rüşvettir.²³⁹

İfade edelim ki eski madde metninde *"meşru zeminde bulunma"* şeklinde bir

237 "Müştekinin kızını ameliyat etmek için sanığın 20 TL istediğini Y... Devlet Hastanesi Başhekimliğine verdiği 06.09.2004 günlü şikâyet dilekçesi içeriğinde bahsetmemesi ve dosya kapsamına göre suçun işlendiğine ilişkin kesin ve yeterli delillerin bulunmaması itibarıyla rüşvet suçundan bahsedilemeyeceği gibi aynı hastanede birden fazla KBB uzmanının bulunması ve müştekinin kızının acilen ameliyat edilmesini gerektiren hayati bir rahatsızlığının bulunmadığı da nazara alınarak olayda icbar da olmadığından cebrî irtikâp suçundan söz edilemeyeceğinden tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir." (Yarg. 5. CD, 24.11.2010, 9005/8662)

238 "(...) olayda sanık iki istihkak için ... lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını ... iki gün sonra gelmesini, daha sonra da parayı temin ederek saat 14.00'te gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise gönlünden ne koparsa ver demmiştir. Olayda paranın hiç ödenmeyeceği veya ödemenin uzun süre geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde, belirli bir şiddete ulaşmış, manevi cebrin etkisi ile ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında, haksız olarak istendiği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar belirli bir boyuta ulaşmış muhatap olan şikâyetçiye etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesi ile ve gururunun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyetinde bulunulmuştur. Sanığın gönlünden ne koparsa ver demesi de manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının bir göstergesidir. Şikâyetçi ne verirken ne vermesi üzerine kendiliğinden ... lira vermiştir. ... Yasa ve nizamla aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır." (Yarg. CGK, 06.11.1989, 5-265/335, Uygun-Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 135)

239 "Suç tarihinde A. İlçe Emniyet Müdürlüğü Bölge Trafik Denetleme İstasyon Amirliğinde trafik polisi olarak görev yapan sanıkların Alanya-Manavgat Yolu üzerinde radar uygulaması yaptıkları sırada alkollü olarak araç kullanan M. Ç'nin hız limitini aştığının tespit edilmesi üzerine durdurularak hakkında 21.06.2008 tarih ve 650087 no.lu ceza tutanağı ile 237,00 TL idari para cezası verildiği, ancak sanığın alkollü olarak araç kullanması eylemine ilişkin herhangi bir işlem yapılmaması karşılığında 240,00 TL'nin görevli polis memurlarına verilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; saat 01:20'de alınan raporda %0,29 promil alkollü olan sanığın yerleşik Adli Tıp uygulamalarına göre olay saati olan 21:45'de %0,50 promilin üzerinde alkollü olduğu da dikkate alındığında, 5237 sayılı TCK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 250/1. maddesindeki düzenlemeye göre; cebrî irtikâp suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesinin gerektiği, somut olayda ise sanıkların, kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı gibi mağdurun meşru zeminde de bulunmadığı bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, sanıkların görevlerinin gereklerine aykırı olarak %0,50 promil üzerinde alkollü olarak araç kullanan M. Ç. hakkında ceza işlemi yapmamak suretiyle, yapması gereken bir işi yapmamak için para istemeleri ve M. Ç'nin de 240,00 TL parayı sanıklara vermesi şeklindeki eylemin, hukuki niteliği itibarıyla rüşvet almak suçu kapsamında kaldığı gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 488/1194); "Vergi Dairesinin icra servisinde tahsildar olarak görevli sanığın vergi borcu olan mükellefler hakkında icra takibi ve haciz yapma yetkisinin bulunduğu, vergi mükellefi katılanın ise vadesi geçmiş vergi borçlarının olduğu ve sanığın bu borçlar sebebiyle tahsile yönelik işlemleri yapmamak için katılardan zaman zaman 500 YTL, 200 YTL, 100 YTL ve ayakkabı gibi değişik miktarlarda menfaat temin ettiği, son olarak 750 YTL istemesi üzerine kolluğa ihbarda bulunan müştekinin seri numaraları alınan 700 YTL'yi vermesini müteakip yakalandığı olayda, sanığın icra veya haciz gibi yapılması gereken yasal işlemleri yapmamak için parayı istediğini bilen katılanın yasal zeminde olmadığı, bu itibarla para vermediği takdirde evinde, dükkânında icra işlemi yapacağını, mallarını haczedeceğini belirtmesinde irtikâp suçunun icbar veya ikna unsurunun bulunmadığı, sanığın fiilinin 5237 sayılı TCK'nın 252/1. maddesinde belirtildiği şekilde yapması gereken işi yapmamak için rüşvet alma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, nitelemde yanılığa düşülerek yazılı biçimde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 09.06.2008, 3962/6093); "Polis memurları sanıkların çevrede muska yazan kişi olarak tanınan mağdurun evine giderek çocuklarının hastalığını ileri sürüp muska yazdırarak istedikleri, kabul etmemesine rağmen çok ısrar ettikleri ve bunun üzerine mağdurun da ele geçirelemeyen bir kâğıda mahiyeti bilinmeyen yazılar yazıp vermesi üzerine kendilerinin polis olduklarını söyleyerek işlediği suçtan dolayı sıkıyönetime götürüleceklerini, evin çevresinde tertibat alındığını belirtip gerekli işlemi yapmamak için para aldıkları anlaşılmış ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, mağduru takip ve suçüstü yakalanması için özel olarak görevlendirilmemiş sanıkların, onu, suç sayılan eyleme ısrarlı davranışları ile yöneltmelerindeki asıl maksatlarının manevi baskı kurup menfaat sağlamak olduğu ve açıklanan şekilde memuriyet görevlerini kötüye kullanmak suretiyle ve mağdur üzerinde bizzat kendilerinin yarattıkları suçluluk hâlini manevi cebir vasıtası olarak kullanıp menfaat temin ettikleri gözetilip eylemlerinin TCK'nın 209. maddesinde yazılı irtikâp suçunu oluşturduğunun düşünülmemesi yasaya aykırıdır." (Yarg. 5. CD, 04.07.1984, 1496/3046, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1980)

ibare mevcut değildir. Bu bakımdan her olayda mutlaka “*mağdurun meşru zeminde olması*” aranamaz. Söz konusu kıstas, suç tavsif edilirken somut olayın durumuna göre bir argüman olarak kullanılabilirse de her olayda bu kıstası uygulamak isabetli olmaz. Öte yandan 1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren ve irtikâp suçunu tanımlayan metinde “haksız olarak” ibaresi yer almadığı için ayrıca 6352 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerle suç tiplerinin yapısı esaslı şekilde değiştirildiği için artık bu kıstasın bir anlamı kalmamıştır.²⁴⁰

İcbar suretiyle irtikâp suçunun yapıcı davranışlarını gerçekleştiren, aktif durumda olan kamu görevlisidir. Karşı taraf ise mağdurdur ve mağdurun rızası “manevi cebir” ile elde edilmiştir. Burada; mağdur, kamu görevlisine sağladığı yararın yasal olmadığını bildiği hâlde ikna suretiyle (hileli davranışlarla inandırılarak) yapılan irtikâpta bunu, bilmez.

Belirtelim ki icbarın doğrudan doğruya mağdura ait bir işlem dolayısıyla yapılmış olması şart değildir. Oğul hakkında icbar kullanmak suretiyle babadan yarar temini hâlinde de suç gerçekleşmiş sayılır. Ayrıca yararın, mutlaka icbarı yapan kamu görevlisine sağlanması da gerekmez, onun istediği diğer bir kişiye yarar temini hâlinde de fiil suç teşkil eder. Şu hâlde yarar sağlanan kişinin kamu görevlisi olması zorunlu değildir. Fakat suçun oluşumu için icbar, kamu görevlisi tarafından yapılmalıdır.

İcbar konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir husus icbarın açık (sarih) olarak yapıp yapılmamasına ilişkindir. İcbar açıkça, irtikâbın varlığını tespit kolaydır. Ancak icbar zımni (örtülü) ise irtikâbın tespiti güçleşir. Mesela; kamu görevlisi mağdura açıkça söylemese bile, hareketleriyle onu korkutup kendisine menfaat sağlamaya zorlasa, rüşvet değil, irtikâp söz konusudur.

İfade edelim ki; kişinin, maruz kaldığı icbar fiilinin etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmasına rağmen, kamu görevlisinin talep ettiği haksız menfaati temin etmesi durumunda, 6352 sayılı Kanun’la TCK’nın 250 ve 252’nci maddelerinde yapılan değişiklik ve 257’nci maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olması karşısında, artık icbar suretiyle irtikâp veya görevi kötüye kullanma suçunun değil, rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Bir olayda polis memuru emniyet kemerini takmayan kişiden, hakkında cezai işlem yapmamak için para istemiş ve o kişi de anlaşmış görünerek 20,00 TL parayı sanığa vermiştir. Yarg. 5. CD; bu fiilin irtikâpla bir ilgisi olmadığını, fiilin rüşvet almaya teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği içtihatında bulunmuştur.²⁴¹

Suçun oluşması, yararın sağlanmış veya vadedilmiş olmasına bağlıdır. Ancak bu, kamu görevlisinin icbarının sonucu olmalıdır. Başka bir anlatımla, para ve sair

240 Ayrıca bk. Tuğrul, Zimmet, Banka Zimmet, Rüşvet ve İrtikâp Suçları, s.1007

241 “11.12.2007 tarihinde A. Em. Müdürlüğü Bölge Trafik Denetleme Şube Müdürlüğünde trafik polisi olarak görev yapan ve Samsun Yolu üzerinde ekip amir vekili olarak görevlendirilen sanığın, aynı yolda kendi aracıyla gitmekte olan müştekiyi durdurarak, emniyet kemerinin takılı olmadığından bahisle ceza yazacağını ancak 20 TL vermesi hâlinde herhangi bir işlem yapmayacağını söylediği, müştekinin kendisine ceza yazılmasını söylemesine rağmen sanığın müştekiden para istemeye devam ettiği, olayın başlangıcında cep telefonunun kamerasını açmış olmasına güvenen müştekinin de sanığın teklifini kabul etmiş görünerek 20,00 TL’yi sanığa teslim ettiği, olaydan sonra 155 hattını arayan şikâyetçinin sanık hakkında şikâyetçi olduğu hususlarının anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın, suç tarihinde yürürlükte bulunan 250/1. maddesindeki düzenlemeye göre; cebri irtikâp suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesinin gerektiği, somut olayda ise sanığın, kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, sanığın görevinin gereklerine aykırı olarak emniyet kemerini takmayan müşteki hakkında cezai işlem yapmamak suretiyle, yapması gereken bir işi yapmamak için para istemesi ve müştekinin sanıkla anlaşmış görünerek 20,00 TL parayı sanığa vermesi şeklindeki eylemin, rüşvet almaya teşebbüs suçu kapsamında kaldığı gözetilmeksizin (...) hüküm kurulması, ...” (Yarg. 5. CD, 01.10.2012, 13261/9640)

menfaatin temin veya vadedilmesi ile icbar fiili arasında illiyet bağı bulunmalıdır.²⁴²

b. İcrai ve Davranışla İşlenen İkna Suretiyle İrtikâp: Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak Suretiyle İkna Etme

aa. Genel Açıklamalar, Görevin Sağladığı Güvenin Kötüye Kullanılması

TCK'nın 250'inci maddesinin 2'inci ve 3'üncü fıkralarında; "(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İkinci fıkra tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." denilmektedir.

Madde gerekçesinde şu açıklamalar mevcuttur: *"İkna suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin, hileli davranışlarla bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatle bulunmaya ikna etmesi gerekir. İkna suretiyle irtikâp suçunu oluşturan hileli davranışların da kişinin yerine getirdiği kamu görevinin sağladığı güven kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. İkna suretiyle irtikâp suçunu oluşturan hilenin icrai veya ihmâlî davranışla gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu bakımdan, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâp suçunun sadece bir işleniş şekline ibarettir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu durumda ikna suretiyle irtikâp suçunun cezasında indirim yapılması gerekmektedir."*

250'inci maddenin 2'nci fıkrasında; *"görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması"*ndan bahsedilmektedir.

"Güven" kelimesi, *"korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat"* anlamına gelir.²⁴³

Bilindiği gibi irtikâp suçunun bölüm başlığı, *"Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"*dır. Suçun işlenmesi ile halkın kamu görevlilerine karşı duyması gereken inanç ve itimat sarsılmış olur ve fiil bu sebeple cezalandırılır. Şu hâlde irtikâp suçunun faili, devletin mali menfaatlerini ihlal etmesi sebebiyle değil, kamu görevlisine, halkın güveninin sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır. Bu husus fıkra metninde *"görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle ... ikna eden kamu görevlisi ... cezalandırılır"* denilmek suretiyle vurgulanmıştır.²⁴⁴

Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır: *"A Belediyesi mezarlıklar müdürü olarak görev yapan sanığın 2006 ve 2007 yıllarında mezar yeri satın almak için gelen mağdur F. S.'den 2600 TL elden aldığı hâlde vezneye 600 TL yatırmak suretiyle 2000 TL'yi; mağdur L. K.'dan 2500 TL aldığı hâlde vezneye 1350 TL yatırmak suretiyle 1150 TL'yi; mağdur M. K.'dan 4000 TL aldığı hâlde vezneye 1000 TL yatırmak suretiyle uhdesinde tutarak ve mağdur Ş. Y.'den 390 TL almakla birlikte 200 TL'yi süresinde vezneye yatırmakla birlikte 190 TL'yi yaklaşık 3 ay*

²⁴² Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.37

²⁴³ Türkçe Sözlük, C.1, s. 915

²⁴⁴ Bk. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.59 vd.

sonra vezneye yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerinde; mağdurların, sanığın yapacağı her türlü davranışın yasalara uygun olacağı, yetki ve olanaklarını yasaya uygun olarak kullanacağı inanç ve beklentisi içinde bulunmalarına rağmen, sanığın bu inanç ve güvenden yararlanarak mağdurları paralarını yatırmak üzere vezneye sevk etmek yerine, onların iradelerini yanıltıp paraların kendisine ödenmesini temin ederek çıkar sağlama eylemlerinin ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile eklenen TCK'nın 250/4. maddesi de nazara alınarak, sanık hakkında her bir eylem için TCK'nın 250/2. maddesi uyarınca 4 kez cezalandırılması yerine, her bir eylem için aynı Yasa'nın 250/3. maddesi uyarınca 4 kez mahkûmiyeti hükmü kurulması."²⁴⁵

Görüldüğü gibi bu olaylarda memuriyet sıfat veya görevinin kötüye kullanılmasından ziyade kamu görevlisine duyulan itimadın kötüye kullanılması söz konusudur. Bu bakımdan 250'nci maddenin 2'nci fıkrasındaki düzenlemeyi yerinde bulmaktayız.

İfade edelim ki "görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle ... ikna"nın söz konusu olabilmesi için, işlenen fiilin kamu görevlisinin görevleri arasında bulunması gerekir.

İşlenen fiil, failin görevleri arasında değilse, inceleme konusu suç oluşmaz: "Sanığın suç tarihlerinde Y. Köyü muhtarı olarak görev yaptığı, Kadastro Müdürlüğünce yapılan çalışmaların ardından düzenlenen tapu belgelerinin, Tapu Müdürlüğünce köylüye dağıtılmak üzere sanığa teslim edildiği, sanığın, dağıtımı yaparken köylülerin bir kısmından tapu masrafı adı altında her bir tapu belgesi için 3,60 TL ile 4 TL arasında değişen ücretler aldığı veya istediği, tapu kayıtlarını ilgililere dağıtma görevinin 442 sayılı Köy Kanunu'nun 34, 35, 36, 37 ve 38. maddelerinde sayılan köy muhtarının görevleri arasında yer almadığı, buna bağlı olarak ikna suretiyle irtikâptan söz edilemeyeceği..."²⁴⁶

Suçun düzenlendiği fıkra metninde görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlardan bahsedildiği için şayet kamu görevlisi hileli davranışlarını, görevin sağladığı güvenden bağımsız olarak yaparsa, dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığını tartışmak gerekir.²⁴⁷

bb. İkna Etme

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ikna, sözlükte; "1- Kanaat ettirme, kanaat

245 Yarg. CD, 14.11.2012, 7159/11389; "Tekel idare memuru olan sanığın, bütün ekicilerinin tekel idaresine sattıkları yaprak bütün bedellerini Ziraat Bankasından alabilmeleri için tanzim ettiği çekleri verdiği sırada ekicilerden, ayrıca ödenmesi gerekmeyen çek bedeli olarak bir miktar paranın ödenmesi icap ettiğini söyleyerek haksız menfaat temin ettiği ve bu suretle haksız para alınmasının bütün ekicilerinin hatasından değil, sanık memurun bu paranın ödenmesi gerektiğine onları inandırmasından meydana geldiğinin anlaşılması karşısında, ..." (Yarg. 5. CD, 11.07.1978, 2377/2461, Özer-İyibil-Arıca-Can, s. 265).

246 Yarg. 5. CD, 27.11.2012, 7849/12139; "İkna suretiyle irtikâp suçunun kamu görevlisinin görevine giren bir hususta görev ve sıfatını kötüye kullanarak kandırıldığı için sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilemeyecek olan mağduru yasa dışı çıkar sağlamaya ikna etmesi ile oluşacağı ve görev suçu olması nedeniyle görevlinin görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabileceksen çıkar sağlamanın zorunlu unsur olduğu; somut olayda ise mahkemenin de kabulünde olduğu üzere para tahsil yetkisi olmayan sanığın çalıştığı kuruma askerlik borçlanması için gelen mağdur Recep'ten vezneçinin bulunmadığını söyleyerek 300 TL parayı alıp mal edinmesi şeklindeki eyleminin hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçunu oluşturacağı, ancak bu suçun Yasa maddesinde öngörülen cezasının süresine nazaran 765 sayılı TCK'nın 102/4. maddelerinde belirlenen 5 yıllık aslı zaman aşımına tabi olduğu, hüküm tarihi olan 06.04.2006 ile inceleme günü arasında bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından (...) hükmün bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden sanık hakkında açılan kamu davasının (...) zaman aşımı sebebiyle düşmesine, ..." (Yarg. 5. CD, 22.12.2011, 9973/25720) Düşüncemize göre burada suç, güveni kötüye kullanma değil, dolandırıcılıktır.

247 Bk. Yukarıda metnini verdiğimiz Yarg. 5. CD'nin 08.12.2011, 13707/25105. Ayrıca bk. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.59 vd.

verebilme, 2- Kandırma, razı etme" manasına gelmektedir.²⁴⁸

Kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı güveni suistimal ederek, hileli davranışlarla herhangi bir kimseyi sağlamak veya vadetmek zorunda olmadığı yararı sağlamak veya vadetmek zorunda olduğuna inandırması; iknadır.²⁴⁹ Örneğin; bir mahalle muhtarı, muayyen bir muamelenin icrası için kanunen kendisinin alması gerekenden fazlasını vermesini iş sahibine söyler, o da buna inanarak muhtara fazla para verirse, fazladan alınan meblağ, ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturur.

Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır: *"Suç tarihinde Dodurga İlçe Jandarma Komutanlığında personel lojistik destek kısım ve silah-ruhsat kısım amiri olarak görev yapan sanığın, av tezkeresi ve yivsiz tüfek sahipliği belgesi almak isteyen vatandaşlara, harç ve benzeri konularda para alma yetkisi olmadığı hâlde, taleplerinin işleme konulabilmesi için harç ve vergi masrafı adı altında bir miktar para ödemeleri gerektiğini söyleyerek bu ödemenin gerekliliği ve yasalılığına inandırarak kendisine ödeme yapmalarını sağlamak suretiyle 1.354,00 TL'yi alarak kendisine yarar sağladığı ve bu şekilde 'ikna suretiyle irtikâp' suçunu işlediği..."*²⁵⁰

Fert burada ödediği paranın gayrimeşru olduğunu bilmez. Kamu görevlisi hileli davranışları, yalan beyanları ile onu aldatmış ve ödemenin meşru olduğuna inandırmıştır.²⁵¹

İknadan maksat, failin hileli davranışlarla, her türlü yeteneğini kullanarak ve hatta aldatıp kandırarak, mağduru kendisine haksız bir yarar sağlama veya vadetme gereğine inandırmasıdır.²⁵²

248 Hayat, s. 571

249 "Katılanın, suç tarihinde babasından miras kalan taşınmazların intikal işlemleri için sanığın çalıştığı Pınarbaşı Tapu Sicil Müdürlüğüne gittiği, yasal olarak ödenmesi gereken tapu harcı, eğitime katkı payı ve özel işlem vergisinden oluşan 236,70 TL'nin banka veya vergi dairesine ödenmek suretiyle buna dair makbuzun tapuya verilmesi gerektiği hâlde sanık tarafından intikal işlemleri için 350,00 TL masraf ve 20,00 TL döner sermaye payının kendisine ödenmesi gerektiği söylenmek suretiyle bu parayı katılıandan aldığı, 2004 yılı içerisinde katılanın yeniden intikal işlemi için tapuya başvurması üzerine vergi ve harçların bankaya yatırılmadığının ve söz konusu paranın sanığın uhdesinde kaldığının anlaşılması karşısında, sanığın görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla kendisine yarar sağladığı ve eyleminin ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 18.12.2012, 1906/13170)

250 Yarg. 5 CD, 13.03.2013, 11293/1794; "Sanığın prim borcunu yatırmak için gelen şikâyetçiye 1.226.000.000 TL borcu olduğunu, bu paranın yatırılması hâlinde 15.06.2000'de emekli olacağını söylediği, şikâyetçinin de 1.226.000.000 TL parayı emeklilik işlemlerinin yapılması için sanığa verdiği, şikâyetçinin makbuz istemesine rağmen makbuzun dosyada kalacağını söyleyerek vermediği, şikâyetçinin 46.000.000-TL olan son prim taksitini de 14.06.2000 tarihinde yatırdığı, sanığın yine makbuz vermediği dosya içerisinde bulunan Ankara İl Müdürlüğü'nün 02.05.2001 ve 04.05.2001 günlü yazılarından şikâyetçi Celal Bayar'ın 644.598.662 TL prim, 475.957.552 TL gecikme zammı borcu olmak üzere toplam 1.120.556.214 TL borcunun bulunduğu, 31.03.2001 tarihli hesap ekstresinin incelenmesinde ise adı geçen sigortalı hesabına 25.05.2000 tarihinde 710.500.000 TL, 14.06.2000 tarihinde 46.000.500 TL, 30.11.2000 tarihinde 404.200.000 TL olmak üzere toplam 1.160.700 TL'nin yatırıldığı, adı geçen 31.03.2001 tarihli son durum hesap ekstresinde kuruma başka bir borcunun olmadığı, aksine sigortalı tarafından 24.01.2001 tarihinde 403.000.000-TL'nin yatırıldığı ve toplam 404.467.867 TL fazla ödemesinin bulunduğu tespit edildiği, sanığın fazladan 111.300.000TL'yi prim borcu olmadığı hâlde şikâyetçiden aldığının anlaşılması karşısında, 765 sayılı TCK'nın 79 ve 5237 sayılı TCK'nın maddeleri de nazara alınarak sanığın eyleminin ikna sureti ile irtikâp suçunu oluşturduğu, ..." (Yarg. 5. CD, 28.11.2011, 12366/24477)

251 "Ç. Sulh Hukuk Mahkemesi veraset ilamı almak için gelen kişilerden 6,60 TL başvuru harcı ve 14,00 TL karar ve ilam harcı olmak üzere toplam 20,60 TL harç alınmasının gerektiği ve başkaca alınması gerekli masraf bulunmadığı hâlde; aynı mahkemede zabıt kâtabi olarak çalışan ve 13.08.2008 tarihinden itibaren 30 gün süreyle yazı işleri müdürlüğüne vekâlet eden sanık K.nın; M. G. isimli kişiden 103,00 TL, D. A. D.den 60,00 TL, O. D. ve B. K.dan toplam 130,00 TL, S. Ş.den 55,00 TL, I. K.dan 85,00 TL, M. Y.den 60,00 TL, T. K.dan 76,00 TL, F. Y.den 35,00 TL, R. Ö.den yasal olarak alınan 20,60 TL harcin dışında ayrıca 20,00 TL; yine aynı mahkemede mübaşir olarak görev yapan sanık M. Ö.nün ise G. K.dan 30,00 TL, Hanım Ülker'den 30,00 TL, Mustafa Karabeke'den 40,00 TL, ayrıca her iki sanığın eylem veya irade birliği içinde Ayşe Şahan isimli kişiden 103,00 TL tutarındaki parayı, görevlerinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle, pul ve benzeri masraflar adı altında veya sistemde arıza olması nedeniyle makbuz verilemediğini söyleme şeklindeki hileli davranışlarla bu kişilerden alarak kendilerine menfaat temin etme şeklinde sübut bulan eylemlerinin TCK'nın 250/2. maddesinde düzenlenen ikna suretiyle irtikâp suçu niteliğinde olduğu gözetilmeksizin, suçun hukuki nitelendirmesinde hataya düşülerek yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 24.09.2012, 4057/9283)

252 Özgeçen, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.59 vd. Majno Şerhi'nde konu ile ilgili olarak; "İrtikâp cürmünün kanuni unsuru olarak ikna ise ferde kanunen ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde bulunduğunu anlatmakla vaki olur. İcbar, istenilen bir şey için cebir ve şiddet veya ihfâ kullanılmasıyla kendini gösterir, ikna ise ikna vasıtaları kullanılmasıyla elde edilir." açıklaması mevcuttur. Bk. Majno, II, s. 171

İknanın varlığının kabulü için, mağdurun iradesinin etki altına alınmış olması gerekir. Bu itibarla sadece tavsiye, ikna sayılmaz: *"Suç tarihinde İzmir Büyükşehir Belediyesi İtfaiye Daire Başkanlığında itfaiye eri kadrosunda çalışan, aynı zamanda yangın önleme ve kontrol heyeti üyesi olan sanığın; mağdurun iş yerine kontrole gittiği, iş yerindeki başlangıç yangınlarına karşı alınan önlemlerin yeterli olmasına rağmen, mağdura bir kısım bölmelerin ahşap olduğunu, sac ve benzeri yanmaz malzemeler ile kaplanması gerektiğini belirtip düzenleyeceği raporu kastederek 'Bu rapora üç kişi imza atacağız, bunu aramızda halledelim, sen bize 300 TL ver.' dediği, mağdurun bu meblağı çok bulması üzerine sanığa 220 TL verdiği ve aynı gün raporun iş yerinin başlangıç yangınlarına karşı tedbirlerin yeterli olduğu şeklinde verildiğinin, daha sonra Cumhuriyet Başsavcılığınca yaptırılan incelemeye göre raporun bu şekilde düzenlenmesinde usulsüzlük bulunmadığının anlaşılması karşısında; yapılması gereken bir iş için para alınması olayında; ikna edici, hileli, tehdit veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan sanığın para isteğinin mağdur tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren sanığın eyleminin 29.12.2008 olan suç tarihi itibarıyla 'görevi kötüye kullanma' olarak kabul edilmesi gerekirken..."²⁵³*

Mağdur; sözle, yazıyla (örneğin, sahte evrak kullanarak) veya her iki vasıtanın birlikte kullanılması suretiyle ikna edilebilir.²⁵⁴

İkna suretiyle irtikâp suçu, icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Bu husus 250'nci maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Eğer fiil ihmali davranışla işlenmişse bu takdirde aşağıda inceleyeceğimiz "hatadan yararlanma suretiyle irtikâp" söz konusu olur.

cc. Yarar Sağlanması veya Vaatte Bulunulması

İkna suretiyle irtikâp suçunda kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni

253 Yarg. 5. CD, 24.01.2013, 613/761: "Sanığın Hisarcık İlçe Jandarma Komutanlığında idari işler astsubayı olarak görevli olduğu, katılanın Sarıgöl'de çalışan traktörünün izini takip ederek Hisarcık'a geldiği ve sanığa müracaat ettiği, araştırma yapılacağını söyleyerek katılanı gönderdikten birkaç gün sonra telefonla arayarak, arama faaliyetinde kullanılmak üzere 150 TL para istediği, Ziraat Bankası Hisarcık Şubesinde görev yapan Süleyman Demirel adına havale edilen parayı alması şeklinde gelişen olayda sanığın, katıldan parayı traktörü aramada yardımcı olacak kişilere vermek üzere istediği, katılanın, kolluğun adli görevini ifa ederken herhangi bir bedel talep edilmeyeceğini bilmesi gerektiği ve parayı üçüncü kişiler için vermesi de gözetildiğinde, olayda ikna suretiyle irtikâp suçu unsurlarının oluşmadığı, eylemin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği hâlde yazılı şekilde karar verilmesi." (Yarg. 5. CD, 05.02.2013, 2007/851); "Sanığın çekilen kura sonucunda bayi olmaya hak kazanan katılana daha önce aynı iş yerinde başka bir kişiye ait sayısal oyun makinesi bulunmasını kastederek 'Burada bir makine varken sana bir makine verilmesi zor.' dediği, katılanın 'Gereğini yapın, bana düşen bir görev varsa ben elimi taşın altına koymaya hazırım.' şeklinde cevap verdiği, makine bağlanıp çalışmaya başladıktan sonra sanığın Ankara'da bazı kişilere para vererek makineyi bağlattığını söyleyip katıldan 3.000 TL para istediği, istenilen paranın meşru olmadığını bilen katılanın fatura veya makbuz verilmesi hâlinde parayı verebileceğini belirterek sanığa istediği parayı vermediği, ikna suretiyle irtikâp suçunun oluşması için mağdurun hileli davranışlarla kandırılarak fail veya başkasına yarar sağlamasına veya bu yolda vaatte bulunmasına ikna edilmesi gerektiği, somut olayda katılanın istenen paranın meşru olmadığını bilmesi nedeniyle parayı ödemediği, ikna unsurunun bulunmadığı, sanığın yapılması gereken bir işin yapılması amacıyla menfaat temin etmeye çalışma şeklinde gerçekleşen eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK'nın 257/3. maddesi delaletiyle 257/1. maddesine ve hükümden önce 19.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasa ile TCK'nın 257/3. maddesinde yapılan değişikliğe göre ise anılan maddeye uyan görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu, hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 105/5-b maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması ve aynı Yasa'nın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin yeniden düzenlenmesi karşısında ise eylemin basit rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı, lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi." (Yarg. 5. CD, 15.05.2013, 6621/5150)

254 "(...) Mağdur F.Ç.den 40 TL aldıktan sonra, evraklarının eksikliği nedeniyle mağdurun kuruma yolladığı C. H.den de daha sonra 40 TL alma biçiminde gerçekleşen eyleminin zincirleme ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu, diğer 21 mağdurdan da yasal olarak ödenmesi gereken miktarın çok üzerindeki paraları ilgili şahısları memuriyet görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödenmesi gerekmeyen bu paraları, ödenmesi hususunda onları hileyle ikna edip, kendilerinden makbuzsuz olarak aldığı ve bu şekilde haksız çıkar sağlayarak her bir mağdur yönünden ikna suretiyle irtikâp suçunu işlediği mağdur ve tanık beyanları ve dosya kapsamı ile anlaşılmasına karşın, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 29.04.2013, 6576/399); "PTT Müdürlüğünde telgraf memuru olan sanık, telgraf çekmek üzere gelen kişilere verdiği makbuz kelime adedi ile telgraf ücretlerini fazla yazmış, dairesindeki kaydına ise tarifeye uygun olarak kaydetmiş ve bu suretle sahibini fazla ücret tediyesine ikna ederek tahsil ettiği fazla parayı temellük eylemiştir. Görevi icabı kendisine tevdi olunan veya muhafaza ve mesuliyeti altındaki paradan almadığına ve idarenin bir zararı doğmamış bulunmasına nazaran eylemin zimmet suçunu değil ... ikna yoluyla irtikâp suçunu teşkil edeceği düşünülmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 12.04.1978, 1367/1313, YKD, Mart 1979, s. 432 vd.)

suistimal ederek, hileli davranışlarla herhangi bir kimseyi sağlamak veya vadetmek zorunda olmadığı yararı sağlamak veya vadetmek zorunda olduğuna inandırması arandığından, yukarıda icbar suretiyle irtikâpta yaptığımız açıklamalar bu fiil açısından da geçerlidir.

c. İhmali Davranışla İkna Etme: Hatadan Yararlanma Suretiyle İrtikâp

250'nci maddenin 3'üncü fıkrasında; *"suçun, kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde ... cezasına hükmolunur"* denilmektedir.

Suçun en hafif şekli olan hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta, kamu görevlisi olan failin gerçekleştirdiği hileli davranışlarla mağdur, bilgisizlik,²⁵⁵ dalgınlık veya bir başka nedenle hataya düşmekte, fail ise bu durumu bilerek sessiz kalmakta ve böylece kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya vaatte bulunulmasına neden olmaktadır.

Hatadan yararlanma suretiyle irtikâp, ikna suretiyle işlenen irtikâp fiilinin ihmalî davranışla işlenen şeklidir.

Bu husus TCK'nın 250'nci maddesinin gerekçesinde, *"İkna suretiyle irtikâp suçunu oluşturan hilenin icrai veya ihmalî davranışla gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu bakımdan hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâp suçunun sadece bir işleniş şeklinden ibarettir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu durumda ikna suretiyle irtikâp suçunun cezasında indirim yapılması gerekmektedir."* denilmek suretiyle vurgulanmıştır.

Şu hâlde; kamu görevlisinin icrai davranışlarla aktif olarak hileli hareketlerde bulunması mağdurun hataya düşmesinde etkili olmuşsa, icrai davranışla ikna suretiyle irtikâp oluşur. Buna karşılık, kamu görevlisi karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak, ihmalî davranışla menfaat sağlamışsa hatadan istifade suretiyle irtikâp söz konusu olur. Zira kamu görevlisi hataya düşen kişi ile hukuki bir ilişkide bulunuyor olması sebebiyle, muhatabını doğru bilgilendirme yükümlülüğü vardır.

İhmalî davranışla gerçekleştirilen "hile" ile ilgili olarak dolandırıcılık suçuna ilişkin 157'nci maddenin gerekçesinde konumuzla da doğrudan ilgili şu açıklamalar vardır: *"Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmalî davranışla da gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmalî davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir."*

Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır:

²⁵⁵ "Antalya Defterdarlığı Sağlık Kurumları 1 no.lu Döner Sermaye kurumunda veznedar olarak çalışırken, 27.04.2004 tarihinde Antalya Havalimanında vize satış pulu ve yurt dışına çıkış harcı tahsil işlemlerini yapmak üzere geçici olarak görevlendirilen sanığın sadece dolar pulu satmakla yükümlü olduğu, hiçbir söz ve davranışı olmadan vezneye gelen Avusturya vatandaşlarının kendiliğinden uzattığı 15 euro'yu almasına rağmen karşılığında 13 dolarlık vize pulu satması suretiyle aradaki farkı mal edinme şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, 765 sayılı TCK'nın 209/3. maddesi uyarınca zincirleme hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu, ..." (Yarg. 5. CD, 04.02.2013, 498/818)

"PTT T. Otogar Şube Müdürlüğünde memur olarak görev yapan sanığın; 19/10/2009 tarihinde kuruma gelerek 2 ayrı kişiye toplam 3.500,00 TL'lik havale işlemi yapmak üzere gerekli belgeleri dolduran Y. Ç.'nin havale edeceği 3.500,00 TL yerine hata sonucu 11.500,00 TL olarak verdiği paranın 8.000,00 TL'sini bu kişiye iade etmeksizin alıkoyduğu, mesai bitiminden sonra fazla para yatırdığını fark eden Y. Ç.'nin kurum yetkilileri ile irtibata geçmesinden sonra kurum şefi tarafından çağrılan sanığın, 7.800,00 TL paranın aynı yerde bulunmasını sağladığı şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda; sanığın aktif hiçbir söz ve davranışı olmadan, yanlışlıkla fazla para yatıran kişinin bu hatasından yararlanarak, kendisine yarar sağladığı ve bu şekilde TCK'nın 250/3. maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunu işlediği gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen yanlışlıklar değerlendirme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması..."²⁵⁶

Yargıtayın icrai davranışla gerçekleşen iknayı, ihmalî davranışla gerçekleştiğinden bahisle yanlış değerlendirdiği katılmadığımız kararları da vardır: *"Sanığın, Burdur Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünde ölçü ve ayar memuru olarak görevli olduğu, suç tarihinde katılanlara ait akaryakıt istasyonunda yakıt tankının ölçü ve ayarını yaptığı, bu işin bedelini soran katılanlardan işlem bedeli olarak 200 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir davranışı olmadan katılanların hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde gelişen olayda eylemin TCK'nın 250/3. maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikâp suçuna uyduğu gözetilmeden ikna suretiyle irtikâp suçundan hüküm kurulması..."²⁵⁷*

Karar'dan tam anlaşılammakla birlikte mağdurlar bu işlemin bedelini sanığa sormuşlar, sanığın söylediği bedeli de ona ödemişlerdir. Somut olayda sanığın icrai davranışı vardır ve fiil ikna suretiyle irtikâp olur.²⁵⁸

İnceleme konusu suçta mağdurun hatası; vermeye ilişkin olup, kabul etmekle alakalı değildir. Diğer bir anlatımla kamu görevlisi, verilmesi icap eden miktardan az bir şey vererek farkını kendinde alıkoyar ve karşı taraf verileni hataen noksanı ile kabul ederse fiil irtikâp değil, zimmet olur.²⁵⁹

Hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikâbı, bazı yazarlar "selbi irtikâp" şeklinde isimlendirmişlerdir. Tediye gerekeceği hâlde, mahkeme masrafı olarak yanlışlıkla verilen bir paranın kamu görevlisi tarafından, bu yanlışlık bilinmesine rağmen alınması ve şahsen temellük edilmesi bu çeşit irtikâba örnek teşkil eder.

Burada kanunun farz ettiği hâl, zimmet fiilinin aksine tevdimin serbest bir iradeye dayanmaksızın hataen meydana gelmesi durumudur.

Kanunda ne üzerinde hata edilebileceği hususunda açıklık bulunmamaktadır. Maddede; yalnız *"kamu görevlisinin, görevini ifa ederken, diğerinin hatasından istifade ederek ihmalî davranışla kendisine veya başkasına yarar sağlama veya vaatle bulunulmasına sebep olması"* aranmaktadır. Kanun bir ayırım yapmadığından,

²⁵⁶ Yarg. 5. CD, 13.05.2013, 7234/4924

²⁵⁷ Yarg. 5. CD, 09.10.2012, 2419/10002

²⁵⁸ Yargıtayın bu şekildeki hatalı kararlarına rastlanmaktadır: "Sanığın, Ferizli 1. no.lu Sağlık Ocağında çevre sağlık teknisyeni olarak görevli olduğu, suç tarihinde mağdura portör kâğıdı düzenlediği, bu işin bedelini soran mağdurdan işlem bedeli olarak 30 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir söz ve davranışı olmadan para ödemek isteyen mağdurun hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde geliştiği anlaşılan eylemin TCK'nın 250/3. maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikâp suçuna uyduğu ve hükümden sonra TCK'ya eklenen 250/4. maddesi de nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 23.05.2013, 8027/5644)

²⁵⁹ Bk. Ögel, s. 932

hatanın; eda yükümlülüğüne veya edanın miktarına veyahut da kamu görevlisinin edayı kabule ehil olup olmamasına ilişkin olabileceğini kabul etmek lazım gelir.

B. Fail

a. Genel Olarak

250'nci maddenin düzenlemesine göre bu suçlar ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir ve bu sebeple gerçek özgü suç niteliği taşır. Maddede sözü edilen "kamu görevlisi" kavramının anlam ve içeriği, TCK'nın 6'ncı maddesindeki tanım ve gerekçesindeki açıklamalara göre belirlenmelidir.

"Saniğin Gebze Minibüsçüler Esnaf Odası başkanı olduğu, suç tarihinde yürürlükte bulunan 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'nun 112. maddesine göre; oda yönetim kurulu başkan ve üyelerinin odanın paraları ile para hükmündeki evrak ve senetleri ve sair mallar aleyhine kesin hesap rapor ve diğer her çeşit evrak ve defterleri ve vesikaları üzerinde suç işledikleri takdirde bu suçlardan dolayı devlet memurları gibi cezalandırılacakları, oda yönetim kurulu başkan ve üyelerinin irtikâp suçunun faili olamayacakları gözetilmeden, saniğin irtikâp suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi..."²⁶⁰

11.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanun'la, KİT personelinin cezai sorumluluğunu belirlemek üzere

399 sayılı Kararname'nin 11'inci maddesine eklenen (b) bendinin düzenlemesi dolayısıyla KİT personeli "ifa ettikleri görevlerinden doğan" her türlü suçtan dolayı "memur (=kamu görevlisi)" sayılmaktadır.²⁶¹ Bu sebeple, KİT personeli de icbar suretiyle irtikâp suçunun faili olabilecektir.²⁶²

Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır.²⁶³

Bir kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanabilmesi, bu görevi, usulüne uygun bir şekilde iktisap etmiş olmasına bağlıdır. Fiil, usulüne uygun tarzda kamu görevini iktisap etmemiş kişi tarafından ifa edilirse,

260 Yarg. 5 CD, 04.04.2011, 1495/2681

261 11.02.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanun'la, KİT personelinin cezai sorumluluğunu belirlemek üzere 399 sayılı Kararname'nin 11'inci maddesine (b) ve (c) bentleri eklenmiştir: "Madde 11/b hükmü şöyledir: 'Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli; ... teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına, para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında TCK'nın 2. Kitap 3. ve 6. bablarındaki hükümler uygulanır.'"

262 Özgeç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 40 vd.

263 "Saniğin görev yaptığı Türk Telekomünikasyon AŞ'nin suç tarihi itibarıyla personel rejimini düzenleyen yasa hükümleri göz önüne alınarak saniğin 399 sayılı KHK hükümlerine göre çalışıp çalışmadığına ilişkin belgelerin aslının veya onaylı suretlerinin ilgili kurumdan getirilip suç tarihi itibarıyla görev ve statüsü tespit edilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, (...) saniğin İstanbul İl Telekom Müdürlüğünde, Anköserli Telekom müdürü olarak görev yaptığı, telekom bayisi olan müşteki Kemal Yükseli 'Çok miktarda kart alıp satıyorsun kartları korsan satıcılara veriyorsun.' diye suçladığı müştekinin kabul etmemesi üzerine kendi makam odasında 'Bana 15 milyar vereceksin vermez isen senin ve kardeşlerinin bayiliğini iptal ederim.' diye söyleyerek müştekiden para istediği, bilahare paranın tedarik edilmesi için müştekiye süre verdiği, aralarında yapılan pazarlık neticesinde 10 milyar TL'ye kadar indiği ve paranın bir kısmının ödenmesine razı olduğu, saniğin bu yoldaki icbarına maruz kalan müştekinin haksız menfaat sağlamayı düşünmeyip saniğin yakalanmasını temin etmek amacı ile para vermeye rıza göstermiş gibi görünüp durumu emniyet müdürlüğüne intikal ettirerek aldığı talimat üzerine 2 milyar 500 TL'yi vererek saniği yakalattığı, bu itibarla eylemin cebrî irtikâba kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 13.12.2011, 14561/25340)

irtikâp suçu oluşmaz.²⁶⁴

Failin suçu işlediği sırada kamu görevlisi olması yeterlidir. Sonradan bu sıfatı kaybetmesi veya fiilî vazifesi başında olmadığı sırada işlemesi, suçun oluşması açısından önem taşımaz. Fiilin tatil günü veya mesai haricinde de işlenmesi mümkündür.

b. Fail Açısından Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur: Suçun Trafik Suç ve Ceza Tutanaklarını Tanzim ile Görevli Olanlar Tarafından İşlenmesi

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 11'inci maddesinde; "Bu Kanun'un 114'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç veya ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin ifa edecekleri suçlardan Türk Ceza Kanunu'nun 181, 209, 211, 212, 228, 240'ıncı maddelerinde yazılı fiilleri yapanlar hakkında belirtilen maddelerde geçen cezalar yarı nispetinde artırılarak hükmolunur ve bu suçları işleyenlerin meslekle ilişkileri kesilir." hükmü mevcuttur.

Suç ve ceza tutanağını düzenlemekle görevli kişilerin kimler oldukları 2918 sayılı Kanun'un 114/1'inci maddesinde; "Bu Kanun'da yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenlenir." şeklinde gösterilmiştir.

Düzenlemeye göre; Trafik Suç ve Ceza Tutanaklarını Tanzim ile Görevli Olanların TCK'nın 250'nci maddesindeki irtikâp ve 252'nci maddesindeki rüşvet suçu ile 257'nci maddesindeki görevi kötüye kullanma suçlarını işlemeleri hâlinde ceza yarı oranında artırılabacaktır.²⁶⁵

C. Mağdur

Suçun mağduru; icbar suretiyle irtikâpta, kendisine karşı manevi cebir tatbik edilen; icrai davranışla işlenen ikna suretiyle irtikâpta, aldatılan; hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta (ihmalî davranışla ikna) ise yanılgıya düşen kişidir.

Çoğu zaman irtikâp suçuna maruz kalan kişi ile irtikâp olunan para veya sair menfaatin sahibi aynı kişidir. Bazı hâllerde ise irtikâba maruz kalan kişi ile para ve sair menfaatin sahibi farklı olabilir. Bu gibi hâllerde irtikâba maruz kalan kişi mağdur, irtikâp olunan para ve sair menfaatin sahibi ise suçtan zarar gören olur.

²⁶⁴ "Avcılar Borusan Oto Zehra Nurhan Kocabıyık İlköğretim Okulu müdür yardımcısı olan sanık İlhan Çalışkan hakkında öğrenci velilerinin Borusan Oto Zehra Nurhan Kocabıyık İlköğretim Okulu ve Öğrencileri Koruma Derneği muhasebecisi olup temyize gelmeyen sanık Nevin Konya'ya zorla bağış yapmasını sağlamak suretiyle cebren irtikâp ve öğrenci velilerinden aldığı bağışların, makbuzlarının velilerde kalan birinci nüshasına gerçek miktarı dernekte kalan ikinci nüshasına da farklı miktar yazarak aradaki farkı uhdesinde tutmak suretiyle zimmet suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında sanığın müdür yardımcısı olarak görev yaptığı, dernek ile ilgili herhangi bir görevinin bulunmadığı, derneğe yapılan bağışları tahsil etme ve makbuz düzenleme görev ve yetkisinin muhasip Nevin Konya'da olduğu sanık savunması, tanık beyanları, bilirkişi raporu ve dosya kapsamından anlaşılmakla delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle sanık hakkında verilen beraat hükmü usul ve kanuna uygun olduğundan, ..." (Yarg. 5. CD, 16.01.2012, 14555/97)

²⁶⁵ "17.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4199 sayılı Kanun'la değişik 2918 sayılı Yasa'ya eklenen ek 11. madde gereğince, trafik polisi olup suç tutanağı düzenleme yetkisi bulunan sanıklar hakkında hükmolunan cezaların yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır." (Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 488/1194); "17.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4199 sayılı Kanun'la değişik 2918 sayılı Kanun'a eklenen ek 11. madde gereğince, trafik polisi olup suç tutanağı düzenleme yetkisi bulunan sanığa hükmolunan cezanın yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 03.07.2012, 7017/7741)

İrtikâp suçu ile korunan hukuki değer, bireylerin kamu idaresine olan güvenidir. Suçun işlenmesiyle bu güven sarsıldığından icbara maruz kalan kişinin yanı sıra toplumu oluşturan bütün bireyler de suçun mağdurudur.²⁶⁶

Devlet suçun mağduru olamaz. Ancak suçtan zarar gören olabilir.

Yargıtay, 3628 sayılı Kanun'un 17 ve 18'inci maddelerindeki hükümler muvacehesinde Devlet Hazinesini suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir.²⁶⁷

D. Konu

a. Genel Olarak

Maddede; *"kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına ... icbar eden kamu görevlisi, ... cezası ile cezalandırılır"* denilerek suçun konusu "yarar" olarak belirtilmiştir.²⁶⁸

"Yarar"; "menfaat, çıkar, istifade, kâr" anlamına gelmektedir.²⁶⁹ Madde metninde kullanılan terim, geniş yorumlanmalıdır. Bunun kapsamına para ile birlikte kıymet ifade eden her türlü mal dâhildir. Bir malın verilmesini sağlamak, senet kırmak, bir borcun vadesini uzatmak, cebri icrayı durdurmak, bir meskende kısmen veya tamamen kirasız oturmamak, kendisine veya yakınlarından birine bedel ödemeksizin hayat sigortası temin etmek, "yarar" kavramına dâhildir. Kişinin maddi, manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler de yarar kavramı içerisinde mütalaa edilmelidir.

Cinsel veya benzer arzuların giderilmesinin yarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce bu isteklerin karşılanması da yarar sağlama olarak kabul edilmelidir. Ayrıca, insanın hoşuna giden, gururunu okşayan, övünmesine vesile olan veya sırf estetik hislere hitap eden hususlar da yarar kapsamı içinde düşünülmelidir.²⁷⁰

b. Konu Bakımından Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur: Elde Edilen Yararın Değerinin Azlığı

765 sayılı TCK'nın 219'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasındaki *"202 ila 218'inci maddelerde yer alan cürümler dolayısıyla alınan veya verilen rüşvet veya yararın değeri hafif olduğu takdirde verilecek cezanın yarısı, pek hafif olduğu takdirde üçte ikisi indirilir."* şeklindeki hüküm uyarınca irtikâp edilen yararın değerinin azlığı hâlinde,

266 Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.42

267 "Suçtan zarar gören ve kovuşturma aşamasında duruşmadan haberdar edilmeyen Hazine vekilinin katılma talebinin 3628 sayılı Kanun'un 17 ve 18. maddeleri ile CMK'nın 237/2, 260. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak kabulü ile dosyanın esastan incelenmesine karar verildikten sonra gereği düşünüldü, ..." (Yarg. 5. CD, 29.04.2013, 6576/3992); "Sanıklar hakkında cebri irtikâp ve bu suça katılmaktan kamu davaları açıldığı, 3628 sayılı Yasa'nın 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince davaya katılma hakkı bulunduğundan 07.05.2009 tarihli celsede verilen 1 no.lu ara kararın kaldırılarak Sağlık Bakanlığının, CMK'nın 237. maddesine göre davaya katılan olarak kabulüne ve sanık Okan'ın müşteki Şenol Zarcı'ya yönelik eylemine ilişkin aleyhte temyiz bulunmadığından bu hükümle ilgili sanık müdafisinin talebiyle sınırlı olarak temyiz incelemesi yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü, ..." (Yarg. 5. CD, 05.02.2013, 2030/853)

268 765 sayılı TCK'nın 209'uncu maddesinde ise suça konu nesneler "para, sair menfaat ve şey" olarak belirtilmiştir.

269 Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s.321; Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.506

270 Özgenç; yarar kavramının kapsamına, ekonomik değer taşımayan yararlanmaların (mesela cinsel arzuların tatmini) dâhil olmadığı görüşündedir. Bk. Özgenç, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, s. 37

cezada indirim öngörülüyordu.²⁷¹

Yargıtay 5. CD'nin 2005 yılına kadar 765 sayılı TCK'nın 219/3; 5237 sayılı TCK'nın 249 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/6'ncı maddeleri açısından değer azlığına ilişkin listesi aşağıdaki tabloda belirtildiği şekilde olup, bu tarihten sonra bir değer tespiti yapılmamıştır. Ancak takip edebildiğimiz kadarıyla Dairenin daha önceden yaklaşımı genelde yeniden değerlendirme oranında artırma yapmak şeklinde olduğundan, bu kıstasın kullanılmaya devam edeceği söylenebilir.²⁷²

6352 sayılı Kanun'la TCK'nın 250'nci maddesine 4'üncü fıkra olarak; *"irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir"* hükmü eklenmiş ve böylelikle elde edilen menfaatin değerinin az olması, yeniden cezada indirim gerektiren bir hâl olarak düzenlenmiştir.

Bu hüküm, değişiklik metnine TBMM Adalet Komisyonunda eklenmiştir.²⁷³

250'nci maddeye 6352 sayılı Kanun'la eklenen 4'üncü fıkra ile irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumuna göre, cezanın yarıya kadar indirilebileceği kabul edilmiştir.²⁷⁴

Bu fıkra da her ne kadar "irtikâp edilen menfaatin değeri" tabiri kullanılmış ise de fıkranın uygulanabilmesi için irtikâba konu menfaatin fiilen elde edilmiş olması şart değildir. Temin edilmesi vadedilen menfaatin değeri de fıkranın uygulanması için esas alınabilir.

6352 sayılı Kanun'la eklenen TCK m. 250/4 uyarınca irtikâp suçuna konu

271 "Hükümden sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa hükümleri de gözetilerek yapılan incelemede; (...) sanıkların başından itibaren fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek öncelikle mağdurdan 1500 mark menfaat temin etmeye çalışmaları karşısında özgülenen kastları nazara alındığında sonuçta 40 lirayı mal edinebilmiş olmalarının değer azlığı nedeniyle cezadan indirim yapılmasını gerektirmediği anlaşılmakla tebliğnâme de bu hususta bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiştir." (Yarg. 5. CD, 12.02.2013, 11276/1107); "2005 yılındaki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü nazara alındığında 5.500 YTL'nin altındaki miktarların hafif değerlerde kabul edileceği gözetilmeden sanığın elde ettiği 2 adet pantolonun da değerinin belirlenip 5.000 TL'ye eklenerek sanık hakkında lehine olan 765 sayılı TCK'nın 219/3. maddesi uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının tartışılması, ..." (Yarg. 5. CD, 21.06.2012, 13976/7065); "Hükümde irtikâp olunan miktar gösterilmediği hâlde lehe hükmün tespiti sırasında 765 sayılı TCK uyarınca değerlendirme yapılırken tatbik imkânı bulunmayan 522/1. madde ile artırım yapılacağına belirtilmesi ve miktarın tespit edilememesi sebebiyle bu belirsizliğin sanık yararına düşünülerek hakkında 765 sayılı Yasa'nın 219/3. maddesi uyarınca indirim yapılarak sonucuna göre lehe yasanın belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 10.05.2012, 8954/5054); "İrtikâba konu olan ve sanıklar tarafından katıldıkları alıncı kabul edilen cep telefonunun suç tarihi itibarıyla değerinin bir kısmı marifetiyle tespit edilerek ve yine sanıklar tarafından alındığı kabul edilen dolar ve euro cinsinden paraların suç tarihi itibarıyla Türk lirası karşılığı da belirlenip buna eklenerek, sanıkların katıldıkları sağlamış oldukları menfaate ilişkin toplam para miktarına göre haklarında 765 sayılı TCK'nın 219/son maddesine göre indirim yapıp yapılmayacağı da tartışıldıktan sonra 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki Kanun'la ilgili uygulamanın, denetime imkân verecek şekilde kararda gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 17.04.2012, 8005/3851)

272 Baytemir, Erdal, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Adalet Yayınevi 2011, Ek Tablo

273 Eklenme gerekçesi; "Alt Komisyon metninin 85'inci maddesi, irtikâp suçlarının işlenmesi suretiyle elde edilen menfaatin değerinin azlığı, mağdurun ekonomik durumu da göz önünde bulundurulmak suretiyle, verilecek cezada indirim yapıp yapılmaması ve yapılacaksa, indirilecek miktarın belirlenmesi hususunda hâkime takdir hakkı tanınması amacıyla verilen önerenin kabul edilmesi neticesinde Komisyonumuzca çerçeve 85'inci madde olarak kabul edilmiştir." şeklinde ifade edilmiştir.

274 "6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler uyarınca, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri için hükmün bozulması dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi gerektiği düşünülebilirse de somut olayda elde edilmek istenen haksız menfaatin 60.000 TL tutarında olması ve mağdurların ekonomik durumları dikkate alındığında, sanığın hükümden sonra getirilen 4. fıkradaki lehe düzenlemeden yararlanamayacağı anlaşıldığından, bu yönde bozma kararı verilmesine gerek görülmemiştir." (Yarg. CGK, 29.01.2013, 5-1269/26); "6352 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinin sadece karşılıksız yararlanma suçlarını kapsadığı anlaşıldığından anılan Kanun'un irtikâp suçu yönünden getirdiği düzenlemeler ve suç tarihi ile 8000 TL şeklindeki değere göre TCK'ya eklenen 250/4. maddesinin uygulanamayacağı gözetilerek yapılan incelemede, ..." (Yarg. 5. CD, 25.03.2013, 5861/2225); "Hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile TCK'nın 250. maddesine eklenen 4. fıkraya göre; irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak cezada yarı oranına kadar indirim yapılması mümkün hâlde geldiğinden sanığın her bir irtikâp eylemine ilişkin olarak hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, ..." (Yarg. 5. CD, 11.03.2013, 3938/1743); "... Suça konu dizüstü bilgisayarın bilinen değerine, suç tarihine, 21 yaşında askerden yeni dönmüş, sabit bir işi ve geliri bulunmayan mağdurun saptanan ekonomik durumuna göre bu Kanun'la eklenen TCK'nın 250/4. maddesinin uygulanamayacağı gözetilerek yapılan incelemede, ..." (Yarg. 5. CD, 24.01.2013, 577/771)

olan yararın değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak ceza yarısına kadar indirilebilir. Hükümde “ve” bağlacı kullanıldığından cezanın indirilmesi için yararın değeri ve mağdurun ekonomik durumu *birlikte* göz önünde bulundurulacaktır.²⁷⁵

6.5.2.2. Manevi Unsurlar

İrtikâp suçları, kasten işlenebilir; fillerin taksirle işlenmesi suç sayılmamıştır.

İrtikâp suçları, yukarıda açıkladığımız maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile tamamlanır.

Kanunumuz bu suçun oluşması için, kamu görevlisine veya üçüncü kişiye “yarar sağlanmasını veya bu yolda vaatte bulunulmasını” aramaktadır. Şu hâlde fail; bu menfaatin kendisine veya üçüncü kişiye görevinin sağladığı nüfuzun veya güvenin kötüye kullanılması suretiyle temin edildiğini bilmeli ve istemelidir. Ayrıca fail, gerçekleştirdiği fiilin kişiyi icbar etmeye elverişli olduğunu da bilmelidir.

6.5.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

İnceleme konumuz olan suç açısından 765 sayılı eski TCK’nın 209’uncu maddesinde, para veya menfaatin memura veya başkasına “haksız olarak” verilmesi veya vadedilmiş olması aranmaktaydı. Diğer bir ifade ile verilmesi gerekli olmayan para veya menfaatin faile veya üçüncü kişiye “haksız olarak” sağlanmış veya vadedilmiş olması gerekmektedir.

Kanun’daki bu düzenleme sebebiyle, fail haklı bir hususun temini için icbar veya iknada bulunursa, fiil icbar veya ikna suretiyle irtikâp suçları açısından hukuka aykırı sayılmamakta ve kamu görevlisinin, kendi alacağını almak için maddede belirtilen hareketleri yapması, irtikâp suçu olarak değil, somut olayın durumuna göre, görevi kötüye kullanma (765 sayılı TCK m. 240) veya ihkakı hak (765 sayılı TCK m. 308) suçlarından biri olarak değerlendirilmekteydi.

TCK’nın icbar suretiyle irtikâp suçuna ilişkin tanımında, elde edilen para ve sair menfaatin “haksız”lık vasfından açıkça söz edilmemiştir. Bu durum karşısında, kamu görevlisinin örneğin bir başkasında mevcut olan alacağını görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle tahsil etmesi hâlinde, icbar suretiyle irtikâp suçunun oluştuğu ileri sürülebilir mi?

Düşüncemize göre; kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak salt alacağını tahsil etmesi hâlinde işlediği fiil ceza hukuku sorumluluğu gerektirmez. Ancak, alacağını tahsil ederken, “kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilerin haksız bir kazanç sağlamasına sebebiyet vermesi hâlinde, TCK’nın 257’nci maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.”²⁷⁶

Kamu görevlisi, idareye ait bir işi yaptırmak veya idarenin alacağını tahsil edebilmek için icbar veya ikna fiillerini işlemiş ise irtikâp suçu oluşmaz. Başka bir

²⁷⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s.848. Ayrıca bk. Akkaya, İrtikâp Suçu, yayımlanmamış makale, nakleden: Tuğrul, s.1055 vd.

²⁷⁶ Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.39

anlatımla, kamu görevlisi idarenin ödenmesi gereken alacağını, nüfuzunu usulsüz kullanarak ödetmiş ise fiil, irtikâp değil, diğer unsurları da bulunduğu takdirde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.

Yarg. 5. CD; Hükûmet Tabipliği sağlık memuru olan sanığın aşı için müracaat eden hacı adaylarından aşılmasının yapılması sırasında dairenin bir kısım ihtiyaçlarını karşılamak ve piyasaya olan araç tamir borcunu ödeyebilmek için makbuz karşılığı para aldığı olayda, sanığın fiilini, ikna suretiyle irtikâp sayan mahalli mahkeme kararını, mûsnet suçun unsurları oluşmadığı gerekçesi ile bozmuştur.²⁷⁷

6.5.3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

6.5.3.1. Teşebbüs

Yukarıda da açıkladığımız gibi, icbar suretiyle irtikâp suçunda, kamu görevlisinin manevi cebre başvurmak suretiyle kişiden bir menfaat talebinde bulunması gerekir. Bu manevi cebir, somut olayda muhatabını etkilemeye elverişli olmalıdır. İnceleme konusu suç, kamu görevlisinin icbarı sonucunda menfaatin temin edilmesi ile tamamlanır.

İcra edilen manevi cebir, muhatabı etkilemeye elverişli olmasına rağmen; muhatap bu cebirden etkilenmemiş veya etkilendiği hâlde faile yarar sağlamamışsa, icbar suretiyle irtikâp suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir.

"6352 sayılı Yasa değişikliğinden önceki 5237 sayılı TCK'nın 250/1. maddesindeki düzenlemeye nazaran da cebrî irtikâp suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesi gerektiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/03/2010 tarih ve 2009/5-167- 2010/70 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerekmesi karşısında; suç tarihinde Alaçam İlçe Tarım Müdürlüğünde veteriner hekim olarak görev yapan sanığın, hayvanların ilçe dışına sevki için gerekli menşe şahadetnamesi düzenlemekle görevli olduğu, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu ve Yönetmelik gereği hayvanların muayenesini yaparak kamyonların dezenfektanı için alınması gereken ücretler çok katlı kamyonlardan 4 TL, kamyonlardan 2 TL, kamyonetden 1 TL, ayrıca 488 sayılı Kanun ve 5281 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca damga pulu yapıştırılmak suretiyle alınacak damga vergisi 6,50 TL iken, suç tarihinde hayvanları aracın üzerinde yüklü hâlde Tarım Müdürlüğüne giden müşteki Mustafa Keskin'den 20 TL istediği, paranın miktarına itiraz eden müştekinin müdüre müracaat ettiği, müdürün de kendisine tahminen 9 TL vermesi gerektiğini söylemesi üzerine sanığın yanına giden müştekiye bu kez tekrar, istediği 20 TL'yi vermezse raporu vermeyeceğini söylediği, bunun üzerine müştekinin tekrar İlçe Tarım müdürüne gittiği ve müdürün dâhilî telefonda sanığı arayarak 9 TL almasını belirttiği, müştekinin bu parayı ödedikten sonra makbuz istediğinde ise bu kez sanığın elindeki raporu alarak yırtmaya kalkıştığı, ancak müştekinin çekerek yırttırmadığı, sanığın sübut bulan bu

²⁷⁷ Bk. Yarg. 5. CD, 21.02.1979, 4064/403, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 1984. İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.39

*eyleminin cebrî irtikâba teşebbüs suçunu oluşturduğu...*²⁷⁸

Günlük hayatta şöyle durumlarla karşılaşmaktadır: İcra edilen manevi cebrin muhatabını etkilemeye elverişli olmasına rağmen muhatap, bu cebirden etkilenmemiştir; fakat faili yakalayabilmek için bu cebirden etkilenmiş görüntüsü vermektedir.

Yargıtay, önceden bu tür olaylarla ilgili verdiği kararlarında, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmekteydi. Son dönemlerde ise isabetli olarak irtikâp suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olduğuna karar vermektedir.²⁷⁹

İnceleme konusu suç bakımından kamu görevlisinin icbar ve iknaya ilişkin hareketleri sonucunda mağdurun faile bir "yarar" sağlaması suçun tamamlanması açısından gereklidir. Yararın sağlanmasından maksat, kişinin elde ettiği menfaati tamamen kendi hâkimiyet alanına geçirmesidir: *"Tapu Sicil müdürü olan sanığın, katılanın başvurusu üzerine hazırladığı kat irtifakına ilişkin dosyayı teslim etmeyerek 1.200 TL para istediği, katılanın ihbarıyla emniyet görevlilerinin olay yerinde tedbir aldığı, sanığın önceden seri numaraları alınmış 1.000 TL'yi teslim aldıktan sonra odaya giren polis memurlarının parayı sanığın masa çekmecesinde ele geçirdiği, bu itibarla sağlanan menfaatin sanığın hâkimiyet alanına girip girmediği ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılması gerektiği hâlde eylemin tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması..."*²⁸⁰

Kanuni düzenlemeye göre, ilk bakışta, kamu görevlisinin icbar teşkil eden fiilinin etkisiyle kendisine veya bir başkasına para veya sair yarar temini yönünde vaatle bulunulması durumunda da icbar suretiyle irtikâp suçu tamamlandığı değerlendirilebilir.

Düşüncemize göre, bu durumda aslında icbar suretiyle irtikâp suçu henüz

278 Bk. Yarg. 5. CD, 29.04.2013, 6576/3992

279 "(...) Göz doktoru olan sanığın hastanede yapacağı göz ameliyatı için özel muayenehanesine çağırdığı yakından para istemekten ibaret eyleminin TCY'nin 209/2, 61. maddelerine uyabileceği ve kanıtlarla eylemleri değerlendirilip nitelenmenin ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden yargıya devamla TCY'nin 240. maddesinden hüküm kurulması, ..." (Yarg. 4. CD, 19.04.1999, 2571/3983, Taşdemir-Özkepir, s. 484 vd.); "İsparta/Eğirdir İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde uzman çavuş olarak görev yapan sanığın, aynı yerde vatani görevini yapan ve kaybolan parkanın çantasında yakalanması nedeniyle hakkında tutanak düzenlenen jandarma er müştekiyi 27.04.2002 günü odasına çağırarak 300.000.000 TL para istediği, vermediği takdirde hakkında daha önce görevliler tarafından tutulan tutanağı kullanarak 'Seni mahvederim, askerliğini yaktığım gibi üç dört sene ceza alırsın!' demek suretiyle tehdit edici ve zorlayıcı sözler sarf ettiği, sanığın yoğun icbarına maruz kalan müştekinin ise hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek amacıyla öneriyi kabul etmiş gibi görünerek bölük astsubayına durumu anlattığı, 29.04.2002 tarihinde sanığın icbar teşkil eden bu eylemlerini tekrarlaması üzerine yakalanmasını temin amacıyla seri numaraları tespit edilen 80.000.000 TL parayı sanığa vererek yakalanmasını sağladığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, ..." (Yarg., 5 CD, 18.06.2008, 6346/6602); "Katılanın ifadelerinde kendisinden para istenmesi olayını İl Çevre ve Orman Müdürlüğünde çalışan Hasan Saday ve Zübeyir Güvel'e bildirdiğini beyan etmesine rağmen bu kişiler dinlenmeden ve katılanın kendisinden ÇED raporu için para istenmesiyle ilgili Emniyet Müdürlüğüne başvurusu sonrasında yapılan operasyon sonucu önceden seri numaraları alınmış paraların sanığın üzerinde ele geçmesi hususu üzerinde durulmadan, sadece sanığın biten duygusal ilişkiyi gurur meselesi yapan ve borç para istenmesini fırsat bilen katılanın kendisine suç isnat ettiği şeklindeki hayatın olağan akışı, olayın oluş biçimi ve dosya kapsamına uygun düşmeyen savunmasına itibar edilerek yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 27.03.2013, 5886/2386)

280 Yarg. 5 CD, 11.12.2012, 2087/12862; "Suç tarihinde A. E. Hv. Loj. Komutanlığı Des. Grp. Lv. Müdürlüğü emrinde Hv. Lv. Başçavuş rütbesiyle yiyecek ve yakacak hesap sorumlusu olan, aynı zamanda MSY 58-6 Silahlı Kuvvetler Yemek Hazırlama ve Dağıtım Hizmet Alımları Yönergesi'ne göre teşkil eden sözleşme yönetim kısmında da görevli olup, ceza yazdırabilme konusunda yetkisi bulunan sanığın, Ankara Etimesgut Hv. Loj. Komutanlığı Des. Grp. Lv. Müdürlüğüne ait er yemekhanesinde verilecek yemek ihalesini alan Aygar isimli firma yetkilisi Necati Aygar üzerinde ceza yazdırabileceği ve hak edişleri geciktirebileceği hususunda manevi cebir oluşturduğu ve bu cebrin etkisi ile para talep ettiği, Necati'nin de sanığı yakalamak amacıyla görünüşte bu talebi kabul ettiği ve bu durumu Askerî Savcılığa bildirdiği, Askerî Savcılığın seri numaraları alınan paraları teslim etmek üzere Necati'ye verdiği onun da buluşma yerinde bunları sanığa teslim ettiği, teslimden hemen sonra sanığın odasına girilerek seri numaraları alınmış paraların sanığın şahsı el çantası içinde ele geçirildiği anlaşılmakla; (...) sanığın eylemi teşebbüs aşamasında kaldığından, icbar suretiyle irtikâba teşebbüs suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken tamamlandığı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 12.02.2013, 2163/1093)

tamamlanmamıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere,²⁸¹ kanun koyucu, izlediği suç siyaseti gereğince, teşebbüs aşamasında kalmış olan icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı failin suç tamamlanmış gibi cezalandırılmasını öngörmektedir.

Vaadin yapılmasıyla suçun tamamlanıp tamamlanmadığı konusundaki bu tartışmanın sonuçlarından biri iştirak bakımındandır. Acaba; kamu görevlisinin icbarı sonucu para vermeyi vadeden mağdura, aradan 5 gün geçtikten sonra kamu görevlisi adına bir arkadaşı gelip bu parayı alsa ve kamu görevlisine götürse, aracı kişi icbar suretiyle irtikâp suçuna iştirak etmiş olur mu? Eğer vaat ile suçun tamamlandığını kabul edersek, tamamlanmış suça iştirak mümkün olmadığından bu kişi cezasız kalır. Buna karşılık menfaatin sağlanması ile suçun tamamlandığını kabul edersek, suç henüz tamamlanmadığından aracı olan kişi, suça iştiraktan sorumlu olur.²⁸²

İcbar ve iknaya ilişkin davranışlar gerçekleştirilmiş ancak yarar sağlanamamış yahut vaat elde edilememiş ise teşebbüsten bahsedileceğini belirttik. TCK'nın teşebbüse ilişkin 35'inci maddesi uygulanırken cezanın belirlenmesine ve bireyselleştirilmesine ilişkin 61'inci maddedeki ölçütler dikkate alınmalıdır.

Yarg. CGK bir kararında konu ile ilgili olarak; *"Sanığın, suç kastının yoğunluğu ile ısrarlı söz ve davranışlarına rağmen, 60.000 TL tutarındaki haksız çıkarı sağlayamamasına göre, eylemi teşebbüs aşamasında kaldığından TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca 2/3 oranında indirim yapılması da hukuka uygundur."*²⁸³ şeklinde görüş bildirmiştir.

Hatadan yararlanma suretiyle irtikâp, ancak ihmalî davranışla işlenebileceğinden teşebbüse elverişli değildir.

6.5.3.2. İştirak

Bilindiği gibi bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli nitelikleri haiz kişiler tarafından işlenebilir. Böyle suçlara "özü suçlar" denilmektedir.

Özü suçta, failin insan olmak dışında, başka birtakım özel ve objektif hususiyetlere sahip olması aranmaktadır. Şayet suçun temel şeklinin oluşması bakımından failde bu nitelikler aranmışsa, "gerçek özü suç"tan bahsedilir. Örneğin, irtikâp (m. 250), zimmet (m. 247) sadece kamu görevlileri tarafından işlenebildiği için

281 250'nci maddenin gerekçesinin konuya ilişkin bölümü şöyledir: "Yarar vaadinde bulunulması hâlinde de kamu görevlisinin tamamlanmış icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu durumda aslında icbar suretiyle irtikâp suçu henüz tamamlanmamıştır; ancak, izlenen suç politikası gereğince, failin tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür."

282 Özgeç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 43. Tezcan-Erdem-Önok, inceleme konusu suç bakımından; "suçun tamamlanması" ile "sona ermesi" ayrımı yaparak, vaatle bulunma ile söz konusu suçun tamamlandığını ve fakat henüz sona ermediğini belirtmektedirler. Bk. Tezcan-Erdem-Önok, s. 848

283 Yarg. CGK, 29.01.2013, 5MD-1269/26; "Katılanın aşamalarındaki uyumlu anlatımlarına, sanık N. D'nin hazırlıktaki kısmi ikrarına, bunu doğrulayan tanık İlyas Demir'in olaya yakın verdiği beyanlara, 20.03.2002 tarihli para teslim ve arama tutanaklarına, tanık beyanlarına ve dosya içeriğine göre vergi dairesi müdür vekili olan sanık M. C'nin vergi mükellefi olan müdahili mali araştırmaya tabi tutup, faza para cezası keseceğinden bahisle korkutarak komşusu ve arkadaşı olan diğer sanık vasıtasıyla para talep ettiği, katılanın isteği kabul etmiş gözükerek 20.03.2002 gününü C. savcılığına müracaat edip durumu bildirdiği, suçun ve failerin tespit edilmesi amacıyla tespiti yapılan para ve çekin katılan tarafından sanık N. D'ye ait iş yerinde teslim edilmesini müteakip yapılan operasyonla suça konu para ve çekin sanığın iş yerinde bir kutuda gizlenmiş olarak bulunduğuunun anlaşılması karşısında sabit olan ancak, henüz menfaat veya menfaat vaadinin sağlanamamış olması ve olayın ortaya çıkarılması için para ve çekin verilmiş olması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalan cebri irtikâba teşebbüs ve buna katılma niteliğinde olan suçlardan dolayı sanıkların mahkûmiyetleri yerine, (...) beraatlerine karar verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 05.10.2011, 4995/21609)

gerçek özgü suçlardır.²⁸⁴

Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur (m. 40/2).

TCK'nın 40'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, özgü suçlarda fail olabilmek için, kişinin özel faillik vasfını taşıması gerekir. Örneğin irtikâp suçunda, failin kamu görevlisi olması şarttır. Bu niteliğe sahip bulunmayan kimse, irtikâp suçunun müstakil yahut müşterek faili olamaz. Ancak kamu görevlisi olmayan kişi, irtikâp suçuna iştirak ederse, TCK'nın 40'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

Yargıtay uygulaması da aynı doğrultudadır: "... kamu görevlisi tarafından işlenebilen ve özgü suçlardan bulunan irtikâp suçunun işlenişine iştirak eden kişilerin 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği gözetilmemiş..."²⁸⁵

6.5.3.3. İçtima

İrtikâp, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir. Bu sebeple, irtikâp suçunun oluştuğu hâllerde ayrıca görevi kötüye kullanmadan bahsedilmez.

Bu suçun zincirleme olarak işlenmesi mümkündür. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında suçun aynı anda farklı kişilere karşı veya değişik zamanlarda aynı kişiye karşı işlenmiş olması durumunda faile 43'üncü madde çerçevesinde bir tek suçtan, artırılarak ceza verilmesi gerekir. Fiilin değişik zamanlarda farklı kişilere karşı işlenmiş olması durumunda 43'üncü madde uygulanmaz. Her suçtan ayrı ceza verilir: *"Suç tarihinde Musabeyli Nüfus Müdürlüğünde görev yapan sanıkların, nüfus işlemleriyle ilgili olarak başvuran kişileri yasal olarak ödenmesi gerekenden fazla para ödemeleri gerektiğine hileli davranışlarla ikna edip aldıkları, ayrıca Nüfus Kanunu'na göre kesilip ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edilmesi gereken nüfus para cezalarını ceza tutanağı tanzim ederek kendilerinin tahsil ettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların her bir mağdura karşı ayrı ayrı ikna suretiyle irtikâp suçunu işlemelerine rağmen eylemlerin zincirleme suç kabul edilerek eksik ceza tayini..."*²⁸⁶

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde ise bir suç işleme kararı ile suçun aynı anda farklı kişilere karşı veya değişik zamanlarda muhtelif kişilere karşı işlenmiş olması durumunda faile 80'inci madde dolayısıyla bir tek suçtan, artırılarak

284 Bazı hâllerde de suçun temel şekli, herkes tarafından işlenebilir. Ancak herkes tarafından işlenebilen bir suçun, belirli özelliklere sahip olan kimseler tarafından işlenmesi, o suçta, cezanın artırılması veya hafifletilmesini gerektiren nitelikli hâli oluşturmaktadır. Bu tarz özgü suçlara, "görünüşte özgü suçlar" denir. Örneğin, kasten öldürme suçu, herkes tarafından işlenebilir (m. 81). Ancak bu suçun, eşe, kardeşe, üst veya altsoydan birine karşı işlenmesi hâlinde, daha ağır ceza verilir (m. 82/1-d).

285 Yarg. 5. CD, 13.10.2011, 12827/21967; "Kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçlardan irtikâp suçuna iştirak edenler TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerinden diğer sanığı azmettirdiği sabit olmayan sanık Nabî'nin asli fail olarak cezalandırılması gerektiğine dair tebliğnamedeki düşüncelere iştirak edilmemiştir." (Yarg. 5. CD, 22.11.2011, 7961/24136); Yarg. 5. CD, 14.09.2009, 9075/10323

286 Yarg. 5. CD, 20.12.2012, 6031/13459; "Farklı şahıslardan değişik zamanlarda para temin edilmesinin ayrı ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden zincirleme biçimde gerçekleşen tek suç kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 06.10.2011, 5893/21710); "Farklı firmalardan değişik zamanlarda para temin edilmesinin ayrı ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden zincirleme biçimde gerçekleşen tek suç kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 30.04.2010, 15321/3176); "TCK'nın 43/2. maddesine göre; birden fazla kişiye karşı işlenen aynı suçun zincirleme suç kapsamında kabul edilebilmesi için, tek bir fiille işlenmesi gerektiğinden, somut olayda her bir mağdura karşı farklı zamanlarda işlenen suçlarla ilgili olarak, gerçek içtima kurallarına göre sanıkların her bir mağdura yönelik eylemleri ayrı ayrı değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 24.09.2012, 4057/9283)

ceza verilmesi gerekmektedir. Yargıtayın bu konu ile ilgili kararları çelişkilidir.²⁸⁷

Kamu görevlisi, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle aynı anda birden fazla kişiyi icbar etmişse, aynı neviden fikrî içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Zira TCK'nın 43'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, icbar suretiyle irtikâp suçunun "birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda" yine bir cezaya hükmedilecektir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

*"Sanığın, suç konusu eylemlerini önce H. M.'ye yönelttiği, daha sonra odasına M. D.'yi de çağırarak bu kez Hüseyin ve Mustafa'yı birlikte hedef alma suretiyle cebrî irtikâp boyutuna varan söz ve davranışları ortaya koyduğu ve böylece TCK'nın 43/2. maddesi gereğince tek bir fiille aynı suçu birden fazla mağdura karşı işlediği anlaşıldığından, zincirleme suç hükümleri uyarınca cezasından artırım yapılması da yerindedir."*²⁸⁸

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da ikna suretiyle irtikâp suçuna ilişkindir. Bu suçun evrakta sahtekârlık yapmak suretiyle işlenmesi durumunda; evrakta sahtekârlık suçları (TCK m. 204 vd.), ikna suretiyle irtikâbın TCK m. 42'de belirtildiği biçimde unsuru veya nitelikli hâli olmadığından, her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir.

Konu, TCK'nın 212'nci maddesi ile açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, *"sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur"*²⁸⁹

6.5.4. Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü, Yaptırım

İcbar ve ikna suretiyle irtikâp suçuna bakma görevi, ağır ceza mahkemesininindir.²⁹⁰

İrtikâp suçunun faili kamu görevlisi olması sebebiyle bu suç bakımından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulanmalıdır. Ancak 4483 sayılı Kanun'un, 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında *"suçun*

287 Gerçekten Yarg. 5. CD, 11.07.1978 tarih ve 2377/2461 sayılı Karar'ında "muhtelif şahıslara karşı vaki (ikna suretiyle) irtikâpta kast birliğinden bahsedilemeyeceği ve her eylemin ayrı suç teşkil edeceğinin dikkate alınmaması"nı hukuka aykırı kabul edip, TCK'nın 80'inci maddesi hükmüne aykırı karar vermişken, 28.10.1987 tarih ve 5917/5831 sayılı Karar'ında; "fiilin aynı kasıt altında değişik kişilere karşı işlenmesi hâlini" zincirleme biçimde yiyicilik suçu olarak kabul etmiştir (bk. Bakıcı, s.190). Aynı Daire, 19.10.1988 tarih ve 2394/6303 sayılı ilamında da aynı yönde karar vermiştir: "Sanığın aynı anda, aynı amaçla birden fazla kişiden para almaktan oluşan eylemleri, zor yoluyla yiyicilik suçunun maddi ögesi içinde bulunduğundan, ayrı bağımsız suçlar olmayıp zincirleme tek suç oluşturmaz."

288 Bk. Yarg. CGK, 29.01.2013, 5MD-1269/26

289 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay uygulaması bu doğrultuda değildi. "Sanığın Malkara PTT merkezi tarafından düzenlenen telefon haber kâğıtları ve faturaları üzerindeki rakamları değiştirmek suretiyle tebliğ ederek tahsil ettiği paraların fazla yatırılan kısmını mal edindiği anlaşılmamasına göre, ikna unsuru bulunmadığı cihetle müsnet suçun oluşmadığı ve bu itibarla eylemin iğfal kabiliyeti tespit edildiği takdirde sahtecilik, aksi hâlde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturaçağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi ... kanuna aykırıdır." (Yarg. 5. CD, 14.05.1991, 1338/2480, YKD, Mayıs 1992 s. 802 vd.)

290 Dava konusu olaydan önceki bir tarihte yabancı uyruklu bir şahsın sanık Okan tarafından darp ve gasp edilmesi olayında şikâyetçinin kız arkadaşı olan tanık Emine Duru'nun isteği üzerine şikâyetçinin, arabasıyla şahsın taşınmasına yardım ettiği, sanık Okan'ın bu olayı sanık Ahmet'e ve Esenler İlçe Emniyet Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapan ve hakkında verilen mahkûmiyet hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşen sanık Coşkun Fedakârtürk'e anlattığı, tüm sanıkların iştirakiyle şikâyetçiden para temin etmek için kurdukları mizansen gereği şikâyetçiyi cep telefonu ile arayıp iş yerine hırsız girdiğini söyleyerek evinin önünden Coşkun'un kullandığı Esenler Kaymakamlığına ait makam otosuna polis olduklarını söyleyerek binmesini sağladıkları, araçta sanık Okan'ın ellerinin kelepçeli olduğu ve önceki olay hatırlatılarak isminin olayda geçmemesi için 10.000 dolar para istedikleri, şikâyetçinin üzerinde bulunan ve tanıklar Ramazan ve Mümtaz'dan temin ettiği bir miktar parayı sanıklara verdiği, kalanını ertesi gün temin etmesi şartıyla şikâyetçiyi serbest bıraktıkları, ertesi gün sanıkların parayı istemek için cep telefonundan sürekli aradıkları, şikâyetçinin durumu anlayıp emniyete müracaat etmesi nedeniyle kalan parayı alamadıkları olayda, sanıkların eylemlerinin irtikâp suçu niteliğinde olup olmadığının tayin ve takdiri, bu konudaki kanıtların değerlendirilmesi üst mahkemeye ait olup görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 30.11.2011, 14714/24708) Aynı yönde; bk. Yarg. 5. CD, 09.04.2009, 4345/4506; Yarg. 4. CD, 19.01.2009, 16006/103

niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır” denildiği için, inceleme konusu suç bakımından 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu” hükümleri geçerli olacaktır.

3628 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre “3628 sayılı Kanun’da yazılı bulunan suçlarla, irtikâp, rüşvet, ... zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında” 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacak”,²⁹¹ soruşturma, 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacaktır.²⁹²

Buna göre suç haberi alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte durumu memurun mensup olduğu daireye de haber verecektir. Savcılık, yaptığı soruşturma neticesinde yeterli delil mevcut olduğu takdirde iddianame düzenleyecek, aksi hâlde koğuşturmama kararı verecektir (CMK m. 172).

Burada uygulamada çıkabilecek bir probleme de işaret etmek gerekmektedir. Savcılık, sanığın fiilinin 3628 sayılı Kanun’un 17’nci maddenin 1’inci fıkrası kapsamında bir suç olduğunu (irtikâp) düşünerek iddianame ile dava açsa, ancak yargılama esnasında suçun vasfının değiştiği, 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan (örneğin, görevi kötüye kullanma, m. 257) biri olduğu anlaşılrsa nasıl davranılmalıdır? Yargıtayın eski içtihadı, durma kararı verilerek dosyanın izin için idari merciye gönderilmesi yönündeydi.²⁹³

Daha sonra içtihat değişmiş ve iddianame ile doğrudan dava açıldıktan sonra fiilin irtikâp olmayıp örneğin görevi kötüye kullanma olduğu kanısına ulaşılmış olsa bile durma kararı verilmeden dosyanın sonuçlandırılması yönünde karar verilmeye başlanmıştır. Buna göre vasıf değişikliği olarak adlandırılan bu durumda, mahkemece yargılamaya devamla ek savunma hakkı verilmek suretiyle hüküm kurulmalıdır.²⁹⁴

Savcılık teşkilatımızın bugünkü durumu ve halka sunulan yargı hizmetinin kalitesi dikkate alındığında, eski içtihadın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

İrtikâp suçu ile başka suçlar birlikte işlenirse, her suçun kendi tabi olduğu

291 Bk. 4483 sayılı Kanun’un 16/1. maddesi

292 3628 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin 2’nci fıkrasında, “müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı” belirtilmektedir.

293 Bu Yasa’ya (MMHK) göre memur olan failin 3628 sayılı Yasa ile getirilen ayrıcalık dışında görevinden dolayı veya görev sırasında, bir başka deyimle görev suçu işlemesi hâlinde MMHK hükümleri uyarınca kovuşturma yapılması zorunludur. Bu durumda, 3628 sayılı Yasa’nın 17. maddesinde sınırlı biçimde sayılı suçlar nedeniyle C. savcısı tarafından doğrudan doğruya açılan davalarda yapılan soruşturma sonucunda suç niteliğinin değişmesi hâlinde gündeme gelen suç MMHK’ya göre kovuşturulması gereken suçlardan ise mahkemece CMUK’un 253/4. maddesi uyarınca durma kararı verilerek gereği yapılmak üzere dosya MMHK uyarınca görevli idare kuruluna gönderilmelidir.” (Yarg. CGK, 09.12.1991, 5-315/343, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s.1899 vd.)

294 “Dairemizce de benimsenen Yarg. CGK’nın 11.06.1996 gün ve 1996/129 esas, 1996/137 sayılı Karar’ında da belirtildiği üzere, memurların görevlerinden doğan veya görevlerini yaptıkları sırada işledikleri suçlardan dolayı yapılacak soruşturmalarda kural olarak 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre ilgili makamdan soruşturma izni alınması gerekli ise de ceza davasının konusunun iddianamede belirtilen maddi vakıalarla sınırlı olması ve mahkemenin de iddianamede yazılı hukuki nitelendirme ile bağlı olmayıp, değişen suç niteliğine göre ek savunma hakkı tanınmak suretiyle hüküm kurma imkânına sahip bulunması karşısında, 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinde belirtilen bir suçtan dolayı kamu davası açıldıktan sonra davanın yargılaması sırasında, suç niteliğinde değişme olsa dahi 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre dava konusu suç için ilgili makamdan soruşturma izni alınmasına gerek bulunmadığı, bu açıklamalar çerçevesinde somut olaya baktığımızda, sanığa isnat olunan eylemin 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinde belirtilen ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin olup, 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabi bulunmadığı ve Sincan Kaymaklığı İlçe İdare Kurulunca verilen 25.09.2007 tarih ve 498/K-23 sayılı Karar’ının davaya konu ceza soruşturmasında hukuki değerden yoksun olduğu gözetilip, buna göre sanık E.nin hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (Yarg. 5. CD, 28.05.2013, 5843/5808)

usule göre soruşturmasının yapılması gerekir. Soruşturulması izne tabi olan suç irtikâp ile birlikte işlendiğinden bahisle izin alınmaksızın genel hükümlere göre soruşturma veya kovuşturma yapılması mümkün değildir.²⁹⁵

İrtikâp suçlarında, mağdur olan kişi, davaya CMK'da öngörülen tarzda katılabilir.

Yargıtay, irtikâp suçlarında Kamu Hazinesinin de "suçun zarar göreni" sıfatıyla davaya katılma hakkının olduğunu kabul etmektedir.²⁹⁶

İcbar suretiyle işlenen irtikâp suçunun müeyyidesi 250'nci maddenin birinci fıkrasında, "beş yıldan on yıla kadar hapis cezası" olarak belirtilmiştir.²⁹⁷

İkna suretiyle irtikâpta faile üç yıldan beş yıla kadar hapis, hatadan yararlanma suretiyle irtikâpta ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.²⁹⁸

TCK m. 250/4'te, "İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir." denilmek suretiyle, menfaatin değerinin az olması hâlinde, mağdurun ekonomik durumu da göz önünde bulundurularak cezada indirimle gidilebilecektir.²⁹⁹

İncelediğimiz suçların konusunu oluşturan para veya sair yararın, TCK'nın 55'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü gereğince, müsadere edilmeyip, mağdura teslim edilmesi gerekir. Çünkü suça muhatap olan kişiler mağdurdur. Bu teslim, soruşturma ve kovuşturma aşamasında olabileceği gibi (CMK m. 131) önce el konulup, dava bittikten sonra da ilgisine iade edilebilir.

295 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş İzmir Grup Başkanlığında baş iş müfettişi olarak görev yapan sanığın, görevi sebebiyle düzenlediği 08.02.2006 tarihli tutanağı yok ettiğinin iddia edilmesi karşısında, öncelikle sanık hakkında resmî belgeyi yok etme suçu ile ilgili olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra dava açılması gerektiği gözetilmeksizin, genel hükümlere göre açılan davaya devamlı yazılı şekilde hüküm tesisi, ..." (Yarg. 5. CD, 12.03.2013, 14038/1762); "Bartın Sigorta İl Müdürlüğünde tahsis şefi olup imza incelemesine esas emeklilik belgesi içeriğine göre de memur olduğu anlaşılan sanığın görevi sebebiyle düzenlediği tahsil makbuzunun sahte olduğunun iddia edilmesi karşısında, suç tarihinde yürürlükte bulunan 4792 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile Sosyal Sigortalar Kurumunun tüm personeli memur sayılıp haklarında genel hükümlere göre soruşturma yapılması düzenlenmiş iken, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 17/7. maddesi uyarınca kurum memurları hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının öngörüldüğü yine 5502 sayılı Kanun'un 28/6. maddesinin 'Yönetim Kurulu üyeleri ile Kurum personeli, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, ... hükümlerine tabidir.' şeklinde düzenlenmesi nedeniyle sanığın eyleminin soruşturma ve kovuşturmasının izne bağlandığı gözetildiğinde ve bu hususun maddi ceza hukuku müessesesi olarak lehe olduğu anlaşılacakla öncelikle sanık hakkında memurun evrakta sahteciliği suçu ile ilgili olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra dava açılması gerektiği gözetilmeksizin genel hükümlere göre açılan davaya devamlı yazılı şekilde hüküm tesisi, ..." (Yarg. 5. CD, 22.12.2011, 9973/25720)

296 "CMK'nın 260/1. maddesine göre katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olan Hazinesin kanun yoluna başvurma hakkının olduğu ve 04.10.2011 havale tarihli dilekçe ile Hazine vekilinin katılma talebinde bulunduğu nazara alınarak tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiş ve 3628 sayılı Yasa'nın 18. maddesindeki '... Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması hâlinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.' düzenlemesinin verdiği yetkiye dayanılarak Hazinesin katılma talebinin kabulü ile katılan vekilinin dilekçesinde sanıklar hakkında aleyhe temyiz yoluna gidilmeyeceğinin belirtilmiş olması sebebiyle sanıklar müdafisinin temyiz itirazlarıyla sınırlı olarak esas hakkında inceleme yapılmasına karar verildikten sonra, ..." (Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 488/1194)

297 765 sayılı TCK'nın 209/1'inci maddesinde ise yaptırım, "altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası" olarak tayin edilmişti. 765 sayılı TCK'nın 13'üncü maddesine göre muvakkat ağır hapis cezasının üst sınırı 24 yıl olduğu için bu suç bakımından üst sınırın 24 yıl olduğunu söylemek mümkündür.

298 765 sayılı TCK'ya göre ise ikna suretiyle irtikâp suçunun faili dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis, hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçunun faili iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı.

299 "(...) Suçun işleniş şekli ve özellikleri, sanıkların dosyaya yansıyan kişilikleri, suç kastının yoğunluğu gözetilerek üst sınıra yakın şekilde ceza tayini yerine yazılı şekilde alt sınırdan uygulama yapılması, suçun 5237 sayılı Yasa'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlendiğinin kabul edilmesi karşısında aynı Yasa'nın 53/5. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi aleyhte temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamış, mahkemenin oluşturma uygun kabulü ve olayın gerçekleşme şekli ve süreci nazara alındığında sanıkların başından itibaren fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek öncelikle mağdurdan 1500 mark menfaat temin etmeye çalışmaları karşısında özgülenen kastları nazara alındığında sonuçta 40 lirayı mal edinebilmiş olmalarının değer azlığı nedeniyle cezadan indirim yapılmasını gerektirmediği anlaşılacakla tebliğnamede bu hususta bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiştir." (Yarg. 5. CD, 12.02.2013, 11276/1107)

Anayasa'nın 76'ncı maddesi, irtikâp fiilinin yüz kızartıcı suç olduğu tespitini yaptıktan sonra, bu suçtan mahkûm olanların milletvekili seçilemeyeceklerini belirtmektedir.

6.6. Rüşvet (M. 252-254)

6.6.1. Rüşvetin Sebepleri

Bütün suçlar gibi rüşvet de pek çok nedenden kaynaklanmaktadır. Rüşvet suçunun önemli bir nedeni ekonomiktir, yani kamu görevlilerine sağlanan gelirin yetersizliğidir. Bütün gücünü, özenli ve dikkatli bir biçimde görmekte olduğu hizmete tahsis etmek zorunda bırakılan kamu görevlilerinin, birden fazla kamu görevi üstlenmeleri, ticari faaliyette bulunmaları, özel kurum veya kuruluşların hizmetine girmeleri yasaklanmıştır (Devlet Memurları Kanunu m. 28). Diğer taraftan kamu görevlileri üstlendikleri görevlerin önemine uygun bir hayat sürmek zorundadır. Bu yükümlülüklerin gerekli olduğu kuşkusuz olmakla birlikte görevlilerin devletten çalışmalarının ve ayrıca kendilerine yüklenen sınırlamaların karşılığını oluşturan bir ücret almaya hakları da vardır. Ancak devlet, dış borçlar, enflasyon ve diğer ekonomik güçlükler sebebiyle kamu görevlilerinin adil ücret ihtiyaçlarını karşılayamamaktadır.

Ülkemizde kamu görevlilerinin bugün elde ettikleri ücret onların hizmetlerine uygun bir sosyal durumda yaşamalarına imkân sağlamaktan uzaktır. Bu durumdaki kamu görevlileri hayatlarını sürdürebilmek için çeşitli çarelere başvurmaktadır. Bunlar arasında boş zamanlarında başka işler yapmak, özel kurumlarda çalışmak gelmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu tür faaliyetler yasak olduğundan, öğrenilmesi durumunda kamu görevlileri işlerini kaybetmek tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Hileli yollara başvurmak da geride iz bırakacağından ve dolayısıyla ortaya çıkması mümkün olduğundan tehlike arz etmektedir. Büyük maddi avantajlar sağlayan, ortaya çıkma imkânı çok az olan (alan-veren suçlu) rüşvete başvurma, geçim sıkıntısı içinde bulunan kamu görevlileri için en güvenilir yol olarak kalmaktadır.³⁰⁰

Hemen belirtelim ki rüşvet suçu daha ziyade kamu ekonomisi ağırlıklı bir düzende işlenmektedir. Devletçilik yolsuzluğun temel kaynaklarından biridir. Devletin ekonomideki ağırlığı arttıkça suç fazlaşmaktadır. Yani devlet küçüldükçe rüşvet azalır. Piyasa ekonomisi ağırlıklı ekonomik sistemi uygulayan ülkelerde, diğer bir anlatımla devlet müdahalesinin en az olduğu, ekonomik özgürlüklerin bulunduğu ülkelerde rüşvet fiilleri nispeten azdır. "Fraser Institute" ve "Freedom House" adlı kuruluşların araştırmaları yukarıdaki hipotezi doğrulamaktadır.

Rüşvetin diğer bir kaynağı kamu yönetiminde uygulanan usuldür. Kamu yönetiminde kişileri etkileyen idari işlemlerin üretilmesi sırasında, idarenin ilgililerle yakın temasa geçmesi, onlarla iş birliği yapması ve yapılan veya yapılacak olan muamelelerle ilgili olarak onlara bilgi aktarması gereklidir. Ülkemizde idari usullerin sistematik bir biçimde tek bir kanunda düzenlenmemesi, ilkelerin değişik yasal düzenlemelerle veya Danıştay kararları ile ortaya konulmaya çalışılması, kısaca dağınıklık, idareye çalışma usullerini belirleme konusunda geniş imkânlar tanınması sonucunu doğurmuştur. İdareye böyle bir imkânın tanınması, onun ilgililer karşısındaki davranışlarında çeşitli olumsuzluklara neden olmaktadır. İdare kendi görüşünü

300 Toroslu, Nevzat, "Rüşvetin Nedenleri", Cumhuriyet gazetesi, S.: 24479, 14 Ekim 1992, s.2; Bozdoğan, Berrin, Rüşvet Suçları (TCK m. 211-219), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Konya 1994, s. 1 vd.; Tekeli, İlhan-Şaylan, Gencay, "Rüşvet Kuramı", AİD, C.: 7, S.: 3, 1974, s.101 vd. Ayrıca bk. Mumcu, s. 1 vd.; Karagöz, Kerim, "Toplumsal Yapı ve Rüşvetin Güç Hiyerarşisindeki Yeri", in: Yeni Türkiye, Y.: 3, S.: 14, Ankara, 1997, s. 1183 vd.

dayattığı gibi, yaptığı ve yapmayı planladığı muameleler konusunda gizliliği korumaya çalışmakta, kişilerle diyaloga girmekten kaçınmaktadır. Böylece idare, ilgililere, hakları konusunda bilgi vermeye, onları yayımlanmış genelge ve emirler hakkında aydınlatmaya gerek duymamaktadır. İdarenin bilgisizliği de yukarıda belirttiğimiz hususlara eklenirse, bu durum ilgililerin haklarını kaybetmesine yol açmaktadır.

Çoğu kez sadece tazminat talebi, hakkın kaybını telafi etmemektedir. Davaların uzun sürmesi de ilgililerin yargı yoluna başvurmaktan kaçınmalarına neden olmaktadır. Bu durumda kişiler ya politik etkiden yararlanmaya çalışmakta ya da rüşvet yoluna başvurmaktadır. Politik etkiden yararlanabilmek çok daha fazla maddi bir karşılık sağlamayı gerektireceğinden ilgililer genellikle kamu görevlisine bir çıkar sağlayarak veya vaatte bulunarak onun kendi çıkarlarına hareket etmesini temine çalışmaktadır.³⁰¹

Özetle, kamu yönetimindeki bozukluk (çalışma usullerinin dağınıklığı, bürokrasinin boyutu ve onun getirdiği çeşitli olumsuzluklar; örneğin şeffaflığın olmayışı) ile rüşvet arasında yakın bir ilişki vardır. Kamu yönetiminde, bürokrasinin arttığı, gizliliğin hâkim olduğu, ilgililerin bilgi edinme haklarının anayasal ve yasal teminat altında olmadığı ülkelerde rüşvet olaylarına daha da fazla rastlanmaktadır. Şeffaf yönetimlerde rüşvet fiilinin daha az işlendiği, çeşitli araştırmalarla da ortaya konulmuştur.³⁰²

Yargı sisteminin etkisiz kalması, yargı kurumlarının tam bağımsız olmaması ile rüşvet arasında da ilişki vardır. Yargı sisteminin işlerliğini ve güvenilirliğini kaybettiği ülkelerde rüşvet oldukça yaygındır.

Yukarıda sebeplerini özetlediğimiz ve sadece kamu görevlilerinin itibarını sarsmakla kalmayan ayrıca kamu yönetiminin düzenli bir biçimde işleyişini ve devletin varlığını da tehlikeye sokan rüşvet fiilleri tarihin hemen her döneminde cezalandırılmıştır.

6.6.2. Genel Bilgiler

6.6.2.1. TCK'daki Düzenleme ve Rüşvet Kavramı

İnceleme konusu suç, TCK'nın ikinci kitabının *"Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"*in yer aldığı dördüncü kısmının, *"Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"*(m. 247-266) bölümünde 252, 253 ve 254'üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

Rüşvet suçunun düzenlendiği 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'la değişik 252'nci maddede; *"(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan*

301 Toroslu, "Rüşvetin Nedenleri", s. 2

302 Bk. World Economic Forum adlı kuruluşun yaptığı araştırma sonucu, zikreden Aktan, Coşkun Can, "Dünyada ve Türkiye'de Yolsuzluklar" (Yolsuzlukların Ölçülmesi, Ekonomide Serbestleşme ve Demokratikleşme ile İlişkisi Üzerine Bazı Uluslararası Analizler) in: Yeni Türkiye, Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı, Y.: 3, S.: 14, Ankara 1997, s. 1206, 1207. İfade edelim ki 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, klasik anlamda rüşvet suçunun bir tarafının kamu görevlisi olması durumu kalkmıştır. Artık kamu görevlisi olmayan kişilere karşı da bir işin yapılması için sağlanan menfaat, rüşvet suçunu oluşturabilir (m. 252/8).

kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi veya kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan yahut bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri; a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, b) Kamu kurum veya kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, c) Kamu kurum veya kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, d) Kamu yararına çalışan dernekler, e) Kooperatifler, f) Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vadedilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi hâlinde de uygulanır.

(9) Bu madde hükümleri;³⁰³ a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine, b) Uluslararası veya uluslar üstü mahkemelerde veya yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere, c) Uluslararası veya uluslar üstü parlamento üyelerine, d) Kamu kurumu veya kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere, e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere, f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslar üstü örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması veya uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vadedilmesi yahut bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi hâlinde de uygulanır.

(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte; a) Türkiye'nin, b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun, c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin, d) Türk vatandaşının, tarafı olduğu bir uyuşmazlık veya bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi hâlinde, rüşvet veren, teklif veya vadeden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye'de bulundukları

303 02.01.2003 tarih ve 4782 Sayılı Kanun'la 765 sayılı TCK'nın 211'inci maddesine eklenen üçüncü fıkrada "Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak birinci fıkranın öngördüğü menfaatlerin teklif veya vadedilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır." denilmek suretiyle rüşvetin kapsamı, rüşvet verme suçu bakımından genişletilmişti.

takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.”³⁰⁴ denilmektedir.

TCK’nın tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin 253’üncü maddesinde de *“rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı”* belirtilmiştir.

Etkin pişmanlık, 6352 sayılı Kanun’la değişik 254’üncü maddede düzenlenmiştir.

Rüşvet suçları, 765 sayılı TCK’nın ikinci kitabının üçüncü babının *“Rüşvet”* başlıklı üçüncü faslında, 211-217’nci maddeler arasında bulunmaktaydı. 765 sayılı TCK’nın sisteminde rüşvet alan ve veren kişi bakımından *“rüşvet alma suçu”* ve *“rüşvet verme suçu”* olarak iki ayrı suç tanımına yer verilmiş bu suçlar da basit ve nitelikli olmak üzere ikiye ayrılmıştı. 211’inci maddede, rüşvet suçunun tarifinden başka, rüşvet alma suçlarında kimlerin suç faili olabilecekleri gösterilmişti. 212’nci maddenin birinci fıkrasında basit, ikinci fıkrasında ise nitelikli rüşvet alma suçu³⁰⁵ düzenlenmişti.

213’üncü maddenin 1’inci fıkrasında, nitelikli rüşvet verme suçu, 2’nci fıkrasında ise basit rüşvet verme suçu bulunmaktaydı. 214’üncü maddede, her iki rüşvet verme suçu açısından geçerli olmak üzere rüşvet teklif edilen kimsenin niteliğinden kaynaklanan bir ağırlaştırıcı sebebe yer verilmişti. 215’inci maddenin 2’nci fıkrasında; basit ve nitelikli rüşvet alma suçları bakımından geçerli olan bir etkin pişmanlık hâli mevcuttu. 217’nci maddede ise müsadere hükmü vardı.

Arapça bir kelime olan rüşvet, sözlükte; *“vazifeli bir kimsenin elindeki imkânları para veya mal karşılığında kötüye kullanması, bu şekilde verilip alınan para veya mal, eşya”* anlamına gelmektedir.³⁰⁶

304 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce TCK’nın 252’nci maddesi; “(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler veya halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

(5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vadedilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.” şeklinde idi.

305 “Müşteki Abdullah’ın yurt dışında çalışmak için gerekli sağlık kurulu raporunu almak amacıyla devlet hastanesine başvurduğu, ... sanığın müştekiyi muayene ettiği, gerçekte bir hastalığı bulunmayan müştekiden para almak için raporun kendisi ile ilgili dahiliye bölümüne ... bronşit teşhisi koyup imzaladığı, ... sanığın koyduğu teşhisi görüp bununla rapor alamayacağını anlayarak sanığa başvurup ondan sağlık raporu vermesini istediği, sanığın ise kendisine ... lira verilmedikçe bu isteği yerine getiremeyeceğini söylemesi üzerine müştekinin birkaç gün daha sanığın peşinde dolaşıp neticede onunla anlaştığı ve ertesi gün hastaneye giderek sanığın yardımı ile yeni bir form alarak ona muayene olup ... tarihli raporu aldığı, sanığın raporun dahiliye bölümüne normal yazarak imzaladığı, bundan sonra henüz mütebaki parayı vermemiş olan müştekinin sanığı yakalatmak için Cumhuriyet savcılığına başvurduğu, burada numaraları belirlenen ... lirayı götürüp muayenehanesinde sanığa verip çıktığı, aradan bir iki dakika geçtikten sonra müştekiyle birlikte gelen görevlilerin numaraları belirlenmiş paraları sanığın çekmesinde buldukları anlaşılmıştır. (...) Müştekinin hiçbir hastalığı bulunmadığına ilişkin değişmeyen beyanları ile olay sonrası çekilen röntgen filmleri ve raporu ile Adli Tıp Kurumu 3’üncü İhtisas Kurulunun mütalaasına göre, herhangi bir hastalığının bulunmadığı bildirildiğinden, sanığın eyleminin; ‘Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak, yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak’ için rüşvet almak suçunu oluşturduğu anlaşıldığından C. başsavcılığının itirazının kabulü ile özel daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.” (Yarg. CGK, 27.06.1989, 5-226/300, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2430 vd.)

306 Bk. Devellioğlu, s. 902, Hayat, s. 1021. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte rüşvet; “Yaptırılmak istenen bir işte yasa dışı kolaylık ve çabukluk sağlanması için bir kimseye mal veya para olarak sağlanan çıkar.” şeklinde tanımlanmaktadır (www.tdk.gov.tr, erişim tarihi: 13.05.2013).

Hukuk terminolojisinde rüşvet; “kamu görevlisinin icbar veya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevi sebebiyle temin ettiği haksız menfaat” olarak tanımlanabilir.³⁰⁷

Belirtmeliyiz ki geniş anlamıyla rüşvet, yalnız kamu görevlileri tarafından kamu kurumlarında işlenen fiillerle sınırlı değildir. Kamu görevlisi olmayan kişiler de görevleri dolayısıyla rüşvet alabilir. Fakat bu fiiller 765 sayılı TCK döneminde doğrudan cezalandırılmamaktaydı.³⁰⁸ Ancak TCK’nın yürürlüğe girmesi ile ve özellikle de TCK’da 6352 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucu rüşvetin kapsamı oldukça genişletilmiştir.

İfade edelim ki 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun’la değişik 252’nci maddenin 5’inci fıkrasıyla da rüşvetin kapsamı, rüşvet verme bakımından genişletilmiştir.³⁰⁹ Keza bu hükümle bağlantılı olarak

5377 sayılı Kanun’la TCK’nın 13’üncü maddesi değiştirilmiş ve rüşvet suçunun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde bu suçtan dolayı Türkiye’de yargılama yapılması, adalet bakanının talebine bağlanmıştır. Son olarak TCK’da 6352 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucu rüşvetin kapsamı oldukça genişletilmiştir.

Yürürlükten kalkan 252’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında rüşvetin tanımı yapılmıştı.³¹⁰ Buna göre; *“rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir*

307 Bk. Gürelli, s. 92 vd.; Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. bası, Ankara, 2012, s.851 vd.; Özgenç, İzzet, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2. Bası, Ankara, Haziran 2013, s.71 vd.; Özen, Mustafa, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010, s.137 vd.; Önder, s.153; Selçuk, Dolandırıcılık, s.50 vd.; Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, Yorumlu, Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V, Ankara 2010, m. 252, 253, 254; ayrıca bk. Dölling, Dieter, “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?” Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag, Karlsruhe 1996, s. 9 vd.; Wachenfeld, Friedrich, “Lehrbuch des Deutschen Strafrechts”, München, 1914, s. 594 vd.; Dönmezer, s. 95; Erman-Özek, s. 88; Erem-Toroslu, s. 171; Toroslu, s.291; Feldmann, Olaf, “Die Bestechungsdelikte. Rechts vergleichende Darstellung der Bestechungsdelikte im geltenden französischen, deutschen und schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung und des deutschen Entwurfs von 1962”, (doktora tezi) München 1967, s. 1 vd.; Kraft, Egon, “Die Bestechung im schweizerischen Recht”, (doktora tezi), Bern 1929, s. 9 vd.; Peter Walter, “Die Bestechung im schweizerischen Strafrecht”, (doktora tezi) Zürich 1946, s.9 vd.; Özgenç, s. 188; Gözübüyük, A. Pulat, “Rüşvet Cürümleri”, AD, S.: 4, Ankara 1969, s.184 vd.; Erman, Hasan, “Rüşvet Alma Suçu”, İBD, C.: XLV, S.: 11-12, İstanbul 1971, s.1014 vd.; Bozdoğan, s.4 vd.; Öcer, Oktay, “Rüşvet Alan ve Veren Cezadan Kurtulması”, AD, C.: 67, S.: 1-2, Ankara 1976, s.102 vd.; Çağlayan, İl, s. 626 vd. Yalkut, Necdet, “Rüşvet Verme Suçu”, AD, S.: 4, Ankara 1987, s. 37; Gökcan, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Suçları, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008, Rüşvet Suçu, m. 252-254; Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet-Rüşvet-İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008, s. 211 vd.

308 Bu konuda bk. Vitu, André, “Özel Teşebbüste Çalışan Memurların, İşçilerin Rüşvet Alması” (Çev.: İskender Tepebaşı), AD, S.: 4-5, Ankara 1974, s. 326-328; Mumcu, s. 10 vd

309 252’nci maddenin gerekçesinde; “... Maddenin beşinci fıkrası, 17 Aralık 1997 tarihinde, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu otuz ülke tarafından Paris’te imzalanmış ve Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) üyesi 10 ülkenin onay belgelerini tevdi etmeleri ile 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan ‘Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi’ hükümlerinin uygulanmasına imkân tanımıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 01.02.2000 t. ve 4518 s.lı Kanun’la söz konusu Sözleşme’nin onaylanmasını ülkemiz açısından uygun bulmuştur. Bakanlar Kurulunun 09.03.2000 tarih ve 2000/385 sayılı Kararı ile Sözleşme onaylanmıştır. Beşinci fıkra hükmüyle, rüşvet suçuna yeni bir içerik kazandırılarak, ‘yabancı kamu görevlisi’ne rüşvet verilmesi ceza yaptırımına altına alınmaya çalışılmıştır. Burada söz konusu olan ‘yabancı kamu görevlileri’nin ‘yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlileri’ olması gerekir. Keza, ‘yabancı bir ... ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenler’ de ‘yabancı kamu görevlisi’ addedilmişlerdir. Bu kişilere ‘uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla’ maddi bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde vaatte bulunulmuş olması da rüşvet olarak nitelendirilmiştir. Bu anlamda rüşvetten söz edebilmek için, ‘yabancı kamu görevlisi’ne ‘uluslararası ticari işlemler nedeniyle’ maddi menfaat temin veya vadedinde bulunulmalıdır. Keza, ‘yabancı kamu görevlisi’ne ‘bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla’ maddi bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde vaatte bulunulmuş olması hâlinde de rüşvet söz konusu olacaktır.” denmektedir.

310 Ayrıca bk. Mahmutoğlu, Fatih Selami, in: Dördüncü Podyum Tartışması. Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, (21-22 Mayıs 2004) Ankara, s.243; Mahmutoğlu, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Ergül, Teoman), Ankara 2004, s.376.

yarar sağlamasıdır”³¹¹

6352 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra rüşvet suçu, kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması amacıyla, kendisine veya göstereceği kişiye bir başkasından menfaat temin etmesiyle oluşur.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK’da, 765 sayılı TCK’da yer alan basit rüşvet alma ve basit rüşvet verme suçlarına³¹² yer verilmemiştir.³¹³

6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda basit rüşvet alma ve basit rüşvet verme tarzındaki fiiller de 252’nci madde kapsamına alınmıştır.

6352 sayılı Kanun’dan önceki düzenlemede, basit rüşvet alma olarak nitelendirilen fiilin söz konusu olduğu durumlarda, diğer unsurları da oluşmak kaydıyla görevi kötüye kullanma suçu (m. 257) oluşmaktaydı. Başka bir anlatımla, görevi uygun olarak yapılacak iş için -yapılması gereken işin yapılması, yapılmaması gereken işin yapılmaması- kamu görevlisinin fertten menfaat temin etmesi, TCK’nın 257’nci maddesinin 3’üncü fıkrası gereğince irtikâp oluşturmadığı takdirde, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmekteydi.³¹⁴ Bu ihtimalde, kamu görevlisine menfaat sağlayan ferdin cezai sorumluluğu yoktu. Ancak uygulamada, icbar suretiyle irtikâba veya rüşvete teşebbüs hâllerinde de 257. maddenin 3. fıkrasına göre hüküm

311 765 sayılı TCK’nın 211’inci maddesinin 1’inci fıkrası rüşveti, faili dikkate alarak şu şekilde tanımlamıştır: “Ceza Kanunu’nun tatbikinde memur sayılanların kanunen veya nizamen yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark rüşvet sayılır.” Eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde Önder, rüşveti; “memurun görevini menfaat karşılığı satması veya bir ferdin devlet fonksiyonunu menfaat karşılığı satın almaya yönelik girişimde bulunması” (Önder, s.153), Erman-Özek ise “memurun görevine giren bir işlem sebebiyle bir kimseden haksız menfaat elde etmesine yol açan anlaşma” olarak tarif etmiştir. (Erman-Özek, s. 88)

312 765 sayılı TCK’nın 212 ve 213’üncü maddelerin düzenlemesine göre eğer rüşvet, kanun ve nizam hükümlerine göre yapılması zorunlu olan bir işin yapılması veya yapılmaması gereken bir işin yapılmaması için ise basit rüşvet alma ve verme olarak kabul edilmekteydi: “(…) Kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle aynı Yasa’nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden lehe kanun belirlenirken eylemin 5237 sayılı Yasa’nın 252/1. maddesine temas ettiğinden bahisle 765 sayılı Yasa’nın lehe olduğu sonucuna varılması, ...” (Yarg. 5. CD, 12.05.2008, 1435/4255, YKD, C.:34, S.:9, Eylül 2008, s.1848-1850)

313 Bu husus madde gerekçesinde; “(…) Buna karşılık izlenen suç siyaseti gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Çünkü, bu gibi durumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en azından zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle haklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması hâlinde, icbar suretiyle irtikâp suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir.

314 “765 sayılı Yasa’nın 212’nci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı hâlde, 5237 sayılı TCK’nın rüşveti tanımlayan 252/3’üncü maddesinde; ‘rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır’ denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu durumda sabit görülen yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma eyleminin aynı Yasa’nın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama mahiyetinde olduğunun düşünülmemesi, ...” (Yarg. 5. CD, 13.07.2006, 5157/6563)

kurulması,³¹⁵ kanun koyucu tarafından yolsuzlukla mücadelede zaafiyet olarak değerlendirildi ve suç tipinin yapısı 6352 sayılı Kanun'la radikal bir şekilde değiştirildi.

Keza uygulamadan kaynaklandığı düşünülen bu mahzurları ortadan kaldırmak ve yolsuzluklarla daha etkili mücadele edebilmek amacıyla irtikâp suçunun düzenlendiği 250'nci maddenin birinci fıkrasına 6352 sayılı Kanun'la, *"Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, icbarın varlığı kabul edilir."* tarzında 2'nci bir cümle eklendi.³¹⁶

TCK'nın 250'nci maddesinin birinci fıkrasına 6352 sayılı Kanun'la eklenen bu 2'nci cümle ile gerekçede de belirtildiği gibi "icbar" kavramının kapsamı daha net bir hâle getirilmeye çalışılmıştır.

Öte yandan bu düzenleme sebebiyle, kişinin, maruz kaldığı icbarın etkisinden kolayca, hiç zorlanmadan kurtulma imkânının bulunmasına rağmen, kamu görevlisinin talep ettiği haksız menfaati temin etmesi durumunda, 6352 sayılı Kanun'la TCK'nın 250 ve 252'nci maddelerinde yapılan değişiklik ve 257'nci maddesinin üçüncü

315 "Mersin Devlet Hastanesinde kadın doğum uzmanı olarak görev yapan aynı zamanda özel muayenehanesi de bulunan sanık Mehmet Mazlum Turgut'un katılanın idrar torbasında sarkma, rahim içinde yırtık ve dönme olduğu ve ameliyat gerektiği" teşhisinden 10 gün sonra tekrar muayenehaneye gelen ve ameliyat olmak istediğini söyleyen katılana odasından çıkarken sekreterine uğramalarını söylediği, katılanın odadan çıkmasından sonra sekreter olan diğer sanık Ayşe Ay'ın katılanın yanına gelerek 'Ameliyattan 1 gün önce benim yanıma gelin, 200-250 milyon TL ameliyat parası alıyoruz, fakat sizden bir muayene parası alacağız, siz 50 milyon TL muayene parası verdiğiniz için 100 milyon TL kadar para getirin.' diye söylediği; müştekinin Emekli Sandığına bağlı olup sağlık güvencesinin bulunduğu, söz konusu ameliyatın heyet raporuyla ücretsiz olarak yapıldığı ve masrafların Emekli Sandığı tarafından karşılandığı, bu olaydan bir gün sonra katılanın Mersin Devlet Hastanesinde sanık doktor M. M. T'nin yanına gittiği ve ona tıp ligasyondan vazgeçtiğini, ancak ameliyat olacağını söylediği, sanık M. M. T'nin de ameliyat günlerine bakmak suretiyle, katılana 6 Ocak 2005 gününü ameliyat günü olarak verdiği ve ona '6 Ocak'ta gel, ameliyat edeyim.' dediği, bu arada bir şeyler söylediği, ancak katılanın anlamaksızın dışarıya çıktığı, fakat, anlamadığı sözün ne olduğunu tekrar sormak amacıyla sanık M. M. T'nin yanına gelip, ne dediğini sorduğunda, sanık M. M. T'nin 'Ayşe Hanım'ın yanına gidin.' diye iki kez tekrarladığı, katılanın sanık Ayşe Ay'ın yanına gitmeyip eve gittiği, durumu eşi Muzaffer Su'ya anlattığı, bunun üzerine katılanın eşinin sanık M. M. T'yi aradığı, sanık doktora 'Eşimi ameliyat edecekmisiniz.' dediği, sanık doktor M'nin de 'Evet ameliyat edeceğim.' dediği, katılanın eşinin 'Ameliyatına siz mi karar veriyorsunuz, Ayşe Hanım mı karar veriyor?' diye bir soru sorduğu, bunun üzerine sanık M. M'nin sesini yükselterek, 'Ayşe Hanım karar veriyor! Ben sizin hastanıza ameliyat etmeyeceğim, başka bir doktora ameliyat ettirin.' dediği, ertesi gün sabahleyin sanık Ayşe Ay'ın katılanın evine telefon açtığı, katılana 'Doktor bey, bana fırça attı, hastanede doktor beyin sizden bıçak parası istediği hususunda yaygara çıkartmışsınız, trilyonlarca para da verseniz, doktor bey sizi ameliyat etmeyecek, ayrıca, 60 milyon TL de borcunuz var, onu da vereceksiniz.' dediği, bunun üzerine katılanın eşinin C. savcılığına şikâyet dilekçesi verdiğinin anlaşılması karşısında sanık M. M. T'nin eyleminin 765 sayılı Yasa'nın 212/1-son, 61, 219/3-son, sanık Ayşe Ay'ın 765 sayılı TCK'nın 65. maddesi delaleti ile aynı Yasa'nın 212/1-son, 61, 219/3 TCK'nın maddelerine uyan yapması gereken işi yapmak için rüşvet almaya eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu; ancak 765 sayılı Yasa'nın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde 'rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyi verdiği anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu cihetle sanık Mehmet'in eyleminin aynı Yasa'nın 257/3, sanık Ayşe'nin eyleminin ise TCK'nın 40/2. maddesi yollaması ile 257/3, 39. maddelerinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama ve buna yardım etme suçlarını oluşturduğu ve lehe kanun değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD. 23.01.2012, 4417/155); "... Nazilli Tapu Sicil Müdürlüğünde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak görev yapan sanığın, ipotek işlemlerini takip eden mağdurun elemanı olan Ali Akdeniz'e 'Patronunuz gelirken 1 adet yeşillikle gelsin.' diyerek haber gönderdiği, mağdurun aynı gün Tapu Sicil Müdürlüğüne giderek işlemleri tamamladıktan sonra sanığın şikâyetçiyeye 'Elindeki kâğıda bir yeşillik koy.' dediği ve şikâyetçinin de 20.000.000-TL'yi kâğıdın arasına koyarak sanığa verdiğinin anlaşılması karşısında, eylemin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine neden olarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu hâlde yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD. 17.10.2011, 2000/21995); aynı yönde; Yarg. 5. CD. 23.12.2010, 9162/9980

316 Bunun sebebi, gerekçede şu şekilde açıklanmıştır: "(...) Haklı bir işin görürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temin edilmiş olmasının kamu görevlisi bakımından çoğu zaman icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaya rağmen bu suçun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulama döneminde genel görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirilmesinin bir yansıması olarak yeni Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesinin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek amacıyla icbar fiiline açıklık getirilmiştir. Bu suretle, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranış karşısında kişinin haklı bir işinin gereği gibi veya hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği herhangi bir kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, kamu görevlisi bakımından rüşvet almaktan veya görevi kötüye kullanmaktan dolayı değil, icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerekecektir. Keza bu düzenlemeyle kamu görevlisine menfaat temin eden kişi hakkında bu eylemi dolayısıyla herhangi bir suçtan dolayı cezaya hükmedilemeyecektir."

fıkrasının yürürlükten kaldırılması karşısında, artık icbar suretiyle irtikâp³¹⁷ veya görevi kötüye kullanma suçundan ziyade rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.³¹⁸

252'inci maddenin 7'nci fıkrasında, rüşvetin teklif edildiği kişinin yaptığı görev dikkate alınarak daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hâle yer verilmiştir.

Rüşvet suçunun işlenmesi dolayısıyla yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin hüküm 253'üncü maddede bulunmaktadır.

Rüşvet alan veya verenin veya bu suça iştirak edenin, yapılması istenen hususta, bu iş kısmen de olsa yapılmadan evvel fiillerinden vazgeçerek durumu yetkili mercilere bildirmeleri, bir etkin pişmanlık hâli olarak 254'üncü maddede düzenlenmiştir.

Rüşvet alan veya rüşvet verenin fiiline katılan kişinin, rüşveti veren veya alandan hangisinin vasıtası ise onun suç ortağı sayılacağına ilişkin 765 sayılı TCK'nın 216'ncı maddesine yeni TCK'da yer verilmemiştir. Bunun sebebi rüşvet suçunun yapısına uygun olarak TCK'da gerçek anlamda çok failli bir suç olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Konuya ilişkin olarak gerekçede; *"veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur ... Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında 'rüşvete aracılık eden' kavramına yer verilmemiştir"* açıklaması mevcuttur.

6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle rüşvete aracılık eden kişinin durumu, 252'nci maddenin 5'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra; *"Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır."*denilmektedir. Görüldüğü gibi rüşvet suçuna aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatına sahip olup olmamasına bakılmaksızın

317 İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünde görev yapan ve hasar tespit tutanağı düzenleme yetki ve görevi bulunan sanığın suç tarihinde müşterinin şirketinin taşeron firma olarak kazı yaptığı esnada ana su borularına hasar vermeleri sebebiyle olay mahallinde ekibiyle hasarı tamir ettikleri ve tamir sırasında sanığın müşteriyi on paket sigara aldırıldığı gibi olay mahallinden ayrılırken de müşteriyi telefonla arayarak 720,00 lira vermesi hâlinde hasar tespit raporu tutmayacağını söylediği, parayı verme niyeti olmayan müşterinin savcılığa ihbarı üzerine seri numaraları alınan paralarla birlikte sanığın suçüstü yakalandığı, sübut bulan olayda, irtikâp suçu, memurun memuriyet sıfat veya görevini kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya başkasına haksız olarak para vermeye veya sair menfaatler temin veya vaadine icbar veya ikna etmesiyle oluşacağı ancak dosya kapsamı ve mevcut delillere göre sanığın eyleminde irtikâbın cebir veya ikna unsurunun yasanın kabul ettiği anlamda bulunmadığı, sabit fiilinin görevin gereklerine aykırı olarak yapılması gereken işi yapmamak karşılığında rüşvet almak suçunu oluşturacağı ve rüşvet anlaşmasını kabul etmeyen müşterinin sanığı yakalatmak için teklifi kabul etmiş gözüktüğü cihetle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek bu suçtan cezalandırılması yerine suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 2082/1155)

318 Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.27 vd. 6352 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan TCK'nın 257'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmünde; "İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." denilmektedir. 257'nci maddenin üçüncü fıkrası hükmüyle ilgili olarak gerekçede şu açıklamalar mevcuttur: "Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hâllerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturulması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir."

müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.³¹⁹

TCK'nın 55'inci maddesinde bir genel hüküm olarak "kazanç müsadereşi" düzenlenmiş olduğundan rüşvet suçunda, verilen veya alınan yararın veya bunlarla edinilen mal veya değerlerin devlete intikalini düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 217'nci maddesindeki hükme yer verilmemiştir.

6.6.2.2. Rüşvet Suçunun Yapısı

Rüşvet suçlarını iki şekilde düzenlemek mümkündür: Birinci sistemde, rüşvet kamu görevlisiyle fert arasında yapılacak bir anlaşma olarak kabul edilip iki tarafı da ilzam edecek tek fiil hâlinde düzenlenmektedir. Bu durumda rüşvet alan ve veren aynı fiil dolayısıyla suç işlemiş olduklarından çok failli bir suçun failleridir.³²⁰

TCK'nın 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren şeklinin sistemi budur.

252'nci maddenin 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki metninin gerekçesinde bu konuda; *"Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle, çok failli bir suçtur. Bir tarafta, rüşvet veren diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur."* denilmektedir.

6352 sayılı Kanun'la 252'nci maddede yapılan değişikliğe rağmen, değişiklik öncesi madde gerekçesindeki açıklamaların rüşvet suçunun yapısı bakımından göz önünde bulundurulması isabetli olur.³²¹

İkinci sistemde ise rüşvet; fert veya kamu görevlisinin haksız menfaat teklif veya vadetmesi veya vermesi, karşı tarafın da bunu kabul etmesi biçiminde iki tarafın ayrı ayrı fiilleri şeklinde kabul edilir. Bu durumda her iki taraf suçluluğu, kendi fiilinden olarak rüşvet verme ve rüşvet alma suçlarının failleri olurlar.

765 sayılı TCK ikinci sistemi kabul etmişti. Buna göre, rüşvet suçlarında rüşvet alan ve veren olmak üzere iki failin bulunması gerekir. Diğer bir anlatımla rüşvet alan ve veren meydana gelen tek suçun şerikleri durumunda değil, birbirinden ayrı iki suçun müstakil failleridir ve sorumlulukları da buna göre belirlenir.³²²

Doktrinde çok failli suçlar, "yakınsama" (konvergenzdelikte) ve "karşılaşma" suçları (begegnungsdelikte) olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.³²³

Yakınsama suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılan kişiler aynı yönde hareket etmekte ve aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler. 5237

319 Madde gerekçesinde; "Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müstakil bir suç olarak 'rüşvete aracılık suçu' tanımına yer verilmişti. Pek çok yönden sorunlu olan bu suç tanımına 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde yer verilmemiştir. Böyle bir hükme Kanun'da yer verilmemesi bir eksiklik olmamakla birlikte, uygulamada rüşvete aracılık edilmesi hâlinde aracılık eden kişinin ne surette cezalandırılacağı hususunda tereddüt yaşanmaktadır. Gerçekte haksız menfaatin temin edilmesi hâlinde tamamlanan rüşvet suçunun işlenişine bu aşamaya kadar iştirak mümkündür. Bu nedenle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suça iştiraktan dolayı cezalandırılacağı kuşkusuz ise de iştirak ve dolayısıyla sorumluluk statüsünün ne olduğu konusunda tereddüt yaşanmaktadır. 252'inci maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen yeni hükümle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği hususuna açıklık getirilmiş ve bu surette uygulamada yaşanan tereddüdün giderilmesi amaçlanmıştır." demek suretiyle rüşvete aracılık yapan kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde niçin eski sisteme dönüldüğü izah edilmeye çalışılmıştır.

320 Ayrıca bk. Gürelli, s. 92; Dönmezer, s. 96 vd.

321 Bk. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.27 vd.

322 Bk. Gürelli, s. 92; Dönmezer, s. 96 vd.; Erman-Özek, s. 88 vd.

323 Gbi bk. İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver, İçel Suç Teoris, s.372 vd.; Sancar, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 25 vd.

sayılı TCK m. 220, 296, 188/5'te düzenlenen suçlar bu gruba örnek olarak verilebilir. Bu tür suçlarda suçun işlenişine zorunlu olarak katılması gereken kişilerin hepsi işlenen suçtan fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

Karşılaşma suçlarında ise zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, yakınsama suçlarında olduğu gibi, yine aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler fakat burada aynı gayede birleşmek üzere farklı farklı yönlerden hareket etmektedirler ve suçun işlenişine yaptıkları katkılar da farklı niteliktedir. Bu suça örnek olarak TCK m. 188/3'te düzenlenen uyuşturucu madde ticareti suçu verilebilir. Keza inceleme konusu rüşvet suçu da karşılaşma suçu niteliğindedir.³²⁴

6.6.2.3. Rüşvet Anlaşması

765 sayılı TCK'daki rüşvete ilişkin düzenlemeler, mehz İtalyan Ceza Kanunu ve özellikle 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'undaki hükümlerin etkisi altında hazırlanmıştır. 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 76'ncı maddesinde, *"rüşvet olarak henüz akçe ve eşya alınıp verilmiş olmayıp da fakat ol babta senet veya tahvil verilmiş veyahut senet dahi alınmayarak rüşvet teatisi üzerine yalnız bir mukavele-i mahsusa vuku bulmuş olduğu"* takdirde dahi tarafların cezalandırılmaları öngörülmüş bulunduğundan, hukukumuzda 1858 tarihinden beri "rüşvet mukavelesi" terimi yer almaktadır.

TCK'nın 252'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükümlenir."* denilerek "rüşvet anlaşması" terimine yasada açıkça yer verilmiştir.

Madde gerekçesinde; *"Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak,(...) kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik menfaat temini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir."* denilmiştir. Bu tarz düzenleme, kanunilik ilkesi açısından isabetli olmuştur.³²⁵

TCK'daki bu düzenleme sebebiyle rüşvet, bir teşebbüs suçudur. Kural olarak rüşvet, *para ve sair menfaatin temin edildiği anda tamamlanır*. Ancak Kanun, kamu görevlisinin kendisine yapılan bir menfaat teklifini kabul etmesini, bir başka ifadeyle, kamu görevlisiyle iş sahibi şahsın anlaşmaya varmasını, suçun tam cezasıyla cezalandırmaktadır. Esasında bu durumda, henüz menfaat temin edilmiş olmadığından teşebbüs hâli söz konusudur ve kişilerin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Ancak, suç siyaseti mülahazasıyla, bu hâl, suçun tam cezasıyla cezalandırılmıştır. Daha sonra tarafların anlaşma konusunu yerine getirmemeleri, rüşvet suçundan cezalandırmaya engel teşkil etmez.

5237 sayılı Kanun'un bu yeni düzenlemesi iştirake ilişkin genel hükümlerle de uyum içindedir.

Gerçekten suça iştirak, suçun icrası tamamlanıncaya kadar mümkündür. Eğer rüşvet suçu mesela anlaşma ile tamamlanmış kabul edilecek olursa, artık bu

³²⁴ Ayrıca bk. Sancar, s.119 vd.

³²⁵ Yenidünya, A. Caner, "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, Ocak 2005, Sayı: 5, s.126; Mahmutoğlu, s.242

aşamadan sonra bu suça iştirakin mümkün olmaması gerekir. Bu şekildeki bir sonuç ise kabul edilemez. Her ne kadar anlaşma hâlinde kanun koyucu faillerin tamamlanmış suçun cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüş ise de bu, suçun para ve sair menfaatin temin edilmesinden önce tamamlanmış olduğu anlamına gelmemelidir. Bu yönü itibarıyla rüşvet, bir teşebbüs (kalkışma) suçudur ve rüşvet, ancak haksız menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış olur. Tabii olarak bu aşamaya kadar suçun işlenişine iştirak mümkündür.

Anlaşma hukuka aykırı olan bir hususta yapıldığından hukuk düzenince korunmayacağı gibi hukuk düzenince korunan anlaşma şeklinde yapılmış olması da aranmaz.³²⁶

Belirtelim ki anlaşma şarta bağlı olarak da yapılabilir. Örneğin fert, kamu görevlisine, "sen belgeyi imzala, ben ruhsat alınca hemen paranı ödeyeceğim" der, kamu görevlisi de talebi kabul ederse, anlaşma gerçekleştiğinden kişiler tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılır. Örneğimizde anlaşmanın şarta bağlı olması veya ferdin daha sonra ruhsat alamaması (şartın gerçekleşmemesi) bu durumu değiştirmez.³²⁷

Yargıtay ise şarta bağlı anlaşmanın rüşvet suçunu oluşturmayacağı görüşündedir: *"Rüşvet suçu; bir kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşacağı ayrıca her iki tarafın da gayrimeşru zeminde bulunmaları gerektiği, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçunun meydana geleceği, dava konusu olayda ise Karayolları 34. Şube Şefliğinde trafik teknik görevlisi olarak çalışan sanığın müştekiye ait pancar taşıyan kamyonların tonajları ile ilgili herhangi bir işlem yapmama karşılığında rüşvet aldığı kabul edilmişse de müştekinin kamyonlarında tonaj fazlası yük taşıdığı ve bu surette gayrimeşru zeminde bulunduğu hususunda yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı gibi, şarta bağlı olarak yapılan bir anlaşmanın da rüşvet suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılğıya düşülerek görevi kötüye kullanma suçu yerine yazılı şekilde hüküm kurulması" nedeniyle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.*³²⁸

Rüşvet anlaşmasından maksat, rüşveti tanımlayan maddede belirtilen hususlarda, tarafların serbest iradeleri ile rızalarının uyumuş olmasıdır. Böyle bir rıza uyumuş olması olmaksızın taraflardan birinin, diğerini yakalatmak amacıyla anlaşmış gibi

326 "... kamu görevlisi sanıklar S. Ü. ve Ö. P. ile şirket yetkilisi sanıklar arasında önceden bilgi alıp ona göre hareket edilerek ihalelere fesat karıştırılması ve bundan sonra çıkabilecek imkânlardan yararlanma konusu ve nedeni hakkında zimmi bir rüşvet anlaşmasının oluştuğunun kabulü gerektiği anlaşılmakla, ..." (Yarg. 5. CD, 22.10.2009, 11135/11823)

327 Aynı yönde bk. Tezcan-Erdem-Önok, s.862; Özgenc, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 101

328 Yarg. 5. CD, 21.01.2008, 13815/125

görünmesi hâlinde geçerli bir rüşvet anlaşmasından söz edilemez.³²⁹

Rüşvet anlaşması için tarafların mutlaka bir araya gelmeleri veya bu anlaşmanın yazılı şekilde olması da zorunlu değildir.³³⁰

Rüşvetin verilmesi; anlaşma anında olabileceği gibi, önceden varılmış mutabakatın gereği olarak sonradan da ifa edilebilir.

765 sayılı TCK döneminde doktrin ve uygulamada³³¹ bu suçların anlaşma ile tamamlandığı görüşü kabul edilmekte ancak bunun yasal bir dayanağı bulunmamakta idi.³³²

TCK'nın 252'nci maddesi ile birlikte konu yukarıda anlatılan şekilde yasal bir zemine oturtulmuştur. Önemle belirtelim ki taraflar arasında önceden anlaşma olmadan bir işin yapılmasından sonra para istenmesi³³³ veya verilmesi³³⁴ rüşvet suçuna değil somut olayın durumuna göre genel nitelikte görevi kötüye kullanma

329 Bk. Bakıcı, s. 262; "Sivas Emniyet Müdürlüğü Bölge Trafik Denetleme Şube Müdürlüğünde trafik polisi olarak görev yapan sanıkların görevleri esnasında mağdura ait aracı durdurarak yaptıkları kontroller sonunda aracın camlarının filmli olması nedeniyle ceza yazmaları gerektiğini söyledikten sonra kullandıkları resmî ekip aracının olmayan döşemelerini göstererek yaptırılacağı bahanesiyle ve bu ad altında mağdurdan 300-400 TL para istedikleri, mağdurun ise yanında o kadar para olmadığını ancak daha sonra bu parayı kendilerine verebileceğini belirterek yanlarından ayrıldığı, ertesi gün sanıkların mağduru telefonla aramaları üzerine parayı vermeden sanıklardan kurtulamayacağını anlayan mağdurun şikâyetçi olduğu, seri numaraları alınmış toplam 300 TL parayı alan mağdurun telefonla irtibat kurduğu, kararlaştırılan buluşma yerine giderek söz konusu parayı verdiği esnada emniyet birimlerince suçüstü yapılarak sanıkların yakalandığı anlaşılmakla sanıkların para istediği esnada mağdura verme niyetinin tam olarak oluşmaması, istenen parayı daha sonra vereceğini beyan etmesinin o anda sanıklardan kurtulma amacına yönelik olması, sanıkların yakalanması için yapılan anlaşmanın serbest irade ürünü olmamasına göre rüşvet anlaşmasının tam olarak oluşmadığı, nazara alındığında sanıkların eyleminin yapmaları gereken bir işi yapmamak amacıyla rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 10.04.2013, 12049/3055); "(...) Yurt dışından Türkiye'ye giriş yapmak isteyen katılanın Kapıkule Gümrük Kapısı'na geldiği, bir kısım izinlerin alınması ile vergilerin ödenmesine bağlı olan mazot pompasını ülkeye sokmak istediği, sanığın katılanı odasına çağırarak bu iş karşılığında önce 200 euro istediği, katılanın bunu kabul etmediği ve mazot pompasını sanığın gösterdiği kısma bırakmak için odadan çıktığı, daha sonra tekrar sanık tarafından çağırıldığını öğrenmesi üzerine, sanığın yine para isteyeceğini düşünüp bu hususu belgelendirmek amacıyla resimlerini çektiği iki adet 50 euro'yu pasaportun içine koyduğu, sanığın bu paraları aldığı, katılanın daha sonra durumu görevlilere ilettiği ve yapılan aramada paraların sanığın üzerinde yakalandığı şeklinde gerçekleştiği saptanan olayda; katılanın önce 200 euro'yu vermediği, daha sonra resimlerini çektiği 2 adet 50 euro'yu verdiği ve daha çok sanığı yakalatma düşüncesi altında hareket ettiği gözetildiğinde serbest iradelerle yapılmış bir rüşvet anlaşmasından söz edilemeyeceği anlaşılmakla; eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, (...) tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 16.04.2013, 216/3477); "765 sayılı TCK'nın nitelikli rüşvet suçunu düzenleyen 213/1. maddesine göre; rüşvet vaat veya teklif edilmesi ile suçun tamamlandığı, neticesi harekete bitişik suç olduğundan teşebbüse elverişli olmadığı, önerinin memur tarafından kabul edilmesinin suçun oluşumuna engel teşkil etmediği; buna karşılık 5237 sayılı Yasa'nın 252. maddesi rüşvet teklif veya vadetmeyi suç olmaktan çıkarmamakla birlikte rüşvet konusunda anlaşmaya varmayı veya vermeyi suçun tamamlanması bakımından gerekli gördüğünden önceki yasadaki farklı olarak suçun teşebbüse elverişli hâle getirildiği; somut olayda jandarma karakol komutanı A.nın sanıklara suçüstü yapılması için teklifi kabul etmiş süsü verdiği anlaşıldığından eylemin rüşvet vermeye teşebbüs suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 35. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 08.03.2011 3724/1826)

330 Bk. Bakıcı, s. 270; Ulusoy, s. 147

331 "TEDAŞ Adana Elektrik Dağıtım müessesesinde, kesme, bağlama montörü olarak görev yapan sanığın görevi gereği olay tarihinde müşterinin dükkanını kontrolünde 95.349.000 lira borcu olduğunu tespit etmesi üzerine elektriği kesmemesi karşılığında müşteriyle 30.000.000 liraya anlaştığı, paranın o an temin edilmemesi sebebiyle ertesi gün tekrar gelen sanığın, müşteriye parayı tanık Volkan'a vermesini söylediği, tanıkla araca binip gittikleri sırada, müşterinin daha önceden durumu bildirmesinden dolayı güvenlik görevlilerince sanığın parayı tanık Volkan'dan alamadan yakalandığı, toplanan kanıtlardan anlaşılması ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın yapması gereken ve görevli olduğu kapatma işlemini yapmamak için yaptığı teklifin müşteri tarafından kabul edilmesi nedeniyle rüşvet anlaşmasının gerçekleştiği gözetilerek sanığın nitelikli rüşvet alma suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır." (Yarg. 5. CD, 21.01.2002, 2602/00087, YKD, 2002/08)

332 Bk. Önder, s. 153 vd.; Erem, II, s. 1335; Dönmezer, s. 99; Erman-Özek, s. 88; Majno, II, s. 175; Gözübüyük, II, s. 741

333 "Rüşvet suçunun oluşması için rüşvet veren ile alan arasında rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra anlaşma konusu işin yerine getirilmesi gerektiğine göre, sanığın görev gereği düzenlediği tapu senedini verdikten sonra para istemesinden ibaret eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 21.01.1988, 5152/127, Bakıcı, s. 272)

334 "... sanığın ... Ç ve arkadaşlarına ait taşınmazın intikal işlemlerini tamamlayıp tapularını kendilerine verdikten sonra daireden çıkıp evine giderken adı geçen iş sahibinin hediye olarak verdiği ... lira değerindeki yüzüğü ve ... tarihinde bir taşınmazın satış işlemini bitirip tapusunu verdikten sonra alıcı İsmail A.nın 'Gönülden koptu.' diyerek masanın üzerine bıraktığı ... lirayı aldığı anlaşılmış, oluş karar yerinde mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, görevini kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslar dairesinde yapıp bitirdikten sonra iş sahiplerinin duydukları memnuniyetin ifadesi olarak verdikleri hediye ve parayı alması eyleminin suç oluşturmadığı ancak disiplin hükümlerini ihlal niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 30.04.1987, 4612/2622, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2437)

veya disiplin suçuna vücut verir.³³⁵ Bazı kanunlarda bu hâl de ayrı bir suç olarak cezalandırılmaktadır.

6.6.3. Suçun Unsurları

6.6.3.1. Maddi Unsurlar

A. Fiil

Rüşvet, 6352 sayılı Kanun'la değişik 252'inci maddeye göre; *"kamu görevlisinin göreviyle ilgili bir işi yapmak veya yapmamak için menfaat sağlaması"* şeklinde tanımlanabilir.

Rüşvet suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması zorunlu değildir. Yani hukuka uygun bir işlemi yapması veya yapmaması için menfaat sağlamış olsa bile suç oluşur.

6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde rüşvet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin hukuka aykırı olarak bir işlemi yapması veya yapmaması için menfaat temin etmesi aranmaktaydı.

Rüşvet suçu ile ilgili veren ve alan bakımından yasaklanan fiil, *"kamu görevlisinin, görevinin ifası ile ilgili bir işi yapması veya yapmaması için yarar sağlanması"*dir.

Aşağıda, Kanun'da yasaklanan bu fiil, veren ve alan açısından ayrı ayrı incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce *"görevin ifası ile ilgili iş"*in ne olduğunu açıklamak gerekir.

a. Görevin İfası ile İlgili İş

Rüşvet suçunun söz konusu olabilmesi için yapılması veya yapılmaması istenen iş, kamu görevlisinin görevine girmelidir.³³⁶ Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin, görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat sağlaması, rüşveti değil³³⁷ somut olayın durumuna göre nüfuz ticareti veya dolandırıcılık³³⁸ suçunu oluşturur.

Söz konusu iş, kamu görevlisinin çalıştığı dairenin yetkisi içinde ise somut olayın durumuna göre rüşvet suçunun meydana gelebileceğini kabul etmek gerekir.³³⁹

335 Bk. Önder, s. 161; Gözübüyük, II, s. 746. Erem, bu durumda nüfuz ticareti suçunun oluşacağını belirtmektedir. Bk. Erem, II, s.1335. Gözübüyük bu konuda "Memurluktan çekilmiş veya ayrılmış olan memurun görevi sırasında yaptığı bir işten dolayı sonradan para veya hediye kabul etmiş olması hâlinde de rüşvet alma fiili işlenmiş olur." demektedir. Bk. Gözübüyük, II, s. 749

336 "Sanığın kayda girmiş talimat evrakını geciktirme hususunda yetkisinin bulunmaması, suç tarihi itibarıyla eylemin uyduğu TCK'nın 255. maddesinde hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 89. maddesi ile esaslı değişiklikler yapılması karşısında yeni düzenlemeler ve unsurlarının oluşması durumunda görevi kötüye kullanma ile dolandırıcılık fiilleri de değerlendirilerek hukuki durumunun tayin ve takdiri lüzumu bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 5.CD, 19.02.2013, 2880/1247)

337 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay böyle bir olayda fiilin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna karar vermiştir: "Trafik polisi olmayan ve bu işte de görevlendirilmeyen polis memurunun trafik suçu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için çıkar sağlaması rüşvet veya irtikâp değil görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur." (Yarg. 5. CD, 27.08.1980, 2599/2721, Malkoç-Güler, II, s. 1563)

338 Örneğin; kamu görevlisinin, görülmesi istenen iş konusunda kendisi görevli ve yetkili olmadığı hâlde, görevli ve yetkili olduğuna kişiyi inandırarak ve işi yapacağı izlenimi vererek menfaat temin etmiş olması hâli. Bk. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 90 vd.

339 Önder, s. 131 vd.; Dönmezer, s. 99; Bozdoğan, s. 84; Bakıcı, s. 269

Keza, görevle ilgili olma kapsamına kamu görevlisinin başka kamu görevlileriyle birlikte yapacağı işler de dâhildir. Kamu görevlisinin yaptığı işin bir başka makam tarafından iptal edilebilir olması veya işlemin diğer kamu görevlilerinin imza veya mührüyle tekemmül etmesi, işin onun görevine girmediğini göstermez. Somut olayda hâkim, mevzuat hükümlerine göre işin, kamu görevlisinin görev kapsamı içinde olup olmadığını takdir edecektir.³⁴⁰

Konuya ilişkin 6352 sayılı Kanun'la değişik 252'nci maddenin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: *"Maddenin birinci fıkrasında rüşvet suçu, rüşveti veren bakımından tanımlanmış ve ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, göreviyle bağlantılı bir işi yapması veya yapmaması bağlamında kamu görevlisine veya göstereceği başka bir gerçek veya tüzel kişiye menfaat sağlayan kişi, rüşvet suçunun faili olarak cezalandırılacaktır. (...) Maddenin ikinci fıkrasında ise rüşvet suçu kamu görevlisi bakımından tanımlanmıştır. Kamu görevlisinin rüşvet suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için, göreviyle bağlantılı bir işin gördürülmesi bağlamında kendisine veya göstereceği başka bir gerçek veya tüzel kişiye menfaat sağlanması gerekmektedir. Gördürülmesi amaçlanan işin kamu görevlisinin görevine girmemesi hâlinde, rüşvet suçunun değil, nüfuz ticareti suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir."*³⁴¹

Yargıtay da rüşvet suçunun oluşabilmesi için failin göreviyle bağlantılı bir işin varlığını mutlaka aramaktadır: *"Rüşvet suçu bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşur. Burada önemli olan yapılan işin memurun görevine giren bir iş olması ve rüşvet sonucu yapılması istenilen belirli eylem ile sanığın görevi arasında mutlak bir bağın varlığıdır."*³⁴²

Ayrıca belirtelim ki kamu görevlisi, kamu görevini usulüne uygun bir tarzda iktisap etmiş olmalıdır. Eğer kamu görevlisi, o görevle hukuka uygun bir şekilde görevlendirilmemiş ise görev gereği yapmak veya yapmamak zorunda olduğu bir işten bahsedilemez. Bu durumda diğer unsurları da bulunmak şartıyla nüfuz ticareti veya dolandırıcılık suçu meydana gelebilir.³⁴³

Kamu görevlisinin menfaat sağlaması; görevinin gereği belirli, muayyen

340 "Bayındırlık Müdürlüğünde fen memuru olup sağlık kurulunda görevli bulunan sanığın bir elektrik tesisinin kabulü için ilgili ile yaptığı rüşvet anlaşması sonucu para aldığı anlaşılmasına ve anlaşmanın kurulun üyesi olarak yapılmış olmasına göre suç meydana gelmiştir. (...) Sanığın inceleme gününde kurulda bulunacağını anlaşmadan önce kesin olarak belli bulunmaması, üç kişilik kuruldaki oyunun tek bir oydan ibaret olması, işin istendiği biçimde sonuçlanmaması nedenleri eylemin TCK 227. (m. 218) maddesine uyduğunu göstermez." (Yarg. 5. CD, 18.03.1989, 683/906, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2439)

341 Aynı yönde açıklamalar, TCK'nın 6352 sayılı Kanun'la değişik 255'inci maddesinin gerekçesinde de mevcuttur.

342 Yarg. 5. CD, 26.11.2007, 4413/9276; "(...) Yapılan işin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması ve rüşvet sonucu yapılması istenilen belirli eylem ile sanığın görevi arasında mutlak bir bağın varlığının mevcudiyetinin zorunlu bulunmasına göre, mahkemenin de kabulünde açıklandığı üzere Sanayi Ticaret İl Müdürlüğünde memur olan sanık Sinan'ın petrol istasyonlarını denetleme yetkisi bulunmadığından somut olayda rüşvet suçunun unsurları itibarıyla oluşmayacağı gözetildiğinde, sanık Sinan'ın denetleme tarihlerine dair bilgi vermek için maddi menfaat talebinde bulunmaktan ibaret ve görevinin gereklerine aykırı davranmak biçimindeki eyleminin çıkar sağlayarak görevi kötüye kullanma, TCK'nın 258. maddesinde düzenlenen görevle ilişkin sırrın açıklanması suçlarını oluşturup oluşturmayacağı kararda tartışılması, ..." Yarg. 5 CD, 07.07.2011, E. 2011/7022; "Rüşvet, memur veya memur sayılan kişinin görevli olduğu memurluk görevini kötüye kullanarak rüşvet verenle anlaşarak yasa dışı çıkar elde etmesidir. Tekirdağ İl Emniyet Müdürlüğü Güvenlik ve Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğünde polis memuru olarak görevli bulunan sanık E. U'nun sahte olarak düzenlediği silah taşıma ruhsatı ile ilgili görevi bulunmaması nedeniyle rüşvet suçunun varlığının kabulü mümkün olmadığı, ..." (Yarg., 11. CD, 21.11.2007, 6725/8272) Aynı yönde; Yarg. 5. CD, 07.10.2010, 6392/7351

343 "TCK'nın 158. maddesinin 2. fıkrasında, 765 sayılı TCK'da bağımsız bir suç olarak tanımlanan ve uygulamada 'nüfuz ticareti' olarak bilinen eylemin, dolandırıcılık suçunun bir nitelikli şekli olarak tanımlandığı, bu hükme göre, 'kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak başkasından menfaat temin eden kişinin' maddede öngörülen nitelikli dolandırıcılık suçundan cezalandırılmasının öngörüldüğü, somut olayda ise sanığın kendisini gümrükte şef olarak tanıtır oraya işçi alınacağını söyleyerek katılardan menfaat temin etmesi eylemini, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğunu ve onlar nezdinde hatırı sayıldığını söylemeksizin gerçekleştirmesi karşısında, fiilinin TCK'nın 157. maddesi ile cezalandırılması yerine (...) aynı Yasa'nın 158/2. maddesiyle uygulama yapılması, ..." (Yarg. 11. CD, 13.03.2008, 9265/1517, YKD, Ağustos 2008, s.1665 vd.).

bir işle ilgili olmalıdır. Eğer görevinin gereği belirli bir iş için bir menfaat sağlanması söz konusu değilse, yani genel olarak kamu görevi sıfatından dolayı bir menfaat sağlanmışsa rüşvet suçu oluşmaz.³⁴⁴

b. Rüşvet Verme

Çok failli bir suç olan rüşvette, veren fail bakımından yasaklanan fiil; "menfaat sağlama (rüşvet verme)" dir.

Rüşvet verme fiilleri; 252'nci maddenin 1'inci fıkrasında "*menfaat sağlayan*", 3'üncü fıkrasında "*rüşvet konusunda anlaşmaya varma*" 4'üncü fıkrasında ise "*menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunulma*", 9'uncu fıkrasında "*menfaat temin, teklif veya vadedilmesi*" şeklinde ifade edilmiştir.

Suçun gerçekleşmesi için, rüşvet teklifinin, rüşvet vermeye sebep olan iş konusunda yetkili bir kamu görevlisine yapılmış olması gerekir. "Asker kaçağı olan ve sahtekârlıktan da aranan ve yakalanması için memur edilen jandarmalara karakola getirilmemek için"³⁴⁵ veya "müsadereye tabi olan tabancanın müsadere edilmemesi için" rüşvet teklif edilmiş olması³⁴⁶ rüşvet vermeye örnektir.

TCK'nın 252'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, kamu görevlisine veya göstereceği üçüncü bir kişiye menfaat sağlanması ile suç tamamlanır. Ancak anılan maddenin üçüncü fıkrası karşısında; rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde de rüşvet suçunun tamamlandığı kabul edilmelidir.

252'nci maddenin 9'uncu fıkrasının düzenlemesine göre rüşvet; veren açısından seçimlik hareketli bir suç olup, seçimlik hareketlerden birinin yapılması fiilin gerçekleşmesi için yeterlidir. Suç sayılan bu hareketler, 252'nci maddede belirtilen kimselerin, görevlerinin gereği yapmaları veya yapmamaları gereken bir işe yönelik olmalıdır.

TCK'nın 252'nci maddesinin 9'uncu fıkrasına göre, yarar vaat veya teklif edilmesi veya verilmesi anında suç tamamlanır. Teklifin kamu görevlisi tarafından kabul edilmemiş olması, rüşvet verme suçunun oluşumunu engellemez. Bu durumda rüşvet verme suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

765 sayılı TCK'da düzenlenen nitelikli rüşvet verme suçunda yasaklanan fiil; "rüşvet vaadi, teklif edilmesi veya verilmesi"dir. 765 sayılı TCK'ya göre basit rüşvet verme suçunda yaptırıma bağlanan fiil ise Kanun'umuzun ifadesine göre "*rüşvet*

344 "... Sanıkların savunmalarının hayatın olağan akışına uygun düşmemesi ve bir rüşvet anlaşmasının varlığının açıkça tespit edilememiş olması karşısında Samsun DSİ Bölge Müdürlüğüne bağlı, Etüt ve Plan Şube Müdürlüğünden yapılan ihaleleri alan Akım Elektronik Sanayi Ticaret Limited Şirketi yetkilileri olan sanıklar Hasan ve Süleyman tarafından belirtilen ve o kurumda meteoroloji mühendisi olan ve ihale komisyonunda başkan olan sanık Adnan'ın banka hesabına parça parça birden fazla kez para gönderilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanık Adnan'ı görevi kötüye kullanma olarak kabul edilen suça azmettirme olarak nitelendirilerek sanık Hasan ve Süleyman'ın cezalandırılmaları yerine, yazılı gerekçelerle beraatlerine yer verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 13.04.2011, 9640/2991); "Olay tarihinde asayiş ekibinde görevli sanık polisler Necdet, Celalettin ve Seza'nın devriye görevi yaptıkları sırada diğer sanık Mahmut'un kahvehanesinin önüne gelip, bu sanığın verdiği 250.000 TL parayı diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içinde hareket eden ekip amiri Seza'nın alması suretiyle sağladıkları yararın belirli bir işe ait olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasından, dolayısıyla da rüşvet suçundan bahsedilemeyeceği, oluşan eylemin 765 sayılı TCK'nın 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, ..." (Yarg. 5. CD, 18.02.2008, 16829/935)

345 Bk. Önder, s. 182

346 Bk. Önder, s. 182

verme veya başka yararlar temin etme"dir.³⁴⁷

c. Rüşvet Alma

Rüşvette, alan fail bakımından yasaklanan fiil; "rüşvet alma" dır.

"Rüşvet alma"; rüşvete konu nesnenin, verenin egemenlik alanından çıkarılıp failin veya onun öngördüğü üçüncü kişinin egemenlik ve nüfuz alanına sokulması ile tamamlanır.

Yargıtay bir kararında konu ile ilgili olarak; *"Çaycuma Saltıkova Jandarma Karakol komutanı olarak görev yapan sanığın, hakkında yaralama suçundan kesinleşmiş ilamın infazı için yakalama müzekkeresi bulunan müşteki sanık T. l'nin yakalanması için Uzman Çavuş A. Y'yi görevlendirdiği ve müzekkere gereği Turan'ın yakalanarak karakola getirildiği, Turan'ın yalnız görüşme talebi üzerine, sanığın bu kişiyle görüşmesinden sonra yakalama müzekkeresi gereğince C. Savcılığına götürülmesi gereken T. l'nin sanık tarafından 750 TL karşılığında serbest bırakıldığı, müşteki sanık Turan'ın ifadesi, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşılmakla; sanığın görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle rüşvet almak suçunu işlediği gözetilmeden suç niteliğinde yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."*³⁴⁸ şeklinde görüş bildirmiştir.

Kanun'umuzun çeşitli maddelerinde kullanılan "alma" fiillerine (m. 141, 148) verilen anlamlar burada da geçerlidir.

Rüşvet anlaşmasına konu olan yararın sağlanması ile de suç tamamlanır.³⁴⁹ Yarar sağlandıktan sonra anlaşmaya konu işin yapılmaması veya geciktirilmesi yahut eksik yapılması oluşmuş suçu ortadan kaldırmaz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi anlaşma olduğunda kişiler tamamlanmış rüşvet suçundan cezalandırılır. Bu anlaşma, kamu görevlisinin görevinin gereği

347 Aynı yönde bk. Yarg. 5. CD, 08.05.1996, 1996/29-1547. Karar'da; "sanık Cengiz hakkında, ruhsatsız tabanca taşımak suçundan ... Asliye Ceza Mahkemesine açılan kamu davasının sonucunun araştırılması ve bu davada beraat kararı verilmesi hâlinde rüşvet veren sanıklar Cengiz, Şemsi ve İbrahim haklarında TCK'nın 213. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yer olup olmadığının tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi ... yasaya aykırıdır" denilmektedir (YKD, S. 8, 1997, s.1327 vd.)

348 Yarg. 5. CD, 21.02.2013, 2426/1307; "Trafik polisleri olan Hüseyin Topal ve Koray Günay'ın Şevket Kocaman'ın yaptığı kaza mahalline gitmelerinden sonra, kaza yapan aracın kaskosunun olmaması nedeniyle Hüseyin ile birlikte kaza tarihinde gerekli tutanakları düzenlemeyip kaza yapan aracın gerekli kasko-sigorta işlemlerinin yapılmasından sonra kaza yapmış gibi 04.12.2002 tarihli tutanağı düzenlemeleri ve karşılığında Hüseyin'in Şevket'ten toplam 1.100 Dolar (1.675 TL) alması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık Koray'ın Hüseyin ile eylem ve irade birliği içinde hareket ederek atılı rüşvet alma suçunu işlediği ve yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 5. CD, 01.04.2013, 6213/2550); "K. Otelcilik AŞ tarafından Hazineye ait 4355,9 metrekarelik alanın suç tarihinden önce kullanıldığının tutanaklarla tespit edildiği ve buna göre ecrimisil bedeli tespit edildiği, sanıklar Ahmet ve Yusuf tarafından düzenlenen 24.01.2003 tarihli içeriği itibarıyla sahte tutanakla anılan otelin kiracısı Şahmar Otelin 2.300 metrekarelik alanı kullandığının tespit edilmesinden sonra K. Otelcilik AŞ tarafından sanık Ahmet'in hesabına 09.07.2003 tarihinde 700 TL'nin aktarıldığı, Ş. Otel vekilinin dilekçesi üzerine her üç sanık tarafından içeriği itibarıyla sahte 26.08.2003 tarihli tutanakla K. Otelcilik AŞ tarafından

2.300 metrekare Hazine arazisinin işgal edildiğinin tespit edildiği, sanık Ahmet tarafından 09.09.2003 ve 10.09.2003 tarihlerinde hesaba yatırılan 700 TL'nin çekildiği, 25.02.2004 tarihinde yapılan ölçümle otelin kullandığı alanın 4.300 metrekare olduğunun tespit edildiği, sanık Ahmet'in hesabına aktarılan 700 TL'yi otel sahibi ölen E. A'nın çok sayıda misafirinin gelmesi nedeni ile evini kiraya vermesine karşılık aldığına dair hayatın olağan akışına uymayan savunması, şikâyet dilekçesi ve tüm dosya kapsamından sanığın menfaat karşılığı otelin gerçekte kullandığı alandan daha az alanı işgal ettiğine dair tutanak tanzim ederek daha az ecrimisil ödemesini sağlamak şeklinde gerçekleşen ve rüşvet alma suçunun tüm unsurlarını taşıyan eylemde bu hususlar üzerinde durulmadan dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 5. CD, 14.03.2013, 4749/1848) Ayrıca bk. Özgenç, s.189

349 "Fen memuru olup sağlık kurulunda görevli bulunan sanığın bir elektrik tesisinin kabulü için ilgili yaptığı rüşvet anlaşması sonucu para aldığı anlaşılmasına ve anlaşmanın kurulun üyesi olarak yapılmış olmasına göre suç meydana gelmiştir. Suç konusu işin sonradan yapılıp yapılmaması hukuksal niteliği değiştirmez" (Yarg. 5. CD, 18.03.1989, 683/906, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2439)

yapması veya yapmaması gereken bir işin yapılması veya yapılmaması hususunda olacaktır.³⁵⁰ Anlaşmanın bulunması için kamu görevlisi tarafından ferde veya fert tarafından kamu görevlisine doğrudan veya dolaylı bir teklifin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekli ve yeterlidir.

Anlaşma rüşvete konu olan işin yapılmasından önce veya en geç yapıldığı esnada mevcut bulunmalıdır.³⁵¹

Kamu görevlisi ile fert arasında önceden yapılan bir anlaşma olmadan görevin gereği işin yapılması veya yapılmamasından sonra, kamu görevlisine menfaat sağlanması veya bu yönde bir vaat veya taahhütte bulunulması rüşvet sayılmaz.³⁵²

Kamu görevlisi ile fert arasında anlaşmanın mevcudiyetini kabul için, anlaşmaya ilişkin rızaların serbest irade ürünü olması gerekir. Başka bir deyişle bu rızalar cebir, tehdit, hile ve sair sebeplerle fesada uğratılmamış olmalıdır.³⁵³ Eğer anlaşma için kamu görevlisinin, iş sahibini icbar etmesi veya onu hileli hareketleriyle ikna etmesi söz konusu ise bu durumda rüşvet suçu değil, irtikâp suçu oluşacaktır.³⁵⁴

Rüşvet alma bakımından anlaşmanın varlığının kabulü, tarafların hakiki manada yapılan anlaşma doğrultusunda iradelerinin birleşmesine bağlıdır. Mesela; kamu görevlisi rüşvet talep eder, fert kamu görevlisini yakalatmak için onunla anlaşmış gibi görünürse, bu durumda, suç tipini düzenleyen maddenin aradığı anlamda bir rüşvet anlaşması olmadığından rüşvet suçu (alan açısından) teşebbüs derecesinde kalır.

Yargıtay, bu tür olaylarda 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği bazı kararlarında görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmekteyken³⁵⁵ diğer bazı içtihatlarında rüşvet almanın teşebbüs aşamasında

350 "Bayrampaşa Kapalı Cezaevinde infaz koruma memuru olarak görev yapan sanığın suç tarihinde ekonomik sıkıntıları sebebiyle cezaevindeki hükümlü Hüseyin'den rüşvet anlaşmasına bağlı olarak aldığı 400 mark karşılığı, cezaevine 2 cep telefonu ve sim kartları ile 6 deste oyun kâğıdını, x-rey cihazından geçirmediği montunun ceplerine sokmaya çalışırken, görevli jandarma personelinin araması sonucu yakalandığı, tanık anlatımları, sanığın savunmaları ve suç tutanağı ile sabit iken, sanığın sonraki aşamalarda suçtan kurtulmaya yönelik inkâra dayalı savunmasına itibar edilerek, yapılmaması gereken bir işi yapmak için rüşvet alma suçundan mahkûmiyeti yerine yanlışlıklarla değerlendirme ile yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 5. CD, 11.03.2013, 3981/1741)

351 Dönmezer, s. 100

352 Önder, s. 161; Güreli, s. 96

353 Erman-Özek, s.96

354 "Rüşvet suçu 5237 sayılı TCK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 252. maddesine göre; bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşur. Ayrıca bu suçta her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekir. Taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulunduğu anda rüşvet suçu tamamlanır. İkna suretiyle irtikâp suçu ise kamu görevlisinin görevine giren bir hususta görev ve sıfatını kötüye kullanması sonucu kandırıldığı için sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilemeyecek olan mağduru yasa dışı çıkar sağlamaya ikna etmesi ile oluşur. Bu açıklamalar karşısında; suç tarihinde İlgaç Adliyesi Mahkemelerinde zabıt kâtibi olarak görev yapan sanığın, A. S.den 1232 TL adli para cezası alıp Yargıtay Başsavcılığınca 5326 sayılı Yasa yönünden yeniden değerlendirme yapılmak üzere dönen dosyasını arşive kaldırma veya yok etme karşılığında 785 TL istemesi ve bunun A tarafından kabul edilmesi biçiminde gerçekleşen olayda ikna edici, hileli veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan sanığın para isteğinin A. S. tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren eylemin 'rüşvet alma' suçu olarak kabul edilmesi gerektiği; A. S.nin eyleminin ise rüşvet verme suçunu oluşturabileceği nazara alındığında hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması, dava açılması hâlinde mevcut dava ile birleştirilmesinden sonra her iki sanığın hukuki durumunun birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 5. CD, 02.05.2013, 7223/4388)

355 "Olayımızda unsurları bakımından rüşvet suçu da oluşmamıştır. Şöyle ki: İş sahibi olarak gözükten Nuh, sanığın yasa dışı davranışlarının saptanabilmesi için zabıtaca bir ajan olarak görevlendirildiğinden, gayrimeşru bir zemin içerisinde bulunmadığı gibi; sanık doktorla serbest iradesi ile rüşvet anlaşması yaptığının kabulü de mümkün değildir. Bir anlaşma yapılmıştır, fakat bu rüşvet anlaşması değil, sanığın yasa dışı davranışlarının meydana çıkarılması yönünden polis görevlileri ile tanık Nuh arasında yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşma rüşvet suçunun unsurlarına dâhil bulunmamaktadır. Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda yasa ve nizamla aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılın sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan ... direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir." (Yarg. CGK, 25.04.1983, 113/197, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2434)

kaldığını belirtmekteydi.³⁵⁶

Kamu görevlisi kendisine rüşvet teklif eden ferdi yakalatmak için anlaşmış gibi görünürse, bu durumda kamu görevlisi açısından herhangi bir suç oluşmaz.

765 sayılı TCK'nın düzenlemesine göre rüşvet alma suçu, basit rüşvet alma ve nitelikli rüşvet alma olarak ayrı ayrı düzenlenmişti.

765 sayılı TCK'ya göre basit rüşvet alma suçunun oluşumu için failin yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak, yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alması veya bu yönde bir vaat veya taahhüdün kabul etmesi gerekirdi.³⁵⁷

Nitelikli rüşvet alma suçunda yasaklanan fiil, basit rüşvet alma ile aynı olmakla beraber burada rüşvetin alınması veya bu yolda bir vaat veya taahhüdün kabul edilmesi; yapılması gereken işin yapılmaması; yapılmaması gereken işin yapılması için olmalıydı.³⁵⁸

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren TCK'nın düzenlemesine göre 765 sayılı Kanun'un "nitelikli rüşvet"³⁵⁹ saydığı fiiller rüşvet suçu kapsamında cezalandırılmakta, 765 sayılı Kanun'un "basit rüşvet" alma saydığı fiiller; görevi kötüye kullanma,³⁶⁰ basit

356 Bk. Yarg. 5. CD, 26.05.1999, 1409/2756, Yaşar, s.958; Yarg. 5 CD, 28.01.1999, 4556/60, Yaşar, s. 959

357 "... Sanıklar şikâyetçinin pastanesine oradaki şeker miktarını tespit etmek için gitmişlerdir. Bu sebeple şeker miktarını tespit etmeye zorunludurlar. Yapmak zorunda oldukları bu görevi yapmamak için şikâyetçiden para istemiş olmaları rüşvete kalkışma suçunu oluşturmaz." (Yarg. CGK, 13.12.1982, 5-422/991) Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2435 vd.; Bk. Gözübüyük, II, s. 758 vd.; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 1998, s. 240 vd

358 Bk. Gözübüyük, II, s. 758 vd.; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 240 vd. Yarg. 5. CD, 20.01.1982 tarih ve 3052/65 sayılı konu ile ilgili bir Karar'ında; "Sanıklar K. S. ve E.nin birlikte ... lira rüşvet ödenmesi konusunda anlaşış ... lirasını peşin alarak, diğer sanıklar da yakaladıkları kaçak orman mallarını ve bunların taşınmasında kullanılan kamyonu hiçbir işlem yapmadan bırakmış bulunmaları nedeniyle, orman idaresinin 6831 sayılı Yasa'yla hüküm altına alınan kaçak orman mallarına ve taşımada kullanılan kamyonu el koymak ve devletin kamu davası açarak cezalandırmak haklarına dokunulduğu (ihlal edildiği) gibi, zarar da doğduğu gözetilmeyerek, sanıklar hakkında TCK'nın 212/2 fıkrası yerine 1. fıkrasının uygulanması yasaya aykırıdır." demektir. Karar için bk. Savaş-Mollamahmutoğlu, II, 2. Baskı, s. 2438

359 "Konak Belediyesi Zabıta Müdürlüğüne bağlı Hatay Zabıta Karakol Amirliğinde belediye zabıta memuru olan sanıkların, encümençe yıkım kararı verilen binanın yıkımı müsteki tarafından gerçekleştirildiği sırada gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle molozların sokağa saçılmasından dolayı yapılan sözlü şikâyet üzerine görevlendirilip olay yerine gönderildiği, inşaatta çıkan molozların yola terk edildiğinden bahisle Zabıta Yönetmeliği'nin 62/B maddesini dayanak gösterip 20.08.2004 tarih ve 680 sayılı suç tutanağını düzenledikleri, Belediye Başkanlığının 30.09.2004 günlü yazısında tutanakta gösterilen maddenin belirtilen suç unsuruna karşılık geldiği bildirilmekle birlikte, müstekin inşaatta çıkan hafriyatın döküm yeri için ayrıca müracaatta bulunup izin alması gerektiği hâlde buna uymadan yıkımda çıkan molozları başka yere götürüp döktürdüğü, Belediye Başkanlığının 02.12.2004 tarihli yazısına göre daha fazla cezayı gerektiren bu fiil sanıklarca görülüp saptanmasına rağmen müstekiyle anlaşış menfaat karşılığı işlem yapmadıkları, hafif cezayı gerektiren tutanağı düzenlemekle yetindikleri ve bu suretiyle rüşvet alma suçunu işledikleri (...) sabit görüldüğünden, ..." (Yarg. 5. CD, 07.06.2010, 12851/4304)

360 "SSK İl Müdürlüğünde sağlık karnesi servisinde görevli memur olan sanığın, sağlık karnesi almak için müracaat eden mağdurlardan karne başına 500.000 TL alması gerekirken 1.000.000 TL alması eyleminde; sanığın çalıştığı yerde karne ücretinin yazılı olduğuna, mağdurların sırada beklememek için bu parayı verdiklerine ilişkin tanık anlatımları, müsteki ve mağdurların beyanları, sanığın savunması ile tüm dosya içeriğine göre irtikâbın ikna ve icbar unsurunun bulunmadığı, sanığın İlyas Sağır'a ve mağdurlara yönelik eylemlerinin 765 sayılı Yasa'nın 212/1. maddesine uyan yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma suçuna vücut vereceği, ancak 765 sayılı Yasa'nın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde 'rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı cihetle, sanığın eylemlerinin küll hâlinde zincirleme şekilde aynı Yasa'nın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçu niteliğinde olduğu ve lehe kanun değerlendirmesinin bu suçlar arasında yapılması gerektiği gözetilmeyerek, ..." (Yarg. 5. CD, 13.10.2011, 10506/21971)

rüşvet teklifi ise teklif eden açısından hakaret suçu olarak değerlendirilmektedir.³⁶¹

6352 sayılı Kanun ile 252'nci maddede yapılan değişiklik sonucu, TCK bakımından da hem "*basit rüşvet*" hem de "*nitelikli rüşvet*" olarak tanımlanan eylemler arasında ayrım kaldırılmış hepsi rüşvet kapsamına girmiştir.

B. Fail

Yukarıda da belirttiğimiz gibi rüşvet, çok failli bir suç olup karşılaşma suçu niteliği arz etmektedir. Bir tarafta, rüşvet veren diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla rüşvet, en az iki failin bulunduğu çok failli bir tek suçtur.

Aşağıda rüşvet suçunun faili, veren ve alan açısından iki alt başlık altında incelenecektir.

a. Rüşvet Veren Fail

Rüşvet veren fail, herhangi bir "kimse" olabilir. Maddede rüşvet veren açısından failde bir nitelik aranmamıştır. Bu husus 252'nci maddede; "*menfaat sağlayan kişi ... cezalandırılır*" şeklinde ifade edilmiştir. Rüşvet veren, kamu görevlisi de olabilir. Ancak bu takdirde kamu görevlisi sıfatıyla, suçta unsur olmadığından verilecek ceza; diğer şartlar da mevcut olmak kaydıyla 266'ncı maddeye göre artırılabilir.

TCK'nın 253 'üncü maddesine göre tüzel kişilere bu suç dolayısıyla güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir. Maddede; "*rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*" denmektedir.

Belirtelim ki menfaat sağlanan veya vaat veya teklif edilen kimseler 252'nci maddede sayılan şahıslardan olmalıdır.

6352 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 252'inci maddenin 9'uncu fıkrası ile "*... bu madde hükümleri a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine, b) Uluslararası veya uluslar üstü mahkemelerde veya yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere, c) Uluslararası veya uluslar üstü parlamento üyelerine, d) Kamu kurumu veya kamu*

361 "... Afyonkarahisar Açık Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü bulunduğu sırada kurumun çay ocağı işletmesinin kendisine verilmesi karşılığında 1000 TL'si ve her ay 500'er TL'sini kurum müdürü olan şikâyetçiye vermeyi teklif eden sanığın eyleminin, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Tüzük'ün 40 ve 99. maddeleri uyarınca şikâyetçinin başkanlığını yaptığı İdare ve Gözlem Kurulu kararı ile sanığın çay ocağında çalıştırılmasına yasal engel bulunmadığı, bu nedenle sanık tarafından rüşvet karşılığı yapılması istenen işin görev gereklerine aykırı bir işin yapılması olarak nitelendirilemeyeceği nazara alındığında, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı küçük düşürmeye yönelik hakaret niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 12.11.2012, 4179/11184); "5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde 'rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşturma uygun olarak işlediği kabul edilen ve 765 sayılı TCK'nın 213/2. maddesine uyan haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle 5237 sayılı Yasa'nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı, ..." (Yarg. 5. CD, 16.02.2009, 12844/1635); "5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde 'rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşturma uygun olarak işlediği kabul edilen haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle aynı Yasa'nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı, ..." (Yarg. 5. CD, 12.05.2008, 1435/4255)

işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere, e) Bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere, f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslar üstü örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine,

görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması veya uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vadedilmesi veya bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi hâlinde de uygulanır.” hükmü getirilmiştir.

Bu düzenleme ile rüşvetin kapsamı; vaat veya teklif eden veya veren ile talep eden veya alan kişiler bakımından oldukça genişletilmiştir.³⁶²

b. Rüşvet Alan Fail

aa. Genel Olarak

TCK'nın düzenlemesine göre rüşvet alan fail, ancak kamu görevlisi olabilir.³⁶³

6352 s.lı Kanun'la değişik TCK'nın 252'nci maddesinin 8'inci fıkrasında sayılan tüzel kişiler adına hareket eden kimseler, kamu görevlisi olmasalar dahi rüşvet alma fiilinin faili olabilirler. Buna göre bu kişilere görevlerinin gereği bir işin yapılması veya yapılmaması için yarar sağlanması durumunda, rüşvet suçu oluşur.

Keza 6352 s.lı Kanun'la değişik TCK 252. maddesinin 5. fıkrasına göre rüşvet suçuna aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatına sahip olmasa bile müşterek fail olarak sorumlu olur.

Değişiklik öncesi rüşvete aracılık eden kişinin statüsü, genel iştirak kurallarına göre çözülmekteydi. Buna göre rüşvet alan fail sadece kamu görevlisi olabileceğinden özgü suç niteliğindeydi. Bu sebeple rüşvet almaya aracılık eden kişi özel faillik vasfını taşımadığı için müşterek fail olarak değil, şerik olarak sorumlu tutulmaktaydı.³⁶⁴

Rüşvet alan kamu görevlisi failin, 252'nci maddenin 7'inci fıkrasında sayılan; yargı görevini yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır.

362 TCK'nın 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'la değişik 252'nci maddesinin 5'inci fıkrası; "yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vadedilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır" şeklinde idi. 01.06.2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 252/5'inci fıkrasının kapsamı, 5377 sayılı Kanun'la getirilen hükme göre daha dar idi.

363 "Akdeniz Edaş Dağıtım AŞ'nin Serik İşletme Şefliğine bağlı taşeron Öz-Kal Elektrik İnş. Taah. Tic. Ltd. Şirketine endeks okuma ve fatura bildirimi bırakma işini yapan sanığın, ceza kanunu tatbikinde kamu görevlisi sayılmadığı gibi özel kanunlarda da kamu görevlisi sayılmadığına veya bu yükümlülük ve sorumlulukları bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarına dair hüküm bulunmadığı, bu itibarla rüşvet almaya teşebbüs suçunun faili olamayacağı, sanığın, katılan Mehmet Taflan'dan, sayıca herhangi bir arıza bulunmamasına rağmen, sayacın arızalı olduğunu söyleyerek, bu hususta ceza yazılmasını önlemek için para istemesi şeklindeki eyleminin dolandırıcılığa teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 25.12.2012, 11549/13534)

364 "(...) TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca rüşvet suçunun bir özgü suç olduğu ve bu nedenle sanık Ö. A'nın yardım eden sıfatı ile sorumlu olacağı gözetilerek aynı Yasa'nın 39/2-c maddesi uyarınca uygulama yapılması gerekirken birlikte işleyen gibi sorumlu tutularak yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 3457/1174)

Kişinin suçu işlediği sırada kamu görevlisi olması yeterlidir. Sonradan bu sıfatı kaybetmesi veya fiilî vazifesi başında olmadığı esnada işlemesi, suçun oluşması açısından önem taşımaz. Fiilin tatil günü veya mesai haricinde de işlenmesi mümkündür.

İfade etmeliyiz ki rüşvet alan fail bakımından fiil, özgü suçtur. Rüşvet alma 6352 sayılı Kanun'la değişik fiilinin faili olabilmek için ya kamu görevlisi ya da 252'nci maddenin 8'inci fıkrasında sayılan kurum-kuruluşlar adına hareket etme yetkisine sahip olmak gerekir. Bu özelliği taşımayan kişiler, rüşvet alma fiilinin faili olamazlar.

bb. Rüşvet Alan Fail Bakımından Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar

aaa. Suçun Yargı Görevi Yapan, Hakem, Bilirkişi, Noter veya Yeminli Mali Müşavir Tarafından İşlenmesi (m. 252/7)

Rüşvet alan fail ile ilgili nitelikli unsur, 252'nci maddenin 7'nci fıkrasında, *"Rüşvet alan ... kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."* denilmek suretiyle düzenlenmiştir.³⁶⁵

Fıkra da belirtilen kimseler bakımından bu nitelikli unsurun uygulanabilmesi için bunların görevlerinin gereği olan bir işin yapılması veya yapılmaması için menfaat sağlanması gerekir. 765 sayılı TCK'nın 219/1'inci maddesinden farklı olarak, "yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir" denilmek suretiyle nitelikli hâlin kapsamı genişletilmiştir.

"Yargı görevi yapan" kimseler TCK'nın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının d bendinde belirtilmiştir. Hükme göre; *"yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar"* anlaşılmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407'inci ve devamı maddelerinde, tarafların bazı konularda hakem tayin edebilecekleri belirtilmektedir. Buna hukuk usulünde "tahkim" denir. Tahkimde uyuşmazlık hakemler tarafından çözülecektir. Hukuki uyuşmazlığın çözülmesi için tayin edilmiş olan hakemin rüşvet alması, TCK'nın 252'nci maddesinin yedinci fıkrasında cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

"Bilirkişi", bir konuda özel bilgisi veya uzmanlığı olan kişidir.³⁶⁶ CMK'nın 63'üncü maddesine göre; *"çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına resen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez"*.

³⁶⁵ 765 sayılı TCK'da rüşvet alma ve verme suçlarına ilişkin ağırlatıcı nedenler birbirinden farklıdır. Rüşvet alma suçu ile ilgili ağırlatıcı sebepler 765 sayılı eski TCK'nın 212'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, 219'uncu maddenin 1'inci fıkrasında ve 219'uncu maddenin 2'inci fıkrasında hem basit hem de nitelikli rüşvet alma suçları için öngörülmüştü. Ayrıca eski TCK'nın 219/3'üncü maddesinde rüşvet alma suçlarında alınan rüşvet veya kabul edilen vaat veya taahhüdün değerinin hafif olması hâlinde verilecek cezanın yarısının, pek hafif olması durumunda ise üçte ikisinin indirileceğine ilişkin hafifletici sebebe yer verilmiştir.

³⁶⁶ Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, s.64

Hüküm uyarınca, usulüne uygun tarzda atanan bilirkişi tarafından rüşvet alınması hâli nitelikli unsurdur.

“Noter”, hukuki, resmî işleri yapan, belgelerin suretlerini çıkaran, onaylayan ve Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışan dairelerdir.³⁶⁷

Ülkemizde Noterlik 1512 sayılı Noterlik Kanunu hükümlerine göre yapılmaktadır. Kanun’un 1’inci maddesinde; *“Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar.”* denilmektedir.

Nitelikli unsurun uygulanabilmesi, failin noter sıfatını kazanmış olmasına bağlıdır. 1512 sayılı Kanun’un 30’uncu maddesinde; *“Noter sıfatı, noterliğe atama kararının tebellüğü ile kazanılır. Kendi sınıfında veya yukarı sınıfta başka bir noterliğe atanan veya nakledilen noter, atama yahut nakledilme kararını tebellüğ ettiği tarihte yeni noterlik sıfatını kazanmakla beraber eski noterlik sıfatı da sona erer.”* hükmü mevcuttur.

“Yeminli mali müşavir”lere ilişkin esaslar 01.06.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu ile düzenlenmektedir.

16.01.2005 tarihli Yönetmelik’in ikinci maddesinde yeminli mali müşavir; *“Kanun’un 2’nci maddesinin (B) bendi ile 12’nci maddesinde belirtilen işleri yapan ve 4’üncü maddesindeki genel şartları ile 9’uncu maddesindeki özel şartlarını taşıyan meslek mensupları”* şeklinde tanımlanmıştır.

Yeminli mali müşavir olabilmenin özel şartları, 3568 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesinde; *“a- en az on yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmak, b- Yeminli mali müşavirlik sınavını vermiş olmak, c- Yeminli mali müşavir ruhsatını almış olmak”* olarak belirlenmiştir.

3568 sayılı Kanun’un 11’inci maddesine göre; *“Yeminli mali müşavirlik mesleğine kabul edilenler, görevlerine fiilen başlamadan önce, Asliye Ticaret Mahkemesinde ... yemin ederler.”*

Yeminli mali müşavirlerin yapabileceği işler, 3568 sayılı Kanun’un 2’nci ve 12’nci maddelerinde sayılmıştır. Yeminli mali müşavirler, 3568 sayılı Kanun’un 2’nci maddesine göre; (A) fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı işleri *(gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin; a- Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümlerine göre defterlerini tutmak, bilanço, kâr-zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek ve benzeri işleri yapmak, b- Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak, c- Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak)* yapabilir.

Yeminli mali müşavirler, muhasebe ile ilgili defter tutamazlar, muhasebe

³⁶⁷ Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, s.416

bürosu açamazlar ve muhasebe bürolarına ortak olamazlar.

3568 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi; "Yeminli mali müşavirler gerçek ve tüzel kişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile muhasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelendiğini tasdik ederler.

Yeminli mali müşavirlerin tasdik edecekleri belgeler, tasdik konuları ile tasdike ilişkin usul ve esaslar; gerçek ve tüzel kişilerin mükellefiyet şekilleri, iş kolları ve döviz kazandırıcı işlemleri, ithalat ve ihracatları, yatırımın miktarları ve nevileri ile belgelerin ibraz edileceği merciler esas alınmak suretiyle Maliye ve Gümrük Bakanlığınca yönetmeliklerle belirlenir.

Kanunları gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına verilen tasdik edilmiş mali tablolar, kamu idaresinin etkili memurlarınca, tasdikin kapsamı ölçüsünde incelenmiş bir belge olarak kabul edilir. Ancak, çeşitli kanunlarla kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılmasına ve gerektiğinde tekrarına ait hususlar saklıdır.

Yeminli mali müşavirler yaptıkları tasdikin doğruluğundan sorumludurlar.

Yaptıkları tasdikin doğru olmaması hâlinde, tasdikin kapsamı ile sınırlı olmak üzere, ziyana uğratılan vergilerden ve kesilecek cezalardan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Yeminli mali müşavirler yaptıkları tasdikin kapsamını düzenleyecekleri raporda açıkça belirtirler." hükmünü getirmiştir.

bbb. Suçun Trafik Suç ve Ceza Tutanaklarını Tanzim ile Görevli Olanlar Tarafından İşlenmesi

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 11'inci maddesinde; "Bu Kanun'un 114'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç veya ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin ifa edecekleri suçlardan Türk Ceza Kanunu'nun 181, 209, 211, 212, 228, 240'ıncı maddelerinde yazılı fiilleri yapanlar hakkında belirtilen maddelerde geçen cezalar, yarı nispetinde artırılarak hükmolunur ve bu suçları işleyenlerin meslekle ilişkileri kesilir." hükmü mevcuttur.

Suç ve ceza tutanağını düzenlemekle görevli kişilerin kimler oldukları 2918 sayılı Kanun'un 114/1'inci maddesinde; "Bu Kanun'da yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenlenir." şeklinde gösterilmiştir.

Görüldüğü gibi düzenlemeye göre; "trafik suç ve ceza tutanaklarını tanzim ile görevli olan kişi", 765 sayılı TCK'nın 212'nci maddesindeki suçun karşılığı olan TCK'nın 252'nci maddesindeki rüşvet suçunu işlemesi hâlinde (rüşvet alan fail açısından) ceza yarı oranında artırılmalıdır.³⁶⁸

368 "17.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4199 sayılı Kanun'la değişik 2918 sayılı Yasa'ya eklenen ek 11. madde gereğince, trafik polisi olup suç tutanağı düzenleme yetkisi bulunan sanıklar hakkında hükmolunan cezaların yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır." (Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 488/1194), "17.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4199 sayılı Kanun'la değişik 2918 sayılı Kanun'a eklenen ek 11. madde gereğince, trafik polisi olup suç tutanağı düzenleme yetkisi bulunan sanığa hükmolunan cezanın yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 03.07.2012, 701/77741)

C. Mağdur

Her suçun mutlaka bir mağduru vardır; mağdursuz suç olmaz.

TCK sisteminde sadece gerçek kişiler suç mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören olabilir. Mağdur ile suçtan zarar gören kavramları, aynı şeyler değildir. Bu bakımdan, örneğin devlet, bir suçtan zarar gören olabilir ancak suçun mağduru olamaz.

İnceleme konusu suçun mağduru, korunan hukuki değer de dikkate alındığında toplumu oluşturan herkestir. Devlet tüzel kişiliği ise suçtan zarar gören olabilir.

Rüşvet veren kişi yukarıda da açıklandığı gibi suçun mağduru değil failidir.³⁶⁹

D. Konu

TCK'nın rüşvetin düzenlendiği 252'nci maddesinde rüşvetin konusu "menfaat" olarak ifade edilmiştir. Bu husus 252'nci maddenin 1'inci ve ikinci fıkralarında; "... bir menfaat sağlanması" şeklinde vurgulanmıştır.

765 sayılı TCK'da ise rüşvetin konusu; *"para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağlanan diğer menfaatler ile alıp satılan veya ihale edilen taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark"* şeklinde belirtilmişti. Ancak zimmet, irtikâp ve rüşvet suçları için farklı kavramlar kullanılmış olması dolayısıyla maddeler arasında insicam yoktu. Bu nedenle yeni TCK'nın terminolojisini yerinde bulduğumuzu belirtmek isteriz.

Madde gerekçesinde rüşvetin konusunu oluşturan "yarar"ın (menfaatin) niteliği; *"Rüşvet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin temin ettiği menfaatin belli bir amaca yönelik olması (...) gerekir."* şeklinde belirtilmiştir.

Buradan anlaşılmaktadır ki rüşvet, bir işin yapılmasını veya yapılmamasını sağlamaya yönelik olacağından önceden bir anlaşma veya teklif bulunmaksızın, iş yapıldıktan sonra bundan duyulan memnuniyet sonucu verilen veya alınan hediye rüşvet sayılmaz.³⁷⁰

Maddede kullanılan "menfaat" kavramının çok dar yorumlanmaması gerekir.³⁷¹ Menfaat, maddi veya cinsel nitelikte olabilir.³⁷² Bu bağlamda, hangi isim altında olursa olsun sağlanan her türlü yarar (örneğin kişinin tatil ve seyahat masraflarının karşılanması) bu kapsamda düşünülmelidir.³⁷³

369 "Rüşvet suçunun çok faili suç olması nedeniyle kamu görevlisi ve rüşvet verenin rüşvet anlaşmaları yapmaları ve bu suretle her iki tarafın da suçun faili olmaları karşısında; sanık Yayla'nın suçtan zarar gören sıfatıyla müdahil olmasına imkân bulunmamaktadır." (Yarg. 5. CD, 11.05.2010,6408/3499)

370 Bk. Dönmezer, s. 99-100; Önder, s. 161; Majno, II, s. 174; Toroslu, s. 298; Soyaslan, s.666, 667; Erman-Özek, s. 99; Erem-Toroslu, s. 175; Özüttürk, I, s. 803; Kiyak-Çağlayan-Şenel, s. 49

371 Gürelli, s. 88; Önder, s. 155; Dönmezer, s. 99; Erman-Özek, s. 98 vd.; Soyaslan, s.668; Erem-Toroslu, s. 175; Gözübüyük, II, s. 743

372 Bu konuda daha önce irtikâp bölümünde yapılan açıklamalara bakılmalıdır. Özgenç, "Rüşvet suçunun konusunu ancak maddi, yani ekonomik değeri olan bir menfaat oluşturabilir." görüşündedir. Yazara göre, bu kapsamda olmayan, mesela cinsel arzuların tatmini, rüşvet suçunun konusu kapsamında değerlendirilmemelidir. Bk. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.80 vd.

373 Gürelli, s. 88; Önder, s. 112; Dönmezer, s. 99; Erem, II, s. 1335

Menfaatin az veya çok olmasının önemi bulunmamakla birlikte yine de cezalandırmaya müstahak bir ağırlıkta olması gerekir.³⁷⁴

Rüşvet suçunun konusunu oluşturan menfaatin ekonomik değerinin az olması, TCK'da cezayı azaltan nitelikli bir hâl sayılmamıştır. Oysa bu durum mülga 765 sayılı TCK m. 219/3'te daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenmişti.

Düşüncemize göre, özellikle 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden sonra rüşvetin konusunu oluşturan menfaatin değerinin az olması, daha az cezalandırılmalıdır. Çünkü rüşvet suçunun kapsamı, önceki hükme göre çok genişletilmiştir. Kapsam bu kadar genişletildikten sonra Kanun'da değer azlığı ile ilgili bir hüküm bulunmaması suç politikası açısından isabetli değildir.

Menfaat kamu görevlisinin kendisine sağlanabileceği gibi, onun bilgisi dâhilinde üçüncü şahsa da temin edilebilir.

Rüşvet suçunun varlığı için somut olayda sağlanan menfaatin parasal değerinin tam olarak tespit edilmesi zorunlu mudur? Düşüncemize göre böyle bir zorunluluk bulunmamakla birlikte rüşvetin konusunun somut olayda ne olduğu açıkça belirtilmelidir.³⁷⁵

6.6.3.2. Manevi Unsurlar

Rüşvet suçu kasten işlenebilir. Suçun taksirli şekli cezalandırılmamıştır.

Kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Kanunun düzenlemesine göre suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur.

TCK'nın sistemine göre, bazı suç tanımlarında, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra, failin belli bir amaç doğrultusunda veya belli bir saikle hareket etmesi, bir manevi unsur olarak aranmaktadır. Böyle hâllerde amaç veya saik, bazı tanımlarda, suçun temel şekli açısından aranan bir manevi unsurdur. Bunlara örnek olarak; *"kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla"* örgüt kurmak veya yönetmek (m. 220/1), hırsızlık suçunda *"yarar sağlamak maksadı"* (m. 141/1), tefecilik suçunda *"kazanç elde etmek amacıyla"* başkasına ödünç para verilmesi (m. 241) gösterilebilir.

Amaç veya saik, bazı suçlarda cezanın artırılmasını gerektiren, (kasten öldürme suçunun *"bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla"* veya *"kan gütme saikiyle"* veya *"töre saikiyle"*, m. 82/1, h, j, k; mala zarar verme suçunun *"sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü oç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak"* işlenmesi, m. 152/1, g) bazı suçlarda ise azaltılmasını gerektiren (hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarının *"bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla"*, m. 144/1-b;150/1,159, belgede sahtecilik suçunun *"bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla"* işlenmesi, m. 211) nitelikli bir unsurdur.

Bu bilgiler açısından inceleme konusu suç değerlendirildiğinde, 252'nci

374 Kşz. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 142

375 Bk. Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.80 vd.

maddenin birinci, ikinci fıkralarında kamu görevlisinin, *“görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için ... menfaat sağlaması”* arandığından, kastın yanı sıra *“amaç”*, suç bakımından aranan bir manevi unsurdur. Çünkü rüşvet suçunun oluşabilmesi, kamu görevlisinin belli bir amaca yönelik olarak, haksız bir menfaat temin etmiş olmasına bağlıdır.³⁷⁶

Doktrinde 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde de bazı yazarlar bu suçların özel kastla işlenebileceğini ileri sürmekteydi.³⁷⁷

Suçun failinin, görevinin gereklerine aykırı olarak yapacağı veya yapmayacağı işlemin, kendi görev sınırları içinde olup olmadığını tayin hususunda hataya düşmüş olması hâli de burada incelenmelidir. Failin görevine giren bir hususta, görevine girmediğini zannederek işlem yapması durumunda TCK’nın hataya ilişkin hükümleri çerçevesinde (m. 30) bir sonuca varılması gerekir.

6.6.4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

6.6.4.1. Teşebbüs

TCK’ya göre rüşvet suçu, kamu görevlisine menfaat sağlandığı anda tamamlanır. Bilindiği gibi suç tamamlanıncaya kadar suça iştirak mümkündür. Bu sebeple, menfaat temin edilinceye kadar rüşvet suçuna iştirak edilebilir.

Kamu görevlisine, görevi ile ilgili bir iş için menfaat teklif edilmesi ve kamu görevlisinin bu teklifi kabul etmesi, anlaşmaya varması hâlinde, aslında suç henüz tamamlanmamıştır. Ancak 252’inci maddenin 3’üncü fıkrası gereği rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde de kişiler tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılmalıdır.

Gerçekte burada rüşvet suçu teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen, izlenen suç siyaseti gereği kişiler rüşvete teşebbüsten değil, tamamlanmış rüşvet suçundan sorumlu olacaktır.

Kamu görevlisi, rüşvet talep eder ve fakat fert bunu kabul etmezse rüşvet talep eden fail bakımından, kişi rüşvet teklif eder kamu görevlisi kabul etmezse teklif

³⁷⁶ Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 86 vd.

³⁷⁷ Bk. Gürelli, s. 115 vd.; Erman, Hasan, s. 1023; Erman-Özek, s. 103

eden fail açısından,³⁷⁸ rüşvet suçu teşebbüs derecesinde kalır.

Çünkü bu hâlde icra hareketleri, failin elinde olmayan mâni sebepler yüzünden tamamlanamamıştır.

Kural olarak rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde, sorumluluk, TCK'nın 35'inci maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümlerine göre belirlenmelidir. Ancak 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, böyle hâllere münhasır olmak üzere 252'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına özel hüküm konulmuştur.

Buna göre; *"kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi veya kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında"* indirilerek belirlenecektir.

Düzenlemenin sebebi gerekçede; *"Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi veya kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde, rüşvet talebinde bulunan kamu görevlisinin veya rüşvet vaat veya teklifinde bulunan iş sahibi kişinin, suça teşebbüse ilişkin genel hükümlere başvurmaksızın, bu madde kapsamında müstakilen cezalandırılmasını sağlamak için, maddenin dördüncü fıkrası düzenlenmiştir."* şeklinde izah edilmiştir.

Kamu görevlisi rüşvet talep eder, karşı taraf kamu görevlisini yakalatmak için rüşvet teklifini kabul etmiş gibi görünür ise ortada bir rüşvet anlaşması olmadığından talep eden açısından eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır.³⁷⁹

378 "Suç tarihinde aracında yapılan aramada uyuşturucu madde bulunan sanığın, aleyhine işlem yapılmasını engellemek için müşteki jandarma personeline '1000 TL vermesi karşılığında serbest bırakılmasını' isteyerek rüşvet vermeye teşebbüs ettiği, UYAP'tan yapılan sorgulamada sanığın uyuşturucu madde bulundurmamak suçundan mahkûm olduğu anlaşılmakla, (...) usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, ..." (Yarg. 5. CD, 09.05.2013, 7224/4832); "Suç tarihinde alkollü olan ve ehliyeti bulunmayan sanığın, aleyhine işlem yapılmasını engellemek için müşteki polislere '... Beni nereye götürüyorsunuz, bu işlerin bir oluru yok mu? Her işin bir oluru vardır bir çorba parası vereyim beni görmeyin, siz yolunuza ben yoluma gideyim.' demek suretiyle rüşvet vermeye teşebbüs ettiği anlaşılmakla; (...) yerinde görülmeyen sair temiziy itirazlarının reddine, ..." (Yarg. 5. CD, 09.05.2013, 7199/4835); "Suç tarihi itibarıyla 5237 sayılı TCK'nın 252/3. maddesine göre rüşvet suçu; bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyi verdiği anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşacağı, ayrıca bu suçta her iki tarafın, rüşvet teklifi suçunda ise öneride bulunan tarafın, gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerektiği, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulunduğu anda rüşvet suçunun meydana geleceği, ayrıca 'görevin gereklerine aykırı olarak' ibaresi konularak sadece nitelikli rüşvete yer verilmesi, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarılması, bu düzenlemeye göre görevin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması veya yapılmaması için rüşvet teklifinde bulunulması durumunda suçun icra hareketleri başlamış olacağından rüşvet vermeye teşebbüs, haklı hususun temini için rüşvet önerilmesi hâlinde ise kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde, aynı Yasa'nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturabileceği, 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddesinin yeniden düzenlendiği hususları da gözetildiğinde; sanığın sevk ve idaresindeki aracın gizli bölmesinde gümrük kaçağı akaryakıt naklederken yakalandığı, aleyhine işlem yapılmasını engellemek için müşteki polis memurunun cebine 750 TL'yi sokarak 'Abi bu parayı al bana yol ver, görmezden gel!' diyerek rüşvet vermeye teşebbüs ettiği sübut bulan olayda, ..." (Yarg. 5. CD, 17.12.2012, 1137/13100); "Suç tarihinde görevli jandarma ekipleri tarafından yol kontrolü yapıldığı esnada, sanığın çalıntı ve sahte plakalı araçla ekipleri görünce kaçtığı, yakalandığında ise hakkında işlem yapılmaması için görevli müştekiye hitaben 'Bu işi burada halledelim, neyse ödemeyi burada yapalım, 100 dolar vereyim, bu işi burada kapatalım.' diyerek rüşvet vermeye teşebbüs ettiği sabit görülmüştür." (Yarg. 5. CD, 07.02.2013, 2118/938); "Olay tarihi olan 09.06.2003 günü geceleyin saat 04:00 sıralarında devriye görevi yapan jandarmalar tarafından Muallim Naci Lisesinden hırsızlık yaparken suçüstü yakalanan sanığın, kendisini yakalayan müşteki Uzman Jandarma Çavuş M. Şengönlü'e üzerindeki montu göstererek 'Bu montu al, beni bırak, ben seni daha sonra görürüm.' dediği ancak müşteki tarafından bunun kabul edilmeyerek sanık hakkında tutanak düzenlendiği ve taraflar arasında anlaşmanın sağlanmadığı, bu şekilde gerçekleşen eylemin rüşvet vermeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 5. CD, 12.02.2013, 2654/1088); "1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca kurulan ve kamu tüzel kişiliğini haiz Güney Antalya Turizmi Geliştirme ve Altyapı İşletme Birliği (GATAP) görevlilerine ayrıştırılmayan çöpü almaları için ayrı zarflar içinde para veren Amara Otel muhasebe müdürü olan sanığın rüşvet vermeye teşebbüsten mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 5. CD, 10.02.2010, 800/764)

Düşüncemize göre bu gibi durumlarda da kamu görevlisinin 252'nci maddenin dördüncü fıkrası hükmüne istinaden cezalandırılması gerekir.³⁸⁰

Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir: "Rüşvet suçu, bir tarafta rüşvet veren ile diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisinin yer aldığı bir karşılaşma suçu, dolayısıyla da çok failli bir suçtur. 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinde 'bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' şeklinde tanımlanmak suretiyle yalnızca 'nitelikli rüşvet suçu' ceza yaptırımına bağlanmış iken, 05.07.2012 günlü 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinde yapılan değişiklikle öncekinden farklı olarak 'basit rüşveti' de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. / Yapılan değişiklikle 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin birinci fıkrasında; 'Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.' şeklinde 'rüşvet veren' bakımından, / İkinci fıkrasında ise 'Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkra da belirtilen ceza ile cezalandırılır.' şeklinde ifade edilmek suretiyle de 'kamu görevlisi' açısından 'rüşvet suçu' tanımlanmıştır. Bu suretle de sağlanan menfaatin 'kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı' bir işin yapılması amacına özgü olması koşulu kaldırılarak, görevinin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili TCY'nin 257/3. maddesi anlamında görevi kötüye kullanmak suçu kapsamından çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmüştür. / Diğer taraftan rüşvet suçunun, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlandığı ilke olarak kabul edilmekle birlikte, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile iş sahibi arasında görevinin ifasıyla ilgili bir işin yerine getirilmesi veya getirilmemesi amacına yönelik menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedileceği maddenin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Bunun için de rüşvet teklif veya önerisinin kişi veya kamu görevlisinden gelmesinin önemi bulunmamakla birlikte bu istek ve önerinin, diğer bir anlatımla rüşvet anlaşmasının özgür iradeye dayalı olmasında zorunluluk bulunmaktadır. Rüşvet verme veya alma niyetinde olmayan kişi veya kamu görevlisinin, atlatmak veya yakalatmak veya suç delillerini ortaya çıkartmak amacıyla kabul etmiş gibi gösterdiği biçimsel rızanın (görünüştaki rıza-dış rıza) özgür iradeye dayalı olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının varlığından söz edilemeyeceği cihetle, böyle bir durumda rüşvet alırken veya rüşvet verirken yakalanan failin eyleminin rüşvet suçuna teşebbüs olarak kabulü gerekmektedir. Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairenin duraksamasız uygulamaları da bu yöndedir. / 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 252. maddesinin 4. fıkrasında yapılan düzenleme ile TCY'nin 35. maddesindeki genel teşebbüs hükmünden ayrılarak rüşvet suçuna özgü özel teşebbüs hâli öngörülmüş ve 'kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi veya kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir' hükmü getirilmiştir. / 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında yapılan düzenleme ile de daha önce bağıllık kuralının öngörüldüğü Türk Ceza Yasası'nın 40/2. maddesinin 'özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi

380 Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 97 vd.

fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur' şeklindeki hükmü çerçevesinde iştiraki, dolayısıyla sorumluluk statüsü belirlenen 'rüşvete aracılık eden kişinin' getirilen yeni düzenleme ile 'kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, eylemden müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı' hüküm altına alınmıştır. Bu suretle de Türk Ceza Yasası'nın genel hükümlerinden ayrıksı rüşvet suçuna özgü hükümler getirilmiştir. / Maddenin yedinci fıkrasında, rüşvet alan veya talebinde bulunan yahut bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması, rüşvet suçu bakımından, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilerek önceki düzenlemeye paralel olarak verilecek cezanın üçte birden yarısına kadar artırılacağı öngörülmüştür. Rüşvet veren açısından bu hükmün uygulanamayacağı da açıktır. / Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; TCY'nin 6. maddesine göre yargı görevi yapan tanımı kapsamında yer alan ve CYY'nin 103/2. maddesi uyarınca soruşturma aşamasında şüpheliyi resen veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek suretiyle serbest bırakma yetkisi bulunan C. savcısı M. N. Y.'nin iş bölümü gereği bizzat yürüttüğü soruşturma sırasında görevinin gereklerine aykırı olarak çok kısa bir süre önce tutukluluk hâllerinin devamını istediği 6 şüpheli yönünden evrak içeriği ve mevcut delil durumuna uygun düşmeyecek şekilde tahliye görüşü yazıp serbest bırakılmalarını sağlayacağı vaadiyle ve diğer sanık M. G. aracılığıyla mağdur Z. A. Ö.'den 10.000 lirası peşin olmak üzere 60.000 lira haksız çıkar sağlama önerisinde bulunduğu, rüşvet verme niyetinde olmayan mağdurun, sanığı yakalatmak ve suç delillerini ortaya çıkarmak amacıyla rüşvet anlaşmasını kabul etmiş gibi görünerek durumu C. Başsavcılığına bildirmesi üzerine yapılan operasyon sonucunda da sanıkların önceden seri numaraları alınan paralarla birlikte yakalandıkları anlaşılmaktadır. / Bu nedenle Özel Dairece, yargı görevi yapan sanık M. N. Y.'nin görevinin gereklerine aykırı olarak yapmaması gereken belli bir işi yapmak amacıyla, diğer sanık M. G. ile etkin görev bölüşümü altında, fikir ve eylem birliği içinde yaptıkları rüşvet teklifinin, rüşvet verme niyetinde olmayan mağdurun teklifi kabul etmiş gibi görünerek gösterdiği biçimsel rızasının (görünüşte rıza-dış rıza) özgür iradeye dayalı olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının varlığından söz edilemeyeceği cihetle, sanıkların eyleminin rüşvet suçuna teşebbüs, rüşvete aracılık eden sanık M. G.'nin ise bağlılık kuralının düzenlendiği TCY'nin 40/2. maddesi uyarınca eylemden, azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulmasına yeter kanıtın bulunmaması nedeniyle, yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmasında suç ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenleme gözetildiğinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.³⁸¹

6.6.4.2. İştirak

765 sayılı TCK'nın 216'ncı maddesine göre rüşvete aracılık eden kimse rüşveti veren ve alandan hangisinin vasıtası ise onun suç ortağı sayılırdı.³⁸²

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 216. maddesindeki hükme yer verilmemişti. Bunun sebebi yeni TCK'da rüşvet alma ve vermenin tek bir suç olarak

381 Yarg. CGK, 18.09.2012, 5MD-420/1771; "TCK'nın 6. maddesine göre yargı görevi yapan tanımı kapsamında yer alan sanık A. K.'nin görevinin gereklerine aykırı olarak, yapmaması gereken bir işi yapmak yani V. O. Ç.'yi tahliye etmek amacıyla, diğer sanık M. K. ile etkin görev bölüşümü altında, fikir ve eylem birliği içinde yaptıkları rüşvet teklifini, rüşvet verme niyetinde olmayan müşteki V. O. Ç.'nin ve onun muvafakati ile sürece dâhil olan gizli soruşturmacının kabul etmiş gibi görünerek gösterdikleri biçimsel rızasının (görünüşte rıza-dış rıza) özgür iradeye dayalı olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının varlığından söz edilemeyeceğinden, sanık A. K.'nin eyleminin rüşvet alma suçuna teşebbüs, sanık Mehmet K.'nin ise bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca eylemden azmettiren sıfatıyla suça iştirakten sorumlu tutulmasında suç ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenleme gözetildiğinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (Yarg. CGK, 19.02.2013, 5-137/58)

382 Bk. Gözübüyük, II, s. 742. Sancar, s.207 vd.

kabul edilmesi olarak belirtilmiş ve iştirake ilişkin genel hükümler yeterli sayılmıştı.

Bu husus TCK'nın 252'nci maddesinin gerekçesinde, "rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur. Söz konusu suç, menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış bulunmaktadır. Menfaat temin edilinceye kadar suça iştirak mümkündür. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında 'rüşvete aracılık eden' kavramına yer verilmemiştir" şeklinde açıklanmıştı.

Bu düzenleme dolayısıyla iştirake ilişkin hükümler rüşvet suçu açısından da 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar uygulandı: "TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca rüşvet suçunun bir özgü suç olduğu ve bu nedenle sanık Ö. A.'nın yardım eden sıfatı ile sorumlu olacağı gözetilerek aynı Yasa'nın 39/2-c maddesi uyarınca uygulama yapılması gerekirken birlikte işleyen gibi sorumlu tutularak yazılı şekilde hüküm kurulması..."³⁸³

Ancak bağlilik kuralı gereği kamu görevlisi olmayan müşterek faillerin yardım eden olarak cezalandırılması, izlenen suç politikası gereği az bulunmaya başladı. Sonuçta 6352 sayılı Kanun ile TCK'nın 252'nci maddeye (f. 5) rüşvet suçuna aracılık eden kişi bakımından özel iştirak hükmü getirildi. Fıkra metninde; "Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır." denilmektedir.

Şu hâlde rüşvete aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatına sahip olup olmadığına bakılmaksızın müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu sebeple yeni hüküm, rüşvete aracılık edenlerin sorumluluğunu artırmıştır.

6352 sayılı Kanun'la 252'inci maddenin altıncı fıkrasında yine özel bir iştirak hükmüne yer verilmiştir. Fıkraya göre; "rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır"³⁸⁴

Tabiidir ki burada kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin temsilcisi, sağlanan menfaatin "rüşvet ilişkisinden kaynaklanan bir yarar olduğunu" bilmesi gerekir. Aksi takdirde, kastı olmadığı için bu kişinin ceza sorumluluğu cihetine gidilemez.³⁸⁵

Rüşvet suçuna aracılığın söz konusu olabilmesi için, TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerinin genel şartlarının bulunması gerekir. Böyle bir durum söz konusu olmadan, yani kamu görevlisinin haberi olmaksızın onun adına hareket ediyormuş gibi gösterilip menfaat sağlanması hâlinde rüşvet söz konusu olmaz. Bu ihtimalde, üçüncü kişi bakımından somut olayın durumuna göre, basit veya nitelikli dolandırıcılık

383 Yarg. 5. CD, 14.02.2013, 3457/1174; "Sanık Şevki'nin aldığı kabul edilen paraların karşılığı değerler konusunda 5237 sayılı TCK'nın kazanç müsadereğini içeren 55/2. maddesine göre bir karar verilmemiş olması, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet alma suçuna iştirak eden diğer sanık Ömer'in eylemden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin gözetilmemesi, ..." (Yarg. 5. CD, 19.02.2007, 8410/1204)

384 Bu husus madde gerekçesinde; "Altıncı fıkrada ..., rüşvet ilişkisinde, kamu görevlisi dışında, dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişinin veya menfaatin tüzel kişiye sağlanması hâlinde bu tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisinin, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır." şeklinde açıklanmıştır.

385 Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.114

veya nüfuz ticareti suçu oluşabilir.³⁸⁶

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz gibi rüşvet, karşılaşma tipi çok failli bir suçtur. Karşılaşma suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler; fakat burada aynı gayede birleşmek üzere farklı farklı yönlerden hareket etmektedirler ve suçun işlenişine yaptıkları katkılar da farklı niteliktedir. İşte rüşvet suçunda yasaklanan fiiller de rüşvet kabul eden kamu görevlisi bakımından rüşvet alma, rüşvet teklif eden kişi bakımından ise rüşvet vermedir.

Rüşvet, bir karşılaşma suçu olmakla birlikte, rüşvet alanın kamu görevlisi olması zorunludur. Bu yönü itibarıyla rüşvet, alan kişi bakımından bir özgü suç mahiyeti taşımaktadır.

Suç, kamu görevlisine yararın sağlanması ile tamamlanır. Daha sonra haksız işi için kamu görevlisine yarar sağlayan ferdin, verdiğini geri istemesi, tamamlanmış rüşvet suçunu irtikâba dönüştürmez.³⁸⁷

Belirtelim ki karşılaşma suçu olarak rüşvet suçuna alan ve veren failin dışındaki kişilerin, şerik (azmettiren veya yardım eden) olarak iştirak etmeleri mümkündür.³⁸⁸

6.6.4.3. İçtima

Suçların içtimai konusunda genel hükümler uygulanır.

Rüşvet suçunun sebebini teşkil eden ve rüşvet dolayısıyla yapılan veya yapılmayan işin ayrı bir suç oluşturması hâlinde, bu suç rüşvet almanın temel veya nitelikli bir unsuru olmadığı takdirde her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmelidir. Örneğin, kamu görevlisinin öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmemek (m. 279) için rüşvet alması durumunda, işlenen suçu bildirmeme, rüşvet suçunun temel veya nitelikli unsuru (m. 42) olmadığından faile ayrıca TCK m. 279'u ihlalden dolayı ceza verilmesi gerekir.

Keza gözaltındaki sanığa fena muamelede bulunmak için rüşvet alan kamu görevlisi, kişiye işkence ederse, her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmelidir. Çünkü işkence suçu, rüşvet almanın basit veya nitelikli bir unsuru değildir.³⁸⁹

Aynı şekilde resmî belgede sahtecilik için rüşvet alan kamu görevlisi, resmî belgede sahtecilik fiilini işlerse de ayrı ayrı ceza verilmelidir.

Yargıtay uygulamaları da aynı doğrultudadır: *"(...) sanıklar S. S. ve S. Erdinç'in fikir ve eylem birliği içerisinde Ö. İş Sendikasına kayıtlı 658 işçinin, bu sendikadan ayrılarak*

386 765 sayılı TCK'nın 278'inci maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenen "nüfuz ticareti", 5237 sayılı TCK'nın kısmen 255'inci maddesinde, kısmen 158'inci maddenin 2'nci fıkrasında dolandırıcılık suçunun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştı. Ancak 6352 sayılı Kanun ile TCK'nın 255'inci maddesi değiştirilerek "nüfuz ticareti" suçunun muhtevası genişletilerek yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca bk. Önder, s. 153; Dönmezer, s. 98 vd.; Erem-Toroslu, s.174; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 238; Malkoç-Güler, II, s. 1591

387 "Karakol komutanı olan sanığın arama sırasında H.de tabanca yakalanması üzerine bu tabancanın muameleye konmayarak kendisine iadesi için ondan para istemesi, H.nin de ruhsatsız tabanca taşımamasının suç teşkil ettiğini bildiği hâlde sanığın teklifini kabul etmesiyle aralarında rüşvet sözleşmesinin oluşmuş bulunduğu ve buna göre sanığın eylemi TCK'nın 213. maddesine mûmas rüşvet suçunu teşkil ettiği ve sonradan herhangi bir nedenle müştekinin bu anlaşmadan rücu ederek verdiği parayı sanıktan istemesi ve onu şikâyet etmesinin de oluşmuş bulunan rüşvet suçunu irtikâba dönüştürmeyeceği ve şikâyetçinin de suçlu durumda bulunması itibarıyla olayda irtikâp suçunun unsurlarının oluşmadığı nazara alınmadan eylemin cebri irtikâp olarak nitelendirilmesi yasaya aykırıdır." (Yarg. 5. CD, 27.12.1977, 3783/3769)

388 Özgenç, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.112 vd.

389 Özgenç, s.214 vd.; Akbulut, Berrin Bozdoğan, "Rüşvet Suçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Konya 2000, s.646

Türk Metal Sendikasına katılmalarını sağlamak üzere içeriği itibarıyla tamamen sahte olarak düzenledikleri 'işçinin üyelikten çekilme bildirimi' ve 'işçi sendikası üye kayıt fişlerini' onaylatmak üzere Akşehir 2. Noterliğinde imzaya yetkili sanık N. Z. ile 10 milyar lira para ve cep telefonu yararı karşılığında anlaşmaya vardıkları, sanık Nihat Zengin'in de rüşvet anlaşmasına dayalı olarak görevinin gereklerine aykırı şekilde, bu belgelerin sahteliğini bilerek ve işçileri huzurundaymış gibi göstermek, önceki tarih ve yevmiye numarası vermek suretiyle onayladığı biçiminde gerçekleştiği anlaşılmakla, sanıklardan N. Z.'nin rüşvet almak sanıklar S. S. ve S. Erdinç'in rüşvet vermek, ayrıca her üç sanığın zincirleme resmî evrakta sahtecilik suçları sabit olduğu ve bu şekilde hüküm kurulması gerektiği..."³⁹⁰

İfade edelim ki yukarıdaki örneklerde olduğu gibi gayrimeşru bir işinin görülmesi için rüşvet veren kişi, rüşveti alan kamu görevlisi tarafından bu suç işlendiği takdirde, ayrıca bu suça iştirakten dolayı cezalandırılmalıdır.³⁹¹

Rüşvet alma suçunun müteselsil suç şeklinde de işlenmesi mümkündür.³⁹²

İfade etmek gerekmektedir ki TCK'nın 235'inci maddesinin 4'üncü fıkrası gereğince, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla rüşvet alınması hâlinde kişiler ayrıca rüşvet suçundan cezalandırılacaktır.

Aynı şekilde kamu görevlisi, edimin ifasına fesat karıştırma için rüşvet almışsa, TCK'nın 236'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca her iki suçtan (edimin ifasına fesat karıştırma ve rüşvet) ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

6.6.5. Cezayı Kaldıran Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

765 sayılı TCK'nın 215'inci maddesinin karşılığını oluşturan, TCK'nın 254'üncü maddesinde rüşvet suçlarında etkin pişmanlık hâli düzenlenmiştir.

6352 sayılı Kanun'la değişik 254'üncü maddede; "(1) Rüşvet alan kişinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi, soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

390 Yarg. 5. CD, 12.06.2007, 6116/4712. "SSK (...) Bölge Müdürlüğünde memur olan sanık N.nin, yaşlılık aylığına hak kazanmadığı hâlde kazanmış gibi belge düzenleme karşılığı sigortalı C.den ... lira rüşvet aldığı anlaşıldığına göre; bu fiilinden dolayı rüşvet alma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi; sahtekârlık suçlamasına konu olan fiilinden dolayı ise düzenlediği belgenin iğfal kabiliyetini haiz olup olmadığı araştırılıp sonucuna göre hukuki durumun değerlendirilmesi gerekir." (Yarg. 5. CD, 23.6.1994, 1791/2130, YKD, Ocak 1996, s. 131 vd.)

391 Özgenci, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s.112 vd.

392 "(...) farklı kişilerden para almasının ayrı ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden zincirleme biçimde gerçekleşen tek rüşvet suçu gibi kabul ederek yazılı şekilde hüküm kurulması ise karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Yarg. 5. CD, 08.11.2010, 6707/8171); "Pazaryeri K1 Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan sanık Mesut'un aynı kurumda infaz koruma memuru olarak görev yapan sanık Ömer ile cezaevine cep telefonu sokma hususunda yaklaşık üç ay ara ile iki kez anlaşıp ilkinde sanık Nihat ile aralarında topladıkları 150 TL'yi, ikincisinde ise 20 TL'yi verip karşılığında Ömer'in iki adet cep telefonu bir adet SİM kart ve bir adet şarj cihazı sağlaması şeklinde gerçekleşen olayda, rüşvet verme ve rüşvet alma ile infaz kurumuna yasak eşya sokmak eylemleri bakımından sanıklar haklarında zincirleme suç hükümleri uygulanması gerektiği gözetilmeden ve bu söz konusu eylemlerin neden bağımsız bir suç olarak kabul edildiği karar yerinde gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde hükümler kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 03.04.2013, 12383/2717)

(3) *Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*

(4) *Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.*³⁹³ denilmektedir.

Bu hükmün amacı, rüşvet suçlarına engel olmak, rüşvet suçlarının gizli kalmasını önlemektir.

765 sayılı TCK'nın 215'inci maddesinde etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için aranan rüşvetin konusu olan hususun kısmen de olsa yerine getirilmemiş olması şartı, yeni kanunda mevcut değildir.

Etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği 254'üncü maddeye 26.6.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun ile 4'üncü fıkra eklenmiştir.

6352 sayılı Kanun ile de ilk üç fıkrası değiştirilen madde, yukarıda metnini verdiğimiz son hâlini almıştır.³⁹⁵

393 Yukarıdaki 4'üncü fıkra 5918 sayılı Kanun ile eklenmiş olup, fıkranın ihdas sebebi madde gerekçesinde şu şekilde izah edilmiştir: "Suç ve suçluluğun ortaya çıkartılmasında etkin ceza hukuku araçlarından birisi de etkin pişmanlık kurumudur. Türk Ceza Kanunu'nda müstakilen hangi suçlar bakımından bu müessesenin uygulanabileceği ilgili maddelerinde ayrı ayrı tasrih edilmiştir. Rüşvet suçu da bu suçlar arasında bulunmaktadır. Etkin pişmanlık müessesesinin uygulanmasından beklenen yarar, rüşvet suçları bakımından etkili bir yöntem olmakla birlikte, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçu bakımından beklenen yararı göstermemektedir. Nitekim yabancı kamu görevlilerine rüşvet vermek suretiyle işlenen rüşvet suçu bakımından rüşvet verenin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılması, çoğu zaman sadece bu kişinin cezadan kurtulmasını sağlamakta ve fakat rüşveti alan yabancı kamu görevlilerinin cezalandırılmasını sağlama bakımından beklentilere cevap vermemektedir. Bu nedenle, maddeye yeni bir fıkra eklemek suretiyle rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verenler bakımından uygulanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır."

394 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesi 254'üncü madde; "(1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. (2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir. (3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz." şeklindeydi. Hükmün gerekçesinde; "(...) Cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebep hâlini düzenleyen bu hükümden yararlanabilmesi için; kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı hakkında soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi gerekir. Keza, rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kamu görevlisi hakkında, idari de olsa, herhangi bir soruşturmaya girişilmemiş bulunulması gerekir. Etkin pişmanlık, bu suç açısından cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeptir. Yani, şartları gerçekleşmişse, sadece cezaya hükmedilmez. Ancak, işlenmiş olan suç, işlenmemiş duruma ırcı edilemeyeceği için, rüşvet konusu şeyin müsadere edilmesi gerekir. Rüşvet anlaşmasının yapılmış olmasına rağmen, kamu görevlisi, anlaşmayla kabul edilen rüşvet konusu menfaati temin etmeden önce de etkin pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, rüşvet konusu menfaat kamu görevlisi tarafından henüz temin edilmediği için, artık teslimden ve müsadere söz edilemez. Rüşvet veren kişinin de bu nedenle henüz soruşturma başlatılmadan önce etkin pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır. Rüşvet olaylarının açıklığa kavuşturulabilmesini temin için, bu durumda, kamu görevlisine rüşvet olarak verdiği şey alınarak kendisine iade edilir. Yani, bu durumda, rüşvet suçu tamamlanmış olmasına rağmen, rüşvet konusu menfaatin müsadereye hükmedilmeyecektir. Maddenin üçüncü fıkrasında, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, bu nedenle soruşturma başlamadan önce, durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmeleri hâlinde, cezalandırılmayacakları hususu hüküm altına alınmıştır." denilmektedir.

395 254'üncü maddenin gerekçesinde; "(...) Cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebep hâlini düzenleyen bu hükümden yararlanabilmesi için; kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı hakkında soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi gerekir. Keza, rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır.

Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kamu görevlisi hakkında, idari de olsa, herhangi bir soruşturmaya girişilmemiş bulunulması gerekir.

Etkin pişmanlık, bu suç açısından, cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeptir. Yani, şartları gerçekleşmişse, sadece cezaya hükmedilmez. Ancak, işlenmiş olan suç, işlenmemiş duruma ırcı edilemeyeceği için, rüşvet konusu şeyin müsadere edilmesi gerekir.

Rüşvet anlaşmasının yapılmış olmasına rağmen, kamu görevlisi, anlaşmayla kabul edilen rüşvet konusu menfaati temin etmeden önce de etkin pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, rüşvet konusu menfaat kamu görevlisi tarafından henüz temin edilmediği için, artık teslimden ve müsadere söz edilemez. / Rüşvet veren kişinin de bu nedenle henüz soruşturma başlatılmadan önce etkin pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmedilmez. Maddenin üçüncü fıkrasında, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, bu nedenle soruşturma başlamadan önce, durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmeleri hâlinde, cezalandırılmayacakları hususu hüküm altına alınmıştır." denilmektedir.

6352 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişikliklerden ilki, eski metindeki *"soruşturma başlamadan önce"* ibaresinin, *"durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce"* şekline dönüştürülmesidir.

İkinci olarak, maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve rüşvet verenin pişmanlık gösterdiği hâlde, rüşvet olarak verdiği şeyin kamu görevlisinden aynen alınarak rüşvet verene iade edileceğine dair ibarenin kaldırılmasıdır. Böylece rüşvet veren pişmanlık gösterse bile, rüşvet olarak vermiş olduğu menfaate konu şey kendisine iade edilmeyecek bilakis müsadere edilecektir.

254'üncü maddenin birinci fıkrasında, rüşvet alan kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi hâlinde cezaya hükmolunmayacağı belirtilmiştir. Bu ihtimalde eylemin suç vasfı devam ettiğinden, kamu görevlisine rüşvet olarak verilen mal ve değerlerin müsadere edilmesi gerekir.

Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaması öngörülmüştür (254/1, c. 2). Bu ihtimalde henüz elde edilen bir hak veya menfaat mevcut olmadığından, müsadere hükümleri tatbik edilmeyecektir. Kamu görevlisinin etkin pişmanlıktan yararlanmasında, hakkında idari de olsa, herhangi bir soruşturmaya girilmemiş bulunulmasına bağlıdır.

Belirtelim ki etkin pişmanlığı düzenleyen 254'üncü maddede *"cezaya hükmolunmaz"* ibaresinin kullanılmış olması, *"o kişi hakkında iddianame ile dava açılıp bu hususa mahkeme tarafından karar verilecektir"* şeklinde anlaşılmamalıdır. Böyle bir anlayış, CMK'nın düzenlemelerine açıkça aykırılık teşkil eder. Burada önemli olan Kanun'da kullanılan *"cezaya hükmolunmaz"* ibaresinin lafzi anlamından ziyade, müessesenin hukuki niteliği itibarıyla Yasa'nın ona verdiği anlamdır. Dolayısıyla etkin pişmanlıktan istifade eden kamu görevlisi hakkında soruşturma safhasında CMK'nın 171/1'inci maddesine göre *"kovuşturmayla yer olmadığı kararı"* verilmesi gerekir. Böyle bir hâlin varlığı kovuşturma aşamasında anlaşılmış ise CMK'nın 223'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası gereğince; *"ceza verilmesine yer olmadığı"* kararı verilmelidir.

254'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre, rüşvet veren veya anlaşmaya varan kişi, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar ederse cezalandırılmaz.³⁹⁶

İfade edelim ki rüşvet veren kişinin şahsi cezasızlık sebebi olarak etkin pişmanlıktan istifade ettiği hâllerde, soruşturma aşamasında CMK'nın 171/1'inci, kovuşturma aşamasında ise 223/4'üncü maddesi hükümleri çerçevesinde hareket edilmelidir.

396 "Rüşvet suçunun sanıklar Hakan ve Jamila'nın hazırlık aşamasında verdikleri ifadelerle ortaya çıkmış olmasına rağmen, bu sanıklar hakkında TCK'nın 254/2. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması, ..." (Yarg. 5. CD, 19.02.2013, 2396/1241); "Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve Nato Pol Tesisleri Diyarbakır 3. İşletme Müdürlüğü personeline ait ilaç reçetelerinde usulsüzlük yapıldığı iddiası üzerine başlatılan kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık ve sahtecilik ile ilgili soruşturmada henüz rüşvet suçu ile ilgili bir durum resmî makamlarca öğrenilmeden anlatımı ile olayın tüm yönleriyle ortaya çıkmasını sağlayan sanık hakkında TCK'nın 254/2. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılması, ..." (Yarg. 5 CD, 13.03.2013, 3276/1814); "26.08.2007 tarihinde Adana Kemal Serhatlı Polis Meslek Yüksek Okulunda yapılan polis meslek yüksek okullarına giriş sınavında bazı adayların kopya çıktıklarının belirlenmesi üzerine yapılan araştırmalarda, kopya çekerken yakalanan Fadime Göçer'in babası olan sanık Şeref Göçer'in, 5.000,00 TL karşılığında cevapların yazılı olduğu kopya kâğıdını sanık Musa Aytekin'den aldığı bildirilmesi de dikkate alınarak hakkında TCK'nın 254/2. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılması, ..." (Yarg. 5. CD, 17.12.2012, 10647, 13116)

Maddenin üçüncü fıkrasında, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, bu nedenle durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, soruşturma makamlarını haberdar etmeleri hâlinde, cezalandırılmayacakları belirtilmiştir. Böylece rüşvet alan ve veren dışında, suça iştirak eden diğer kimselerin de faillerden bağımsız olarak cezasızlık nedeninden istifade etmeleri imkânı sağlanmıştır.

254'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında düzenlenen cezasızlık sebebinden yararlanan kişi hakkında da soruşturma safhasında 5271 sayılı CMK'nın 171/1'inci maddesine göre "*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*", kovuşturma aşamasında ise CMK'nın 223'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre; "*ceza verilmesine yer olmadığı*" kararı verilmelidir.

254'üncü maddenin son fıkrasında etkin pişmanlık hükümlerinin, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişiler hakkında uygulanmayacağı belirtilmektedir. Yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişiler, pişmanlık duyarak, durum yetkili makamlarca öğrenilmeden önce haber verseler bile 254'üncü madde hükümlerinden faydalanamayacaklardır.

6.6.6. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü, Yaptırım

3628 sayılı "*Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu*"nun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre; "3628 sayılı Kanun'da yazılı bulunan suçlarla, irtikâp, rüşvet, ... zimmet ... suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında" 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacak³⁹⁷ soruşturma ve kovuşturma, 3628 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılacaktır.³⁹⁸

Buna göre suç haberi alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte durumu kamu görevlisinin mensup olduğu daireye de haber verecektir. Savcılık, yaptığı soruşturma neticesinde yeterli delil mevcut olduğu takdirde dava açacak, aksi hâlde kovuşturamama kararı verecektir (CMK m. 172).

Burada uygulamada çıkabilecek bir probleme de işaret etmek gerekmektedir. Savcılık, sanığın fiilinin 3628 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'inci fıkrası kapsamında bir suç olduğunu (rüşvet) düşünerek iddianame ile dava açsa, ancak yargılama esnasında suçun vasfının değiştiği, 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan (örn. görevi kötüye kullanma, m. 257) biri olduğu anlaşılrsa nasıl davranılmalıdır?

Yargıtayın eski içtihadı, durma kararı verilerek dosyanın izin için idari merciye gönderilmesi yönündeydi.³⁹⁹

Daha sonra içtihat değişmiş ve iddianame ile doğrudan dava açıldıktan sonra fiilin rüşvet olmayıp örneğin görevi kötüye kullanma olduğu kanısına ulaşılmış olsa

397 Bk. 4483 sayılı Kanun'un 16/1. maddesi

398 3628 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı belirtilmektedir.

399 "Bu Yasa'ya (MMHK) göre memur olan failin 3628 sayılı Yasa ile getirilen ayrıcalık dışında görevinden dolayı veya görev sırasında, bir başka deyimle görev suçu işlemesi hâlinde MMHK hükümleri uyarınca kovuşturma yapılması zorunludur. Bu durumda, 3628 sayılı Yasa'nın 17. maddesinde sınırlı biçimde sayılı suçlar nedeniyle C. savcısı tarafından doğrudan doğruya açılan davalarda yapılan soruşturma sonucunda suç niteliğinin değişmesi hâlinde gündeme gelen suç MMHK'ya göre kovuşturulması gereken suçlardan ise mahkemece CMUK'un 253/4. maddesi uyarınca durma kararı verilerek gereği yapılmak üzere dosya MMHK uyarınca görevli idare kuruluna gönderilmelidir." (Yarg. CGK, 09.12.1991, 5-315/343, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s.1899 vd.)

bile durma kararı verilmeden dosyanın sonuçlandırılması yönünde karar verilmeye başlanmıştır. Vasıf değişikliği olarak adlandırılan bu durumda, mahkemece yargılamaya devamla ek savunma hakkı verilmek suretiyle hüküm kurulmaktadır.⁴⁰⁰

Savcılık teşkilatımızın bugünkü durumu ve halka sunulan yargı hizmetinin kalitesi dikkate alındığında, eski içtihadın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Rüşvet suçu bakımından kanunda öngörülen ceza üst sınırının 12 yıl olması nedeniyle yargılama, Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına girmektedir.⁴⁰¹

TCK'da rüşvet, karşılaşma tipi çok failli bir suç olarak kabul edildiğinden alan ve verene uygulanacak müeyyide bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. 252'nci maddeye göre, *"rüşvet veren kişi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet alan kamu görevlisi de rüşvet veren kişi gibi cezalandırılır"*. Buna göre rüşvet suçunun müsterek faillerine, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.⁴⁰²

252'nci maddenin 7'nci fıkrasında bu suçun nitelikli hâline yer verilmiştir. Buna göre; *"Rüşvet alan ... kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."*

TCK'nın 55'inci maddesinde *"kazanç müsadresi"*ne ilişkin hüküm bulunmaktadır. Burada; *"(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan yahut suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadresine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir."* denilmektedir.⁴⁰³

Bu hükümden de anlaşılmaktadır ki rüşvet suçunun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaat müsadere edilecektir.⁴⁰⁴

400 "(...) Sanığa isnat olunan eylemin 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin olup, 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabi bulunmadığı ve Sincan Kaymakamlığı İlçe İdare Kurulunca verilen 25.09.2007 tarih ve 498/K-23 sayılı Karar'ının davaya konu ceza soruşturmasında hukuki değerden yoksun olduğu gözetilip, buna göre sanık E'nin hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yarg. 5. CD, 28.05.2013, 5843/5808)

401 "İddianamede cezaevi dışında bulunan sanığın, cezaevinde kule nöbetçisi olan Hasan Bozkurt'a elindeki bıçağı içeri alması karşılığında para teklif ettiğinin ileri sürülmesi karşısında, eylemin rüşvet verme suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin kanıtları takdir ve değerlendirmenin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek esas hakkında hüküm kurulması, ..." (Yarg. 4 CD, 07.06.2011, 7111/7898); "İddianamedeki anlatıma göre, sanığın, orman muhafaza memuru olan müşterilerin ormanda suçüstü yaparak el koyduğu eşeği kendisine teslim etmeleri için para teklif etmesi şeklindeki eylemin 765 sayılı TCK'nın 213'üncü maddesinde yazılı rüşvet suçunu oluşturup oluşturmayacağı, davaya bu hâliyle bakmanın ve delilleri takdir etmenin ağır ceza mahkemesinin görevine dâhil olduğu gözetilerek mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, ..." (Yarg., 2. CD, 2011/24975, 2011/43136)

402 765 sayılı TCK'da basit rüşvet alma suçunda faile ağır hapis olarak dört yıldan on yıla kadar nitelikli rüşvet almada ise beş yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası öngörülmüştü. Bu suçta ayrıca faile aldığı rüşvet veya vaat yahut taahhüdün beş misli ağır para cezası verilmekteydi. Bundan başka 217'nci madde gereğince, rüşvet olarak verilen para, eşya ve diğer şeylerin için bunlarla edinilen mal ve değerlerin müsadresine karar verilmekteydi. 217'nci maddeye göre müsadereye hükmedilebilmesi için, fiilen rüşvetin alınmış olması gerekmekteydi. Rüşvet alınmayıp yalnızca vaat veya taahhüt alınmış sonra da fiil meydana çıkmışsa, bu durumda vaat veya taahhüt edilen değerlerin bedelinin müsadresine karar verilmemekteydi. Rüşvet alma suçunun faileri hakkında ayrıca 219. maddenin son fıkrası gereğince, "memuriyetten müebbet mahrumiyet" cezası da öngörülmüştü.

403 "(...) Dairemizce benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.12.2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Karar'ına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda suçun maddi konusunu oluşturan değerlerin müsadresine karar verilemeyeceği gözetilmeden kazanç müsadresine hükmedilmesi, ..." (Yarg. 5 CD, 30.11.2011, 13448/24627)

404 "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Dairemizce de benimsenen 05.07.2011 tarihli, 2011/10-119 E. 2011/162 K. sayılı kararına göre, 5237 sayılı TCK'nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadresinin hukuki niteliği itibarıyla bir ceza değil güvenlik tedbiri olduğu, buna göre; gerek 1412 sayılı CMUK'un 326/son, gerekse 5271 sayılı CMK'nın 307/4. maddesinde yer alan 'aleyhte değiştirmeme' kuralının yalnızca hükmolunan ceza yönünden söz konusu olacağı, bu itibarla hükümde yaptırım olarak ayrıca bu güvenlik tedbiri uygulamasına yer verilmemesinin 'aleyhte değiştirmeme' ilkesine aykırılık oluşturmayacağı gözetilmeksizin, rüşvet suçundan mahkûmiyetine karar verilen sanık Mehmet Zeki'nin rüşvet teklifine konu olup üzerinde ele geçen paradan 2.000 TL'nin, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat niteliğinde olması nedeniyle TCK'nın 55/1. maddesine göre müsadresine karar verilmesi gerekirken sanığa iadesine karar verilmesi, ..." (Yarg. 5. CD, 06.05.2013, 7793/4608)

6.7. Güveni Kötüye Kullanma Suçu

6.7.1. Genel

TCK m. 155 uyarınca *“başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi şikâyet üzerine”* cezalandırılır. Bu suçun hırsızlık suçundan farkı, failin malın zilyetliğine önceden sahip bulunmasıdır. Hırsızlıkta fail, malın zilyetliğini elde etmekte, buna karşılık güveni kötüye kullanma suçunda zaten mala zilyet bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak hırsızlıkta fail, malın zilyedi olmayıp, zilyedi olmaya çalışmaktadır.

6.7.2. Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçla, başkasının taşınır mallarına zilyet olan kimse tarafından işlenebilecek mal varlığına yönelik ihlalleri önleme amacını güdülmektedir. Bu nedenle suçta korunan hukuksal yarar mülkiyettir. Burada fail, geri verilmek üzere kendisine bırakılmış mal üzerinde, ancak o malın malikinin yapabileceği nitelikte bazı tasarruflarda bulunmaktadır. Bu suç başlangıçta bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşme gereği malın ferî zilyetliği kendisine bırakılan fail, mal üzerinde malike ait olan yetkileri kullanır.

6.7.3. Suçun Konusu: Zilyetliği Faile Devredilmiş Mal

A. Mal

Suçun konusuna ilişkin olarak TCK -bizce de yerinde olarak- *“başkasına ait mal”* deyimini kullanmakta; malın taşınır veya taşınmaz olması arasında bir ayrım gözetmemektedir. Her türlü taşınır malın bu suçun konusunu oluşturabileceği konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Buna karşılık sorun, özellikle taşınmazların bu suça konu olup olmayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. TCK açısından malın taşınır veya taşınmaz olması bakımından bir ayrıma gidilmediği için taşınmazların da bu suça konu olabileceği düşüncesindeyiz. Gerekçe de bu yöndedir.

Taşınabilir mal konusunda hırsızlıkla ilgili yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Orada da belirtildiği üzere, malın ekonomik bir değer taşımaya gerek yoktur. Misli şeyler ve bu arada para bu suça konu olabilir.

Hırsızlık suçunun *paydaş veya el birliği ile malik olunan* bir mal üzerinde işlenmesi, cezanın indirilmesini gerektiren nitelikli hâl sayıldığı hâlde (TCK m. 144/1-a), güveni kötüye kullanma suçu bakımından böyle bir nitelikli hâl yer verilmiş değildir. Ancak hırsızlık suçunda olduğu gibi, güveni kötüye kullanma suçunda da suça konu şeyin *“başkasına ait olması”* gerektiği, paydaş veya el birliği ile malik olunan bir mal da zilyetliği kendisine bırakılan fail bakımından başkasına ait sayılacağı için, gerekçedeki aksi yöndeki açıklamaya rağmen, bu suça konu oluşturabilir. Bundan başka rehin konusu mal veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan mal üzerinde de bu suç işlenebilir. Ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği olduğundan şirkete ait mallar, ortakları bakımından *“başkasına ait mal”* niteliğindedir.

B. Malın Zilyetliğinin Devri

Mağdur tarafından, "muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere" bir malın zilyetliğinin faile devredilmiş olması gerekir. Bunların dışında kalan bir başka yolla mal üzerinde lehine zilyetlik tesis edilmiş olan kişi tarafından bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Mağdur, eşya üzerinde kendisine ait olan zilyetliği, duyduğu güven nedeniyle faile devretmiş olmalıdır.

Bu suçta fail lehine mal üzerinde zilyetlik kurulmuş olmaktadır; mal üzerinde zilyetliğin hangi amaçla kurulmuş olduğu önemli değildir. Aradaki hukuksal ilişkinin niteliğine göre, fail zilyetliği kendisine bırakılan mal üzerinde *mülkiyet hakkının verdiği yetkiler dışında* bazı yetkiler kullanmaktadır. Bununla birlikte mal, üzerinde *mülkiyet* tesis etmek için faile teslim edilmişse, güveni kötüye kullanmadan söz edilemez. Başka bir anlatımla yalnızca zilyetlik devri söz konusu olduğundan, zilyetlikle birlikte *mülkiyetin* de devredildiği durumlarda bu suç işlenmiş olmaz.

Öte yandan, malın zilyetliğinin geçerli bir rızaya dayanarak faile devredilmiş olması gerekir. Örneğin, temizleyiciye gönderilen pantolonun cebinde unutulmuş paraların alınması, hırsızlık teşkil eder; çünkü burada rızai bir devir söz konusu değildir. Bu bakımdan, güveni kötüye kullanma suçu, hırsızlık ve dolandırıcılık suçundan ayrılır. Güveni kötüye kullanma suçunda da dolandırıcılık suçunda da malın zilyetliğinin faile geçişi rızaya dayanmaktadır. Ancak güveni kötüye kullanma suçunda hukuken geçerli bir rıza; buna karşılık dolandırıcılık suçunda hileli davranışlara başvurmak suretiyle elde edildiğinden hukuken geçerli olmayan bir rıza söz konusudur. Bu nedenle eğer fail malın zilyetliğinin kendisine bırakılmasını hileli davranışlara başvurmak suretiyle sağlamış olursa, bu suç değil, dolandırıcılık suçu oluşur. Yine, eşya faile verilmiş olmakla birlikte, malın sahibinin o mal üzerindeki fiili egemenliği devam ediyor ve eşyanın nasıl kullanıldığı sahibi tarafından denetlenebiliyorsa, fail bu suçtan değil, hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılır. Bu bakımdan, mal failin elinde bulunmakla birlikte, sahibi, faile karşı güvensizliğini belirten önlemler almış ise malın ferî zilyetliği faile devredilmiş değildir, dolayısıyla da güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, kuyumcunun dükkânına gelen müşteriye, onun başında durarak, değerli bir taşı incelemek üzere vermesi, fakat müşterinin bir anda taşı kaçması durumunda, ferî zilyetlik devri gerçekleşmiş sayılmaz; oluşan suç hırsızlıktır.

Malın zilyetliğinin, mutlaka o malın sahibi tarafından faile teslim edilmiş olması aranmaz. Ferî zilyet tarafından zilyetliğin faile devredilmesi durumunda da bu suç oluşur.

Bu suçta mal üzerindeki zilyetliğin faile devri, bir *sözleşmeye* dayanmaktadır. Bu konuda bir şekil şartı yoktur: Karşılaştırmalı hukukta bazı kanunlarda olduğunun aksine, kanunumuz malın ferî zilyetliğinin faile devrine dayanak olan sözleşmenin türünü ayrıca belirleme yoluna gitmemiştir. Mal üzerindeki *zilyetliğin* faile devri sonucunu doğuran herhangi bir sözleşmeye dayanarak (kira sözleşmesi, ödünç sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi) malın zilyetliği faile bırakılmış olabilir. Bu tevdi veya teslimin fiilen yapılmış olmasına gerek yoktur; faile mal üzerinde tasarruf etme olanağının sağlanmış olması yeterlidir. Örneğin, tasfiye memuru veya yediemine bırakılmış olup da henüz fiilen teslim edilmemiş mallar da bu suça konu oluşturabilir.

Suç konusunun ferî zilyetliği faile hukuka aykırı bir amaçla devredilmiş

olduğunda da bu suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Örneğin, yurt dışına kaçırmayı için teslim edilen uyuşturucunun kurye tarafından başkalarına satılması. Her ne kadar burada aradaki sözleşmenin Borçlar Kanunu gereği kesin olarak hükümsüz olduğu, bu nedenle de hukuka uygun bir zilyetlik devri olmadığı öne sürülebilirse de aslanan, sözleşmenin geçerliliği değil, mağdurun serbest iradesi uyarınca zilyetliğin devredilmiş olmasıdır.

Görevi nedeni ile kamu görevlisine mal teslim edilmiş, o da bunu kendine mal etmişse, bu suç değil, zimmet suçu (TCK m. 247) oluşur. Buna karşılık teslim, kamu görevlisine yapılmış olmakla birlikte, eğer bu görev gereği olmayıp da onun şahsına duyulan güvenden kaynaklanmışsa, fiil, zimmet suçunu değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Örneğin, tuvalete gidecek olan vatandaşın, devlet dairesindeki memurlardan birine çantasını emanet etmesi, memurun da çanta için- den bir şeyleri alması durumunda, oluşan suç güveni kötüye kullanmadır.

Bunun gibi, kendisine koruma amacıyla *rehnedilmiş veya haczedilmiş* veya herhangi bir nedenle *el konulmuş* mal teslim edilen kişinin, bu mal üzerinde gerçekleştirdiği güveni kötüye kullanmaya yönelik fiilleri, bu suçu değil, *muhafaza görevini kötüye kullanma suçunu* (TCK m. 289) oluşturur. Bu suçla güveni kötüye kullanma suçu arasındaki ilişki, genel-özel norm ilişkisi olup, TCK m. 289 özel hüküm olarak uygulanma önceliğine sahiptir.

Önemle tekrarlayalım ki malın mülkiyetinin de zilyetlik ile birlikte faile geçişi sonucunu doğuran bir sözleşmeye dayanarak malın zilyetliğinin faile bırakıldığı durumlarda güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Örneğin, ticari mümessile avans olarak verilen paranın onun tarafından şahsi işlerinde harcanması gibi, çünkü bu örnekte, paranın zilyetliği değil, mülkiyeti devredilmiştir.

Nihayet, bir evin kiralanması ve kiracının evin içindeki şeyleri çalması durumunda, evin kiralanması sırasında özel olarak teslim ve tevdi edilmeyen mallar bakımından bu suçun değil, hırsızlık suçunun oluşacağı Yargıtayın yerleşmiş içtihatıdır. Kira ilişkisi bittikten sonra ise zaten hırsızlık suçunun oluşacağı açıktır.

6.7.4. Fail

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, sözleşme ilişkisi gereği, suç konusu malın zilyetliği kendisine devredilmiş kişi olup, suç ancak bu kişi tarafından işlenebilir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma, faili bakımından özgü suç niteliğindedir. Zilyet yardımcısı ise bir mal üzerinde, kendinden daha üstün bir yetkiye sahip olan kişinin gözetimi ve fiilî egemenliği altında, belirli şekilde tasarruf eden kişi olup, zilyetlik kendisine devredilmediği için bu suçun faili olamaz. Örneğin, yolcu tarafından bavulu taşınmak üzere kendisine verilen ve onun tarafından izlenen hamalın hızlanıp bavulla kaçması durumunda, oluşan suç hırsızlıktır.

Malın zilyetliğinin faile devrini sonuçlayan sözleşme ilişkisine taraf olmayan kişiler iştirak kuralları gereğince azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabilirler. Suça konu şeyi zilyedinden satın alan veya mal üzerinde lehine rehin tesis edilen kişi güveni kötüye kullanma suçunu değil, suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçunu (TCK m. 165) işlemiş olur.

Suçun mağduru, suça konu olan malın malikidir. Eğer malın zilyetliği malik

değil de o malın zilyedi tarafından faile devredilmiş ise zilyet, mağdur değildir ve bu nedenle de şikâyet hakkı yoktur.

6.7.5. Maddi Unsur

Önemli olan, failin, zilyetliği kendisine devredilmiş bulunan mal üzerinde, malikmiş gibi tasarruf etmesidir. TCK, bizce yerinde olarak, mal üzerinde yapılabilecek tasarruf biçimlerini tek tek saymak yerine, tüm ihlal biçimlerini kapsayıcı olarak *“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”* veya *“devir olgu sunu inkâr etme”* deyimlerine yer vermektedir. TCK anlamında *“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”* ile kastedilen, o mal üzerinde, ancak malik olmanın verdiği bazı yetkilerin kullanılmasıdır. Başka bir anlatımla bu suçta fail, sözleşme gereği zilyetliği kendisine bırakılan mal üzerindeki bu zilyetliği mülkiyete dönüştürmektedir. Mal üzerinde malik olmanın verdiği yetkiler, genellikle o malı satma, rehin etme, tüketme veya başka bir mala dönüştürme biçiminde kullanılmış olabilir. Bu anlamda *“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak”* 765 sayılı TCK’da seçimlik olarak gösterilen satma, rehin etme, tüketme, değiştirme, başka bir mala dönüştürme gibi hareketleri de kapsamına almaktadır.

“Devir olgusunu inkâr etme” ise failin malın zilyetliğinin kendisine teslim edilmediğini iddia etmesidir. Fail, zilyetliği kendisine bırakılan şeyi inkâr etmemesine rağmen, geri vermesi için kabul edilebilir bir süre geçmesine karşın geri vermez ise bu davranışı *“inkâr”* saymak mümkündür.

TCK m. 155’te mal üzerinde failin kendisi veya başkası yararına tasarrufta bulunması aranmıştır. Ancak buna rağmen, bu suçun oluşması için mutlaka failin zilyetliği kendisine bırakılan maldan bir yarar sağlamış (veya mağdurun mal varlığının zarara uğramış) olması gerekmez. Bununla kendi lehine zilyetlik tesis edilen failin, üçüncü kişi lehine zilyetliği mülkiyete dönüştürmesi durumunda da bu suçun oluşacağı anlatılmak istenmiştir. Bunun gibi güveni kötüye kullanma suçunda somut bir zararın meydana gelmesi de aranmaz.

6.7.6. Manevi Unsur

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan, bir kimseye emanet edilen mala, o kimsenin göz kulak olmaması nedeniyle zarar gelmesi durumunda, bu suç oluşmaz; kast yoktur. Kastın varlığından söz edebilmek için, öncelikle, failin suça konu şeye zilyet olduğunu ve bunun başkasına ait bulunduğunu bilmesi aranır. Suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bundan başka, kastın, suçun maddi unsurunu oluşturan *“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”*ya yönelik olması da gerekir. Failde suça konu olan şeyi geri verme niyetinin bulunması suçun oluşmasını engellemez ise de eğer misli bir mal söz konusu olup, fail bu malı geri verme anında yerine koyabilecek durumda ise bu suç oluşmaz.

Öğretide bazı yazarlar failde yarar sağlamak amacı biçiminde özel kastın bulunması gerektiğini ileri sürmekte iseler de bizce de yerinde olan görüşe göre, suçun oluşması bakımından genel kast yeterli olup, failin ayrıca haksız bir yarar elde etmek amacıyla hareket etmiş olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Örneğin, failin kendisine saklanmak üzere emanet edilen malı çöpe atan kişi de bu suç işlemiştir.

6.7.7. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak "hakkın kullanılması"ndan (TCK m. 26/1) söz edilmektedir. Buna göre, bir aynı hak olan "hapis hakkı"nın kullanıldığı durumlarda, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğundan söz edilemez. Öte yandan malın sahibinin, "zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmaya" yönelik olarak gösterdiği rıza da hukuka aykırılığı ortadan kaldırır (TCK m. 26/2).

6.7.8. Nitelikli Hâller (TCK m. 155/2)

TCK m. 155/2'ye göre *"meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin yahut hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi"* bu suçun nitelikli hâlini oluşturur. TCK'nın, bu suçta *"emanetçi sıfatıyla"* veya *"teminat olarak"* zilyetliği devredilen mal üzerinde işlenen güveni kötüye kullanma suçunu ayrıca nitelikli hâl olarak kabul etmemesinin nedeni tarafımızdan anlaşılamamıştır. Her ne kadar *"emanetçi sıfatıyla"* teslim edilen mal üzerinde işlenen suç bakımından çoğu durumda *"hizmet ilişkisinin"* de bulunması nedeniyle, bunun ayrıca belirtilmesinin gerekli olmadığı ileri sürülebilir ise de *"teminat olarak verilen"* mal üzerinde işlenen suçların daha ağır cezalandırılması gereği de açıktır.

İlk nitelikli hâl, suçun, *"meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin"* kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olmasıdır. Nitelikli hâlin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, malın zilyetliğinin devri, ifa edilen meslek, sanat veya hizmet nedeniyle yapılmalı, söz konusu görevlerin yerine getirilmesiyle malın teslimi arasında neden-sonuç ilişkisi kurulabilmelidir. Bu yüzden, söz gelimi hizmet dışında bir nedenle malın zilyetliğinin faile teslim edildiği durumlarda nitelikli hâlin gerçekleştiğinden söz edilemez. Bu nitelikli hâlin uygulanması için hizmetin ücretli görülüyor olması veya süreklilik taşıması gerekmez. Fakat her hâlükârda, fail ile mağdur arasında özel hukuk anlamında (BK m. 313) bir *"hizmet ilişkisi"* tesis edilmiş olmalıdır.

Maddede öngörülen diğer nitelikli hâl ise suçun *"başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak"* faile teslim edilmiş olan mal üzerinde işlenmiş olmasıdır. Bu nitelikli hâlin uygulanması için arada meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Failin, malı idare yetkisinin doğrudan kanundan ileri gelmesi gerekmez; bu yetkiyi, doğrudan malın sahibi de faile vermiş olabilir.

6.7.9. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Suç, mal üzerinde *zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması* veya *devir olgusunun inkâr edilmesiyle* birlikte tamamlanır. Hareketten ayrı bir netice söz konusu olmadığı için, güveni kötüye kullanma salt hareket suçudur. Kanunda suçun tamamlanması için suç konusu üzerinde *tasarrufta bulunulması* arandığı için, söz gelimi üzerinde zilyetlik kurulan malın fail tarafından başkasına satılması veya rehnedilmesi söz konusu ise zilyetliğinin de devredilmiş olması gerekir. Suça teşebbüs, teorik olarak mümkün ise de mal failin zilyetliğinde bulunduğundan, bu mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmayı ifade eden hareketin

hangi anda başladığını belirlemek çoğu zaman mümkün olmayacaktır; bu bakımdan, teşebbüs hükümlerinin uygulanması çok istisnai durumlarda gündeme gelebilir.

B. İçtima

Bu suç, zimmet suçuna göre genel niteliklidir. Eğer malın zilyetliği, kamu görevlisine görevinin gereği olarak bırakılmış ise *özel hüküm* olan zimmet suçundan dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Öte yandan güveni kötüye kullanma suçu zincirleme olarak da işlenebilir. Ne var ki TCK, bunun için suçun "aynı kişiye karşı" işlenmiş olmasından söz ettiğinden, faile değişik zamanlarda teslim edilmiş olan malın aynı kişiye ait olması zorunludur. Buna karşılık, faile teslim edilmiş olan değişik kişilere ait mallar üzerinde failin aynı anda tasarrufta bulunması durumunda "*suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi*" söz konusu olacağından, TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç kuralları uygulanabilir. Bununla birlikte fail, zilyetliği kendisine bırakılan aynı kişiye ait birden fazla mal üzerinde aynı anda malik gibi tasarrufta bulunacak olursa, ortada "birden fazla suç" bulunmayacağı için zincirleme suçtan da söz edilemez.

Burada "*seçimlik hareketli bir suç*" söz konusu olduğundan, seçimlik hareketlerden "*zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma*" yanında ayrıca "*devir olgusunu inkâr etme*" durumunun da bulunması hâlinde, tek bir güveni kötüye kullanma suçu söz konusudur.

Suçun konusunu oluşturan şeyin zilyetliği faile intikal ettikten sonra, iade yükümlülüğünden kurtulmak, suçun ortaya çıkmasını engellemek, eşya üzerinde tasarruf olgusuna dayanak oluşturmak amacıyla failin bazı hileli davranışlara başvurmuş olması durumunda, yalnızca güveni kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılması gerekir. Buna karşılık, failin belirtilen amaçlarla "sahte belge" düzenlemesi durumunda, ayrıca (belgenin niteliğine göre) özel belgede veya resmî belgede sahtecilik suçundan dolayı da cezalandırılması gerekir.

Son olarak, fail, kendisine zilyetliği devredilen malı kırmak, bozmak, yok etmek gibi mala zarar verme suçunun maddi unsurunu oluşturan davranışlar aracılığıyla mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunursa, güveni kötüye kullanma suçu ile mala zarar verme suçu arasında fikrî içtima ilişkisi kurulabilir.

C. İştirak

Suç, daha önce de belirttiğimiz üzere, faili bakımından özgü bir suç niteliği taşır. Bu nedenle de zilyetliğin faile devrine dayanak oluşturan sözleşme ilişkisine taraf olmayanlar, ancak iştirak kuralları gereği azmettiren veya yardım eden olarak bu suçtan sorumlu tutulabilirler. Suça konu olan şeyi failden söz gelimi satın alan veya lehine rehin tesis edilen kişi bu suçu değil, suç eşyasını satın alma suçunu (TCK m. 165) işlemiş olur.

6.8. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Zararına Dolandırıcılık

Dolandırıcılık, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması şeklinde

tanımlanabilir.⁴⁰⁵ Dar anlamıyla dolandırıcılık, aldatmaya dayalı unsurların gerçekleştirilmesi ile bir kimsenin zararına bir başka kimseye yarar sağlamaktır.⁴⁰⁶

Dolandırıcılık, tarihî süreçte temelini hırsızlıktan almıştır.⁴⁰⁷ Hırsızlık, dolandırıcılık ve inancı kötüyeye kullanma; Roma Hukuku'nda "furtum" olarak adlandırılan suçtan türemişlerdir.⁴⁰⁸ Dolandırıcılık başlangıçta sadece tazmin yükümlülüğünü gerektiren bir fiil iken zamanla kamuyu ilgilendiren suçlar arasına girmiştir.⁴⁰⁹ Kişiler arasında ekonomik ilişkilerin kurulmasında karşılıklı güvenin korunması hususundaki sosyal menfaat, dolandırıcılığın suç sayılması sebeplerinin başında gelmektedir. Nitekim mülkiyet hakkı anayasalarda güvence altına alınmış olduğundan ihlalinin müeyyidesi ceza kanunlarında gösterilmektedir.⁴¹⁰

Dolandırıcılık, bir yandan ticari hayattaki gelişmeler diğer yandan yağmalama içgüdüsünün ortaya çıkış biçimlerindeki incelik sebebiyle günümüzde çok fazla işlenen bir suç tipi hâlini almıştır.⁴¹¹

Yargıtay CGK'nın 24.11.1998 tarih ve 1998/6-280 E., 1998/359 K. sayılı ilamında; "(...) dolandırıcılık suçu, kaynağını hırsızlıktan alan, ticaret ve sanayideki çağdaş ve aynı zamanda küresel, karmaşık ekonomik ilişkilerin ortaya çıkardığı bir suç tipidir" denilmiştir.⁴¹²

Bilindiği gibi suç, hukuki bir değerin ihlali anlamına gelir.

Hukuki değer, bir hukuk toplumunda kabul gören değerleri ifade eder, dayanağını davranış normları oluşturur ve anayasalarda güvence altına alınır. Belli bir kişiden soyut olan hukuki değer ceza kanununda suçların tasnifi açısından kanun koyucuya yol gösterir, uygulamacı açısından, suç tanımının yorumunda başvurulması gereken en önemli enstrümanı oluşturur.

Dolandırıcılık suçu da Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde ve Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlalinin suç saymaktadır. Diğer bir anlatımla dolandırıcılık, kişinin sahip olduğu mal varlığı değerleri aleyhine işlenen bir suçtur.⁴¹³ Çünkü bu suç tipinde failin mal varlığında artma, mağdurun mal varlığında ise azalma meydana gelmektedir.⁴¹⁴ Bu sebeple dolandırıcılık, mal varlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir.

Suç tipi ile mal varlığının yanı sıra irade özgürlüğünün de korunduğu ifade edilmiştir.⁴¹⁵ Yargıtay CGK'nın 24.12.2002 tarih ve 2002/6-306 E., 2002/441K. sayılı ilamında; "(...) dolandırıcılık suçu, hile ve desiseler yaparak bir kişiyi hataya düşürüp

405 Yargıtay CGK, 12.11.2002, 6-256/384 sayılı ilamında; "Dolandırıcılık suçu bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak o kimsenin veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir çıkar sağlanmasıyla oluşur. Hile, nitelikli bir yalandır. Yalan, belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır." denilmiştir. Karar için bk.; Parlar-Hatipoğlu, Mal Varlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 827 vd.

406 Tümerkan, s.1

407 Dönmezer, s.378

408 Selçuk, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s.3

409 Dönmezer, s.378; Tümerkan, s.17

410 Bulutoğlu, Emniyeti Suistimal Cürümleri, s.1 vd.; Erem, Dolandırıcılık, s. 3

411 Toroslu, s.173

412 Karar için bk. Kazancı İçtihat Bankası

413 Tezcan-Erdem-Önok, s.590

414 Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 449; Tümerkan, s.15

415 Toroslu, s.175; Tezcan-Erdem-Önok, s.590; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1232; Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, s. 360

onun veya başkasının zararına, kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlamaktır. Bu suç, iki konulu bir cürüm olup, mal varlığı yanında kişinin irade serbestisi ve rıza özgürlüğünü de korunmaktadır. Çünkü, dolandırıcılık suçunda malın teslimi mağdurun rızası ile gerçekleşmekte fakat bu teslim hile ve desise kullanılarak sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır” denilmiştir.⁴¹⁶

Benzeri değerlendirmeler 5237 sayılı TCK’nın 157. maddesinin gerekçesinde de yer almaktadır. Burada; “dolandırıcılık suçu, kişilerin mal varlığına karşı işlenen bir suçtur. Söz konusu suç tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu mal varlığı hakkının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işleniş sırasında hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlal edilmektedir” denilmektedir.

Dolandırıcılık suçunun tipik sayılabilmesi için, hileli davranışlarla gerçek bir kişiyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanması gerekir. Ceza normunda yasaklanan hareket “hileli davranışlarla gerçek bir kişiyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamaktır”. Bu bakımdan hileli davranışlarla gerçek bir kişi aldatılmadan menfaat elde edilmesi hâlinde inceleme konusu suç oluşmaz. Bu gibi hâllerde dolandırıcılık dışında başka suçlar (örneğin; gerçek bir kişi aldatılmadan sahte kartla hesaptan para çekilmesi, TCK m. 245) veya hukuki uyumsuzluk söz konusu olabilecektir. Diğer suç tipleri ve hukuki uyumsuzluk oluşturan fiiller ile dolandırıcılığın birbirinden ayrılması bakımından tipiklik önem arz eder.

A. Fail

Dolandırıcılık suçunun faili herkes olabilir. Kanunda suçun faili yönünden bir özellik aranmamıştır.⁴¹⁷ Suçu işleyen ile kendisine yarar sağlanan kişinin aynı olması gerekmez. Madde metninde “kendisine veya başkasına yarar sağlayan” denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir.⁴¹⁸

Suçun, “tacir veya şirket yöneticisi olan veya şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında, kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında (TCK m. 158/1-h), serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle (TCK m. 158/1-i)” işlenmesi 5237 sayılı yeni TCK’da nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir.

B. Mağdur

Her suçta bir mağdur vardır. İfade edelim ki ancak sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır.⁴¹⁹

Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir.

⁴¹⁶ Karar için bk. Kazancı İçtihat Bankası

⁴¹⁷ Tümerkan, s.21; Toroslu, s.176; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1233; Meran, s.139; Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, s. 360

⁴¹⁸ Meran, s.139

⁴¹⁹ Doktrinde tüzel kişilerin de kanunun düzenlemesi hâlinde mağdur olabileceği belirtilmiştir. Bk. Erem, Faruk- Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s.240

Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri, doğrudan veya dolaylı olarak ihlal olan kimse suçtan zarar görendir. Bir suçun mağduru, kural olarak işlenen suç ona karşı bir haksızlık teşkil ettiğinden suçtan zarar görendir. Örneğin, kasten yaralama suçunda vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse hem mağdur hem de suçtan zarar görendir. Buna karşılık belirli bir suçtan, onun mağdurundan başka, diğer kimseler de hukuken korunan bir haklarının ihlali dolayısıyla zarara uğramış olabilirler. Örneğin, kasten öldürme suçunun mağduru ölen kimsedir. Bununla beraber ölen kimsenin mirasçıları veya akrabaları da mağdur değildir ama fiilen suçtan zarar gördüklerinden suçtan zarar gören olarak ceza davasına katılabilirler (bk. CMK m.237 vd.).⁴²⁰

Aynı şekilde bir özel hukuk tüzel kişinin parasına zilyet olan (A)'ya karşı cebir veya tehdit yahut hile kullanılarak, yağma (TCK m.148) veya dolandırıcılık (TCK m.157) suçu işlenmiş olabilir. Bu durumda suçun mağduru, kendisine cebir veya tehdit kullanılan veya hileye maruz bırakılan (A)'dır. Suçtan zarar gören ise işlenen suçla mal varlığında azalma meydana gelen özel hukuk tüzel kişisidir.⁴²¹

Dolandırıcılık suçunun mağduru, failin kullandığı hileli hareketler sonucunda aldatılarak doğrudan veya dolaylı olarak zarara uğratılan gerçek kişidir.⁴²² Aldatılan kişi ile mal varlığı zarara uğrayan kişinin aynı olması zorunlu değildir.⁴²³

Tüzel kişilerin aldatılması söz konusu olmaz, ancak tüzel kişinin organ veya temsilcisi olan gerçek kişinin hileli hareketlerle aldatılarak tüzel kişiye zarar verilmesi hâlinde de dolandırıcılık suçu oluşacaktır.⁴²⁴

5237 sayılı TCK'da bir kimsenin aldatılmasından söz edilmiş olduğundan suçun mağdurunun belirli, muayyen bir kimse olması gerekir.⁴²⁵ Ancak toplumun geneline yönelik hileli davranışlar sebebiyle belirli kişiler aldatılmışsa yine suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.⁴²⁶

Dolandırıcılık suçunun, "kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle, kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle" işlenmesi, TCK'nın 158/1-(b, c) maddesinde daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.

C. Fiil

Dolandırıcılık suçu bakımından fiilin gerçekleştiğinin kabulü için "hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma" aranmaktadır. Görüldüğü gibi kanun koyucu hileli hareketlerin ne olduğunu açıkça ifade etmiş değildir. Bu sebeple dolandırıcılık serbest hareketli bir suç tipidir. Hileli hareketler; icrai olabileceği gibi hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün bulunması şartıyla, ihmalî de olabilir.

a. Hileli Davranışlar

Dolandırıcılık fiilinin gerçekleştiğinin kabulü için, hileli davranışlarla gerçek

420 Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa R., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, s.288,289

421 Özgenç, Gazi Şerhi, s.219

422 Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1233; Yılmaz- Ergün, s.9

423 Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, s. 362; Meran, s.139

424 Tümerkan, s.22

425 Önder, s.366; Tümerkan, s.28 vd.

426 Tezcan-Erdem-Önok, s.591

bir kişinin aldatılması gerekir. 5237 sayılı TCK'nın dolandırıcılık suçunu düzenleyen 157. maddesinin gerekçesinde konuya ilişkin olarak; *"Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmalî davranışla da gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmalî davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir."* denilmiştir.

İfade edelim ki dolandırıcılık suçunda mağduru hataya düşüren, aldatan, onun algılama ve buna uygun karar verme yeteneğini etkileyen, gayri maddi her türlü hareket de "hile" kavramı içinde düşünülebilir.⁴²⁷ Ayrıca sergileniş, dokunuş ve renklendiriliş açısından mağdurun denetleme imkânını, gerçekleşen güven ortamı içinde ortadan kaldıran ve belli bir ağırlık ve yoğunlukta bulunan yalan da hile kavramı içinde mütalaa edilmelidir. Ancak mücerret yalan hile teşkil etmez.⁴²⁸ Hilenin objektif olarak hataya düşürücü ve başkasının tasavvuru üzerinde etki doğurucu olması gerekmektedir.⁴²⁹

5237 sayılı TCK'da hile ve desise ayrımı yapılmamış, "hile"ye, desiseyi de kapsayacak tarzda geniş bir anlam yüklenmiştir.⁴³⁰ Dolandırıcılıkta kişi, olmayanı olmuş, olanı olmamış gibi göstererek veya gerçeği gizleyerek mağduru hataya düşürmektedir.⁴³¹ Fakir olmasına karşın zenginmiş gibi davranma, sahip olmadığı önemli unvanlar kullanma, ödeme gücü olmadığı hâlde varmış gibi gösterme buna örnek olarak verilebilir. Sonuç olarak hileli hareketler, birtakım sahte, suni davranışlarla gerçeğin çarpıtılması, gizlenmesi ve saklanması olarak tanımlanabilir.⁴³²

765 sayılı eski TCK'da "hilenin kandırıcı nitelikte olması" Kanun'da açıkça ifade edilmişti. 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde ise hileli hareketlerin kandırıcı nitelikte olup olmadığına ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Bunun sebebi, "hile" kavramının anlamında gizlidir. Çünkü hilelinin söz konusu olabilmesi için hareketin; aldatıcı, kandırıcı niteliğe sahip olması zorunludur.⁴³³ Bu niteliğe sahip olmayan hareketler varsa ortada hile olmadığı için, işlenemez suç söz konusu olacaktır.⁴³⁴ Hileli hareketlerin bu nitelikte olup olmadığı, her somut olayın özellikleri ve bu arada

427 Bk. Önder, s.368; Erem-Toroslu, s.555; Selçuk, s.114; Selçuk, "Dolandırıcılık", in: Ceza Hukuku El Kitabı, s.293; Yargıtay CGK, 12.06.2001, 6-118/124; "Sanıkların gerçek adlarını gizleyip, sahte adlar kullanmak, kendilerini kardeş olarak tanıtmak ve bir başkasına ait lokantayı kendilerininmiş gibi göstermek şeklindeki hile ve desise oluşturan eylemlerle yakınanın iradesini yanıltarak, aracın anahtarlarını, dolayısıyla aracı rızaya dayalı olarak teslim aldıkları anlaşılmaktadır. Yakınanın, gazetede ki satış ilanından belirlenip, açıklanan hareketlerle hile ve desiseler kullanılması, failerin daha başlangıçtaki kastlarının kendilerine çıkar sağlamak amacıyla yakınanı dolandırmak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Aracın anahtarlarının alınmasına ses çıkarmayan, götürülmesinden bir süre sonra kuşkulandığına başlamak üzere yakınanın, aracı yanıltılmış irade ile sanığa teslim ettiğinin kabulü zorunludur. Bu itibarla sanığın eylemini dolandırıcılık olarak nitelendiren yerel mahkeme kararı isabetli olduğundan onanmasına karar verilmelidir." Parlar-Hatipoğlu, Mal Varlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 833 vd.

428 Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 455

429 Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 452; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1235

430 Tümerkan, s.35 vd.; Tezcan-Erdem-Önok, s.593, 594

431 Selçuk, Dolandırıcılık, s.114; Önder, s.368; Erem-Toroslu, s.555, 556; Yılmaz-Ergün, s.9

432 Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku. Özel Hükümler, Ankara 1997, s.242 vd.

433 Aynı yönde bk. Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 457; Tümerkan, s.54; Meran, s.140; Parlar- Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1236, aksi yönde bk. Toroslu, s.178, Toroslu, 5237 sayılı TCK'nın hileli davranışların aldatmaya elverişli olma şartını aradığını ifade etmektedir. bk. Toroslu, s.178. Gündel'e göre; "Bir davranışın kandırabilecek nitelikte olmadığı, resmî veya özel bir belgenin aldatıcılık yeteneği taşımadığı, tapuya kayıtlı gayrimenkullerin tapudan, trafikte kayıtlı araçların trafikten sahiplik kayıtlarının araştırılıp öğrenilebileceği gibi nedenlerle diğer unsurları tamam olan dolandırıcılık suçlarının beraatle sonuçlanması vatandaşların hukuka inançlarını zayıflatıcı bir etken olmaktadır. Hileli bir söz veya davranışla mağdur aldanmış ise artık bu söz ve davranışın kandırabilecek nitelikte olup olmadığının önemi yoktur." Bk. Gündel, 311

434 Selçuk, Dolandırıcılık, s.141

aldatılanın durumu da dikkate alınarak belirlenmelidir.⁴³⁵

Yargıtayın 5237 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu kararlarında hilenin kandırıcı nitelikte olmasını aradığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 11. CD'nin 2006/144 esas, 2006/5115 Karar'ında; *"Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için fiilin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.*

Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O hâlde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyi niyeti ve güven duygularının suistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır." denilmiştir.⁴³⁶

Hileli hareketlerin aldatıcı niteliğe sahip olması gerektiği hususu ile ilgili olarak Yargıtay CGK, 14.10.1999, 6-249/192 sayılı ilamında; *"TCY'nin 503. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkası yararına haksız bir çıkar sağlaması gerekmektedir. Olayda, sanık ile şikâyetçi arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarihte, sanığın yetkili ve sorumlusu olduğu şirket, taşınmazın maliki değildir. Tapuda taşınmaz bir başka kişi adına kayıtlıdır. Medeni Yasa'nın 928'inci maddesi uyarınca, tapu sicili aleni olduğuna göre, şikâyetçi araştırmak gereğini duysa bu durumu öğrenir ve sanığın taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin gereğini yerine getirmeyecek durumda bulunduğunu görebilirdi. Dolayısıyla sanığın fiilinin kandırıcı nitelikte bulunmadığı ve yüklenen dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, olayın hukuki bir uyuşmazlıktan ibaret olduğu anlaşıldığından, direnme kararının bozulmasına, sanık hakkındaki gıyabi tutuklama*

435 Erem-Toroslu, s.556; Yargıtay 11. CD'nin 2005/144 E., 2006/5115 sayılı ilamında; "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; fiilin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, 'sergileniş açısından' mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. O hâlde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez. Olaysal olarak değerlendirme, hileli hareketin ne olduğu, mağdur üzerindeki etkisi, kandırabilecek bir hareket olup olmadığı, mağdurun iyi niyeti ve güven duygularının suistimal edilip edilmediği araştırılmalıdır. 1990 doğumlu oğlu ...'in elinin yaralanması sonucu komşusunun 2000 doğumlu oğlu ...'a ait 'Yeşil Kart'ını alarak ... Devlet Hastanesinde ortopedi uzmanına muayene ettirmek isterken doktorun doğum tarihini fark etmesi sonucu yakalanması şeklinde gelişen olayda; sanığın hastane yetkililerini aldatacak nitelikte hile oluşturan bir davranışının bulunmadığı gibi, muayene için gelen kişilerin ibraz ettiği belgedeki kişi olup olmadığını denetleme görevi bulunan görevli doktorun muayene edilen çocuğun kart sahibi olmadığını ilk bakışta anlaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi ... bozmayı gerektirmiştir." denilmektedir. Karar için bk.. www.adalet.org.tr.

436 Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, s.366; Yargıtay CGK'nın 24.11.1998 tarih ve 6-280/359 sayılı ilamında; "Hilenin kandırıcılık niteliğine ulaşip ulaşmadığı her somut olayın özelliği, mağdurun durumu, faille olan ilişkisi, kullanılan hile, desise ve benzeri kriterler ayrı ayrı ele alınarak yargıç tarafından değerlendirilmelidir." denilmiştir. Karar için bk. Özgüç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.26

kararının kaldırılmasına, karar verilmelidir.” denilmiştir.⁴³⁷

Yargıtay CGK, 27.04.2004, 6-85/104 sayılı ilamında; “Hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sıfata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Desise ise maddi nitelikte fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmede kullanılan vasıttır. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Yasamız yalanı, belirli birtakım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hâllerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekilde aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez. Nitekim Ceza Yasamız ticari işlemlerde mücerret yalanı, her türlü kandırıcı dış unsurdan müstakil olarak cezalandırdığı zaman özel hüküm koymaktadır. Örneğin Yasa’mız 363. maddesinde ‘bir kimsenin ticaret ettiği sırada müşterisine bir şey yerine aynı şey olmak üzere diğer bir şeyi yahut menşe ve evsafı ve miktarı beyan veyahut mukaveleye aykırı olarak bir şey vermesi’ fiilini ayrıca cezalandırmaktadır.

Yapılan yalan açıklamaların, dolandırıcılık suçunun hile ve desise unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana birtakım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.

Dolandırıcılık cürmünde hile ve desisenin ancak bu şekilde gerçekleşmiş sayılacağını kabul eden bu görüşe ‘sahneye koyma’ (mise en scene) teorisi adı verilmektedir. (...)

O hâlde dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hile ve desiseyi şu şekilde tanımlamak mümkündür: Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde birtakım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan hâlden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir. Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır.” denilmiştir.

b. Aldatma

Kanun, hileli davranışların yapılmasını yeterli görmemiş bununla mağduru

437 “TCY’nin 503. maddesinde tanımı yapılan dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kişiyi, kandırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkası yararına haksız bir çıkar sağlaması gerekmektedir. Somut olayda, sanık taşınmazda kalan payından bir kısmını katılan ve müştekiye, tapuda değişik tarihlerde satmıştır. Bu olgudan da sanıkla katılan ve müşteki arasındaki sözleşmelerin, dolandırıcılık suçunun oluşması için aranan ögeler altında değil, rızaya dayalı ve tarafların karşılıklı özgür iradeleri ile yapıldığı anlaşılmaktadır. Ne var ki; müstekilerin edimlerini yerine getirmelerine mukabil, sanık, belki de savunduğu gibi elinde olmayan nedenlerle, müşteki tarafa, inşaat bitiminde birer daire verme borcunu yerine getirmemiş/getirememiştir. Dolayısıyla, sanığın aynı nitelikteki fiillerinde kandırıcı nitelik bulunmadığı ve yüklenen her iki dolandırıcılık suçunun yasal ögeleri itibarıyla oluşmadığı hukuki nitelikte bulundukları anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay CGK, 04.05.1999, 6/87-92; “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kişiyi, kandırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkası yararına haksız bir çıkar sağlaması gerekmektedir. Somut olayda, emlakçılık işiyle uğraşan sanığın, tapuda başkası adına kayıtlı taşınmazlar için katılanla satış vaadi sözleşmesi yaptıkları açıktır. Medeni Yasa’nın 928. maddesi uyarınca tapu sicili aleni olduğuna göre, katılanın araştırma yapması hâlinde sanığın taşınmaz vaadi sözleşmesinin gereğini yerine getirip getirmeyeceğini öğrenmesi olanaklıdır. Nitekim, katılan daha sonra tapu malikleri ile görüşerek satışın gerçekleşemeyeceğini öğrenmiştir. Dolayısıyla, sanığın eyleminin kandırıcı nitelikte olmadığı ve dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, olayın hukuki uyumsuzluktan ibaret olduğu anlaşıldığından direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” CGK, 09.06.1998, 6-146/220. Kararlar için bk. Parlar-Hatipoğlu, Mal Varlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 835, 482 vd.

"aldatılmasını" şart koşturmuştur. Suçun gerçekleşebilmesi için soyut olarak mağduru kandırabilecek nitelikte bulunan hileli hareketlerin onu aldatması lazımdır. Mağdur, failin kullandığı bu araçlar sonucunda hataya düşmeli, yani mal varlığı bakımından kendisini zarara sokan tasarrufu iradi ve rızai bir hareketle yapmış olmalıdır. Böylece hataya dayalı tasavvur sonucu gerçekleştirdiği tasarrufun kendisine bir zarar vermediği inancını taşımaktadır.⁴³⁸

Doktrinde, kişide esasen var olan aldanma durumundan yararlanmayı cezalandırmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Örneğin malın esas değerini bilmeyen kişiden malın ucuza alınması hâlinde olduğu gibi.⁴³⁹

D. Netice

Suç, hileli hareketlerle başkasının zararına haksız menfaatin elde edildiği anda tamamlanır.⁴⁴⁰ Nitekim TCK'nın 157. maddesinde de "onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak" suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. Madde gerekçesinde de "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen hilenin etkisiyle, bu hileye maruz kalan kişinin veya bir üçüncü kişinin zararına olarak, fail veya bir başkası bir menfaat elde etmelidir." denilmiştir. Bu hâliyle suç tipi tehlike değil zarar suçu niteliği taşımaktadır.

E. İlliyet Bağı

Suçun gerçekleşmesi, haksız menfaatin elde edilmesiyle, mağduru aldatmak için kullanılan hileli hareketler arasında bir nedensellik bağı bulunmasına bağlıdır.⁴⁴¹ Önceden doğmuş bir zarar veya doğmuş bir borç ile ilgili olarak hileli davranışlarda bulunulması, dolandırıcılık suçuna vücut vermez. Çünkü bu hâlde zarar ve hileli hareketler arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu husus Yargıtay CGK'nın 03.03.1998, tarih ve 6/8-69 sayılı içtihadında; "TCK'nın 503/1. maddesinde yazılı dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; bir kimsenin iyi niyetinden yararlanarak kandırıcı nitelikteki hile ve desiselerle onu yanıltıp kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlanması gerekir. Kullanılan hile ve desiseler ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu haksız bir çıkar sağlanmalı, mağdur veya bir başkasına zarar verilmelidir. Dolandırıcılık suçuna ilişkin bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, mağdur veya bir başkasına verilen zarar, sanığın hileli söz ve davranışlarından sonra ve bu nitelikteki söz ve davranışların sonucu oluşmalıdır. Önceden oluşmuş bir zarar, veya doğmuş bir borç için, sanığın müştekiye karşı hileli davranışlarda bulunması hâlinde, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Zira karşı taraf, zararın veya alacağının varlığından haberdar olup zarar veya borç, kandırıcı nitelikteki davranışlar sonucu oluşmamıştır." şeklinde ifade edilmiştir.

F. Konu

Hareketin yöneldiği kişi veya şey, suçun konusunu oluşturmaktadır.⁴⁴² Konusuz bir suç düşünülemez. Bu anlamda fail tarafından gerçekleştirilen hareket,

438 Önder, s.371, 372; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1237

439 Toroslu, s.180

440 Dönmezer, s.365; Parlar-Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, s. 1237

441 Tümerkan, s.62 vd.

442 Ersoy, s.71; Erem-Danışman-Artuk, s.236 vd

ya bir eşyaya ya da bir şahsın fiziki, maddi yapısına veya bünyesine yönelir.⁴⁴³

Kimi hâllerde suç tipinde, konuyu bir nesnenin oluşturduğu açıkça ifade edilir. Örneğin, hırsızlık suçunda “taşınır bir mal” (TCK m. 141/1); zimmet suçunda, zimmete geçirilen “mal” (TCK m. 247/1); konut dokunulmazlığını ihlal suçunda girilen “konut veya eklentisi” (TCK m. 116); ulaşım araçlarının kaçırılmasında “ulaşım aracı” (TCK m. 223) konudur.

Kimi suçlarda ise suçun konusu ile mağdur iç içe olabilir. Ancak mağdur ile suçun konusunu birbirine karıştırmamak gerekir.⁴⁴⁴ Mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suçun konusunun sahibi olan kimsedir.⁴⁴⁵ Örneğin, kasten öldürme suçunda mağdur, ölen kimsedir. Suçun konusu ise onun yaşamıdır (TCK m. 81). Kasten yaralama suçunda, mağdur yaralanan kişidir. Suçun konusu ise bu kişinin vücududur (TCK m. 86). Hakaret suçunda, mağdur hakaret edilen kişi, konu bu kimsenin şerefidir (TCK m. 125).⁴⁴⁶

Suçun konusunun tespiti, artırma ve eksiltme sebeplerinin tatbiki sırasında cezanın bir ferdileştirme vasıtası olarak da önem arz eder. Gerçekten TCK’nın 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (d) bendi uyarınca, hâkim somut olayda temel cezayı belirlerken suçun konusunun önem ve değerini de göz önünde bulundurur.

Suçun konusu ile korunan hukuki değer (hukuki konu) arasındaki farka da işaret etmek gerekir.

Suçun konusu, yukarıda da belirttiğimiz gibi hareketin yönelik olduğu ve ceza normunda belirtilen konudur.

Korunan hukuki değer ise suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir. Kanun koyucuyu, toplumun veya kişilerin yararlarının korunması amacıyla suç tiplerini belirlemeye sevk eden sebep olarak fonksiyon icra eden hukuki konu, bir ideal olup, maddi bünyeye sahip değildir.⁴⁴⁷ Örneğin, kasten öldürme suçunda hukuki konu veya korunan hukuki değer, bireylerin hayat hakkıdır. Konu ise eylemin yöneldiği kimsenin hayatıdır. Kasten yaralama suçunda korunan hukuki değer, kişilerin vücut dokunulmazlığı, suçun konusu ise yaralanan kişinin vücududur.

Suçun işlenmesi, konuya ya bir zarar verir ya da onu tehlikeye uğratır. Bu itibarla suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar; tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılır.⁴⁴⁸

Dolandırıcılık suçunun konusunu “yarar” oluşturmaktadır.⁴⁴⁹ Bu yarar mal varlığına verilen bir zarar sonucunda elde edilmiş olmalıdır. Örneğin bir arzunun tatmin edilmemesi, bir umut konusunda hayal kırıklığına uğranılması veya hukuki değeri olmayan bir senedin alınması hâlinde zararlı neticenin oluştuğundan bahsedilemez.⁴⁵⁰

443 Özgenc, Gazi Şerhi, s.215; Erem-Danişman-Artuk, s.236

444 Bk. ve kısz. Ersoy, s.71

445 Özgenc, Gazi Şerhi, s.218

446 Örnekler için bk. Özgenc, Gazi Şerhi, s.216

447 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.169, 170

448 Bk. Zieschang, Frank, DieGefährdungsdelikte, Berlin 1998, s.15 vd.

449 Tümerkan, s.65 vd.

450 Toroslu, s.182

Suçun konusunu sadece taşınır mallar değil taşınmaz mallar da oluşturabilir.⁴⁵¹ Ekonomik olarak değerli şeyler suçun konusunu teşkil edebileceği gibi ekonomik değeri olmayan şeyler de (salt manevi değeri olan eşya) dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturabilecektir.⁴⁵²

Sağlanan yararın kural olarak haksız olması gerekir. Ancak bu yararın her halükârda haksız olması aranmaz. 765 sayılı eski TCK'da yararın "haksız olması gerektiği" ifade edilmiş olmakla birlikte yeni TCK'da böyle bir ibareye yer verilmemiştir. Bazı durumlarda haklı bir yararın elde edilmesi hâlinde dahi dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Örneğin Borçlar Hukuku'nda eksik borç olarak isimlendirilen kumar ve bahis borcunun, hileli hareketlerle kişi aldatılarak ödenmesi sağlanmışsa, dolandırıcılık suçu söz konusu olacaktır.⁴⁵³ Ancak bu hâlde TCK'nın 159. maddesinde düzenlenen daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl söz konusu olur.

451 Tümerkan, s.19; Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, s.363

452 Artuç, Mal Varlığına Karşı Suçlar, s.363

453 Toroslu, s.184

7

YAYGIN YOLSUZLUK TÜRLERİNE İLİŞKİN İCTİHATLAR

7. Yaygın Yolsuzluk Türlerine İlişkin İçtihatlar

İhaleye Fesat Karıştırma Suçu İçtihatları

1-“... Bilirkişi raporunda gerçekte ihale yapılmadığı hâlde işleri yapan firmalara ödeme yapılabilmesi amacıyla teklif mektupları, keşif ve ihale onay belgeleri düzenlediği, düzmece belgeler hazırlandığı belirtilmesine göre bu tespit üzerinde durulmadan ve kamu görevlisinin zincirleme sahtecilik suçu ile unsurlarının denetime olanak verecek şekilde gerekçeli karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi,...” (Yargıtay 5. CD, 30.04.2013 tarih, 2012/4533 esas ve 2013/4205 Karar)

2-“... Suç tarihlerinde Kocaeli Büyükşehir Belediyesi başkanı olan sanığın aynı zamanda, Büyükşehir Belediyesine bağlı olan 2560 sayılı Kanun uyarınca kurulan İzmit Su ve Kanalizasyon İdaresinin de aynı Kanun’un 7. maddesi uyarınca yönetim kurulu başkanı olduğu, İzmit Su ve Kanalizasyon İdaresinin alımlarına ilişkin olarak 29/03/1996 tarih ve 96/45 sayılı İhale Yönetmeliği’nin 32. maddesinde ihale usullerinin düzenlendiği, 7. maddesinde ihalelere katılamayacak kişilerin belirlendiği, yönetim kurulu başkanının ikinci dereceye kadar bu derece dâhil kan ve sıhri hısımlarının doğrudan ve dolaylı olarak ihalelere katılmasının yasak olduğu hâlde, sanığın milletvekili seçilmesi nedeniyle haklarında soruşturma evrakı ayrılan, aynı eylemle ilgili olarak görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarından dava açılan İzmit Su ve Kanalizasyon İdaresinde suç tarihlerinde ihale komisyonunda ve çeşitli birimlerde görev yapan görevlilerce Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak, alınacak akaryakıtın tahmini bedeli ve miktarı tespit edilmeden, herhangi bir ilan yapılmadan Yönetmelik’teki ihale usüllerinden farklı olarak, sanığın, eşinin kardeşi olan Alpaslan Seymen’in sahibi olduğu Seymen Petrolden 1997-2001 tarihlerinde akaryakıt alınmasına ilişkin olarak düzenlenen ihale komisyon kararları üzerine müteaddit defa yapılan ödemeler nedeniyle haklarında Kocaeli 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 26/07/2006 gün 2003/151 Esas, 2006/493 sayılı Karar’ı ile görevi kötüye kullanmak ve görevi ihmal suçlarından mahkûmiyet hükmü kurulduğu, vaki temyiz üzerine Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 17/11/2008 gün ve 2007/3828 Esas, 2008/20607 sayılı Karar’ı ile zaman aşımı nedeniyle düşme, temyiz talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve onanmasına karar verildiği, aynı Kurumun yönetim kurulu başkanı olan sanığın da kurumun akaryakıt alımlarında herhangi bir yazılı onayı olmasa bile Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak bu görevlilerce yapılan tüm bu işlemleri denetlemeyerek kurum zararına sebebiyet verdiği, bu itibarla eylemlerinin zincirleme görevi ihmal suçunu oluşturduğu tüm dosya içeriğinden anlaşıldığı, akaryakıt ödemelerine ilişkin son suç tarihinin 19/06/2001 olduğu, 21/03/2002-27/09/2002 tarihleri arasında soruşturma izni için geçen süre ile 03/11/2002-22/07/2007 tarihleri arasında da sanığın milletvekili olarak görev yapması nedeniyle dava zaman aşımı sürelerinin durduğu, dolmadığı gözetilip sübuta eren bu suçtan cezalandırılması gerektiği hâlde yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi,...” (Yargıtay 5. CD, 16.04.2013 tarih, 2012/4549 esas ve 2013/3489 Karar)

3-“... Sanıklar hakkında ihaleye fesat karıştırdıkları iddiasıyla açılan kamu davasının yapılan yargılanması sonunda yazılı gerekçelerle beraatlerine karar

verilmişse de sanıklardan Hakan Ağdaş'ın Alkan firması sahibi olup, suça konu ihaleye katılmak için şartname aldığını, ancak yeterli teminatı ibraz edemeyeceği için ihaleye katılmadığını, soruşturma evresindeki ifadesinde belirttiği; sanıklar Haşim İzol ve Velat İzol'un kardeş oldukları, Velat İzol'un ihale öncesinde Üniversitenin temizlik hizmetini gerçekleştiren İzol Grup şirketinin sahibi olduğu ve bu şirketin ihaleye katıldığı, sanık İsmail Eryılmaz'ın da suça konu ihaleyi kazanan Asya şirketinin sahibi olduğu, Kahramanmaraş 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 01.11.2007 tarih ve 2007/842 sayılı Karar'ı ile sanıklardan Hakan Ağdaş'ın iletişiminin tespitine karar verildiği, diğer sanıklar hakkında iletişimin tespitine ilişkin karar bulunmamakla birlikte Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.06.2007 gün ve 2006/5.MD-154/145 sayılı Karar'ında belirtildiği üzere 5271 sayılı CMK'nın 135/6. fıkrasında yer alan suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen delillerin CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişiler için de yasal delil olarak kabul edileceğinden diğer sanıklar hakkında CMK'nın 138/2. maddesine göre elde edilen delillerin yasal delil niteliğinde bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 29.11.2007 günü saat 10:00'da gerçekleştirilecek ihale öncesinde iletişimin tespiti tutanaklarına yansıyan sanıkların aralarında yapmış oldukları telefon görüşmelerinden sonra 29.11.2007 günü saat 10:00'da gerçekleştirilen ve yaklaşık maliyeti 566.971,85 TL olarak belirlenen temizlik hizmeti alım ihalesine Asya şirketinin 553.000,00 TL, İzol Grup firmasının 560.000,00 TL ve SRS şirketinin de 565.000,00 TL teklif verdikleri, ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi verdiği değerlendirilen sanık İsmail Eryılmaz'ın şirketinin kazandığı, ihaleyi kazanan sanık İsmail Eryılmaz'ın sanık Velat İzol'un temizlik işlerinde kullandığı temizlik makinelerini satın aldığı ve buna ilişkin fatura ve çek fotokopisinin dosya arasında bulunduğu, bu itibarla; ihale öncesinde sanık Velat İzol'un sanıklar Haşim İzol ve Hakan Ağdaş aracılığıyla temizlik işinde kullandığı makineleri sanık İsmail Eryılmaz'ın satın alması karşılığında ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında gizli anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmak suçunu işledikleri tüm dosya içeriğinden anlaşıldığı ve bu nedenle sanıkların mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD, 19.03.2013 tarih, 2012/4403 esas ve 2013/3661 Karar)

4- "... 1- Müfettişlerce yapılan idari soruşturma sırasında alınan yeminli uzman bilirkişi raporları ile mahkemece yerinde yapılan keşif sonrası düzenlenen uzman bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla:

a-) İddianamede belirtilen ihalelere konu malzemelerin özellikleri tespit edildikten sonra suç tarihindeki ortalama rayiç bedellerinin ilgili meslek odalarından sorulup saptanması,

b-) İddianamelere konu ihalelere katılan bütün firmaların gerçekten var olup olmadıklarının bağlı bulundukları Ticaret Sicil Müdürlüklerinden sorulup belirlenmesi,

c-) Söz konusu ihalelere dair teklif mektuplarını elden teslim eden tüm firma yetkililerinin mahkemeye çağrılıp dinlenmesi,

ç-) Teklif mektuplarını kendilerinin teslim edip etmediği ve ihalelere teklif vererek katılıp katılmadıklarının saptanmasından sonra gerekirse firma yetkililerinin

yazı ve imza örnekleri alınarak ihalelere dair teklif mektuplarının elden teslim alındığına dair yazı ve imza örnekleriyle karşılaştırılması bakımından grafoloji konusunda uzman bilirkişilere tevdi edilerek yazı ve imzaların aynı kişilere ait olup olmadığı konusunda rapor alınması,

2- Bu hususlar tamamlandıktan sonra toplanan deliller ve tüm müfettiş raporlarıyla birlikte dosyanın emekli Sayıştay uzman denetçileri ve ihale mevzuatı ile suça konu inşaat yapım- onarımlar ve alınan malzemeler ile ilgili olarak konusunda uzman teknik mühendislerden oluşturulacak karma bilirkişi heyetine tevdi edilip inceleme yaptırılarak;

a-) İddianameye konu alım satım ve inşaat yapım onarımlarına dair işlem ve sözleşmelerin kanunlara, kararnamelere, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Bütçe, İhale, Muhasebe, Bilet Yönetmeliği (B.İ.M.B.A.) ile dâhilî mevzuat ve genel kabul görmüş alım- satım ve yapım onarım ilke ve teamüllerine uygun olup olmadığı,

b-) Benzer alım satım ve inşaat yapım ve onarım hizmetlerine dair yapılan diğer işlemlerden farklarının bulunup bulunmadığı,

c-) Söz konusu malzeme alımları ile inşaat-onarım işlerinin yapılmasına gereksinim olup olmadığı,

ç-) Düzenleme ve uygulama sırasında idarenin zararına olan işlemlerin bulunup bulunmadığı,

d-) Alımı yapılan malzeme ile yapım ve onarım işlerine dair faturalarda ve hak ediş raporlarındaki fiyatları ile alım ve inşaat yapım ve onarım hizmetlerinin yapıldığı tarihteki saptanacak ortalama rayiç fiyatları arasında alım ve söz konusu hizmetleri kabul eden idare aleyhine fark olup olmadığı, varsa söz konusu alım satım ile inşaat yapım ve onarım hizmetlerine ilişkin düzenleme ve uygulama sırasında idarenin zararına olan işlemlerin neler olduğu,

e-) Her bir ihale için uğranılan zararın başka bir ifadeyle, malzemelerin satın alındığı ve inşaat yapım ve onarım hizmetlerinin yaptırıldığı firmalara haksız bir çıkar sağlanıp sağlanmadığının ve sağlanmışsa tutarın ne kadar olduğu,

f-) Yapılan alımlarla, inşaat yapım ve onarım işlerine ilişkin işlemlerde öngörülen usul ve uygulamalara aykırı davranılıp davranılmadığı,

g-) Kasıtlarını belirleme bakımından sanıkların menfaat sağlama sürecindeki konumları, görevleri ve hangi ölçüde etkili oldukları, zararın miktarı, menfaatin kime sağlandığı ve biçimi hususlarında ayrıntılı mütalaa alındıktan sonra, sanıkların her bir dosya ile ilgili olarak hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gerekçesiyle bozulduğu görülmektedir.

Yerel mahkeme ise aradan geçen zaman nedeniyle yapılacak araştırmanın yararlı olmayacağı, ihalelere teklif veren firmaların faaliyetlerine son vermiş olabilecekleri, bilirkişi raporlarının yeterli olduğu gibi gerekçelerle ilk hükümde direnmiştir.

Ceza yargılamasının amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda somut gerçeğin her türlü kuşkudan uzak bir biçimde kesin olarak saptanmasıdır. Gerek 1412 sayılı CYUY gerekse 5271 sayılı CYY, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle hüküm kesinleşinceye kadar, inceleme olanağı bulunan kanıtların ele alınıp değerlendirilmesi, diğer bir deyişle adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıt ve belgelerin araştırılıp tartışılması zorunludur.

Bu açıklamalar ışığında tüm dosya içeriği değerlendirildiğinde;

Kurum müfettişlerince idari soruşturma sırasında aldırılanlar ile yerel mahkeme tarafından yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporları ve emekli Sayıştay uzman denetçileri tarafından dosyadaki eksiklikleri de belirtecek şekilde düzenlenen bilirkişi raporlarının birbirleriyle örtüşmedikleri ve hüküm verebilmek için yeterli olmadıkları görülmüştür. Sanıklara atılı eylemlerin vasıflandırılabilmesi ve ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için Özel Daire bozma kararında belirtilen ve çoğunluğu emekli Sayıştay uzman denetçilerinin raporlarındaki tespitlere dayanan eksikliklerin tamamlanması ve bunlar tamamlandıktan sonra gerekli bilirkişi raporlarının alınması zorunludur. Bu hususlar tamamlanmadan verilen direnme hükmü eksik soruşturmaya dayalıdır.

Bu itibarla isabetsiz olan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, yerel mahkemece ilk hükümde; sanık Uğur Başkan hakkında birleşen altı dosyanın üçünden dolayı zincirleme biçimde görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuş, direnme hükmünde ise 5237 sayılı TCY sanık lehine kabul edilerek suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle bu suçlardan da beraata hükmolunmuştur. Hükmün buna ilişkin kısmının, niteliği itibarıyla Özel Dairece incelenmesi gereken yeni bir hüküm olduğu ileri sürülebilebilir ise de tespit edilen eksiklikler tamamlanıp yeniden bilirkişi raporları alınılmadan, suç vasfının belirlenebilmesi olanağı bulunmadığı göz önüne alındığında, hükmün bu aşamada Özel Daire tarafından incelenmesine gerek bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından dosyanın doğrudan yerel mahkemeye iade edilmesi gerekmektedir...” (Yargıtay CGK’nın 17.11.2009 tarih, 2009/5-18 esas ve 2009/271 sayılı Kararı)

5-“... 1- Kahramanmaraş Belediyesi belediye meclis üyesi olan Serdar Yakar’ın ilgili kararlara imza atmak suretiyle; belediye başkanı ve diğer meclis üyeleri ile birlikte; aynı nitelikteki işlerin birden fazla parçaya bölünerek ihalelerin pazarlık limitine indirilmesi suretiyle rekabet ortamının kısıtlanmasına, her bir parça için ayrı bir ihale prosedürü hazırlanmış olması nedeniyle belediye için iş ve zaman kaybına ve bu şekilde avantaj sağlayarak ihaleleri Belediyeye ait Kittaş isimli şirketin almasına zemin hazırlayarak serbest piyasa ilkelerinin zarar görmesine neden olduğu tarzında gerçekleştiği, suçlamanın Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesinin kesinleşen 26.03.2002 gün ve 317/118 sayılı hükmü de sabit görülerek 765 sayılı Yasa’nın 240/2, 80, 59 ve 81/1. maddelerince ceza yaptırımına konu edildiği, ancak hükmün kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren ve suç unsurları yönünden lehe düzenleme içeren 5237 sayılı Yasa uyarınca aynı Yasa’nın 7. maddesi kapsamında uyarılama yargılaması gerektiği anlaşılmaktadır.

2- Yargıtay 4. Ceza Dairesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın;

5237 sayılı TCY'nin 257. maddesine göre "zarar" veya "mağduriyet" kavramlarının neyi ifade ettiği ile buna bağlı olarak hükümlü Serdar Yakar'ın sorumluluğu kapsamında "zarar" veya "mağduriyet" bulunup bulunmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmasının gerekip gerekmediğine ilişkin bulunduğu,

3- Değerlendirme;

Eylemin işleniş biçimi ve sanığın atılı eylemi işlediği hususunda Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında herhangi bir uyuşmazlığın bulunmadığı,

İhtilafın temelinde; 5237 sayılı Yasa'nın 257. maddesi ile getirilen; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, yapılan eylemin "kişilerin mağduriyetlerine veya kamunun zararına neden olması" zorunluluğunun yattığı,

Zira; Özel Dairece, belirtilen zararın "ekonomik bir zarar" olması koşulu aranırken, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca daha geniş bir yorum yapıldığı, Dosya incelendiğinde;

21.09.1999 tarihinde kurulan Kittaş Kahramanmaraş İnşaat Temizlik Turizm AŞ'nin %96 hissesinin, hisse sahibi ortak Mustafa Yanar tarafından Kahramanmaraş Belediyesine 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 26/son maddesine aykırı olarak Bakanlar Kurulundan izin alınmadan hibe edildiği; hibenin, 04.07.2000 tarihinde tescil edilerek 17.07.2000 gün ve 5089 sayılı "Ticaret Sicili Gazetesi"nde yayımlandığı,

Bunun ardından Belediyeye ait süreklilik arz eden temizlik, çim biçme gibi bir kısım işlerin zaman yönünden parçalara bölünmek suretiyle, Mali Yılı Bütçe Yasaları'nda izin verilen pazarlık usulünün ve açık teklif usulünün kapsamına sokulduğu,

Böylece; Belediyenin ortak olduğu Kittaş dışındaki firmaların, açık eksiltme ve pazarlık usulünde Kittaş firması ile rekabet şanslarının kalmadığı,

Sonuç olarak, bu dönemde yapılan 13 ihaleden sadece birisinin Kittaş dışındaki bir firma tarafından alınabildiği, diğer 12 ihalenin ise Kittaş firması tarafından kazanıldığı,

Belirtilen durum dışında, ihalelerin yapılış sürecinde açık bir hukuka aykırılığa rastlanmadığı,

Bununla birlikte; ne kesinleşen hükme ait dosyada ne de uyarılama yargılaması sırasında ihalelerin usulüne uygun yapıp yapılmadığı ile bu ihaleler nedeniyle kamunun zararının veya diğer kişilerin mağduriyetinin bulunup bulunmadığı gibi konularda herhangi bir bilirkişi incelemesinin yaptırılmasına gerek görülmediği,

İlk yargılama sırasında, işlenen suç nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak ortaya çıkan bir zarardan bahsedilmediği gibi, böyle bir iddianın da ortaya atılmadığı,

Teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle; hâkimin ve denetleme konumunda olan

Yargıtay Özel Dairesinin veya Genel Kurulun, dosyadaki bilgi ve belgelere bakarak söz konusu ihalelerin kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine neden olup olmadığını belirleme olanaklarının bulunmadığı,

Görüş ve kanaatine ulaşılmıştır.

Ceza Genel Kurulunun 18.10.2005 gün ve 4.MD-96-118 sayılı Karar'ında da belirtildiği üzere; mağduriyet kavramı; sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlar sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder. Kamunun zarara uğraması ise madde gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi "ekonomik bir zararı" ifade etmektedir. Kamu zararı kavramı, 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın"

71. maddesinde de mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda kamu zararının bulunup bulunmadığı, her somut olayda hâkim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alındığında, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması hâlinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak kamu zararının bulunup bulunmadığı bu şekilde belirlenirken; norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayım da hareket edilmemelidir.

Somut olayda; "mağduriyet" ve "kamu zararı" hususunda şimdiye kadar yapılmış bir araştırma bulunmadığına göre; söz konusu ihalelerle ilgili olarak "mağduriyet" veya "kamu zararı" meydana gelip gelmediğinin, Özel Dairenin de kabul ettiği gibi ancak bilirkişi incelemesi sonunda ortaya çıkabileceğinde kuşku yoktur. Bu yönüyle; olay tarihinde belediye encümen üyesi olan sanığın katıldığı işlemlere dayanılarak yapılan ihaleler sonucunda;

1-Kahramanmaraş Belediyesinin veya diğer devlet organlarının ekonomik bir zarar görüp görmediklerinin,

2-İhalelerin yasalara uygun şekilde yapılıp yapılmadığının, değilse yapılan usulsüzlüklerin nelerden ibaret olduğunun ve sözü edilen usulsüz işlemler sonucunda kişilerin mağduriyetlerinin olup olmadığına,

Yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile tespit ettirilmesi ile sanığın hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekir.

Bu nedenlerle, Özel Daire kararı isabetli bulunduğundan, itirazın reddine karar verilmelidir,..." (Yargıtay CGK'nın 17.04.2007 tarih, 2007/4-88 esas ve 2007/94 Karar'ı)

6- "... Her ne kadar sanıklar, keşif özeti ve ihale onaylarını hazırladıklarında

henüz inşaat işlerinin yapılmadığını savunmakta iseler de tanık Mustafa Yalın Yorulmaz'ın işlerin başlama ve bitirme tarihlerine ilişkin anlatımı, sanık Süreyya Adanalı'nın teşekkür yazısının tarihi ve müfettişler tarafından soruşturmaya başlanıldığı tarihte Bakanlık hizmet binalarında devam eden inşaat bulunmadığına ilişkin tespitler ve tanıklar Osman Köksal ile Haluk Tokçuoğlu'nun beyanları dikkate alındığında savunmaların gerçeği yansıtmadığı,

Bu şekilde, sanıklar Cihat Çakaroğulları, Şenol Dönmez, Erdoğan Aslan ve Yusuf Ziya Alanya'nın şifahi talimatla ihalesiz olarak önceden yaptırılan işler hakkında henüz yapılmamış işlermiş gibi keşif özetleri hazırladıkları, sanık Hasan Ak'ın da A Blok makam girişi düzenlemesi ve zemin kat tadilat işi ile ilgili ödenek talebinde bulunup, her iki iş için ihale onayı hazırladığı, yasa, tüzük ve yönetmelikleri uygulamakla yükümlü olan sanıkların bu şekilde, mevzuatın açık ve kesin hükümlerine aykırı olarak, önceden yapılan bazı onarım işleri için sonradan keşif özeti ve ihale onayları düzenleyip imzalayarak yasa ve nizamla aykırı davranmak suretiyle memuriyet görevlerini kötüye kullandıkları, ancak suç işlemelerinde şahsi bir menfaatlerinin bulunmadığı, sanıklardan Hasan Ak, Cihat Çakaroğulları, Şenol Dönmez ve Erdoğan Arslan'ın aynı suç işleme kararı altında suçu zincirleme biçimde işledikleri, sanıkların 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. maddesi karşısında hukuki durumlarının değerlendirilmesinde ise sanıkların, ihale kurallarına uymaksızın şifahi talimatlarla yaptırılan işlere sonradan keşif özeti ve ihale onayı hazırlanması sonucu, işin ihale ile yaptırılmış olması hâlinde ihaleye girenlerce keşif bedeli üzerinden yapılacak eksiltmeden yoksun bırakılmak suretiyle, kamu zararına yol açıldığı şeklindeki gerekçe kamu zararının saptanamaması nedeniyle somut olayla örtüşmemekte ise de ihale kurallarına uyulmaksızın şifahi talimatlarla yaptırılan işlerde, ihaleye girme olanağı bulunan kişiler bu olanaktan yoksun bırakılmak suretiyle, onların mağduriyetine neden olunduğundan, 5237 sayılı Yasa'nın 257/1. maddesinde düzenlenen suçun da unsurları itibarıyla oluştuğu, ancak 765 sayılı Yasa'nın 240/2. maddesi uyarınca yapılan uygulamanın sanıklar lehine bulunduğu saptanmakla, görevi kötüye kullanmak suçundan verilen hükümlerin de bu değişik gerekçe ile onanmasına karar verilmelidir,..." (Yargıtay CGK'nın 03.06.2005 tarih, 2005/11.MD-119 esas ve 2006/15 Karar'ı)

7- "... Hükümden sonra 30/04/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu için aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen hapis cezasının alt ve üst sınırlarının değiştirilmesi, bu suç sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmesi durumunda cezanın yarı oranında artırılmasını öngören 3. fıkranın ise;

"ihaleye fesat karıştırma suçunun;

a) Cebir ve tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.

b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir

zarar meydana gelmemiş ise bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde yeniden düzenlenmesi karşısında; TCK’nın 7/2. madde-fıkrasındaki “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” hükmü nazara alınıp haklarında mahkûmiyet kararı verilen sanıklar ile beraat kararı verilen sanıkların suçları arasındaki bağlantı ve iştirak ilişkisi de gözetilerek hukuki durumlarının birlikte mahkemesince yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu,...” (Yargıtay 5. CD 23.06.2013 tarih, 2012/4577 esas ve 2013/6159 Karar)

8-“... Kömür torbalama ve nakliye ihalelerinden anlayan üç kişilik bilirkişi heyeti oluşturulup, dava dosyası ve ekleri tevdi edilerek, dosya içindeki mevcut taşıyıcılar kooperatiflerinin bildirdikleri fiyatlar ile Türkiye Kömür İşletmeleri Teftiş Kurulu müfettişlerince düzenlenen 31.05.2007 ve 12.09.2007 tarihli soruşturma raporları da değerlendirilip, **suça konu ihalelerin yaklaşık maliyetleri usulüne uygun şekilde hesap edilerek sonucuna göre, kurum açısından bir zararın oluşup oluşmadığının tespiti yerine, soyut olarak Kurum yetkililerinin raporlarıyla da çelişkili olarak rekabet ortamının sağlanmaması nedeniyle kurum zararının oluştuğu kabul edilerek TCK’nın 235/3. maddesinin uygulanması,**

İletişim tespit tutanakları ve dosya içeriğine göre 30.06.2006 tarihli Ankara il ve ilçelerine kömür torbalama ve nakil ihalesinde sanık Ziya’nın telefon ile ihale yetkilileri İdris ve Osman’dan ihale sürecinde gizli kalması gereken bilgileri öğrendiği, ayrıca yanında çalışan işçisi ile yaptığı 30.06.2006 tarihli telefon konuşmasından ihaleye giren diğer kişilerle ihale öncesi gizli anlaşmaya vardığı, bu eylemlerinin TCK’nın 235/b ve d bentlerine uyduğu, keza 08.08.2006 tarihli Çatalca’ya kömür torbalama ve nakil ihalesinde de sanıklar Davut, İsmail ve Mehmet Yılmaz ile birlikte ihale fiyatını etkilemek için anlaşma yaptığının da sabit olduğunun gözetilmemesi,

Kabule göre de;

05.06.2006 tarihinde 180.000 ton kömürün TCDD vagonlarına nakli ihalesinde, **ihale sürecinde görevli olan sanıklar İdris, Nizamettin, Osman ve M. Rıfat’ın ihaleyi alan kooperatif yetkilisi ile anlaşarak ihalenin yaklaşık maliyetini yüksek belirlediklerine veya yaklaşık maliyeti başkalarına ulaştırdıklarına,** keza 11.09.2006 tarihli Konya ili ve ilçelerine kömürün torbalanması ve nakli ihalesinde, sanıklar Ziya ve Osman’ın 15.09.2006 tarihli telefon konuşmasından sonra, yaklaşık maliyet yükseltilerek 02.10.2006 tarihli komisyon kararı ile 11.505 ton kömürün Konya ilçelerine nakline karar verildiği, **komisyon üyesi olmayıp ihale yetkilisi olan sanıklardan M. Rıfat’ın yaklaşık maliyetin ihaleye giren kooperatif yetkilisi Ziya’nın talebi üzerine yükseltildiğini bildiğine dair kanıtların nelerden ibaret olduğu karar yerinde gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, ...”** (Yargıtay 5. CD’nin 01.03.2011 tarih, 2010/5156 esas ve 2011/1544 sayılı Karar’ı)

9-“... 07.12.2006 tarihli telefon görüşmeleri içeriğine göre aynı gün yapılan

Midyat Cumhuriyet İlköğretim Okulu ihalesine katılan firmaların, ihaleyi Halil Yücel'e ait Özyücel firmasının kazanması için yapılan anlaşmaya yanaşmayan Demirdağ İnşaat firmasını ikna çabalarının sonuç vermemesi sonucunda ihalenin bu firma tarafından kazanıldığına anlaşılmaması karşısında, bu ihaleyle ilgili telefon görüşmeleri yapan sanıklar Halil, Ali ve ihaleyle ilgili bilgi veren Ceyhan bakımından belirtilen ihaleler için yüklenilen suçların oluştuğunun kabulünün ve cezalandırılmalarının gerektiği gözetilmeden haklarında yazılı şekilde beraat kararları verilmesi,...” (Yargıtay 5. CD'nin 06.10.2010 tarih, 2009/13644 esas ve 2010/7252 sayılı Karar'ı)

10-“... 14.04.2004 tarihli ihaleye konu cihazın ve Orhangazi Devlet Hastanesinin 13.04.2004 tarihli ihalesiyle alınan cihaz başta olmak üzere değerlendirmeye esas alınan diğer ihaleler sonucunda hastanelere teslim edilen cihazların, marka model ve teknik özelliklerinin ilgili idarelerden ve firmalardan sorularak tespiti ve söz konusu cihazların ihale tarihlerindeki bedellerinin İl Ticaret ve Sanayi Odaları ile bu işle iştigal eden firmalar nezdinde araştırma yapılarak belirlenmesinden sonra cihazlar arasında değer farkı bulunup bulunmadığı, değer farkı var ise bunun ihaleye konu malzemenin maliyetine etkisinin hangi oranda olacağı ve Yenişehir Devlet Hastanesinin 14.04.2004 tarihli ihalesinin somut özellikleri ve bu tarihteki piyasa koşullarına göre yaklaşık maliyetin ne olması gerektiği hususlarında gerektiğinde uzman bilirkişilerden rapor alınması,...” (Yargıtay 5. CD'nin 21.12.2010 tarih, 2009/10300 esas ve 2010/9882 sayılı Karar'ı)

11-“... İbraz edilen bilirkişi raporunda idarenin, ihaleyi en ucuz ve uygun teklifi veren Nazlıcan İnşaat firmasına vermesi gerektiği yönünde görüş bildirilmişse de standart teklif mektuplarında da yazıldığı üzere idarenin her zaman en düşük bedelli teklifi kabul etmek zorunda olmadığı, Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesi gereğince yaklaşık maliyete veya diğer tekliflere göre aşırı düşük kalan teklifler nedeniyle idarenin yazılı açıklama isteyebileceği ve açıklamayı uygun bulması hâlinde ihaleyi, bu teklifi veren istekli üzerinde bırakabileceği nazara alınarak komisyon üyesi sanıkların ihale sürecini Kamu İhale Kanunu'na ve buna bağlı olarak idari şartnameye aykırı olarak yürüttüklerine, firma sahibi sanık Nihat'ın bu sanıklara ihaleyi kendi firmasına vermelerini sağlamak için herhangi bir eylemde bulunduğu ve tüm sanıkların fikir birliği içinde birlikte hareket ederek atılı suçu işlediklerine dair mahkûmiyete yeterli, kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatleri yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi, ...” (Yargıtay 5. CD'nin 15.07.2010 tarih, 2010/6336 esas ve 2010/6224 sayılı Karar'ı)

12-“... Sanıklar hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasa'nın 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesinin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği hâlde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam

edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması,...” (Yargıtay 5. CD’nin 05.05.2010 tarih, 2010/1712 esas ve 2010/3377 sayılı Karar’ı)

13-“... Hastaneye pazarlık usulü ilaç ve malzeme alımlarıyla ilgili olarak alınan malzemelerin, ticaret ve sanayi odalarından, bu iş ile iştigal eden diğer firmalardan suç tarihindeki rayiç bedelleri sorulup, iddianamenin 2. paragrafında parası ödendiği hâlde gerçekte alınmadığı iddia olunan 9 adet malzeme alım ihalesi ile 06.12.2001 tarihli faturaya göre 50 metretül MDF parası ödendiği hâlde, 27 metretül MDF kullanımına ilişkin olarak, hastaneden bu malzemelerin kullanılıp kullanılmadığı sorulup, bunlara ilişkin varsa evraklar getirtilip, gerekirse mahallinde keşif de yapılarak, malzemelerin alındığı firma yetkilileri de dinlenerek, tüm dava dosyası hastane malzeme alımlarından anlayan bir kişi ile birlikte emekli Sayıştay uzman denetçilerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi ile yapılan alımlarda hastanenin bir zararının bulunup bulunmadığı, var ise her bir ihale için uğranılan zararın ne kadar olduğu ve ihale usul ve uygulamasına aykırı davranılıp davranılmadığı hususlarında açıklayıcı ve ayrıntılı rapor alındıktan sonra, ... tüm iddia ve savunma değerlendirilerek ... karar verilmesi,...” (Yargıtay 5. CD’nin 12.04.2010 tarih ve 2009/12757-2010/2804 sayılı Karar’ı)

14-“... Mahkemece aldırılan bilirkişi raporlarında tespit edilen mevzuata aykırılık ve usulsüzlüklerin ilgili oldukları her bir ihale kararı ile ayrı ayrı ilişkilendirilerek irdelenmesi suretiyle; ihale kararlarının alındığı tarihler itibarıyla piyasa rayiçleri de araştırılıp yapılan teklifler ile tercihe layık görülen tekliflerin değer ve uygunluklarının ve ayrıca ihale kararına konu malların değeri ile kurumca kabulü yapılan malların değerlerinin muayene kabul tutanakları ve ayniyat alındı belgeleri de dikkate alınarak ayrı ayrı mukayese edilip değerlendirilmesinden sonra ... hüküm kurulması gerekirken,...” (Yargıtay 5. CD’nin 16.03.2010 tarih ve 2008/16818-2010/2159 sayılı Karar’ı)

15-“... Belediye başkanı olan sanığın, Belediyeye ait taşınmazı, **Belediye Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun öngördüğü yöntem ve esaslara aykırı biçimde, ihalesiz olarak, Belediye Meclisinin kararı olmadan, noterde düzenlenen kira sözleşmesi ile 10 yıllığına bir şahsa kiraya verdiği ve görev süresi içinde kira bedellerini tahsis etmediği, bu şekilde görevini kötüye kullanarak katılan Belediyenin zarara uğramasına neden olduğunun anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Yasa’nın 7/2, 5252 sayılı Yasa’nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı Yasaların ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak sanık yararına olan yasa hükmünün saptanması, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, sanığın suç kastının bulunmadığı biçimindeki yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi, ...” (Yargıtay 4. CD’nin 12.07.2010 tarih ve 2010/13085-2010/13493 sayılı Karar’ı)**

16-“... İddianame içeriği, katılan Ali Işık ve tanık Mustafa Işık’ın beyanları ile mahkemenin kabulüne göre, sanığın, katılanı telefonda arayarak **Millî Eğitimin**

öğrenci servis ihalesi ile ilgili 'İhaleye niye girdin ihaleden çekilmemişsin eğer çekilmezsen bundan sonra başına gelecekleri sen düşün benden söylemesi!' biçimindeki eyleminin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği ve kanıtların takdiri, eylemi nitelendirme ve davaya bakmanın ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla hüküm kurulması,... (Yargıtay 4. CD'nin 29.06.2010 tarih ve 2008/15673-2010/12729 sayılı Karar'ı)

17- "... Köy tüzel kişiliğine ait olan taşınmazları ihale yapmadan uzun süreliğine istediği kişilere kiraya vermek, köy tüzel kişiliğine ait olan fırının elektrik borcunu kiracıdan tahsil etmemek ve köy su parasını herkesten toplamama eylemlerinden hakkında görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçundan dava açılan sanık köy muhtarı Mustafa Dere'nin, 1994 yılında muhtar olarak seçildiğinde, köy tüzel kişiliğinin sahip olduğu, fırın olarak kiraya verilen yerin 10 bin TL elektrik borcu olduğunu, aboneliğinin olmadığını, 2002 yılında TEDAŞ görevlilerinin kontrol esnasında kaçak elektrik kullanıldığını fark ederek ceza verdiklerini, borcu taksitlendirip ilk taksidi ödediğini, diğerlerini ödeyemediğini, su paralarının tamamını topladığını savunması, **köy tüzel kişiliğine ait taşınmazların Devlet İhale Kanunu'na tabi olmaması**, köy karar defterinde kiraya verilen yerlerin elektrik giderlerinin kiracı tarafından ödenmesinin karara bağlanmış olması, 442 sayılı Köy Kanunu'nun 46. maddesinde düzenlenen 'mecburi işleri gördürmeyen ve toplanması isteğe bağlı olmayan paraları toplamayan ve toplattırmayan köy muhtarı ve ihtiyar meclisi üyelerinin bağlı bulunduğu idare kurulunca 10 liradan 50 liraya kadar para cezası ile cezalandırılacakları' hükmü ile 17/3. maddede köy namına yazılı emlak ve arazi gelirinin köy parası olarak kabul edilmesi, 37/4-5 maddeye göre ise 'ihtiyar meclisi kararı ile köy işlerine harcanacak parayı toplanmanın ve köy işlerine harcanacak parayı topladıktan sonra harcamak için emir vermenin' köy muhtarının görevleri arasında sayılması karşısında;

Sanığın, yüklenen eylemleri yapmamasının hangi surette görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna dair kanıtlar açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi,..." (Yargıtay 4. CD'nin 13.04.2010 tarih ve 2008/23284-2010/6707 sayılı Karar'ı)

18- "... Sanık Lütfü Kurt'un Yeniçiftlik belde belediye başkanı, sanık Mustafa Bayraktar'ın veznedar, Rahmiye Okumuş'un emlak servis şefi ve sanık Niyazi Zayım'ın ise fen işleri müdürü olduğu, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi gereğince yapılacak iş için açılan ihalede sanık Mustafa'nın ihale komisyonu başkanı, diğer sanıklar Niyazi ve Rahmiye'nin ise üye olarak görev yaptığı, dosyadaki belgelere göre **4734 sayılı İhale Kanunu'na aykırı şekilde ve eksik olarak tanzim edilen evraklarla yüklenici firma ile ihale sözleşmesi yapıldığı, yapılan işin bir kısmının tamamlandığından bahisle sanık Niyazi tarafından 5000 TL hak ediş parası ödendiği, belediye vekilinin 17.03.2004 tarihinde kaymakamlık makamına yazdığı dilekçede, yapılan ihalede usulsüzlükler olduğundan yeni seçilen belediye başkanı ve encümen üyelerinin ihaleyi uygulamadığının yazılı olduğu, belediye başkanı olan sanık Lütfü'nün savunmasında 'ihale nedeniyle belediyenin zarara uğramadığını' ileri sürdüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmakla;**

Belediye ile yüklenici firma arasında yapılan ihalenin iptal edilip edilmediği, ihaleye konu işin tamamlanıp tamamlanmadığı, tamamlanmamış ise hak ediş olarak ödenen paranın Belediyece yüklenici firmadan tahsil edilip edilmediği araştırılarak, sonucuna göre kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına sebep olup olmadıkları veya kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadıkları tartışılmadan eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi,

Yasa'ya aykırı ve müdahil Belediye vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA,..." (Yargıtay 4. CD'nin 17.03.2010 tarih ve 2008/9932-2010/4580 sayılı Karar'ı)

19- "... SSK Denizli Hastanesinde, ihale komisyonu üyesi ve komisyona teklif veren firmanın yetkilisi olan **sanıkların, ihale dosyalarında bulunan teklif mektupları ve faturalarda bulunan silinti ve kazıntılar nedeniyle eylemlerinin resmî belgede sahtecilik ve ihaleye fesat karıştırma suçlarını oluşturabileceği** ve bu hususların mahkemece gerekçeli kararda tartışılmasına göre, kanıtların takdiri eylemi nitelendirme ve davaya bakmanın ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 4. CD'nin 24.02.2010 tarih ve 2009/27314-2010/3159 sayılı Karar'ı)

20- "... Sanıklar Mehmet Can Işık, Serhat Suvar Işık ve Beray Zuhat Işık'ın ortakları olduğu Yakuplu Petrol Ltd. Şti.nin, Kocaeli Valiliğince 21.10.2004 tarihinde yapılan okullara akaryakıt verilmesine ilişkin ihaleyi yüklenici olarak aldığı, bir kısım akaryakıtın nakliye ve teslimi işini taşıeron olarak, sahibi ve sorumlusu sanık Sayım Yıldız olan Ersu Petrol firmasına verdikleri, ihale sonucu imzalanan sözleşmedeki edimin ifası kapsamında, Ersu Petrol firmasının çalışanları olan sanıklar Vedat Aydın ile Azad Yüce tarafından Yarımca İlköğretim Okuluna tankerden boşaltım sonrasında okul tankına 4000 kg (4360 l) akaryakıt boşaltıldığına dair irsaliye düzenlendiği, boşaltılan akaryakıtın şüphe üzerine yapılan ölçümünde ve tankerin boşaltım öncesi ve sonrası ağırlığının tespiti sonucunda, boşaltılan akaryakıtın 4000 kg olmayıp 2400 kg olduğunun belirlendiği anlaşıldığından, **sanıkların fikir ve eylem birliği yaparak sözleşme gereği teslim etmeleri gereken akaryakıtı eksik teslim etme biçiminde oluştuğu iddia ve mahkemece kabul olunan eylemlerinin 765 sayılı TCY'nin 504/7 (5237 sayılı TCY'nin 158/1.c) maddesindeki 'Kamu Kurumu Aleyhine Dolandırıcılığa Teşebbüs' suçunu oluşturabileceği, 5235 sayılı Yasa'nın 12. maddesi uyarınca eylemleri nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması, ..."** (Yargıtay 4. CD'nin 08.02.2010 tarih ve 2008/7888-2010/1602 sayılı Karar'ı)

21- "... B... il daimî encümeninin 24.05.2000 günlü kararı ile Altınova Belediyesinin kullanımına tahsis edilen taş ocağından, taş çıkarılması işi belediye encümeni kararıyla müteahhit firmaya verilmiş ve çıkarılan taş karşılığında

düzenlenen hak edişlere dayalı olarak verile emirleri ile de firmaya ödemelerin yapıldığı; ancak dosya içinde bulunan teknik bilirkişilerle üçlü Sayıştay denetçi raporlarından anlaşıldığı üzere; taş ocağından 34.641 ton taş çıkarıldığı hâlde 86.954 ton taş çıkarılmış gibi gerçeğe aykırı düzenlenen hak edişlerin sanıklar tarafından onaylanan verile emirleri ile müteahhit firma yararına 52.313 ton taş karşılığında 46.297.005.000 TL fazla ödemede bulunularak belediyenin zarara uğratıldığı mahkemece de oluşa uygun olarak kabul edildiği hâlde; suç tarihlerinde Belediye başkanı olarak görev yapan sanık Süleyman'ın Kurumun paraları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan isnat ve kabul edilen eylemlerinin kül hâlinde müteselsil nitelikli zimmet, fen işleri müdürü olan sanık Halil Meder'in eyleminin de bu suça iştirak niteliğinde olduğu gözetilmeden suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hükme varılması,..." (Yargıtay 5. CD'nin 21.10.2009 tarih ve 2006/8680-2009/11776 sayılı Karar'ı)

22- "... Kamu davasına konu işin emanet usulü ile yapılması sırasında, 15.001 poz numaralı ve 244.053.000 TL bedelli makine ile kazı işinden vazgeçilip daha yüksek maliyetli ve 2.825.746.000 TL bedelli 14.018 poz numaralı dolgunun elle ve tokmakla sıkıştırılması işleminin tercih nedenleri gerekçelendirilmeden ve hak ediş raporunun düzenlenmesinden bir gün önce yeni imalat oluru alınması nazara alındığında, hangi nedenlerle iş değişikliğine gidildiğinin, ayrıca hak edişe esas olan ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 26. maddesi uyarınca kontrol teşkilatı ile yüklenici tarafından birlikte tutulması gerektiği hâlde dosya kapsamına göre tutulmadığı anlaşılan belge ve kayıtlara esas olmak üzere; elle ve tokmakla dolgu yaptırılması işinde kaç işçinin kaç gün çalıştırıldığına açıklattırılıp belirlenmesi, yine dolgu malzemesinin nakliyesi sırasında ne uzunluktaki mesafeden, kaç gün içinde, kaç adet nakliye aracıyla nakliye işinin yapıldığının, nakliye işini yaptığı iddia edilen taşeron Suphi Sağıroğlu duruşmaya çağrılıp dinlenerek, Karayolları Genel Müdürlüğü 9. Bölge Müdürlüğü ve Tedaş Dicle Elektrik AŞ Mardin İl Müdürlüğü Proje Tesis Müdürlüğünden gelen cevabi yazılardaki çelişkiler de giderilmek suretiyle ve gerektiğinde mahallinde keşif icra olunarak saptanmasını müteakip dosyanın emekli Sayıştay denetçilerinden oluşacak bilirkişi heyetine tevdisi ile sanıkların haksız çıkar sağlayıp sağlamadıkları belirlenerek sonucuna göre hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD'nin 29.09.2009 tarih ve 2007/4996-2009/10731 sayılı Karar'ı)

23- "... Dosya içeriğine göre, ihaleye katılan firma yetkilisi sanıkların **ihale teklif mektupları tek kişi tarafından düzenlendiği hâlde birden fazla firma ihaleye katılmış gibi göstererek ihaleye fesat karıştırdıklarının iddia edilmesi ve suça konu teklif mektuplarındaki yazı ve imzaların aidiyeti yönünden hazırlık ve mahkeme aşamasında alınan bilirkişi raporlarında farklı sonuçlara varıldığına anlaşılmaması karşısında, öncelikle bu raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ... gerekirken,...**" (Yargıtay 5. CD'nin 02.04.2009 tarih ve 2008/3629-2009/4099 sayılı Karar'ı)

24- "... Belediye başkanı olan sanığın **4734 sayılı Kamu İhale Yasası'nın**

21.maddesinin (f) fıkrasındaki 'pazarlık yoluyla alımda 50.000 YTL sınırını' dolanmak amacıyla aynı maddenin (b) fıkrasındaki '...doğal afetler salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi, ani ve beklenmeyen, idare tarafından önceden öngörülmemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ivedi ihale yoluna başvurulur' gerekçesine dayanarak pazarlık yoluyla 210.000 YTL'lik kömür alıp beldesindeki fakirlere dağıtması, pazarlık işlemini gerçekleştiren komisyonu eksik kurması, komisyona sonradan giren yedek üyeyi önceden seçilmiş yedek üyeler arasından seçmemesi, rayiç değer 170.000 YTL'nin çok üzerinde bir bedelle alım yapması, kömürün niteliği konusunda teknik şartname ve kömürün Belediyece teslim alındığına dair tutanak düzenlenmemesi, mahalle muhtarlarından muhtaçlık belgesi almadan kömürü dağıtması suretiyle 5237 sayılı TCY 257/1 madde ve fıkrasındaki kamu zararının oluştuğu, kişilere de haksız kazanç sağlandığının anlaşılmasına karşın, '... ihalenin uygun yapılmadığı, kömür alım ve dağıtımında düzensizlik olduğu ancak belediyenin zarara uğradığı konusunda somut olgu tespit olunmadığı...' biçiminde yerinde olmayan bilirkişi görüşüne dayanarak görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan beraat kararı verilmesi,..." (Yargıtay 4. CD'nin 17.02.2009 tarih ve 2008/1058-2009/2566 sayılı Karar'ı)

25-"... Ancak; belediye başkanı olan sanığın, kiralanan belediye mülkiyetindeki taşınmazların kira bedellerinin tahsiliyle ilgili olarak görevli olması ve belediyeye ait özel taşınmazların kiraya verilmesi işinin 2886 sayılı İhale Yasası hükümlerine tabi bulunup, anılan Yasa'nın 6.maddesi uyarınca kira ihalesine katılma yasağı da bulunmasına karşın, 9 numaralı dükkânı 1.11.2001-30.6.2004 tarihleri arasında eylemli olarak özel işinde kullanıp kira bedeli de ödemeyerek 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın 71.maddesi anlamında kamu zararına neden olması biçimindeki eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturması karşısında, 765 ve 5237 sayılı Yasaların ilgili hükümleri karşılaştırılıp sonucuna göre sanık lehine bulunduğu saptanan yasa maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, yetersiz gerekçelerle beraat kararı verilmesi,..." (Yargıtay 4. CD'nin 07.05.2009 tarih ve 2007/11970-2009/8771 sayılı Karar'ı)

26-"... Belediye başkanı olan sanıklardan Hasan Karatoklu'nun şehir içi yolcu taşımacılığı yapacak araçları, ihale yapmadan 10.06.1999 tarihli yazı ile belirlediği, araçlardan herhangi bir ücret almadığı, bir kısım araçların ise ihale süreleri 11.04.2003 ve 12.09.2003 tarihlerinde sona ermesine karşın yeniden ihale yapmadan çalışmaya devam etmelerine izin verdiği, sanık Ramazan İsmail Uygur'un ise göreve başladığı Nisan 2004 tarihinden itibaren ihalesiz olarak yolcu taşımaya devam etmekte olan araç sahipleri ile ihale yapmadan 06.07.2004 tarihinde 3 yıllık sözleşme yaptığı, bu şekilde sanıkların suç tarihinde yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Yasası'nın 19/5, 100/b ve 2886 sayılı ihale Yasa'sının 1 ve 3. maddelerine aykırı davranıp aynı Yasa'nın 2/1 maddesinde öngörülen ihalede açıklık ve rekabet koşullarının sağlanmaması nedeniyle belediyeyi zarara uğratıp araç sahiplerine haksız kazanç sağlamak suretiyle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işledikleri gözetilmeden, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak belediye, kurum veya kişi zararı bulunmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi,..." (Yargıtay 4. CD'nin 11.05.2009 tarih ve 2009/5123-2009/8909 sayılı

Karar'ı)

27- "... İhale komisyon üyesi olan sanığın 4734 sayılı İhale Kanunu'nun 28. maddesindeki amir hükmüne karşın; **ihale doküman bedelini basım maliyetinden yüksek belirleyerek rekabeti engellemesi karşısında; eylemiyle görevin gereklerine aykırı hareket eden sanığın kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız bir kazanç sağlama biçimindeki cezalandırma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği de tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi yerine yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi,...**" (Yargıtay 4. CD'nin 23.06.2009 tarih ve 2007/12138-2009/12717 sayılı Karar'ı)

28- "... Kalorifer yakıtı alımıyla ilgili Siirt Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü tarafından yapılan ihalenin şartnameye uygun yapılmadığı, yakıtın teslimi sırasında muayene komisyonunda görevli personel ile muayene komisyonu raporunu imzalayanların aynı kişiler olmadıklarının ve İl Sosyal Hizmetler müdür vekili sanık Ahmet Sayın'ın kurum personelini kendi özel işlerinde çalıştırdığının ileri sürülmesi karşısında, konuya ilişkin tanıkların dinlenmesi ve uzman bilirkişilerden rapor alınması ile sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle hükümler kurulması, ..." (Yargıtay 4. CD'nin 10.11.2009 tarih ve 2008/3413-2009/18339 sayılı Karar'ı)

29- "... Belediye encümen üyesi sanıkların, belediyeye ait 539 ada 8 parseldeki çöplük vasfında taşınmazı 03.06.1997 tarihinde Lütfü Türkkân'a ihale yoluyla sattıkları, ancak ihale artırma tutanağındaki dört encümen üyesine ait imzanın sonradan fotokopi yoluyla monte edildiği ve sanık Gürbüz'ün beyanlarında ihaleye katılmadığını savunduğu, taşınmazı satın alan Lütfü Türkkân'ın 15.05.1997 tarihinde başka taşınmazların imar planının onaylanması için yaptığı müracaatı üzerine, bu yerin mevzii imar planı içine alınmasını sağlayacak biçimde parsel numaraları değiştirilerek belediye meclisine sunulduğu ve arzu edilen değişikliğin sağlandığı, satış tarihinde söz konusu taşınmazın vasfını ve değerini önemli ölçüde yükseltecek bu değişikliğin planlandığı hâlde düşük değerli çöplük arazi olarak satışa çıkartılması ve bu arazinin de imar planı içinde olduğunu bilen Lütfü'ye satılması sebebiyle rekabetin sağlanmadığı, oysa arazinin ihaleye çıkartılması sırasında mevzi imar planı içinde olduğunu belirtilmesi hâlinde iştirakçinin artacağı, değerinin çok daha yüksek olacağı ve satış neticesinde bilirkişi ile kontrolör raporlarındaki asgari hesaplama göre; 5.637.500.000 lira kurumun zararının doğmayacağı, aksine davranılarak üçüncü kişiye menfaat temin edildiği anlaşılmakla sanıkların hukuki konumları ve suç işleme kasıtları, sanık Gürbüz Taylak'ın savunması da değerlendirilerek eylemlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmadan yetersiz gerekçeyle eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD'nin 03.11.2008 tarih ve 2005/18824-2008/9255 sayılı Karar'ı)

30-"... 22 adet teklif mektuplarındaki yazı, imza ve kaşelerin teklifi veren firmalar ve firma yetkililerinin eli mahsûlü olup olmadığına, araştırılmasından sonra yapılan ihale işlemlerinde mevzuata ve uygulamaya aykırılık bulunup bulunmadığı, katılanın zararının ve sanıkların haksız çıkar sağlamalarının söz konusu olup olmadığı hususlarında bilirkişilerden ayrıntılı rapor alındıktan sonra ... hüküm kurulması gerekirken,..." (Yargıtay 5. CD'nin 25.02.2008 tarih ve 2005/18237-2008/1117 sayılı Karar'ı)

31-"... Suç tarihinde ... Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi satın alma şube müdürü sanık Hidayet ile ihale komisyonu başkanı ve üyesi olan diğer sanıkların Genel Müdürlüğün ihtiyacı olan on dokuz adet motorlu aracın satın alımı sırasında İSU İhale Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca ihale tahmini bedellerini belirtilen kuruluşlardan ve bilirkişiden sormadan, ana bayilerden liste fiyatlarını almadan veya mübayaa memurlarına piyasa araştırması yaptırmadan, ihaleye daha fazla firmanın katılımını sağlamadıkları gibi bazı ihalelerde tek teklif alındığı veya diğer firmanın teklif mektubunun ihaleden sonraki bir tarih olduğu veya ihaleyi kazanan firmaya malı satan ve teklif mektubu veren firma aynı olduğu hâlde teklif mektubunda değerin daha yüksek gösterildiği, bu şekilde tüm ihalelerin aynı firmada kalmasına neden oldukları ve araçların asıl satıcılardan alınması durumundaki değer ile satın alınan değerin farkı kadar kurumun zararına olarak firmanın haksız kazanç elde etmesini sağlamak suretiyle malın pahasında fesat karıştırdıkları kontrolör ve bilirkişi raporları, sanık savunmaları ve tanıklar Hakkı, Ekrem ile Taşkan'ın beyanlarıyla sabit olduğu gözetilerek sanıkların atılı suçtan cezalandırılmaları yerine oluşturma uygun düşmeyen gerekçelerle ve bilirkişi raporunun hukuki nitelendirmesine itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD'nin 30.04.2007 tarih ve 2006/2587-2007/3064 sayılı Karar'ı)

32-"... Sanıkların yasal yollardan üyelerinin çıkarlarını koruma ve meslektaşları arasındaki dayanışmayı sağlamak amacıyla kurdukları derneğin, sonradan kuruluş amacına aykırı biçimde açılan kamu ihalelerini düşük kırımla üyelerine kazandırmak, kendilerine ve üyelerine haksız çıkar sağlamak amacıyla ihaleler öncesinde ihaleye katılmaya istekli ve ihale yeterliliği bulunan dernek üyesi firma temsilcilerini dernekte toplayıp açılan ihaleyi hangi firmanın ne kadar kırımla kazanması gerektiğinin belirlendiği ve firmanın ihaleyi kazanamaması durumunda tedbir olarak ikinci bir firmanın da belirlenerek, bu amaçla diğer firmaların ne kadar kırımla teklif verdiklerinin denetlenmesi için de dernek üyesi firmalara iki nüsha ihale teklif dosyası hazırlatıldığı ve hazırlanan ihale teklif dosyalarından bir tanesinin ihaleyi yapan kamu kurumuna, diğerinin ise derneğe verildiği, bu şekilde ihaleyi kazanması sağlanan joker firmanın da ihale ile kazandığı bu işin %10'una tekabül eden parayı derneğe verdiği ve verilen bu paranın %3'ünün kurulan komiteye, %7'sinin ise ihaleye katılıp da düşük kırımla teklifte bulunarak joker firmanın ihaleyi kazanmasını sağlayan firmalar arasında eşit olarak paylaşıldığı, tüm bu işlerin 20 maddeden oluşan bir protokol ile belirlendiği ve protokolün uygulanmasını sağlamak amacıyla derneğe üye kaydı sırasında üyelerden alacaklısı belirtilmeyen senetler alındığı ve senetlerin arkasına protokole uyulmadığında geçerli olacağı veya Millî Eğitim ihaleleri için geçerli şeklinde ifadelerin yazılmış olduğu, sanıkların iş yerlerinde yapılan aramada ele geçirilen protokol ve belgeler ile teknik takip sonucu dinlenen telefon kayıt çözümlerinden ve tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, sanıkların cürüm işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarının

sübuta erdiği gözetilmeden, yazılı gerekçe ile beraatlerine karar verilmesi,

Buna göre de suç işlemek amacıyla örgüt kurma eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde yeniden düzenlenmiş bulunması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde 'zaman bakımından uygulama' kurallarının, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9. maddesinde ise 'lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul' ile ilgili kuralların düzenlenmiş bulunması karşısında,

Sonradan yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri de gözetilmek suretiyle, sanıkların hukuki durumlarının 5237, 5252 ve 5320 sayılı Kanunlar çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, bozmayı gerektirmiş, ..." (Yargıtay 8. CD'nin 29.11.2006 tarih ve 2006/846-2006/8666 sayılı Karar'ı)

33-"... Suç tarihinde İ..... Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi satın alma şube müdürü sanık Hidayet ile ihale komisyonu başkanı ve üyesi olan diğer sanıkların Genel Müdürlüğün ihtiyacı olan on dokuz adet motorlu aracın satın alımı sırasında İSU İhale Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca ihale tahmini bedellerini belirtilen kuruluşlardan ve bilirkişiden sormadan, ana bayilerden liste fiyatlarını almadan veya mübayaı memurlarına piyasa araştırması yaptırmadan, ihaleye daha fazla firmanın katılımını sağlamadıkları gibi bazı ihalelerde tek teklif alındığı veya diğer firmanın teklif mektubunun ihaleden sonraki bir tarih olduğu veya ihaleyi kazanan firmaya malı satan ve teklif mektubu veren firma aynı olduğu hâlde teklif mektubunda değerin daha yüksek gösterildiği, bu şekilde tüm ihalelerin aynı firmada kalmasına neden oldukları ve araçların asıl satıcılardan alınması durumundaki değer ile satın alınan değerin farkı kadar kurumun zararına olarak firmanın haksız kazanç elde etmesini sağlamak suretiyle malın pahasında fesat karıştırdıkları kontrolör ve bilirkişi raporları, sanık savunmaları ve tanıklar Hakkı İ..., Ekrem E. İ. ile Ensar T...'nin beyanlarıyla sabit olduğu gözetilerek sanıkların atılı suçtan cezalandırılmaları yerine oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle ve bilirkişi raporunun hukuki nitelendirmesine itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD'nin 30.04.2007 tarih ve 2006/2587- 2007/3064 sayılı Karar'ı)

34-"... Bingöl Kadın Doğum ve Çocuk Bakımevi Hastanesinin 27.07.2005 günlü onarım işi ihalesinde görevli komisyon başkan ve üyesi olan sanıklar Şerif Burakgazi, Zeki Yazıcı, Mehmet Taşkesen, Kadir Esendemir, Muhittin Vural'ın, Bersam İnşaat firması sahibi sanık Nihat Berdibek ile birlikte hareket ederek en düşük teklifi veren Nazlıcan İnşaat firması sahibi Fevzi Sadunoğlu'nu ihale dışı bırakıp ihalenin Nihat Berdibek'e kalması için faaliyette bulunmak suretiyle ihaleye fesat karıştırmak suçunu işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmış, ihale komisyonu başkan ve üyesi olan sanıklar savunmalarında ihalede yaşanan sorunların firmaların şahsi çekişmelerinden kaynaklandığını, usulsüz işlem yapmadıklarını, kimsenin kendilerine ihaleyle ilgili olarak telkin, tavsiye veya baskıda bulunmadığını, atılı suçu işlemediklerini, sanık Nihat Berdibek de komisyon üyesi sanıklara ihaleyi kendi firmasına bırakmaları için herhangi bir telkin, tavsiye ve baskıda bulunmadığını, müşteki firmanın ithamı yüzünden sanıkların ihaleyi iptal ettiklerini savunmuşlardır.

İhale dosyasının incelenmesi, polis memurları tarafından tutulan 27.07.2005 günlü tutanak içeriği, tanık olarak dinlenen polisler Mehmet Kiva, Ender Alkan ile teklif veren firma yetkililerinin yeminli beyanlarından; hastane onarım işi ihalesine ilişkin teknik şartnamenin 20 firma tarafından 75,00 TL karşılığında alındığı, ihaleye katılmak için 14 firmanın ihale günü 1.750,00 TL ile 10.000,00 TL arasında değişen miktarlarda geçici teminat yatırdığı, ancak sadece 5 firmanın teklif verdiği, ihale gün ve saatinde katılımcılar ve görevli polis memurları huzurunda ihale komisyonunun verilen teklif zarflarını idari şartnamenin 31. maddesine göre alıp incelediği, eksik belge olup olmadığı, teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadıklarını kontrol ettiği, Boca İnşaat firmasının hiçbir belgesinde imza bulunmadığını, 70.000,00 TL ile en düşük teklifi veren Nazlıcan firmasının teklif mektubundaki imzanın ise imza sirkülerindeki farklı olduğunu tespit ettikleri, belgenin aslı ile karşılaştırmak istedikleri, bu iki firmanın değerlendirme dışı kalacağına huzurda bulunanlar tarafından anlaşıldığı, değerlendirmeye alınacak teklifler içerisindeki en düşük teklifin 92.000,00 TL ile Bersam firmasına ait olması nedeniyle katılımcıların ihalenin bu firmaya kalacağı kanaatine vardıkları, komisyon üyelerinin bu yönde herhangi bir beyanlarının olmadığı, kararın daha sonra açıklanacağı bildirerek oturumu kapattıkları, değerlendirme sürecinde Nazlıcan firmasının itirazlarının araştırıldığı, değerlendirmeye alınmakla beraber rekabeti engelleyici durumların olduğu tereddütü gerekçe gösterilerek 02.08.2005 tarihinde ihaleyi iptal ettikleri,

Müşteki Nazlıcan İnşaat firması sahibinin, teklif mektubundaki imzası incelendiğinde, imza sirkülerindeki imzalarının yatay şekilde atıldığı, teklif mektubundaki imzasının ise yukarı doğru eğimli olarak atıldığı, imzalar arasındaki bu fark nedeniyle değerlendirme dışı bırakılıp bırakılmayacağına araştırıldığı, müşteki imza sirkülerinin noter tasdikli örneğinin dosyada mevcut olmasına rağmen 3 gün sonra kendisine bu belgenin bulunmadığını söylediğini, komisyon üyelerinin bu belgenin aslını çıkarıp yerine fotokopisini koyduklarını, bu fotokopiye de aslı görüldü yazdıklarını, evrakı kaybederek ihaleye fesat karıştırdıklarını hatta oğlu İdris'in hastanede kendi dosyalarının fotokopisinin çekildiğini gördüğünü iddia etmişse de zarfların açılıp belgelerin kontrolü sırasında komisyonun imza sirkülerinin eksik olduğunu bildirmediği, listede var olarak işaretlediği, dinlenen tanıklar Faik Bor ve Ahmet Tekin'in mutad uygulamaları gereği dosyalardaki belgelerin fotokopisini çekip bulunduklarını, evrak yok etmediklerini beyan etmeleri ve idari şartnamenin 7.6. madde hükmüne göre komisyon başkanınca 'aslının aynısıdır' yazılıp imzalanmasında herhangi bir usulsüzlük bulunmadığı,

Bersam firmasının SSK prim borcu olup bunu ihale saatinden sonra ödediği, evrakı komisyon üyesi Mehmet Taşkesen'e teslim ettiği, komisyon üyelerinin bu firmanın ihaleyi kazanması için çaba sarf ettiği iddiasına gelince, Bersam firmasının SSK'dan aldığı prim borcu olmadığına ilişkin belgenin veriliş saati tespit edilememiş ise de ihaleye katılabilmek için idari şartnamenin 7.1.d maddesine göre buna ilişkin taahhütnamenin verilmesinin yeterli olduğu, idari şartnamenin 42. maddesi gereğince ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davetin kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde SSK prim borcu olmadığına ilişkin belgeyi ibraz etmek zorunda olduğu,

İdarenin ihale tarihi itibarıyla 14 firmanın geçici teminat yatırdığı ancak 5 firmanın teklif zarfı verdiği, rekabeti engelleyici bir durumun hasıl olduğu tereddütü doğduğu gerekçesi ile ihaleyi iptal etmesinin Kamu İhale Kanunu'nun 39. maddesi ve idari şartnamenin 35. maddesine uygun bulunduğu, değerlendirmeye alınan

tekliflerin birbirine yakın olması, ihale günü geçici teminat yatırıp teklif vermeyen firmaların teminat miktarlarına bakıldığında daha düşük teklif verilme ihtimali bulunması, onarım işinin bir kısmı için 2006 yılında yapılan ihalenin düşük bedelle verilmesinin de idarenin kanaatini destekler nitelikte olduğu,

İbraz edilen bilirkişi raporunda idarenin ihaleyi en ucuz ve uygun teklifi veren Nazlıcan İnşaat firmasına vermesi gerektiği yönünde görüş bildirilmişse de standart teklif mektuplarında da yazıldığı üzere idarenin her zaman en düşük bedelli teklifi kabul etmek zorunda olmadığı, Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesi gereğince yaklaşık maliyete veya diğer tekliflere göre aşırı düşük kalan teklifler nedeniyle idarenin yazılı açıklama isteyebileceği ve açıklamayı uygun bulması hâlinde ihaleyi, bu teklifi veren istekli üzerinde bırakabileceği nazara alınarak komisyon üyesi sanıkların ihale sürecini Kamu İhale Kanunu'na ve buna bağlı olarak idari şartnameye aykırı olarak yürüttüklerine, firma sahibi sanık Nihat'ın bu sanıklara ihaleyi kendi firmasına vermelerini sağlamak için herhangi bir eylemde bulunduğu ve tüm sanıkların fikir birliği içinde birlikte hareket ederek atılı suçu işlediklerine dair mahkûmiyete yeterli, kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatleri yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. CD'nin 15.07.2010 tarih ve 2010/6336-2010/6224 sayılı Karar'ı)

35-"... Mahkemece aldırılan bilirkişi raporlarında tespit edilen mevzuata aykırılık ve usulsüzlüklerin ilgili oldukları her bir ihale kararı ile ayrı ayrı ilişkilendirilerek irdelenmesi suretiyle; ihale kararlarının alındığı tarihler itibarıyla piyasa rayıçları de araştırılıp yapılan teklifler ile tercihe layık görülen tekliflerin değer ve uygunluklarının ve ayrıca ihale kararına konu malların değeri ile kurumca kabulü yapılan malların değerlerinin muayene kabul tutanakları ve ayniyat alındı belgeleri de dikkate alınarak ayrı ayrı mukayese edilip değerlendirilmesinden sonra kamu zararının bulunup bulunmadığı ve zarar varsa irtikâp edip etmedikleri hususlarının tespit edilmesi gerektiği gözetilmeden ve ayrıca iddianameye konu 'kurallara uymayan teklif mektuplarının işleme konulduğu' iddiasını da irdelemeyen yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak eksik incelemeyle hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD'nin 16.03.2010 tarih ve 2008/16818-2010/2159 sayılı Karar'ı)

36-"... Balıkesir il daimî encümeninin 24.05.2000 günlü kararı ile Altınova Belediyesinin kullanımına tahsis edilen taş ocağından, taş çıkarılması işi Belediye encümeni kararıyla müteahhit firmaya verilmiş ve çıkarılan taş karşılığında düzenlenen hak edişlere dayalı olarak verile emirleri ile de firmaya ödemelerin yapıldığı; ancak dosya içinde bulunan teknik bilirkişilerle üçlü Sayıştay denetçi raporlarından anlaşıldığı üzere; taş ocağından 34.641 ton taş çıkarıldığı hâlde 86.954 ton taş çıkarılmış gibi gerçeğe aykırı düzenlenen hak edişlerin sanıklar tarafından onaylanan verile emirleri ile müteahhit firma yararına 52.313 ton taş karşılığında 46.297.005.000 TL fazla ödemede bulunularak Belediyenin zarara uğratıldığı mahkemece de oluşa uygun olarak kabul edildiği hâlde; suç tarihlerinde belediye başkanı olarak görev yapan sanık Süleyman Şahin'in Kurumun paraları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan isnat ve kabul edilen eylemlerinin, kül hâlinde müteselsil nitelikli zimmet, fen işleri müdürü olan sanık Halil Meder'in eyleminin de bu suça iştirak niteliğinde olduğu gözetilmeden suç niteliğinde

yanılığa düşülerek yazılı şekilde hükme varılması,..." (5. CD'nin 21.10.2009 tarih ve 2006/8680-2009/11776 sayılı Karar'ı)

37-"... Sanık hakkında 01.06.1999 günlü iddianameyle sahtecilik, 06.11.2001 günlü ek iddianameyle de devlet hesabına yapılan alım veya satım fesat karıştırma suçlarından kamu davası açılmış ve daha sonra ek iddianameye konu eylemle ilgili savunması alınamadığı için dava ayrılarak yapılan yargılama sonunda beraat kararı verilmiş ise de konuyla ilgili idari soruşturma, teknik ve hesap bilirkişileri raporlarına, sanık Turhan'ın kısmi ikrarına, tanık beyanlarına ve dosya içeriğine göre davası ayrı görülen Haydar Mengi'nin Turban AŞ'nin Kuşadası Marina müdürü olarak görev yaptığı ve aynı zamanda alım satım komisyonu başkanı olduğu, sanık Turhan Erten'in ise marinanın idari bürolarının tamir ve tadilatı, ek binanın, yabancı misafir konutu, Türk hamamı, sauna, havuz ve helikopter pisti yapımı gibi işlerini üstlenen müteahhit firma olan Erten Mühendislik Ltd. Şti'nin temsilcisi olduğu, anılan imalat ve inşaat işlerine işletme talebi olmadan, ihale açılmadan, gazete ilanı verilmeden, ihale dosyası hazırlanmadan ve usulüne uygun müteahhit firma seçilmeden başlandığı, ihale dosyasındaki şekil şartlarının yerine getirilmesi ve yapılan ödemelere meşruluk kazandırmak amacıyla ihale ilanının gazetede geçmiş tarihle yayımlatıldığı, ihaleye katılmış gösterilen firmaların gerçekte teklif vermedikleri ve ihale şartnamesinin bunlara satıldığını gösteren kayıt bulunmadığı, işin tutarına nazaran alım satım ve yaptırma yetkisi yönetim kuruluna ait olduğu hâlde böyle bir karar çıkartılmadan işlemlere ve ödemeye devam edildiği, geçmiş tarihli genel müdürlük ihale onay belgesi düzenlenip kayıtlandığı, birbirleriyle uyumlu idari soruşturma ve bilirkişi raporlarında belirtildiği üzere cüz'i yapılan işler faturalarında daha fazla gösterilerek veya hiç yapılmayan işler firmaca yapılmış kabul edilerek 31.12.1993 ila 29.08.1995 tarihlerinde toplam 19.106.519.058 lira kurum parası yasal olmayan yöntemle ve yersiz ödenerek çıkar sağlandığı, usulüne uygun yer teslim tutanağı, iş programı, geçici ve kesin kabul tutanakları, hak ediş raporları olmadığı, proje, ataşman ve metraja dayanmadan iş yaptırıldığı, yapılan imalatların teknik eleman kontrol ve denetiminde yaptırılmadığının anlaşılması karşısında, usulüne uygun yapılmış bir ihale ve iş olmadığı, ihaleye ait belge ve kararların sağlanan menfaati gizlemek amacıyla sonradan sahte olarak oluşturulduğu, Dairemizin irtibatlı davayla ilgili olarak verdiği 17.03.2008 gün, 2007/12874 esas ve 2008/2011 sayılı bozma Karar'ında da belirtildiği gibi suça konu ödenen paralar marina işletme müdürü ve alım satım komisyonu başkanı olan Haydar Mengi'nin muhafaza ve sorumluluğuna bırakılmış olduğu için izah edilen yöntemlerle sanık Turhan Erten'e ödenmesinin veya ödenmiş gösterilerek mal edinilmesinin küll hâlinde 765 sayılı TCK'nın 202/2 ve 5237 sayılı TCK'nın 247/1-2. maddelerinde düzenlenen nitelikli zimmet vasfında olduğu, sanığın asıl iddianamede sahtecilik, ek iddianamede ise devlet alım satımına hile karıştırma olarak vasıflandırılan eylemlerinin aynı amaçla işlendiği, oluşu yukarıda açıklandığı üzere bütün olarak tek müteselsil nitelikli zimmete asli iştirak suçunu oluşturacağı, bu hukuki ve fiilî bağlantı nedeniyle sübutunun ve nitelendirilmesinin zorunlu olarak birleştirilerek birlikte yapılması gerektiği gözetilmeden, ayrı ayrı yargılama yapılarak yazılı biçimde hüküm kurulması, ..." (5. CD'nin 19.10.2009 tarih ve 2008/15414-2009/11649 sayılı Karar'ı)

38-"... 22.06.2001 günlü iddianamedeki ikinci olayla ilgili açıklamaya

nazaran özetle TEDAŞ genel müdür vekili sanık Osman Nuri Doğan ile Merkez Kaçak İtiraz İnceleme, Değerlendirme ve Sonuçlandırma Komisyonu üyesi sanıklar Ercan Altınordu, Mehmet Arif Torunoğlu, Ümit Bilek ve Behiç Suat Özparlak'ın Şanlıurfa Müessese müdürü Şükran Kayacan ile 1999 yılında TEDAŞ Genel Müdürlüğünde bir araya gelerek Şanlıurfa'da kaçak elektrik faturalarının bol olduğunu gündeme getirip, kaçak elektrik kullanım bedelinin düşürülmesi karşılığında, itirazda bulunan fatura sahiplerinden fatura bedelinin %5'inin alınıp aralarında paylaşılması konusunda anlaşmaya vardıklarının, sanık Şükran'ın beyanına ve 06.05.2001 günlü bilirkişi raporuna göre bu doğrultuda Aysan Yağ Sanayi ve Ticaret Şirketi, Karaali Kaplıca Tesisleri, İzzettin Yıldız tarımsal sulama tesisinin kaçak elektrik kullanmaları nedeniyle kaçak elektrik kullanımı tespit tutanakları düzenlenip Müessese tarafından ücret tahakkuk ettirildiği, Şükran'ın ilgilileriyle anlaşarak aldığı paranın bir bölümünü paylaşmak üzere sanık Ercan'a gönderdiği veya verdiğinin, itiraz dilekçeleri ve belgelerini de Merkez Kaçak Komisyonuna gönderdiğinin, Komisyonun bu kişi ve kurumlarla ilgili verdiği 1998/37, 1999/4, 1999/3, 2000/14 sayılı Kararlarla Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak tutarları indirip kurumu zarara uğrattıklarının iddia edildiği, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 12.03.2001 gün ve 2001/249 sayılı iddianamesinin "B" bölümüne göre ise Şanlıurfa Müessese müdürü Şükran Kayacan'ın Genel Müdürlük Merkez Kaçak Komisyonu üyesi Ercan Altınordu ve diğer üyelerle anlaşarak yüksek miktarlı elektrik faturalarının itiraz üzerine düşürülmesi için fatura bedeli üzerinden %10 komisyon alıp yarısını kendisine ayırıp, kalan %5'ini komisyon üyelerine gönderdiği, bu anlamda Karaali Kaplıcaları sahibi Hüseyin İnân'dan 3 milyar, Ramazan Düzme ve İzzetin Yıldız'dan 800 bin lira, Aysan Yağ Fabrikası ortakları Necdet ve İlhami Kılıç'tan 4 milyar ve Arslan Çırcır Fabrikası ortakları Faruk ve Fadıl Arslan'dan 250 bin lira ve Komisyon üyeleri için telsiz telefon aldığı iddiasıyla Şükran hakkında rüşvet almak, İlhami Kılıç, Necdet Kılıç, Fadıl Arslan, Faruk Arslan ve Hüseyin İnân hakkında ise rüşvet vermek ve aracılık etmek suçlarından Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesine dava açıldığı ve daha sonra verilen görevsizlik ve tefrik kararları sonucu Şanlıurfa 1. Ağır Ceza Mahkemesinde 2003/78 esas sayılı dosya üzerinden yargılandıkları, işbu dosya ile Şanlıurfa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/78 esas sayılı dosyasının rüşvet alma ve verme suçlarının aynı olaylarla ilgili olduğu, adı geçen sanıkların da aynı nedene bağlı rüşvetin alanı, vereni veya aracılık edeni olarak suçlandıkları, her iki dava sonunda kurulan hükümlere nazaran ayrı yargılamaya bağlı olarak mahkemelerin sübut ve özellikle suç niteliği bakımından farklı sonuçlara vardıklarının anlaşılması karşısında; her iki dosyadaki kanıtların birlikte ele alınıp değerlendirmesi yapılarak, açıklanan mahsurun giderilmesi, sübut ve vasıflandırmada değişik sonuçlara varılmasının önlenmesi için aralarında hukuki ve fiilî irtibat bulunan davaların vardıkları aşamalar da dikkate alınarak birleştirilmek suretiyle Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesinde görülmesi gerektiğinin gözetilmemesi,..." (Yargıtay 5. CD'nin 18.06.2009 tarih ve 2008/16405-2009/7696 sayılı Karar'ı)

39-"... Dairemizin 09.10.2006 gün ve 2006/7923 esas, 2006/7697 sayılı bozma Karar'ına uyulduğu hâlde (1) numaralı bentte belirtildiği şekilde sanık Esmâ Serhat Güray hakkında suç teşkil ettiği iddia edilen eylemiyle ilgili ek iddianame düzenlenmesi konusunda yazılan 13.12.2006 gün ve 2006/382 esas sayılı yazının sonucu beklenilmeden ve gereği de yerine getirilmeden hüküm kurulması,

Uyulan bozma ilamında, Yap İşlet Devret modeli ile baraj yapımı konusundaki

uygulamalar ve ihale mevzuatından anlayan bilirkişilerden oluşturulacak heyete dosyanın tevdi edilip rapor alınması istenildiği hâlde, mahkemece nasıl tayin edildikleri anlaşılamayan bilirkişilerin, il adli yargı adalet komisyonu tarafından her yıl düzenlenen listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilmemesinin 'gerekçesinin' atama kararında gösterilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 64/1-2. maddesine muhalefet edildiği ve bu bilirkişiler tarafından verilen raporda da özellikle 'suç konusu Yuvacık Barajı'na benzer şekilde yapılmış diğer işlerden farklarının ve düzenlemeler ile uygulama sırasında belediyenin ve hazinenin zararına olan işlemlerin olup olmadığı, yapılan inşaat ve hizmetlerin hak ediş raporlarındaki fiyatları ile yapıldığı tarihteki saptanacak ortalama rayiç fiyatları arasında inşaat ve hizmetleri kabul eden idare aleyhine fark bulunup bulunmadığı, varsa söz konusu inşaat ve hizmetlere ilişkin düzenleme ve uygulama sırasında belediyenin ve hazinenin zararına olan işlemlerin neler olduğu, uğranılan zararın, başka bir ifade ile inşaat ve hizmetlerin satın alındığı firmalara haksız bir çıkar sağlanıp sağlanmadığı, sağlanmışsa tutarının ne kadar olduğu ve yapılan inşaat ve hizmetlerin kabulüne ilişkin işlemlerde öngörülen usul ve uygulamalara aykırı davranılıp davranılmadığı hususlarında' yeterli açıklamaların yapılmadığı gözetilip, il adli yargı adalet komisyonu tarafından her yıl düzenlenen listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından veya listede bu nitelikte bilirkişilerin bulunmaması hâlinde ise CMK'nın 64/2. maddesine uygun şekilde liste dışından atanmalarının 'gerekçesinin' atama kararında gösterilmesi suretiyle 'Yap İşlet Devret modeli ile baraj yapımı konusundaki uygulamalar ve ihale mevzuatından anlayan' bilirkişilerden oluşturulacak heyete dosyanın kül hâlinde tevdi edilerek, belirtilen bozma ilamındaki tüm hususları tek tek ele alıp açıklayan, dosya içerisinde mevcut bulunan Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı, Sayıştay uzman denetçileri ve Hazine kontrolörlerince düzenlenen raporlardaki tespit ve değerlendirmelerle yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporundaki saptamalar arasında bulunan çelişkiler üzerinde durup bunların giderilmesini sağlayan ayrıntılı rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD'nin 12.02.2009 tarih ve 2008/814-2009/1568 sayılı Kararı)

40-"... Belediye encümen üyesi sanıkların, belediyeye ait 539 ada 8 parseldeki çöplük vasfında taşınmazı 03.06.1997 tarihinde Lütfü Türkkan'a ihale yoluyla sattıkları, ancak ihale artırma tutanağındaki dört encümen üyesine ait imzanın sonradan fotokopi yoluyla monte edildiği ve sanık Gürbüz'ün beyanlarında ihaleye katılmadığını savunduğu, taşınmazı satın alan Lütfü Türkkan'ın 15.05.1997 tarihinde başka taşınmazların imar planının onaylanması için yaptığı müracaatı üzerine, bu yerin mevzii imar planı içine alınmasını sağlayacak biçimde parsel numaraları değiştirilerek Belediye Meclisine sunulduğu ve arzu edilen değişikliğin sağlandığı, satış tarihinde söz konusu taşınmazın vasfını ve değerini önemli ölçüde yükseltecek bu değişikliğin planlandığı hâlde düşük değerli çöplük arazi olarak satışa çıkartılması ve bu arazinin de imar planı içinde olduğunu bilen Lütfü'ye satılması sebebiyle rekabetin sağlanmadığı, oysa arazinin ihaleye çıkartılması sırasında mevzi imar planı içinde olduğunu belirtmesi hâlinde iştirakçinin artacağı, değerinin çok daha yüksek olacağı ve satış neticesinde bilirkişi ile kontrolör raporlarındaki asgari hesaplama göre; 5.637.500.000 lira kurumun zararının doğmayacağı, aksine davranılarak üçüncü kişiye menfaat temin edildiği anlaşılmakla sanıkların hukuki konumları ve suç işleme kasıtları, sanık Gürbüz Taylak'ın savunması da değerlendirilerek eylemlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde

tartışılmadan yetersiz gerekçeyle eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD'nin 03.11.2008 tarih ve 2005/18824-2008/9255 sayılı Karar'ı)

41-"... Telefon görüşme tutanaklarında sanık Ali Necati Bankoğlu'nun 30.01.2006 tarihli ihaleye katılacak veya kazanacak kişiyi belirlemek amacıyla ihale öncesi diğer sanıkların fiillerine katıldığı ve anlaşma yaptığını gösteren açık bir kaydın bulunmadığı ve görüşmelerde taraf olmadığı, bu durumda ihaleye fesat karıştırdığına ve örgüt adına suç işlediğine dair somut, tarafsız ve kuşkudan uzak kanıt bulunmadığı hâlde her iki suçtan yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,

Kabule göre de;

İletişim tespit tutanakları içeriğinden sanıkların ihale öncesi aralarında anlaşarak ihaleye katılacak ve kazanacak kişi veya firmayı belirlediklerinin anlaşıldığı, ancak zarar oluşturacak şekilde ihale fiyatlarını etkileyip etkilemediklerinin kesin olarak saptanamadığı, ihale belgelerine göre bütün ihalelerde isteklilerin teklif ettiği bedellerin çoğunluğunun ve özellikle avantajlı tekliflerin idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyet tutarından daha düşük olduğu, ihaleleri yapan idarelerden Gençlik ve Spor İl Müdürlüğünün 14.02.2007, İl Özel İdare Genel Sekreterliğinin 09.02.2007, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 22. Bölge Müdürlüğünün 26.02.2007 ve Karayolları Genel Müdürlüğü 10. Bölge Müdürlüğünün 05.02.2007 tarihli yazılarında kurumlarının zarara uğramadığının bildirildiği, bu durumda sanıkların eylemlerinin sonucu olarak ilgili kamu kurumu açısından açık bir zararın meydana geldiğinden söz edilemeyeceği ve kuşkulu kaldığı gözetilmeden sanıkların cezalarının 235/3. madde gereğince artırılması,..." (5. CD'nin 22.09.2008 tarih ve 2008/8361-2008/7873 sayılı Karar'ı)

42-"... İhale sonucunda kamu zararının oluştuğu belirtildiği hâlde, bu zararın oluştuğuna dair dosyada alınmış herhangi bir bilirkişi raporunun bulunmaması nedeniyle iddianame iade edilmiş ise de;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/3. maddesinde, iddianamede nelerin gösterileceği, aynı Kanun'un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hâllerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında bilirkişi incelemesi yaptırılmamış olmasının gösterilmediği, keza soruşturma aşamasında toplanmış delillerin takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesine ait olduğu, gerekli görüldüğü takdirde ihale sonucunda kamu zararının oluşup oluşmadığı hususunda yargılama aşamasında da davaya bakacak mahkeme tarafından bilirkişilerden görüş alınabileceği gözetilerek; itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 21.03.2008 gün ve 16872 sayılı Kanun yararına bozmaya atfen C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı ile birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü:

Bu nedenle kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde olduğundan Kahramanmaraş 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 04.02.2008 gün ve

2008/65 D. İş sayılı Karar'ının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA,..." (5. CD'nin 05.06.2008 tarih ve 2008/7400-2008/5938 sayılı Karar'ı)

43-"... Sanık savunmaları ve tanık beyanları doğrultusunda belediye tarafından yüklenici sanık Adıgüzel Ali Aşkar'a yapılan ödemelerin dayanağı olan 'kanalizasyon için büz imali ve döşenmesi ile belediye hizmetlerinde kepçe kullanımı işlerinin' sahte olduğu kabul edilen ödemeye esas belgelerin düzenlenmesinden önce yapılıp yapılmadığının, pazarlık ve keşif tutanağında verilen işlerin, belediye işçilerince yapılan aynı yerler ve işler olup olmadığının, savunmanın belirttiği şekilde büz imal edilmemekle birlikte döşeme işi yapılıp yapılmadığının, yapılmış işlerin parasal tutarının bilirkişiler marifetiyle usulünce tespitinden sonra yapılan ödemeler ile karşılaştırılarak sonucuna göre, sanıkların herhangi bir hizmet veya mal karşılığı olmaksızın düzenledikleri sahte belgelerle yükleniciye veya kendilerine menfaat temin ettiklerinin anlaşılması hâlinde, zimmet suçu faile görevi nedeniyle tevdi olunan veya muhafaza denetimi ve sorumluluğu altında bulunan para, mal ve sair kıymetleri kendisi veya başkası yararına mal edinmesi ile oluşacağından, belediye paraları üzerinde muhafaza ve denetim görevi bulunan belediye başkanı sanık Ali Güzel'in usulsüz olarak belediye parasını müteahhide ödeme fiilinin müteselsilen nitelikli zimmet, diğer sanıkların eylemlerinin de tahakkuk memuru ve ita amiri olarak imzaladıkları miktar kadar bu suça asli iştirak niteliğinde olacağı, anılan işlerin adı geçen yüklenici tarafından yapılmış olduğunun ve ödenen tutarın yapılan işi karşılaması hâlinde fiillerinin suç teşkil etmeyeceği, başkaları tarafından yapılan işin ödemesini sağlamak için Adıgüzel'in fatura düzenlediği ve onun adına tahakkuk işleminin yapıldığının saptanması durumunda ise eylemlerinin sahtecilik suçunu oluşturacağı nazara alınıp 765 sayılı Yasa'nın 347. maddesinin uygulanma koşulları da tartışıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırmaya dayanılarak ve nitelemede yanılığa düşülerek eylemlerinin dolandırıcılık ve sahtecilik kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi,

Kabule göre de;

Dosyadaki belgelere nazaran sanık Mustafa Demirci'nin 17.10.1996 ile 22.10.1996 tarihleri arasında belediye başkanlığına vekâlet ettiği dönemde 17.10.1996 tarihli verile emrini ita amiri sıfatıyla imzaladığı anlaşılmasına rağmen 28.11.1996 tarihinde de görevli olup olmadığı tespit edilmeden teselsülden dolayı artırım yapılması,

Sanık Yaşar Parlayüksel hakkında lehe yasa belirlenirken, 5237 sayılı TCK'nın 204/2. maddesindeki cezanın alt ve üst sınırları gözetilerek bu Yasa lehe kabul edilmiş ve hükmedilen hapis cezasının yasal sonucu olarak 53. maddedeki haklardan yoksun bırakılmasına karar verilmiş ise de sanığa mahkemece cezanın alt sınırdan tayin edildiği nazara alındığında 765 sayılı Yasa'nın 339/1. maddesi ile verilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın aynı olacağı, ancak hapis miktarına nazaran hakkında 31 ve 33. maddelerin uygulanamayacağı, bu sebeple ferî cezalar bakımından 765 sayılı TCK'nın 339/1. maddesinin sanık lehine olduğunun gözetilmemesi,..." (5. CD'nin 14.04.2008 tarih ve 2008/1394-2008/3457 sayılı Karar'ı)

44- "... Kabule göre de;

Konuyla ilgili idari soruşturma, teknik ve hesap bilirkişileri raporlarına, sanık Turhan'ın kısmi ikrarına, tanık beyanlarına ve dosya içeriğine göre sanık Haydar Mengi'nin Turban AŞ'nin Kuşadası Marina müdürü olarak görev yaptığı ve aynı zamanda alım satım komisyonu başkanı olduğu, Turhan Erten'in ise marinanın idari bürolarının tamir ve tadilatı, ek binanın, yabancı misafir konutu, Türk hamamı, sauna, havuz ve helikopter pisti yapımı gibi işlerini üstlenen müteahhit firma olan Erten Mühendislik Ltd. Şti'nin temsilcisi olduğu, anılan imalat ve inşaat işlerine işletme talebi olmadan, ihale açılmadan, gazete ilanı verilmeden, ihale dosyası hazırlanmadan ve usulüne uygun müteahhit firma seçilmeden başlandığı, ihale dosyasındaki şekil şartlarının yerine getirilmesi ve yapılan ödemelere meşruluk kazandırmak amacıyla ihale ilanın gazetede geçmiş tarihle yayımlatıldığı, ihaleye katılmış gösterilen firmaların gerçekte teklif vermedikleri ve ihale şartnamesinin bunlara satıldığını gösteren kayıt bulunmadığı, işin tutarına nazaran alım satım ve yaptırma yetkisi yönetim kuruluna ait olduğu hâlde böyle bir karar çıkartılmadan işlemlere ve ödemeye devam edildiği, geçmiş tarihli genel müdürlük ihale onay belgesi düzenlenip kayıtları, birbirleriyle uyumlu idari soruşturma ve bilirkişi raporlarında belirtildiği üzere cüzi yapılan işler faturalarında daha fazla gösterilerek veya hiç yapılmayan işler firmaca yapılmış kabul edilerek 31.12.1993 ila 29.08.1995 tarihlerinde toplam 19.106.519.058 lira kurum parası yasal olmayan yöntemle ve yersiz ödenerek çıkar sağlandığı, usulüne uygun yer teslim tutanağı, iş programı, geçici ve kesin kabul tutanakları, hak ediş raporları olmadığı, proje, ataşman ve metraja dayanmadan iş yaptırıldığı, yapılan imalatların teknik eleman kontrol ve denetiminde yaptırılmadığının anlaşılması karşısında, usulüne uygun yapılmış bir ihale ve iş olmadığı, ihaleye ait belge ve kararların sağlanan menfaati gizlemek amacıyla sonradan sahte olarak oluşturulduğu, suça konu ödenen paralar marina işletme müdürü ve alım satım komisyonu başkanı olan sanık Haydar Mengi'nin muhafaza ve sorumluluğuna bırakılmış olduğu için açıklanan yöntemlerle diğer sanık Turhan Erten'e ödenmesinin veya ödenmiş gösterilerek mal edinilmesinin, Turhan'ın ek iddianameye konu tefrik kararı verilen eylemiyle birlikte kül hâlinde 765 sayılı TCK'nın 202/2 ve 5237 sayılı TCK'nın 247/1-2 maddelerinde düzenlenen nitelikli zimmet ve buna asli iştirak suçlarını oluşturacağı, bunun yanında 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki düzenleme nedeniyle de lehe yasa belirlenirken bu yasadaki sahtecilikten de hüküm kurularak sonucuna göre lehlerine sonuç doğuran yasa saptanarak mahkûmiyet hükmü kurulması yerine, sanık Haydar Mengi'nin eylemlerinin görevi kötüye kullanma ve resmî belgede sahtecilik, Turhan Erten'in fiilinin ise resmî belgede sahteciliğe asli iştirak kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD'nin 17.03.2008 tarih ve 2007/12874-2008/2011 sayılı Karar'ı)

46- "... İddianame içeriğine göre sanıkların Fatma Kayışoğlu'na ait bahçe ve tarla vasfında olan taşınmazı önce toplu konut alanı olarak imar planı içerisine aldıkları, sonra maliki adına hareket eden sanık Cevat Kayışoğlu ile anlaşarak fahiş fiyatla satın alma yoluyla kamulaştıran arazi sahibine ve ayrıca kamulaştırma bedeline karşılık sanık Cevat'a verilen otuz milyar lira meblağlı ve 17.01.2001 tarihli çekin belediye başkanı olan sanık Mustafa Kemal Çamaş'a ödenmesi suretiyle ona haksız çıkar sağlanarak devlet adına alım satıma fesat karıştırma suçunu işlediklerinin iddia edildiği, yapılan yargılama sonunda taşınmazın değerinin belirlenmesinde usulsüzlük görülmediği, ancak belediye başkanı olan sanığın, belirlenen kamulaştırma bedelinin dolar üzerinden ödenmesini sağlayacak kararın belediye meclisinde

alınmasının temini amacıyla söz konusu çek bedelini rüşvet olarak aldığı oluştanın uygun olarak kabul edilip, rüşvet alma ve verme suçlarından mahkûmiyetlerine karar verildiği, bu durumda dava konusu suçun bütünüyle rüşvet alma ve verme suçlarına dönüştüğü gözetilmeden, ayrıca devlet hesabına yapılan alım veya satımda menfaat sağlama suçundan da beraat kararı verilerek aynı eylemden dolayı iki farklı hüküm kurulması suretiyle çelişki yaratılması,...” (5. CD’nin 10.03.2008 tarih ve 2006/3224-2008/1619 sayılı Karar’ı)

47-“... Hükümün, ancak iddianamede unsurları gösterilen ‘suça ilişkin fiil’ ve faili hakkında verileceğine dair 5271 sayılı CMK’nın 225.maddesi uyarınca iddianamede açıkça gösterilmemesi nedeniyle sanık Esmâ Serhat Güray hakkındaki suç teşkil ettiği iddia edilen eyleminin ne olduğunun C. Savcılığına iddianame metni üzerinde açıklattırılmasının sağlanmaması,

Kocaeli C. Başsavcılığınca 17.07.2001 gün ve 2001/4643 hazırlık, 2001/4416 esas ve 2001/2537 sayılı iddianamesi ile hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan dolayı aralarında işbu davanın sanıklarından Kadri Veziroğlu ile İdris Yamantürk’ün de bulunduğu 9 sanık hakkında Kocaeli 2. Asliye Ceza Mahkemesine açılmış ve 11.06.2004 gün, 2001/711 esas, 2001/4416 sayılı Karar’la sonuçlandırılmış dosyaya konu kamu davasının yargılaması sonunda verilen kararın kesinleşip kesinleşmediğinin tespiti ile derdest ise işbu dosya ile birleştirilmesi hususunun düşünülmemesi,

Yargılama sırasında 14.06.2004 gün ve 4 no.lu, 21.09.2004 gün ve 5 no.lu celselerde ‘bilirkişi incelemesi hususunun düşünülmesi’ yönünde alınan ara kararları hususunda bir karar verilmediği ve yargılama aşamasında tarafsız bilirkişilerce yapılmış bir inceleme raporunun da mevcut olmadığı gözetilerek, baraj yapımı gibi teknik ve idari konularla ilgili olarak soruşturma aşamasında İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişleri ve Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı kontrolörleri ile Sayıştay uzman denetçileri tarafından hazırlanmış raporlar ve dava konusu baraj yapımı ve ihale süreci ile ilgili tüm belgelerin ve yazışmaların onaylı örneklerinin içinde yer aldığı işbu dava dosyasının kül hâlinde Yap İşlet Devret modeli ile baraj yapımı konusundaki uygulamalar ile ihale mevzuatından anlayan bilirkişilerden oluşturulacak heyete tevdi edilip, iddianameye konu baraj yapımına ilişkin izlenmiş tüm sürecin değerlendirilmesinin yaptırılması, bunun 13.06.1994 tarihli 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ve 1 Ekim 1994 tarihli ‘Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 3996 sayılı Kanun’un Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 24.11.1994 tarihinde yürürlüğe giren ve 3996 sayılı Kanun’da değişiklik öngören 4047 sayılı Kanun’da belirtilen ilke ve teamüllere uygun bulunup bulunmadığı, benzer şekilde yapılmış diğer işlemlerden farklarının ve düzenlemeler ile uygulama sırasında belediyenin ve hazinenin zararına olan işlemlerin olup olmadığı, yapılan inşaat ve hizmetlerin hak ediş raporlarındaki fiyatları ile yapıldığı tarihteki saptanacak ortalama rayiç fiyatları arasında inşaat ve hizmetleri kabul eden idare aleyhine fark bulunup bulunmadığı, varsa söz konusu inşaat ve hizmetlere ilişkin düzenleme ve uygulama sırasında belediyenin ve hazinenin zararına olan işlemlerin neler olduğu, uğranılan zararın, başka bir ifade ile inşaat ve hizmetlerin satın alındığı firmalara haksız bir çıkar sağlanıp sağlanmadığı, sağlanmışsa tutarının ne kadar olduğu ve yapılan inşaat ve hizmetlerin kabulüne ilişkin işlemlerde öngörülen usul ve uygulamalara

aykırı davranılıp davranılmadığı hususları ile sanıkların menfaat sağlama sürecindeki konumları, görevleri ve hangi ölçüde etkili oldukları, zararın miktarı, menfaatin kime sağlandığı ve biçimi hususlarında ayrıntılı mütalaa alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

5252 sayılı Kanun'un 9/3 ve CMK'nın 34 ve 230. maddelerine aykırı olarak lehe olan hükmün; önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmemesi, her iki Kanun'la ilgili uygulamaya, denetime olanak verecek şekilde kararda yer verilmemesi ve sanıkların eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 235/2. maddesinde yazılı hâllerden hangisi veya hangilerini ihlal ettiğinin karar yerinde gösterilip tartışılmaması,

Mahkûmiyetlerine karar verilen sanıklar hakkında TCK'nın 205, 31, 33. maddeleri ile kamu davası açılmış olması nedeniyle, CMK'nın 226. maddesine göre ek savunma hakkı tanınmadan 2886 sayılı Yasa'nın 83/c maddesinin uygulanması ve ayrıca 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan benzer düzenlemelerle karşılaştırılarak lehe olan yasanın belirlenip karar yerinde tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, kamu adına zarar meydana gelmiş olması gerekçesiyle temel ceza üzerinden yapılan artırıma ilişkin uygulama maddesi 235/3 olduğu hâlde 235/1. maddesi olarak gösterilmesi ve 5237 sayılı TCK'nın 53/5. maddesinin uygulanmaması,

Katılan idareler vekilleri lehine ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

Kanuna aykırı O Yer C. savcısı ve sanıklar müdafileri ile katılan vekillerinin temyiz itirazları ve katılan vekili ile sanıklar müdafilerinin duruşmalı inceleme sırasındaki savunmaları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'un 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA),..." (5. CD'nin 09.10.2006 tarih ve 2006/7923-2006/7697 sayılı Karar'ı)

48-"... Kanunun suç saydığı fiili işlemek amacıyla kurulan ve yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı, araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli, niteliği itibarıyla devamlılık gösteren ve bünyesinde hiyerarşik bir ilişki bulunan bu sistemi sürekli hâle getirmek suretiyle oluşumu kabul edilen teşekkülün Emekli Sandığı, BAĞ-KUR ve Sosyal Sigortalar Kurumuna kardiyoloji malzemesini satmamak suretiyle bunların alımına dair uygulanan protokollü sistemden ihaleli sisteme geçmeyi önlemek şeklindeki ortak amacın gerçekleştirilmesine yönelik fiilde bulunduklarına dair haklarında mahkûmiyeti gerektirir kesin, tam, inandırıcı delil olmadığı gözetilerek suç işlemek için teşekküle yardım etmek suçundan dolayı sanıklar Yılmaz Kenan Ömürlü, Mehmet Oğuz, Hakan Adanalı, Levent Yıldırım, Derviş Oral, Mehmet Metin, Ferhan Özmen, Ender Örnek ve Barbaros Dokumacı'nın beraatleri yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetlerine karar verilmesi,

Sanık Mehmet Nazif Edin'in ortağı olduğu Onmed firmasıyla SSK arasındaki alacak davasına konu İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesinin 24.04.2007 gün ve 2003/671 esas, 2007/241 Karar ve sanıklar İsmail ile Salih Uğur'un ortağı olduğu

Meday firması aleyhine BAĞ-KUR tarafından açıldığı belirtilen Ankara 21. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/131 esas, 2005/379 Karar ve Mehmet Tümer ile Mehmet Tüysüz'ün ortağı olduğu Medistar firmasının açtığı Ankara 21. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/191 esas, 2006/170 Karar ile Küçükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/626 esas, 2006/304 Karar ve fazla stent kullanılmasıyla ilgili olarak bu davanın sanıklarından Mehmet Oğuz ve Kenan Yılmaz Ömürlü'nün de aralarında bulunduğu Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.04.2007 gün ve 2005/392 esas, 2007/131 Karar ve stent alımlarıyla ilgili Emekli Sandığı tarafından açıldığı belirtilen Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/833 esas sayılı dosyaların, derdest iseler onaylı suretlerinin ve medikal firmalara ait defter ve 01.02.2002 ila 18.03.2002 tarihleri arasındaki faturalarının getirtilip SSK, BAĞ-KUR ve Emekli Sandığı emekli müfettişleriyle Sayıştay uzman denetçilerinden ve medikal konusunda tarafsız uzmanlardan oluşturulacak karma bilirkişi heyetine tevdi edilerek; belirtilen tarihler arasında suça konu kardiyoloji malzemesinin SSK, BAĞ-KUR, Emekli Sandığına satışının yapıp yapılmadığının, daha önceki dönemlere göre bu malzemelerin satış oranlarında önemli ve büyük ölçüde düşüş bulunup bulunmadığının ve bu durumun sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan suça konu malzemenin azalmasına, darlığına veya fiyatlarının artmasına sebep olup olmadığının tespitiyle sonucuna göre tüm sanıkların mal satışından kaçınmak ve ayrıca sanıklar Mehmet Tüysüz, Mehmet Tümer, Atilla Küçükyalçın, Vahide Ünsalan'ın savunmaları üzerinde de durularak cürüm işlemek için oluşturulan teşekküle üye olmak ve yardım etmek suçlarından dolayı bir bütün olarak hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hükümler kurulması ve ayrıca sanıklar Şaziye Banu Ünal ile Orkide Salar'ın, kardiyoloji malzemesi satışı yapmayarak protokollü sistemden ihaleli sisteme geçmeyi engellemek şeklinde belirlenen ortak amaç doğrultusunda eylemlerde bulunarak teşekküle yardım etmek suçunu işledikleri kabul edilip mahkûmiyetlerine karar verildiği hâlde yeterli gerekçe gösterilmeden mal satışından kaçınmak suçundan dolayı haklarında beraat hükmü kurulması,

05.05.2003, 12.05.2003, 04.08.2003 ve 31.03.2004 tarihli müfettiş raporlarında belirtilen ve mahkemece kabule esas alınan; hastalara fazla malzeme kullanılmış gibi gösterilmek suretiyle kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık ve sanık Ender Örnek'in Cemile Dilek adlı hastaya fazla stent uygulanmış gibi rapor düzenlenmek suretiyle resmî evrakta sahtecilik suçunun işlendiği iddialarıyla ilgili olarak, söz konusu müfettiş raporlarında belirtilen ve mahkeme kabulüne konu tüm hastalara ilişkin CD ve filmler ile düzenlenen hastane reçete, kullanıldı raporları ve faturalarla bu suçlara dair düzenlenmiş daha önceki bilirkişi raporlarının sanıkların görev yaptıkları üniversitelerin dışındaki Kardiyoloji ve Radyoloji Ana Bilim Dalı'nda görevli öğretim üyeleriyle BAĞ-KUR, Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli müfettişlerden oluşturulacak karma bilirkişiler heyetine tevdi edilerek; söz konusu hastalara kaç adet uygulandığının, faturalar ve hastane reçeteleriyle kullanıldı raporlarındaki sayılarının ne kadar olduğunun, aralarında sayı bakımından fark bulunup bulunmadığının ve ayrıca Özel Yaşam Hastanesinde müfettiş raporunda belirtildiği şekilde kendisine primer stent implantasyonu yapılmış olmasına rağmen PTCA da yapılmış gibi gösterildiği belirtilen hastalara PTCA yapıp yapılmadığı, bu hastanece 2001 yılında alınmış balon katater sayısı ile bu yıl içinde bu malzemelere ilişkin düzenlenen reçete ve kullanıldı raporları ve bunlara dair faturalardaki miktarın ne kadar olduğunun, aralarında fark bulunup bulunmadığının ve varsa bu farkın eldeki bu malzemenin steril edilip tekrar kullanma sonucunda meydana gelip gelmediğinin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Başmüfettişliğinin 04.08.2003 tarihli raporunda belirtilen Özel Yaşam Hastanesine Onmed firmasının

(Mehmet Nazif Edin) bayisi olan Meday firmasınca (İsmail Uğur ve Salih Uğur) SSK'lı hastalara HC marka stentin verilir kullanıldığı hâlde ACS marka stent kullanılmış gibi reçete, kullanıldı raporu ve fatura edilmesi ve Çalışma Bakanlığı başmüfettişi Özkan Dalbay'ca hazırlanan 20.11.2002 ve kurum müfettişlerince düzenlenen 13.06.2003, 25.04.2003 tarihli raporlarında belirtilen Ekin firmasınca (Fahri Örküp ve Sedat Örküp) SSK Eskişehir Bölge Hastanesine (Barbaros Dokumacı) 'Nemed Troya marka balon ve Nemed Ephesos marka stent ile Natec marka stent verildiği hâlde Medtronic (GX-Plus balon ve Wiktor stent) markanın' ve 'Atrium marka balon ve stent verildiği hâlde Angiodynamics ve Bard markanın' verilmiş gibi gösterilmesi keza bunlara dair faturaların Medistar (Mehmet Tümer, Mehmet Tüysüz, Vahide Ünsalan) ve Mutlu Medikim (Cezmi Mutlu, Ertan Çokşen) firmalarınca onaylanıp bedellerinin bayileri Ekin firmasınca kurumlardan tahsil edilmesi ve ayrıca Doktor Barbaros'un bunlar dışında müfettiş raporunda belirtilen diğer taahhütname kapsamı dışındaki markaların hastanede kullanılması eylemleriyle ilgili olarak, söz konusu malzemelere konu faturaların ve bunlara dair düzenlenen hastane reçete ve kullanıldı raporlarının da yukarıda belirtilen bilirkişi heyetine tevdi edilerek, verilen malzemelerin taahhüt edilen malzemeye eş değer nitelikte olup olmadığı, 02.03.2000 tarih ve 153656 sayılı Genel Yazı'ya uygun şekilde Genel Müdürlükçe belirlenen fiyatlardan %10 oranında daha ucuza hastaneye verilir vermediği, yukarıda belirtilen bütün bu işlemler nedeniyle ilgili kurumlar aleyhine meydana gelmiş bir zararın bulunup bulunmadığı, varsa ne şekilde oluştuğu ve nereden kaynaklandığı ve miktarıyla, kasıtlarını belirleme bakımından sanıklar Mehmet Nazif Edin, İsmail Uğur, Salih Uğur, Kenan Yılmaz Ömürlü, Mehmet Oğuz, Hakan Adanalı, Haydar Obalı, İlker Usluer, Cenk Toparlaklı, Murat Adıgüzel, Barbaros Dokumacı, Fahri Örküp, Sedat Örküp, Mehmet Tümer, Mehmet Tüysüz, Vahide Ünsalan, Cezmi Mutlu ve Ertan Çokşen'in menfaat sağlama sürecindeki konumları, görevleri ve hangi ölçüde etkili oldukları, menfaatin kime sağlandığı ve meydana gelen zarardan sorumlu tutulup tutulamayacakları, Cemile Dilek isimli şahsa ilişkin düzenlenen reçete ve kullanıldı raporlarında sanık Ender'in imza ve onayının bulunup bulunmadığı hususlarında ayrıntılı mütalaa alındıktan sonra hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükümler kurulması,

Firmalarının malzemelerini kullanmaları karşılığında sanıklar İsmail Uğur ve Salih Uğur'un, Doktor Derviş Oral'a ve sanıklar Fahri Örküp ile Sedat Örküp'ün Doktor Barbaros Dokumacı'ya haklı bir hususun temini için müteselsil şekilde rüşvet verdikleri tüm dosya kapsamıyla sabit olduğu gözetilip eylemlerine uyan 765 sayılı TCK'nın 213/2, 80 ve 5237 sayılı TCK'nın 257/3, 43 maddeleri karşılaştırılıp lehe olan yasa uyarınca mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,

Kendilerine ait firmaların malzemelerini kullanma karşılığı İbrahim Erdoğan'ın Doktor Ender Örnek'e ve sanık Mert Aygen'in doktorlar Derviş Oral ve Mehmet Metin'e, sanık Emin Aydın Ünal'ın da doktorlar Derviş Oral, Ferhan Özmen ve Ender Örnek'e rüşvet verme eylemlerinin her bir doktor bakımından ayrı ayrı 765 sayılı TCK'nın 213/2 maddesine uygun haklı bir hususun temini için rüşvet vermek suçunu oluşturduğu ve ayrıca sanıklar Mert ve Emin'in bu eylemlerinin teselsül ettiği dikkate alınıp lehe yasa karşılaştırmasının buna göre yapılması gerektiğinin gözetilmemesi ve sanık Mert'in doktorlar Barbaros ile Ferhan'a rüşvet vermek eylemlerinden dolayı açılan kamu davasına ilişkin bir hüküm kurulmaması,

Sanık Derviş Oral'ın Meday (İsmail Uğur, Salih Uğur), Medim (Emin Aydın

Ünal), Tera (Mert Aygen); sanık Ferhan Özmen'in Tera (Mert Aygen) ve Medim (Emin Aydın Ünal); sanık Ender Örnek'in Sesa (İbrahim Erdoğan) ve Medim (Emin Aydın Ünal) firmalarının malzemelerini kullanma karşılığı menfaat temin etmelerinin her bir firma bakımından ayrı ayrı rüşvet alma suçlarını oluşturduğunun ve sanık Ender'in Sesa firmasından menfaat temin etmesi eylemi dışında kalan ve yukarıda isimleri belirtilen doktor sanıklar Derviş, Ferhan ve Ender ile diğer sanık doktorlar Levent Yıldırım, Barbaros Dokumacı ve Mehmet Metin'in kabul edilen eylemlerinin teselsül ettiği gözetilip lehe yasa karşılaştırmasının buna göre yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması,..." (5. CD'nin 28.02.2008 tarih ve 2007/9110-2008/1249 sayılı Karar'ı)

49-"... Müfettiş tarafından düzenlenen 29.08.2001 günlü soruşturma raporu ile hükme esas alınan bilirkişi raporu arasında esasta çelişkiler bulunduğu gözetilip, öncelikle satın alınan malzemelere piyasa rayıçlarına göre 2-10 kat daha fazla bedel ödendiğine ilişkin iddia üzerinde durularak, malzemelerin satın alındığı tarih itibarıyla piyasa fiyatlarının ticaret odası ve ilgili kuruluşlardan tespit edilip, sanık Şeref Metin Göztaş'ın C. Savcılığınca alınan ifadesinde söylediği 22 adet teklif mektuplarındaki yazı, imza ve kaşelerin teklifi veren firmalar ve firma yetkililerinin eli mahsülü olup olmadığının araştırılmasından sonra yapılan ihale işlemlerinde mevzuata ve uygulamaya aykırılık bulunup bulunmadığı, katılanın zararının ve sanıkların haksız çıkar sağlamalarının söz konusu olup olmadığı hususlarında bilirkişilerden ayrıntılı rapor alındıktan sonra tüm iddia, savunma ve kanıtlar birlikte değerlendirilip varılacak sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD'nin 25.02.2008 tarih ve 2005/18237-2008/1117 sayılı Karar'ı)

50-"... Oluşa göre, sanıklar Alpaslan Özçelik, Yusuf Değer ve Hasan oğlu Süleyman Yörükoğlu'nun 2886 sayılı Yasa'ya muhalefetle belediye meclis üyesi Murat Gök'ün ortağı bulunduğu Beynur şirketine ait akaryakıt istasyonundan benzin aldıkları, yine sanıklar Murat Berber ve Ali oğlu Süleyman Yörükoğlu'nun da aynı şekilde Murat Gök'ün ortağı olduğu şirketten araç satın almaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinde, mahkemece de sanıkların **2886 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin kişilerin çalıştığı kurumla ticaret yapmalarının kuruma mal-hizmet satıp almalarının yasaklandığı hâlde buna uyulmayarak görevlerini kötüye kullandıklarının kabul edilmesine, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 257/1. maddesinde görevi kötüye kullanmak suçunun 'görevin gereklerine aykırı olarak hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan yahut kişilere haksız bir kazanç sağlayan, kamu görevlisi' denilmek suretiyle unsurları itibarıyla yeniden düzenlenmesi nedeniyle sanıkların eylemleri sonucunda yazılı unsurların bulunup bulunmadığı karar yerinde tartışılarak değerlendirilmeden ve 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. ve CMK'nın 34 ve 230. maddelerine uygun olarak lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi, uygulamanın neden ve gerekçeleri de denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD'nin 27.09.2007 tarih ve 2007/6675-2007/6881 sayılı Karar'ı)**

51-"... Dosya kapsamında bulunan, özel hastane binasının değerinin dokuz trilyon iki yüz elli milyar olduğuna dair 08.08.2003 tarihli bilirkişi raporu ve yine binanın değeri konusunda verilen Pendik İcra Tetkik Mercisinin 15.02.2001 tarihli ve 2000/486 esas, 2001/40 sayılı kıymet takdirine itiraz Karar'ı ile müşteki vekilinin 21.02.2005 tarihli şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü hususlar dikkate alındığında, mevcut delillerin takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesine ait olacağı gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülemediğinden bahisle 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince bozulması lüzumu, Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 29.03.2007 gün ve 17447 sayılı Kanun Yararına Bozma talebine atfen C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü:

Özel Özkan Sağlık Tes. Tic. Ltd. Şti'ye ait olan ve soruşturmaya konu gayrimenkulün değerine ilişkin Pendik 2. İcra Müdürlüğü'nün 2000/1520 talimat sayılı dosyasına ibraz edilen 08.08.2003 günlü bilirkişi raporunda gayrimenkulün tamamının 9.250.000.000.000 TL olduğunun bildirilmesi ve ayrıca Pendik İcra Tetkik Mercisince verilen 15.02.2001 gün ve 2000/486 esas, 2001/40 sayılı Karar'ında taşınmazın satışa esas olmak üzere değerinin 6.100.000.000.000 TL olarak tespit edilmiş olması ile söz konusu gayrimenkulün satışına dair SSK Başkanlığı vekilince Kartal 2. İş Mahkemesine açılan 2004/1268 esas ve alacaklı Tarkan Doğan tarafından Pendik İcra Hukuk Mahkemesine açılan 2005/44 esas ve Şebnem Şenerdem Kaya vekilince Pendik İcra Hukuk Mahkemesine açılan 2005/55 esas sayılı ihalenin feshine dair davalar ile Tarkan Doğan tarafından İstanbul 4. İdare Mahkemesine açılan 2005/732 esas sayılı dava dosyalarının akıbetlerinin araştırılıp beklenmesi zorunluluğu ve müşteki Tarkan vekilinin 21.02.2005 günlü şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü hususlara dair tüm delillerin takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesince yapılması lüzumu nedenleriyle kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde olduğu anlaşıldığından, Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 16.06.2006 gün ve 2006/725 Müt. sayılı Karar'ının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ..." (5. CD'nin 07.05.2007 tarih ve 2007/4298-2007/3362 sayılı Karar'ı)

52-"... Tekel Genel Müdürlüğü Tuz Sanayi Müessesesi Müdürlüğüne bağlı Yavşan Tuz İşletmesi Müdürlüğünde gerçekleştirilen iş makineleri bakım ve onarım ile yedek parça alım ihaleleriyle ilgili olarak, işletmede bulunan bir kısım iş makinelerine takıldığı belirtilen bazı parçaların takılmaması, komple değiştirildiği belirtilen parçaların bir kısmının değiştirilmesi, bazı iş makinelerinde bulunmayan parçanın o makinenin parçasıymış gibi hayalî fatura düzenlenmesi, tek parçanın iki ayrı isim altında fatura edilmesi, piyasada takım hâlinde satılan malzemelerin birkaç parçaya ayrılarak ayrı ayrı fiyatlandırılması, orijinal olmayan parçaların orijinalmiş gibi fatura edilmesi, ambar memuruna ait bir kısım imzaların taklit edilmesi, resmî evrak düzenlenirken gerçek olmayan hususların gerçekmiş gibi gösterilmesi sonucunda işletmenin 10.803.158.076 TL zarara uğratılmak suretiyle sahtecilik yapıldığının ve ihaleye fesat karıştırıldığının ileri sürüldüğü, tüm bu iddialara esas teşkil eden Tekel Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü Müfettişliği tarafından düzenlenen 20.07.1998 günlü, buna bağlı olarak Cihanbeyli Sulh Hukuk Mahkemesi ile Konya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından tayin edilen bilirkişinin 28-29.01.1998 günlü raporları ile yine Tuz İşletmesi teknik elemanlarınca düzenlenen 19.01.1998 günlü rapor da gözetilerek öncelikle söz

konusu iş makineleri bakım ve onarım ile yedek parça alım ihaleleriyle ilgili emsal olabilecek uygulamaların benzer kurumlardan araştırılması, fatura tanzim edilirken yedek parçalar için orijinal yazılmasının olağan olup olmadığının, takım hâlinde satılan malzemelerin parçalara ayrılarak faturalandırılıp faturalandırılmayacağına, suçla konu yedek parçaların alındıkları tarihteki rayiç fiyatlara uygun olup olmadığının ilgili meslek ve ticaret odalarından sorulup belirlenmesinden ve Konya 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/9-8 değişik iş no.lu tespit dosyasının getirtilmesinden sonra iş makinelerinde uzmanlığı ile bilinen makine mühendisi, üniversite öğretim görevlisi ve Sayıştay emekli uzman denetçilerden oluşturulacak bilirkişi heyetine dosya tevdi edilerek iddia, savunma ve tüm dosya içeriği ile sanıkların sıfat, yetki ve görevleri de gözetilerek, eylemlere katılımlarının hangi biçimde olduğu ve idarenin kasten zarara uğratılıp uğratılmadığı konularında açıklayıcı rapor düzenlettirildikten sonra dosyadaki tüm kanıtlarla birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerekirken gerekçeden yoksun ve olayın oluş ve cereyan tarzına uygun düşmeyen rapora itibarla yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (5. CD'nin 01.05.2007 tarih ve 2006/2699-2007/3132 sayılı Karar'ı)

1 No.lu İçtihat

"Kömür torbalama ve nakliye ihalelerinden anlayan üç kişilik bilirkişi heyeti oluşturulup, dava dosyası ve ekleri tevdi edilerek, dosya içindeki mevcut taşıyıcılar kooperatiflerinin bildirdikleri fiyatlar ile Türkiye Kömür İşletmeleri Teftiş Kurulu müfettişlerince düzenlenen 31.05.2007 ve 12.09.2007 tarihli soruşturma raporları da değerlendirilip, **suçla konu ihalelerin yaklaşık maliyetleri, usulüne uygun şekilde hesap edilerek sonucuna göre kurum açısından bir zararın oluşup oluşmadığının tespiti yerine, soyut olarak kurum yetkililerinin raporlarıyla da çelişkili olarak rekabet ortamının sağlanmaması nedeniyle kurum zararının oluştuğu kabul edilerek TCK'nın 235/3. maddesinin uygulanması, ...**" (5. CD'nin 01.03.2011 tarih ve 2010/5156-2011/1544 sayılı Karar'ı)

2 No.lu İçtihat

"Hastaneye pazarlık usulü ilaç ve malzeme alımlarıyla ilgili olarak alınan malzemelerin, ticaret ve sanayi odalarından, bu iş ile iştigal eden diğer firmalardan suç tarihindeki rayiç bedelleri sorulup, iddianamenin 2. paragrafında parası ödendiği hâlde gerçekte alınmadığı iddia olunan 9 adet malzeme alım ihalesi ile 06.12.2001 tarihli faturaya göre 50 metre tül MDF parası ödendiği hâlde, 27 metre tül MDF kullanımına ilişkin olarak, hastaneden bu malzemelerin kullanılıp kullanılmadığı sorulup, bunlara ilişkin varsa evraklar getirtilip, gerekirse mahallinde keşif de yapılarak, malzemelerin alındığı firma yetkilileri de dinlenerek, tüm dava dosyası hastane malzeme alımlarından anlayan bir kişi ile birlikte emekli Sayıştay uzman denetçilerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi ile **yapılan alımlarda hastanenin bir zararının bulunup bulunmadığı, var ise her bir ihale için uğranılan zararın ne kadar olduğu ve ihale usul ve uygulamasına aykırı davranılıp davranılmadığı hususlarında açıklayıcı ve ayrıntılı rapor aldırıldıktan sonra, ... tüm iddia ve savunma değerlendirilerek ... karar verilmesi, ...**" (5. CD'nin 12.04.2010 tarih ve 2009/12757-2010/2804 sayılı Karar'ı)

3 No.lu İçtihat

"Bursa Tasfiye İşletme Müdürlüğü İşletme Müdürlük sahasında MKE MAKSAM

AŞ tarafından yapılan yangın söndürme, su deposu ve saha betonu inşaatına ilişkin düzenlenen hak ediş raporunun yapılan imalata uygunluk arz edip etmediği konusunda inşaat mahallinde mimar ve mühendislerden oluşan bilirkişi heyeti marifetiyle keşif yapıldıktan sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, ..." (5. CD'nin 13.11.2003 tarih ve 2002/2639-2003/6373 sayılı Karar'ı)

4 No.lu içtihat

"Yapılan ihalede mevzuata aykırılık teşkil eden bir usulsüzlük bulunmadığı ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle sanıklar İsmail Ergün Göknel, Metin Kavuk ve Ziya Kurtaran'ın beraatlerine karar verilmişse de iddianamede gerek Keçideresi yağmur suyu kollektörü ve atık su inşaatı gerekse Kâğıthane Deresi'nin temizlenmesi ve onarım işi nedeniyle müteahhite toplam 76.577.786.345 lira fazla ödemede bulunmak suretiyle ihaleye fesat karıştırıldığı ileri sürüldüğü, iddianamenin dayandığı 15.07.1996 günlü rapor ve 10.11.1995 günlü inceleme komisyonu raporunda bu fazla ödemenin nedenlerinin kanıtlarıyla birlikte izah edildiği, buna karşılık yargılamada alınan ve hükme de esas tutulan bilirkişi raporunda bu konuda bir irdeleme bulunmadığı nazara alınıp, öncelikle İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1995/354 ve 482 değişik iş no.lu tespit dosyalarının getirtilip dava konusu işlerde uzman inşaat ve jeoloji öğretim görevlileri ve bir hukukçudan oluşturulacak üçlü bilirkişi heyeti ile mahallinde keşif icra edilerek müteahhit firmaca yapılan işlerin düzenlenen hak edişlerle ve dosyalardaki bilirkişi raporlarıyla kıyaslamasını yapan, müteahhite fazla ödemede bulunup bulunulmadığı dolayısıyla **idarenin zarara uğratılıp uğratılmadığı konularında açıklamalara yer veren rapor düzenletirildikten sonra dosyadaki tüm kanıtlarla birlikte değerlendirilerek** sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (5. CD'nin 01.05.2003 tarih ve 2002/5740-2003/2496 sayılı Karar'ı)

5 No.lu İçtihat (Ceza Genel Kurulu)

"Sanıkların; görevlerinin yürütülmesi sırasında, görevlerinin gerekli kıldığı yükümlülüklere aykırı davrandıkları, kullandıkları hileli davranışlarla (irtikâp) kendileri veya üçüncü şahıslar lehine haksız çıkar sağladıkları, menfaat vaat veya temini veya gizli anlaşma veya sair vasıtalarla artırma veya eksiltmeye engel oldukları veya rekabeti önledikleri yahut ihlal ettikleri, bundan dolayı da kamunun zararına neden oldukları yolunda herhangi bir iddia ve kanıt bulunmamaktadır.

765 sayılı TCY'nin 205.maddesinde yazılı devlet alım satım veya yapımına fesat karıştırma suçunun maddi unsuru, failin kendisinin veya üçüncü şahısların lehine haksız çıkar sağlamak olduğu, salt alım satımın uygulama usul ve şekillerine aykırı davranılmasının anılan suçu oluşturmayacağı yönündeki yerleşik yargı kararları da dikkate alınarak, sanıklara isnat edilen devlet alım satım veya yapımına fesat karıştırma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla sanıkların isnat edilen suçtan beraatine ilişkin, Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmayıp, Yargıtay C. Başsavcılığı temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar verilmelidir." (CGK'nın 22.05.2007 tarih ve 2005/5-168-2007/112 sayılı Karar'ı)

6 No.lu İçtihat

"Sanıkların; görevlerinin yürütülmesi sırasında, görevlerinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle aykırı davrandıkları, kullandıkları hileli davranışlarla (irtikâp) kendileri veya üçüncü şahıslar lehine haksız çıkar sağladıkları, menfaat vaat veya temini veya gizli anlaşma veya sair vasıtalarla artırma veya eksiltmeye engel oldukları veya rekabeti önledikleri yahut ihlal ettikleri, bundan dolayı da kamunun zararına neden oldukları yolunda herhangi bir iddia ve kanıt bulunmamaktadır.

765 sayılı TCY'nin 205. maddesinde yazılı devlet alım satım veya yapımına fesat karıştırma suçunun maddi unsuru, failin kendisinin veya üçüncü şahısların lehine haksız çıkar sağlamak olduğu, salt alım satımın uygulama usul ve şekillerine aykırı davranılmasının anılan suç oluşturmayacağı yönündeki yerleşik yargı kararları da dikkate alınarak, sanıklara isnat edilen devlet alım satım veya yapımına fesat karıştırma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla sanıkların isnat edilen suçtan beraatine ilişkin, Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmayıp, Yargıtay C. Başsavcılığı temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar verilmelidir." (CGK'nın 22.05.2007 tarih ve 2005/5-168-2007/112 sayılı Karar'ı)

7 No.lu İçtihat

"Belediye başkanı olan sanığın, belediyeye ait taşınmazı, Belediye Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun öngördüğü yöntem ve esaslara aykırı biçimde, ihalesiz olarak, Belediye Meclisinin kararı olmadan, noterde düzenlenen kira sözleşmesi ile 10 yıllığına bir şahsa kiraya verdiği ve görev süresi içinde kira bedellerini tahsis etmediği, bu şekilde görevini kötüye kullanarak katılan belediyenin zarara uğramasına neden olduğunun anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı Yasaların ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak sanık yararına olan yasa hükmünün saptanması, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, sanığın suç kastının bulunmadığı biçimindeki yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi; Suç Tarihi: 18.02.2003." (4. CD'nin 12.07.2010 tarih ve 2010/13085-2010/13493 sayılı Karar'ı)

8 No.lu İçtihat

"Belediye başkanı olan sanığın 4734 Sayılı Kamu İhale Yasası'nın 21. maddesinin (f) fıkrasındaki 'pazarlık yoluyla alımda 50.000 YTL sınırını' dolanmak amacıyla aynı maddenin (b) fıkrasındaki '... doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi ani ve beklenmeyen, idare tarafından önceden öngörülmeyen olayların ortaya çıkması üzerine ivedi ihale yoluna başvurulur' gerekçesine dayanarak pazarlık yoluyla 210.000 YTL'lik kömür alıp beldesindeki fakirlere dağıtması, pazarlık işlemini gerçekleştiren komisyonu eksik kurması, komisyona sonradan giren yedek üyeyi önceden seçilmiş yedek üyeler arasından seçmemesi, rayiç değer 170.000 YTL'nin çok üzerinde bir bedelle alım yapması, kömürün niteliği konusunda teknik şartname ve kömürün belediyece teslim alındığına dair tutanak düzenlenmemesi,

mahalle muhtarlarından muhtaçlık belgesi almadan kömürü dağıtması suretiyle 5237 sayılı TCY 257/1 madde ve fıkrasındaki kamu zararının oluştuğu, kişilere de haksız kazanç sağlandığının anlaşılmasına karşın, '... ihalenin uygun yapılmadığı, kömür alım ve dağıtımında düzensizlik olduğu ancak belediyenin zarara uğradığı konusunda somut olgu tespit olunmadığı...' biçiminde yerinde olmayan bilirkişi görüşüne dayanarak görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan beraat kararı verilmesi; Suç Tarihi: Mart 2004." (4. CD'nin 17.02.2009 tarih ve 2008/1058-2009/2566 sayılı Karar'ı)

9 No.lu İçtihat

"Ancak; belediye başkanı olan sanığın, kiralanan belediye mülkiyetindeki taşınmazların kira bedellerinin tahsiliyle ilgili olarak görevli olması ve belediyeye ait özel taşınmazların kiraya verilmesi işinin 2886 sayılı İhale Yasası hükümlerine tabi bulunup, anılan Yasa'nın 6.maddesi uyarınca kira ihalesine katılma yasağı da bulunmasına karşın, 9 numaralı dükkânı 01.11.2001-30.06.2004 tarihleri arasında eylemli olarak özel işinde kullanıp kira bedeli de ödemeyerek 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın 71. maddesi anlamında kamu zararına neden olması biçimindeki eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmada karşısında, 765 ve 5237 sayılı Yasaların ilgili hükümleri karşılaştırılıp sonucuna göre sanık lehine bulunduğu saptanan yasa maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, yetersiz gerekçelerle beraat kararı verilmesi; Suç Tarihi: 01.11.2001-30.06.2006." (4. CD'nin 07.05.2009 tarih ve 2007/11970-2009/8771 sayılı Karar'ı)

10 No.lu İçtihat

"Belediye başkanı olan sanıklardan Hasan Karatoklu'nun şehir içi yolcu taşımacılığı yapacak araçları, ihale yapmadan 10.06.1999 tarihli yazı ile belirlediği, araçlardan herhangi bir ücret almadığı, bir kısım araçların ise ihale süreleri 11.04.2003 ve 12.09.2003 tarihlerinde sona ermesine karşın yeniden ihale yapmadan çalışmaya devam etmelerine izin verdiği, sanık Ramazan İsmail Uygur'un ise göreve başladığı Nisan 2004 tarihinden itibaren ihalesiz olarak yolcu taşımaya devam etmekte olan araç sahipleri ile ihale yapmadan 06.07.2004 tarihinde 3 yıllık sözleşme yaptığı, bu şekilde sanıkların suç tarihinde yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Yasası'nın 19/5, 100/b ve 2886 sayılı İhale Yasa'sının 1 ve 3. maddelerine aykırı davranıp aynı yasanın 2/1 maddesinde öngörülen ihalede açıklık ve rekabet koşullarının sağlanmaması nedeniyle belediyeyi zarara uğratarak araç sahiplerine haksız kazanç sağlamak suretiyle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işledikleri gözetilmeden, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak belediye, kurum veya kişi zararı bulunmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi; Suç Tarihi: 1999-2004." (4. CD'nin 11.05.2009 tarih ve 2009/5123-2009/8909 sayılı Karar'ı)

11 No.lu İçtihat

"İhale komisyon üyesi olan sanığın, 4734 sayılı İhale Kanunu'nun 28. maddesindeki hükmüne karşın; ihale doküman bedelini basım maliyetinden yüksek belirleyerek rekabeti engellemesi karşısında; eylemiyle görevin gereklerine aykırı hareket eden sanığın kişilerin mağduriyetine veya

kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız bir kazanç sağlama biçimindeki cezalandırma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği de tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi yerine yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi; Suç Tarihi: 29.08.2003.” (4. CD’nin 23.06.2009 tarih ve 2007/12138-2009/12717 sayılı Karar’ı)

12 No.lu İçtihat

“... 2002 yılında Yasa’ya aykırı bir biçimde ihale açmadan pazarlık usulüyle alım yapma eylemlerine ilişkin hükme yönelik temyize gelince;

Başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; belediye başkanı olan sanığın ‘2002 Yılı Mali Bütçe Yasası’na aykırı olarak 4000 YTL üzerindeki kum ve çimento alımlarını ihaleye çıkartmadan peyderpey pazarlık usulüyle alma eyleminden açılan davada, ‘ihaleye katılan olmayınca pazarlık usulü almaya mecbur kaldık’ biçimindeki savunma da göz önüne alınıp, bu dönemle sınırlı olarak kum ve çimento alımlarının ihaleye çıkartılıp katılan olmayınca pazarlık usulüne göre yapılan ihalenin İhale Yasası’na uygun olup olmadığı ve 5237 sayılı TCY 257/1. maddesinin koşulları olan kamu zararı, başkasının mağduriyetine neden olma, haksız kazanç sağlama öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin emekli Sayıştay uzman denetçilerinden oluşan bilirkişi heyetine inceletirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, belge ve diğer kanıtların dökümünü yapıp irdelemeden yalnızca görüş bildiren bilirkişi raporunu esas alan mahkemenin, dava kapsamı dışında kalan 2003 yılına ait eylemleri de değerlendirmeye alıp beraat kararı vermesi,...” (4. CD’nin 02.12.2008 tarih ve 2007/5708-2008/21511 sayılı Karar’ı)

13 No.lu İçtihat

“Belediye başkanı ve fen işleri sorumlusu olarak görev yapan sanıkların, 2886 sayılı Yasa’nın 2. maddesindeki ‘Bu Kanun’da yazılı hâllerden yararlanmak amacıyla ihale konusunu oluşturan işler kısımlara bölünemez.’ hükmüne aykırı olarak, yol yapımı için gerekli olan kum, tuvanen, stabilize, çakıl, mıcır gibi malzeme ihtiyaçlarını bütün hâlinde değil, pazarlıkla temin sınırı içinde kalacak şekilde kısımlara bölüp belediye başkanlığına ve encümene bildirme şeklindeki eylemleri sonucunda, 5237 sayılı TCY’nin 257. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olup olmadıkları veya kişilere haksız bir kazanç sağlayıp sağlamadıkları hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, eksik soruşturma ile beraat kararı verilmesi; Suç Tarihi :2000-2002.” (4. CD’nin 10.11.2008 tarih ve 2007/3193-2008/20069 sayılı Karar’ı)

14 No.lu İçtihat

“Köy tüzel kişiliğine ait taşınmazların kiralınması işleminin 2886 sayılı Devlet İhale Yasası’nın kapsamı dışında olması karşısında; köy muhtarı olan sanığın, köye ait kahvehaneyi köy ihtiyar heyeti kararı ve kaymakamlık onayı olmadan kiralama eylemleriyle 5237 sayılı TCY’nin 257/1’de öngörülen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olup olmadığı araştırılıp tartışılmadan ve kira süresi, kira bedeli ve diğer kira şartları

bakımından kirayı alan kişilere ne surette haksız kazanç sağlandığı somut olarak açıklanmadan yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması; Suç Tarihi: 12.04.2000." (4. CD'nin 14.07.2008 tarih ve 2007/2021-2008/16287 sayılı Karar'ı)

15 No.lu İçtihat

"... Ancak; İller Bankası 2. Bölge (Bursa) Müdürlüğünde müdür vekili olan sanık Turan Karadağ'ın, Kurumun temizlik işlerini yapmakta olan Bilgehan Limitet Şirketinin, temizlik hizmetleri sözleşmesi hükümleri uyarınca 1 yıl süre uzatımı önerisini Genel Müdürlüğe iletmeyerek işi ihaleye çıkarmak ve usulsüzlük konulu 25.07.2002 tarihli dilekçesini 2. ihaleden sonra komisyona göndermek; **ihale komisyonu başkan ve üyesi olan diğer sanıkların ise adı geçen şirketin tehditle ihaleye katılımının engellendiği iddiasını yerinde bularak 1. ihalenin iptaline karar vermelerine karşın, bu şirketi 2. ihaleye çağırılmamak suretiyle işin başka bir şirkete verilmesini sağlama biçimindeki eylemlerinde, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörülen kişi mağduriyetine veya kamu zararına yol açma yahut kişilere haksız kazanç sağlama unsurları değerlendirilerek görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığının tartışılması yerine, kanıt değerlendirmesi (takdiri) içeren 18.02.2005 tarihli yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi; Suç Tarihi: 12.06.2002."**

(4. CD'nin 12.02.2008 tarih ve 2006/7323-2008/1386 sayılı Karar'ı)

16 No.lu İçtihat

"Oluşa göre, sanıklar Alpaslan Özçelik, Yusuf Değer ve Hasanoğlu Süleyman Yörükoğlu'nun 2886 sayılı Yasa'ya muhalefetle belediye meclis üyesi Murat Gök'ün ortağı bulunduğu Beynur şirketine ait akaryakıt istasyonundan benzin aldıkları, yine sanıklar Murat Berber ve Ali Oğlu Süleyman Yörükoğlu'nunda aynı şekilde Murat Gök'ün ortağı olduğu şirketten araç satın almaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinde, mahkemecede sanıkların **2886 Sayılı Yasa'nın 6. maddesinin kişilerin çalıştığı kurumla ticaret yapmalarının kuruma mal-hizmet satıp almalarının yasaklandığı hâlde buna uyulmayarak görevlerini kötüye kullandıklarının kabul edilmesine, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 257/1. maddesinde ... yazılı unsurların bulunup bulunmadığı karar yerinde tartışılarak...**" (5. CD'nin 27.09.2007 tarih ve 2007/6675-2007/6881 sayılı Karar'ı)

17 No.lu İçtihat

"... Konuyla ilgili idari soruşturma, teknik ve hesap bilirkişileri raporlarına, sanık Turhan'ın kısmi ikrarına, tanık beyanlarına ve dosya içeriğine göre sanık Haydar Mengi'nin Turban AŞ'nin Kuşadası Marina müdürü olarak görev yaptığı ve aynı zamanda alım satım komisyonu başkanı olduğu, Turhan Erten'in ise marinanın idari bürolarının tamir ve tadilatı, ek binanın, yabancı misafir konutu, Türk hamamı, sauna, havuz ve helikopter pisti yapımı gibi işlerini üstlenen müteahhit firma olan Erten Mühendislik Ltd. Şti'nin temsilcisi olduğu, anılan imalat ve inşaat işlerine işletme talebi olmadan, ihale açılmadan, gazete ilanı verilmeden, ihale dosyası hazırlanmadan ve usulüne uygun müteahhit firma seçilmeden başladığı, ihale dosyasındaki şekil şartlarının yerine getirilmesi ve yapılan ödemelere meşruluk kazandırmak amacıyla ihale ilanın gazetede geçmiş tarihle yayımlatıldığı, ihaleye katılmış gösterilen firmaların gerçekte teklif vermedikleri ve ihale şartnamesinin bunlara satıldığını gösteren kayıt bulunmadığı, işin tutarına nazaran alım satım ve yaptırma yetkisi yönetim kuruluna

ait olduğu hâlde böyle bir karar çıkartılmadan işlemlere ve ödemeye devam edildiği, geçmiş tarihli genel müdürlük ihale onay belgesi düzenlenip kayıtlı olduğu, birbirleriyle uyumlu idari soruşturma ve bilirkişi raporlarında belirtildiği üzere cüzi yapılan işler faturalarında daha fazla gösterilerek veya hiç yapılmayan işler firmaca yapılmış kabul edilerek 31.12.1993 ila 29.08.1995 tarihlerinde toplam 19.106.519.058 lira kurum parası yasal olmayan yöntemle ve yersiz ödenerek çıkar sağlandığı, usulüne uygun yer teslim tutanağı, iş programı, geçici ve kesin kabul tutanakları, hak ediş raporları olmadığı, proje, ataşman ve metraja dayanmadan iş yaptırıldığı, yapılan imalatların teknik eleman kontrol ve denetiminde yaptırılmadığının anlaşılması karşısında, **usulüne uygun yapılmış bir ihale ve iş olmadığı, ihaleye ait belge ve kararların sağlanan menfaati gizlemek amacıyla sonradan sahte olarak oluşturulduğu, suça konu ödenen paralar marina işletme müdürü ve alım satım komisyonu başkanı olan sanık Haydar Mengi'nin muhafaza ve sorumluluğuna bırakılmış olduğu için açıklanan yöntemlerle diğer sanık Turhan Erten'e ödenmesinin veya ödenmiş gösterilerek mal edinilmesinin, Turhan'ın ek iddianameye konu tefrik kararı verilen eylemiyle birlikte küll hâlinde 765 sayılı TCK'nın 202/2 ve 5237 sayılı TCK'nın 247/1-2 maddelerinde düzenlenen nitelikli zimmet ve buna asli iştirak suçlarını oluşturacağı.** bunun yanında 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki düzenleme nedeniyle de lehe yasa belirlenirken bu yasadaki sahtecilikten de hüküm kurularak sonucuna göre lehlerine sonuç doğuran yasa saptanarak mahkûmiyet hükmü kurulması yerine, sanık Haydar Mengi'nin eylemlerinin görevi kötüye kullanma ve resmî belgede sahtecilik, Turhan Erten'in fiilinin ise resmî belgede sahteciliğe asli iştirak kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." (5. CD'nin 17.03.2008 tarih ve 2007/12874-2008/2011 sayılı Kararı)

19 No.lu İçtihat

"Hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika vb. her türlü eylemdir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı olanaklara ve sıfata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Desise ise maddi nitelikte fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmede kullanılan vasıta. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Yasamız yalanı, belirli birtakım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hâllerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekilde aldatma, ceza yaptırımını gerektirmez. Nitekim Ceza Yasamız ticari işlemlerde mücerret yalanı, her türlü kandırıcı dış unsurdan müstakil olarak cezalandırdığı zaman özel hüküm koymaktadır. Örneğin Ya- sa'mız 363. maddesinde 'bir kimsenin ticaret ettiği sırada müşterisine bir şey yerine aynı şey olmak üzere diğer bir şeyi yahut menşe ve evsafı ve miktarı beyan veyahut mukaveleye aykırı olarak bir şey vermesi' fiilini ayrıca cezalandırmaktadır.

Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hile ve desise unsurunu oluşturma- bilmesi için bu açıklamaların, doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana birtakım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.

Dolandırıcılık cürmünde hile ve desisenin ancak bu şekilde gerçekleşmiş

sayılacağını ka- bul eden bu görüşe 'sahneye koyma' (mise en scène) teorisi adı verilmektedir. (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, 'Kişilere ve Mala Karşı Cürümler', 16. bası, s. 453)

O hâlde dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hile ve desiseyi şu şekilde tanımlamak mümkündür. Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde birtakım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan hâlden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir. Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır." (CGK'nın 27.04.2004 tarih ve 6-85/104 sayılı Kararı)

20 No.lu İçtihat

"O... Belediyesi tarafından Okçular ve Tuz Pazarı üst örtü ve çevre düzenlemesi inşaatı için Mayıs 2007 tarihinde ihale açıldığı, sanıklar Bayram Vardar, Yücel Beşli, Ali Uzsezer, Necmi Kuralay, Raif Endar'ın ihale komisyonunu oluşturduğu, ihaleye müşteki Hikmet Vanlı'nın yönetim kurulu başkanlığını yaptığı ... AŞ ile sanık Mustafa Şenocak'ın sorumlu müdürlüğünü, Nejdet Ruhi Uygun'un ise mühendisliğini yaptığı ... Koll. Şti.nin katıldıkları,

... AŞ tarafından 3.125.000TL, ... Koll. Şti. tarafından ise 3.153.000TL'lik teklifte bulunulduğu, teklifler açılıp okunduktan sonra değerlendirme aşamasında ihale komisyonu tarafından ... Koll. Şti.ne ait teklif ekindeki cetvelin 45. sırasında yer alan cam işi için birim fiyatının 135, metrajın 3800 ve çarpımın 513.000 TL olduğu, sütunun birim fiyata ilişkin 135 sayısı üzerinde tahrifat yapılarak 125'e çevrildiği ve birim fiyatın yazımında yapılmış maddi hatadan bahisle ihalenin ertesi günü ... Koll. Şti.ne 3.125.382,28 TL olarak resen düzeltildiği bildirilerek maddi hatanın kabul edilip edilmediği hususunda tebligat yapıldığı, şirketin bu hatayı kabul etmesi üzerine ihalenin hak etmeyen ... Koll. Şti.ne bırakıldığı, sanıkların bu şekilde iştirak iradesiyle ihaleye fesat karıştırmak suçunu işledikleri iddia edilmiş ise de **ihale komisyonu başkan ve üyesi olan sanıkların, tekliflerin değerlendirilmesi sırasında ... Koll. Şti.nin teklif ekindeki maliyet cetvelinde matematiksel hata tespit ettiklerini, Kamu İhale Kanunu 37. maddesi uyarınca düzelterek anılan şirkete tebligat yaptıklarını, şirketin hatayı ve düzeltmeyi kabul etmesiyle en avantajlı teklif hâline geldiğini, kendilerinin tahrifat yapmadığını, teklifin komisyona verildiği şekilde bulunduğunu, diğer sanıklar Mustafa Şenocak ve Nejdet Ruhi Uygun ise tahrifat yapılmadığını, aritmetik hata bulunduğunu, bunu da Belediyenin bildirimi üzerine öğrendiklerini savunmaları, müştekinin teklifler okunduğu sırada ... firmasının belgelerini görmediğini, ihalenin bu firmada kaldığını öğrendikten sonra belgeleri incelediğini, birim fiyatta değişiklik yapılmış olduğunu fark ettiğini beyan etmesi, Bursa Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünce düzenlenen 31.07.2007 günlü raporda inceleme konusu belgede 45. sırada bulunan birim fiyat bölümündeki '125' rakamlarından '2' rakamının '3' rakamına dönüştürüldüğünün, Adli Tıp Fizik İhtisas Dairesince düzenlenen 18.01.2008 günlü raporda ise incelenen belgedeki '135' sayısının '3' rakamının aynı evsftaki kalemle '2' rakamına dönüştürüldüğünün bildirilmesi ve tüm dosya içeriğine göre ... firmasının **teklifi ekinde yer alan maliyet cetvelindeki birim fiyatta yapılan rakam değişikliğinin kim tarafından ve teklifler verilmeden önce mi, yoksa teklifler****

açılıp okunduktan sonra mı yapıldığının belirlenemediği, komisyon üyesi sanıkların bilgisi ve iştiraki ile tahrifat yapıldığına, sanıkların fikir birliği içinde birlikte hareket ederek atılı suçu işlediklerine ilişkin savunmalarının aksine mahkûmiyetlerine yeterli, kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatleri yerine hükümlülüklerine karar verilmesi,..." (5. CD'nin 10.03.2011 tarih ve 2011/1904-2011/1904 sayılı Kararı)

21 No.lu İçtihat

"05.06.2006 tarihinde 180.000 ton kömürün TCDD vagonlarına nakli ihalesinde, ihale sürecinde görevli olan sanıklar İdris, Nizamettin, Osman ve M. Rıfat'ın ihaleyi alan kooperatif yetkilisi ile anlaşarak ihalenin yaklaşık maliyetini yüksek belirlediklerine, veya yaklaşık maliyeti başkalarına ulaştırdıklarına, keza 11.09.2006 tarihli Konya ili ve ilçelerine kömürün torbalanması ve nakli ihalesinde, sanıklar Ziya ve Osman'ın 15.09.2006 tarihli telefon konuşmasından sonra, yaklaşık maliyet yükselttiler 02.10.2006 tarihli komisyon kararı ile 11.505 ton kömürün Konya ilçelerine nakline karar verildiği, komisyon üyesi olmayıp ihale yetkilisi olan sanıklardan M. Rıfat'ın yaklaşık maliyetin ihaleye giren kooperatif yetkilisi Ziya'nın talebi üzerine yükseltildiğini bildiğine dair kanıtların nelerden ibaret olduğu karar yerinde gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD'nin 01.03.2011 tarih ve 2010/5156-2011/1544 sayılı Kararı)

22 No.lu İçtihat

"İbrar edilen bilirkişi raporunda idarenin ihaleyi en ucuz ve uygun teklifi veren Nazlıcan İnşaat firmasına vermesi gerektiği yönünde görüş bildirilmişse de standart teklif mektuplarında da yazıldığı üzere idarenin her zaman en düşük bedelli teklifi kabul etmek zorunda olmadığı, Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesi gereğince yaklaşık maliyete veya diğer tekliflere göre aşırı düşük kalan teklifler nedeniyle idarenin yazılı açıklama isteyebileceği ve açıklamayı uygun bulması hâlinde ihaleyi, bu teklifi veren istekli üzerinde bırakabileceği nazara alınarak komisyon üyesi sanıkların ihale sürecini Kamu İhale Kanunu'na ve buna bağlı olarak idari şartnameye aykırı olarak yürüttüklerine, firma sahibi sanık Nihat'ın bu sanıklara ihaleyi kendi firmasına vermelerini sağlamak için herhangi bir eylemde bulunduğu ve tüm sanıkların fikir birliği içinde birlikte hareket ederek atılı suçu işlediklerine dair mahkûmiyete yeterli, kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatleri yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi, ..." (5. CD'nin 15.07.2010 tarih ve 2010/6336-2010/6224 sayılı Kararı)

23 No.lu İçtihat

"Büyükşehir belediyesinde görevli olan sanıkların, gerekli rekabet ortamı oluşturulmadan yapılan ihalede, iş birliği içerisinde hareket ederek, suça konu taşınmazı rayiç bedelinin (1.150.000 TL) çok altında 325.000 TL'ye bir vakfa ihale yöntemiyle satma şeklindeki iddianamede açıklanan eylemlerinin 765 Sayılı TCY'nin 205 veya 5237 sayılı TCY'nin 235. maddelerinde öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği, bu hususta kanıtları tartışıp değerlendirme ve suçu niteleme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden, duruşmaya devamla hükümlülük kararları verilmesi, ..." (4. CD'nin 18.05.2009 tarih ve 2008/21071-2009/9779 sayılı Kararı)

24 No.lu İçtihat

"... Belediye Encümen üyesi sanıkların, belediyeye ait 539 ada 8 parseldeki çöplük vasfında taşınmazı 03.06.1997 tarihinde Lütfü Türkkân'a ihale yoluyla sattıkları, ancak ihale artırma tutanağındaki dört encümen üyesine ait imzanın sonradan fotokopi yoluyla monte edildiği ve sanık Gürbüz'ün beyanlarında ihaleye katılmadığını savunduğu, taşınmazı satın alan Lütfü Türkkân'ın 15.05.1997 tarihinde başka taşınmazların imar planının onaylanması için yaptığı müracaatı üzerine, **bu yerin mevzii imar planı içine alınmasını sağlayacak biçimde parsel numaraları değiştirilerek belediye meclisine sunulduğu ve arzu edilen değişikliğin sağlandığı, satış tarihinde söz konusu taşınmazın vasfını ve değerini önemli ölçüde yükseltecek bu değişikliğin planlandığı hâlde düşük değerli çöplük arazi olarak satışa çıkartılması ve bu arazinin de imar planı içinde olduğunu bilen Lütfü'ye satılması sebebiyle rekabetin sağlanmadığı, oysa arazinin ihaleye çıkartılması sırasında mevzi imar planı içinde olduğunu belirtmesi hâlinde iştirakçinin artacağı, değerinin çok daha yüksek olacağı ve satış neticesinde bilirkişi ile kontrolör raporlarındaki asgari hesaplama göre; 5.637.500.000 lira kurumun zararının doğmayacağı, aksine davranılarak üçüncü kişiye menfaat temin edildiği anlaşılmakla sanıkların hukuki konumları ve suç işleme kasıtları, sanık Gürbüz Taylak'ın savunması da değerlendirilerek eylemlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturup oluşturmayacağı karar yerinde tartışılmadan yetersiz gerekçeyle eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD'nin 03.11.2008 tarih ve 2005/18824-2008/9255 sayılı Karar'ı)**

Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu İçtihatları

"... 23.12.2002, 09.12.2003 ve 23.11.2004 tarihlerinde Kocaeli Devlet Hastanesinde gerçekleştirilen ve Akten Özel Sağlık Hiz. Taah. ve Tic. Ltd. Şti'nin uhdesinde kalan çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, kapı güvenliği, terzihane ... hizmetleri ihalelerinde haklarında dava açılıp da edimin ifasına fesat karıştırdığı kabul edilen sanık Murat Evciler'in eylemleri nedeniyle, ihale muayene ve kabul komisyonu üyeleri oldukları için görevlerini kötüye kullandıkları kabul edilen sanıklar haklarında görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de; Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34, 230 ve 289/1-g maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının sanıkları, katılanı, C. savcısını ve herkesi tatmin edecek, Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması gerektiği nazara alınarak, Yargıtayın gerekçelerde tutarlılık denetimi yapması ve bu açılardan mantıksal ve hukuksal bütünlüğün sağlanması için kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması ilkelerine uyulmadan, sanıkların eylemleriyle Murat Evciler'in eylemi arasında 5237 sayılı TCK'nın 37, 38, 39 ve 40. maddeleri yönünden bağlantı bulunup bulunmadığı da tartışılıp değerlendirilmeden, haklarında dava açılmayan bir kısım kamu görevlileri yönünden suç duyurusunda bulunulmak suretiyle ve CMK'nın 230/3 ve 232/6. maddelerine de aykırı olarak, sanıklar haklarında yazılı şekilde gerekçeden yoksun olarak hüküm kurulması,

Sanık Murat Evciler hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan

kurulan mahkûmiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise;

Saniğin, 03.12.1998-30.04.1999 tarihleri arasında 30 sermaye payı ile hissedarı olduğu Akten Özel Sağlık Hiz. Taahhüt ve Tic. Ltd. Şti. adına özellikle bu tarihten sonra şirket adına aldığı vekâletname ile kamu kurumlarınca yapılan ihalelere ve bu süreçteki birtakım işlemlere katıldığı gerek savunmasından gerekse dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de hakkında dava konusu edilen ve söz konusu şirketin kazandığı Kocaeli Devlet Hastanesinin 2004 ve 2005 mali yıllarına ilişkin çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ... ihalelerine ilişkin sözleşmelerde Akten firması adına imzasının bulunmaması, sadece 2003 mali yılına ilişkin çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ... ihalesine ilişkin sözleşmede firma adına imzasının bulunması ile dosya arasında mevcut hizmet işleri kabul tutanaklarında isminin geçmemesi karşısında, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi de gözetilerek, hakkında dava konusu edilen ihalelere ilişkin olarak edimin ifası süreçlerine Akten firması adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığı, ihale dosyalarında mevcut hizmet işleri kabul tutanaklarında firma yetkilisi ibaresi altında bulunan şirket kaşesi üzerindeki imzaların saniğe ait olup olmadığı hususlarında sanık Murat ve bu tutanaklarda isim ve imzaları bulunan kamu görevlileri dinlenmek ve gerekirse imza incelemesi de yaptırılmak suretiyle saniğin hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine, eksik soruşturma sonucu ve firma yetkilisi olduğundan bahisle yetersiz gerekçeyle atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, 'c', 'd' ve 'e' bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Murat'ın suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin asli fail gibi cezalandırılması,

Saniğin eylemleri sabit görülerek mahkûmiyetine karar verilmesine rağmen hükümde 5237 sayılı TCK'nın 236/2-e maddesi delaletiyle ibaresine yer verilmeyerek CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.09.2012 tarih, 2012/3921 esas ve 2012/9472 Karar)

"... Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar Numan Metin ile Savaş Kurtuluş Özçelik'in Adana Gar sahasında bulunan yazlık lokalin mutfak ve aile yemek yerinin tadilatı işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar

ve nevi bakımından uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık Abdullah İnci'nin de TCK'nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 18.04.2013 tarih, 2012/4490 esas ve 2013/3630 Karar)

"... Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar Numan, Ramazan ve Can'ın Adana Gar sahasında bulunan 14/A,B,C,D plan no.lu lojmanların çatı tamirâtı ve onarım işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin bilirkişi raporlarında belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık Bekir'in de TCK'nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 17.04.2013 tarih, 2012/4493 2013/3569 Karar)

"... Kamu görevlisi olan ve tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar Ziya ve Savaş Kurtuluş'un Adana Gar sahasında bulunan servis depo müdürlüğü yemekhane tuvaletinin bakım ve onarım işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin bilirkişi raporlarında belirtildiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, yüklenici sanık Abdullah'ın da TCK'nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 17.04.2013 tarih, 2012/4494 esas ve 2013/3568 Karar)

"... Adana Vagon Bakım Onarım Atölyesi binasının boyanma işinin ihalesiyle ilgili olarak yapılan ihaleyi kazanan İn-Mak. İnş. Mak. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. yetkilisi

yüklenici sanık Dolunay Biter'in, miktar ve nevi bakımından ihale konusu işleri keşif, metraj ve şartnameye uygun olarak yapmaması, maliyet ve kabul komisyonunda görevli memur olan sanıklar Savaş Kurtuluş Özçelik ve Ziya Kıyan'ın iş mahallinde birebir ölçüm yapmaksızın dava konusu iş eksik yapılmış olmasına rağmen tam yapılmış gibi yükleniciden teslim almaları sonucunda ilgili firmaya 4.100.97 TL fazladan para ödemesine sebebiyet vermek suretiyle edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan açılan kamu davasının yargılaması sonucunda sanıkların suç kasıtlarının bulunmaması gerekçesiyle beraatlerine karar verilmiş ise de yüklenici sanık Dolunay Biter'in, ihale sonrası anlaştığı taşeron firmanın taahhüt edilen işleri eksik olarak teslim ettiğini, bu durumun tespiti üzerine kendilerine fazladan ödenen 4.100.97 TL'yi Devlet Demiryollarına geri ödediğini savunması karşısında; taşeron firma yetkilisi ile çalışanlarının tanık olarak dinlenmelerinin sağlanılmasından sonra oluşacak kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 04.03.2013 tarih, 2012/3718 esas ve 2013/1499 Karar)

"... Kamu görevlisi olan ve kabul-tesellüm zaptında imzası bulunan sanıklar Numan, Muammer ve Ziya'nın Adana Gar sahasında bulunan Gar yazlık lokali aile çay bahçesi bakım ve onarım işini, keşif, metraj ve şartnameye göre miktar ve nevi bakımından uygun olarak yapıp yapılmadığını kontrol etmeden eksiksiz yapılmış gibi teslim almak suretiyle katılan idarenin dosyada mevcut olup, sanıklarca itiraz edilmeyen raporlarda belirttiği şekilde zarara uğramasına ve yüklenicinin de haksız kazanç sağlamasına neden oldukları tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, benzer eylemleri nedeniyle adı geçen sanıklar haklarında dava açılıp açılmadığı araştırılıp, açılmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından mümkünse davaların birleştirilmesinden sonra kamu görevlisi olan sanıkların edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan, yüklenici sanık İkrâm'ın da TCK'nın 40/2. maddesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırmak suçuna iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 05.06.2013 tarih, 2012/4426 esas ve 2013/3571 Karar)

"... Edimin ifasına fesat karıştırmak suçunun bir zarar suçu ve ihaleye fesat karıştırmak suçundan bağımsız bir suç tipi olarak 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde düzenlendiği, anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerin ortak özelliğinin hileli davranışlar olduğu, hile niteliği taşımayan hareketlerle bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte suçun maddi unsurlarından olan hilenin gerçekleşmesinin salt bu suçu oluşturmadığı, ayrıca hileli hareketlerle suçun kanuni tanımında beş bent hâlinde düzenlenen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle oluştuğu, sanıkların aşamalandaki savunmalarında atılı suçlamaları inkâr edip, sahteliği iddia olunan kalite uygunluk belgelerini (C.O.C.) kendilerinin düzenlemediklerini, aracı firma olduklarını, yurt dışından gönderilen ürünü ve içindeki belgeleri görmediklerini ifade ettikleri, 14.10.2008 tarihli muayene ve kabul komisyonu muayene raporlarında belirtilen nedenlerle malzemelerin ihale konusu ürünler olup olmadığı hususunda kontrole alınmadığının belirtildiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.1981 gün ve 5-2/106 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere ceza yargılamasının temel amacının hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu nazara alındığında; maddi gerçeğin ortaya

çıkartılabilmesi için, Hava Kuvvetleri Komutanlığından sanıkların savunmalarının doğruluğu ve bu tür ihalelerde mal teslimi aşamasındaki mutata uygulamanın ne olduğu sorulup araştırıldıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine, eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması,...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 05.06.2013 tarih, 2012/8121 esas ve 2013/6193 Karar)

“... Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasa’nın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı gözetilip, geçici ve kesin kabul işlemlerini yapan ve bu tutanaklarda imzaları bulunan kamu görevlileri haklarında dava açtırılması ve daha sonra bu dava dosyası ile birleştirilmesinin sağlanmasına müteakip, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi de gözetilerek, sanığın, hakkında dava konusu edilen edimin ifası sürecine Ersan Hillez İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığının tespiti için ihale dosyasında mevcut iş yeri teslim tutanağı, yapım işleri geçici ve kesin kabul tutanakları, hak ediş vb. belgelerde firma kaşesi üzerindeki imzaların sanığa ait olup olmadığı hususlarında sanık ve bu tutanaklarda isim ve imzaları bulunan kamu görevlilerinin dinlenmesinden ve gerekirse imza incelemesinin de yaptırılmasından sonra, 5237 sayılı TCK’nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa’nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın ‘a’ ve ‘b’ bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, ‘c’, ‘d’ ve ‘e’ bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiğinden, 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Mahir’in suça ne şekilde katıldığına karar yerinde tartışılması gerekirken, noksan araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 05.06.2013 tarih, 2012/4644 esas ve 2013/6190 Karar)

“... Sanık Ferhat Çağlar’ın başkanlığını yaptığı Gaziosmanpaşa Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından muhtaç ailelere 9.000 ton kömürün dağıtımının yapılması için 15.06.2007 tarihinde dağıtım ihalesi yapıldığı ve ihaleyi Akyol Nakliyat isimli firmanın kazandığı, Vakıf başkanı sanık Ferhat Çağlar’ın, şirket yetkilisi Birol Akyol’a, ‘Vakfımızın bir otomobile ihtiyacı var, otomobiller 35.000 TL civarında, senden otomobil almak için yardım bekliyoruz.’ dediği, Birol Akyol’un da ‘Bu para çok fazla biz bunu ödeyemeyiz.’ diyerek teklifi kabul etmediği, bunun üzerine Vakıf başkanının, Birol Akyol’u ikna etmek amacıyla pazarlık havasına soktuğu, ancak ikna edemediği, bu arada yanlarında bulunan Vakıf müdürü Aydın Mert’in, beldelerde oturan ihtiyaç sahiplerine dağıtılacak kömürün belde belediyeleri tarafından dağıtılması hâlinde, yüklenici firmanın aradaki fark ile bir araba alabileceği şeklinde öneride bulunduğu, daha sonra Birol Akyol’un beldelerde oturanlara, belde

belediyelerinin kömür dağıtması şartıyla 20.000 TL vermeyi kabul ettiği, bunun üzerine, sözleşmenin imzalandığı ve müteahhidin işe başladığı, varılan anlaşma gereğince belde belediyelerine yazı yazılarak kömür dağıtımında yardım talep edildiği, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temin edilen kömürlerin Manisa ili Soma ilçesi yataklarından, kömür işletmeleri vasıtasıyla gönderildiği ve Gaziosmanpaşa ilçesindeki depoya indirildiği, beldelere gönderilecek kömürlerin ise Soma'dan gelen tırlar tarafından, beldelere kadar götürülerek, belde belediyelerinin gösterdiği depolara indirildikten sonra belediyeler tarafından hak sahiplerine Vakıftan verilen listeye göre dağıtıldığı, dağıtımdan sonra yapılan dağıtım listelerinin firma tarafından Vakfa verildiği, yüklenici firma tarafından beldelerde oturan hak sahiplerine dağıtım yapılmadığı hâlde bu firmaya ödeme yapıldığının anlaşılması karşısında edimin ifasına fesat karıştırma suçunun tüm unsurları ile oluştuğu gözetilmeden yanılıklı değerlendirme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet hükümleri kurulması,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 23.05.2013 tarih, 2012/4574 esas ve 2013/5640 Karar)

"... Selçuklu İlçe Millî Eğitim Müdürlüğünde çalışan sanıkların, okulların yakıt ihtiyacı için düzenlenen ihaleler neticesinde alınan yakıtın dağıtımı ve teslim alınmasında görev aldıkları, Ahmet Karacığan İlköğretim Okuluna teslim olunan yakıttan alınan numunenin analizi sonucunda TSE'nin belirlediği sınır değerlerin altında olduğu iddiasıyla yapılan yargılamalarında; teslim alınan yakıtlara ait sevk irsaliyesi, fatura ve ordinolar ile Okul Aile Birliğinin bütçesinden yakıt alımı yapıldığına dair belgelerin araştırılıp incelenmesi, okul müdürü dinlenerek İlçe Millî Eğitim Müdürlüğünün verdiği yakıt dışında yakıt alımı yapıp yapmadıklarının tespit edilmesi, aynı yüklenici firmanın yakıt verdiği diğer okul yetkililerinin yakıtın kullanımında düşük standartta olduğuna dair bir tespitleri olup olmadığı hususlarında dinlenilmesinden sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 14.05.2013 tarih, 2012/6211 esas ve 2013/5122 Karar)

"... Selçuklu İlçe Millî Eğitim Müdürlüğünde çalışan sanıkların, okulların yakıt ihtiyacı için düzenlenen ihaleler neticesinde alınan yakıtın dağıtımı ve teslim alınmasında görev aldıkları, Zeliha ve Lutfi Kulluk İlköğretim Okuluna teslim olunan yakıttan alınan numunenin analizi sonucunda TSE'nin belirlediği sınır değerlerin altında olduğu iddiasıyla yapılan yargılamalarında; teslim alınan yakıtlara ait sevk irsaliyesi, fatura ve ordinolar ile Okul Aile Birliğinin bütçesinden yakıt alımı yapıldığına dair belgelerin araştırılıp incelenmesi, Okul Müdürü Kemal Bayrakçı dinlenerek İlçe Millî Eğitim Müdürlüğünün verdiği yakıt dışında yakıt alımı yapıp yapmadıklarının tespit edilmesi, aynı yüklenici firmanın yakıt verdiği diğer okul yetkililerinin de yakıtın kullanımı sırasında düşük standartta olduğuna dair bir tespitleri olup olmadığı hususlarında dinlenilmesinden sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde kararlar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 02.04.2013 tarih, 2012/6186 esas ve 2013/2642 Karar)

"... CMK'nın 260/1. maddesine göre katılan sıfatını alabilecek surette suçtan

zarar gören ve kanun yoluna başvurma hakkı bulunan Hazine vekili tarafından hükümlerin 13/10/2011 havale tarihli dilekçe ile temyiz edildiği anlaşılmakla; 3628 sayılı Yasa'nın 18. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Hazinesin kamu davasına katılma talebinin kabulüne karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Sanık Önder Özdemir'in Hendek Millî Eğitim Bakanlığına bağlı okulların ihtiyacı için kalorifer yakıtı ihalesini alan Öz Nur Petrol şirketinin yetkilisi olduğu, kardeşi Yaşar Özdemir'in ise suça konu yakıtları dağıttığı, 25.10.2005 tarihinde 34 ZB 259 plakalı araç ile dağıtılan yakıtı sahte olarak düzenlenen Hendek Bakırcılar Kantar fişinde brüt 31.210 litre olarak gösterildiği hâlde okullara tutanak karşılığı teslim edilen akaryakıt miktarının 21.000 litre olduğu, böylece aradaki fark olan 10.210 litre akaryakıt teslim edilmediği hâlde teslim edilmiş gibi gösterildiği şeklindeki iddia karşısında kalorifer yakıt ihalesine ilişkin şartlar ve belgeler incelenerek olay tarihinde kaç litre yakıt teslim edilmesi gerektiğinin saptanmasından sonra 31.210 litre yakıt teslimi gerektiği hâlde gerçekte 21.000 litre yakıt teslim edildiği sonucuna varılması durumunda eylemlerin tamamlanmış edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilmesinin zorunlu olacağı, başka bir sonuca ulaşılması durumunda ise kamu kurumunu dolandırma fiilinin ve görev durumunun da tartışılması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi,...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 27.05.2013 tarih, 2012/7504 esas ve 2013/5713 Karar)

“... Suç tarihinde Bingöl Valiliği İl Özel İdaresi tarafından yapılan araç lastiği alım ihalesi üzerinde kalan sanığın, ihale şartnamesinde lastiklerin TSE belgesine sahip olması gerektiği belirtilmesine rağmen, teslim ettiği lastiklerde TSE belgesinin bulunmadığı, ihale sonrası süreçte de bu belgeyi sunmadığı iddia ve kabul edilen olayda;

5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, 'c', 'd' ve 'e' bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinde, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceği iştirak hususunun TCK'nın 40. maddesi kapsamında düşünülebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, öte yandan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun 3628 sayılı Yasa'nın 17. maddesi gereğince doğrudan soruşturulabileceği ve izne tabi olmadığı da gözetildiğinde,

Soruşturma izni alınması amacıyla haklarında tefrik kararı verilen ihale komisyonu üyeleri hakkında Bingöl 1. Asliye Ceza Mahkemesine açılan kamu davasının akibeti araştırılarak, derdest olması hâlinde dava konusu eylemler arasında irtibat bulunması nedeniyle davaların birleştirilmesi, kesinleşmiş olması hâlinde ise onaylı karar suretinin dosyaya eklenip, yargılama aşamasında bilirkişi raporu alınılmadığı da gözetilerek, sanığın ibraz ettiği belgelerin TSE belgesine eş değer nitelikte olup olmadığı, TSE belgesi ile karşılanan hususları içerip içermediği, teslimi

yapılan lastiklerin ihale şartnamesinde teslimi öngörülen lastiklerle karşılaştırılması sağlanarak özellikleri itibarıyla uygun olup olmadığı hususunda bilirkişi raporu alınması, sonucuna göre sanığın suç kastıyla hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 06.05.2013 tarih, 2012/5037 esas ve 2013/6505 Karar)

“... Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan açılan kamu davasında; Bornova Cem Bakıoğlu Anadolu Lisesi tarafından 16.10.2006 tarihinde gerçekleştirilen kalorifer yakıtı alım ihalesine ilişkin ihale dosyası, ihale şartnamesi, mal alım sözleşmesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 11. maddesi ile Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik hükümlerine göre oluşturulan muayene kabul işlemlerine ilişkin evrakların ilgili kurumdan getirtirilerek sanık ve müdafisinin savunmalarında belirtilen, ihale şartnamesi ve sözleşmelerde alımı yapılacak ürüne ilişkin standartlara yer verilip verilmediği ile teslim edilen mala yönelik suç tarihi itibarıyla EPDK tarafından zorunlu kılan bir standart bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra numune alımı yapılan yer tankının bakım ve temizliğinden kaynaklanan hususların teslim edilen malın standartlara uygun çıkmamasına sebep olup olmayacağı da irdelenerek sanığın ihale şartname ve sözleşmesinde evsafı belirtilen maldan başka bir ürün teslim edip etmediğinin tereddüte mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesi için gerektiğinde uzman bilirkişi heyetinden rapor alındıktan ve yer tankının temizlik ve bakımına ilişkin okul idarecilerinin tanık olarak beyanlarının alınmasından sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 30.05.2013 tarih, 2012/4540 esas ve 2013/5881 Karar)

“... Sanıklar hakkında edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan kurulan hükümlerin yapılan temyiz incelemesinde;

09.07.2009 tarihinde yapılan Mardin ili Gazi Yatılı İlköğretim Okulu kalorifer yakıtı alım ihalesinin Marpet Taşımacılık Tur. İnş. Pet. Sig. Aracılık San. ve Tic. Ltd. Şirketi lehine sonuçlandığı, sanıklardan Fethullah’ın söz konusu şirketin yetkili temsilcisi olduğu, olay tarihi olan 19.12.2009 günü sanık Fethullah’ın kardeşi olan ve fiilen şirket işleri ile ilgilendiği anlaşılan sanık Cemal ve araç sürücüsü olan sanık Abdulkadir’in 47 AR 407 plakalı tanker ile okula yakıt teslimine gittikleri, ihbar üzerine olay yerine gelen görevlilerce yapılan kontrolde araç içerisinde özel düzenek bulunduğu tespit edildiği ve araç içerisinde 9.320 kg suyun tahliye edildiği ayrıca yakıttan alınan numunelerin incelenmesi neticesinde Tübitak Marmara Araştırma Merkezince düzenlenen 22.04.2010 tarihli raporda söz konusu yakıtın teknik düzenlemede yer alan özelliklere aykırı olduğunun tespit edildiği anlaşılmakla, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Sanıklar Cemal ve Abdulkadir tarafından kalorifer yakıtı okul deposuna

boşaltıldığı sırada, olay yerine gelen kolluk görevlilerince yakıt boşaltma işleminin durdurulduğu nazara alındığında, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeyerek tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 28.05.2013 tarih, 2012/6782 esas ve 2013/5802 Karar)

"... Saniğin eylemleri sabit görülerek mahkûmiyetine karar verilmesine rağmen, hükümde 5237 sayılı TCK'nın 236/2-a maddesi delaletiyle ibaresine yer verilmeyerek CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi, sonuca etkili görülmediğinden, bozma nedeni yapılmamıştır.

5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, 'c', 'd' ve 'e' bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri gözetilerek yapılan incelenmede;

Dava konusu olayda saniğin Çankırı E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna yakıt alımına ilişkin 21.12.2006 tarihinde yapılan ihaleyi kazandığı, T.P.A.O. Araştırma Merkezi raporuna göre teslim ettiği yakıtların sözleşmeye uygun olmadığına tespiti üzerine sözleşmesinin feshedildiği, saniğin ihale şartnamesine aykırı olarak yakıt teslimi eylemiyle 5237 sayılı TCK'nın 236/1.2-a maddesinde yazılı kamu kurum ve kuruluşlarına karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluştuğu anlaşılmakla;

5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, 'c', 'd' ve 'e' bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-a maddesi uyarınca yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri tarafından işlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, sözleşmenin tarafı olan şirkette tanker şoförü olarak çalışan sanık Abdulkadir'in eyleminin TCK'nın 39. maddesi kapsamında yardım etme olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden,

fail olarak cezalandırılmasına karar verilmesi,

Sanık Cemal'in sabıka kaydında görülen Osmaniye 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 11.02.2008 tarih, 2007/16 esas, 2008/127 Karar sayılı Karar'ı ile sanık hakkında hırsızlık suçundan verilen cezanın TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelendiği ve 1 yıl denetim süresinin belirlendiği, kararın 21.03.2008 tarihinde kesinleştiği, TCK'nın 51/son maddesi uyarınca söz konusu kararın denetim süresinin dolduğu 21.03.2009 tarihinde infaz edilmiş sayıldığı gözetilmeden aynen infaz hususunda mahkemesine ihbarda bulunulmasına karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 20.05.2013 tarih, 2012/4510 esas ve 2013/5385 Karar)

"... 28.02.2007 tarihli ihale sözleşmesinin ekinde yer alan teknik ve idari şartnamenin getirtilerek, TS 2177 no.lu standardın yürürlük tarihi araştırılıp, sözleşme kapsamında yerine getirilecek edim olarak fuel oil'in özelliklerinin belirlenmesi ve sanığın teslimini yaptığı malın bu özellikleri karşılayıp karşılamadığı üzerinde durulup, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken, eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 19.06.20013 tarih, 2012/4506 esas ve 2013/6883 Karar)

"... İhale teknik şartnamesinde 4 numaralı fuel oil yakıtı olarak ihale yapılmış olmasına rağmen sanık tarafından daha düşük piyasa bedelli 6 numaralı fuel oil yakıtının devlet hastanesine tesliminin yapıldığından bahisle mahkûmiyetine karar verilmiş ise de;

Yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşmenin 36. maddesinde 'sözleşme başlangıcından itibaren teslim edilen malların miktarının, malların veya yapılan işin sözleşme ve ekinde yer alan teknik şartnameye uygunluğunun bir kabul tutanağı ile tespit edileceğinin, tutanak sonucunda komisyonun malların kalitesini, teknik şartnamede belirtilen özelliklere uygunluğu ile varsa hatalı ve kusurlu olanların belirtileceğinin' ifade edildiği, idari şartnamenin 53. maddesinde 'muayene ve kabul şekil ve şartlarının 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalelere ait denetim muayene ve kabul yönetmeliği çerçevesinde yapılacağı'nın' belirtildiği, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri başlıklı 11. maddesinde; 'Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz.', Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik'in, Muayene ve Kabul Komisyonlarının Kurulması başlıklı 6. maddesinde; 'Yetkili makam tarafından biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişi ile yedek üyelerden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, 4734 sayılı Kanun'a tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir.', Muayenede Aranacak Hususlar başlıklı 13. maddesinde; 'Muayenede aranacak hususlar; ihale dokümanında yazılı şartlardır. Numune alınmak suretiyle kabule konu mallar için malın niteliğine göre yeter sayı ve evsafa numune alınması ve muhafazası idarenin sorumluluğundadır. Muayeneye sunulan malın önce bütünü incelenerek gerek görülür ise yeter sayıda

numunesi saklı tutulur. Numune, mühürlü durumda, özelliklerinin bozulmasına fırsat vermeden ihale dokümanında belirlenen süre ile alıkonulur. Malın veya Yapılan İşin Fiziksel Muayenesi başlıklı 16. maddesinde; 'Malın veya yapılan işin fiziksel muayenesine başlanmadan önce bir tutanak tutulur. Tutanaklarda muayenenin başlangıcından itibaren inceleme, muayene ve numune alma safhaları özetlenir. İzlenecek yöntem, usul ve sonuç belirtilir. Bu tutanak komisyonca imzalanır ve mevcutsa yüklenici ve/veya vekiline imzalatılır. Muayene aynı günde bitmez ise yüklenici ve/veya vekiline hazır bulunması için muayenenin devam edeceği gün ve saat tespit edilerek tebliğ edilir.' Laboratuvar Muayeneleri başlıklı 17. maddesinde ise 'Bu işlemlerden sonra alımın niteliğinin laboratuvar muayenesi gerektirmesi hâlinde laboratuvar muayeneleri yapılarak sonuç hakkında rapor düzenlenir. Laboratuvar muayeneleri, varsa idarenin kendi laboratuvarlarında, yoksa diğer kamu kuruluşlarına ait laboratuvarlarda, bu da mümkün olmaz ise özel laboratuvarlarda yapılır. İdareler ihale dokümanında laboratuvar muayenelerinin kimin tarafından hangi yöntemle yaptırılacağı ile masraflarının kime ait olacağını ve hangi sonucun muteber alınacağını belirteceklerdir.' hükümlerinin bulunduğu anlaşılmakla;

Zarar suçu olarak TCK'nın 236. maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma eylemlerinin maddenin 2. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında hileli olarak yapılması gerektiği, hileli davranışlar kavramının ne anlama geldiği konusunda 5237 sayılı TCK'da herhangi bir açıklık bulunmadığı, ancak Yargıtayın istikrar kazanmış uygulamalarına göre fail tarafından yapılan davranışın hileli olarak kabul edilebilmesi için belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte birtakım hareketlerin bulunması gerektiğinin kabul edildiği, esasen, hangi davranışların hileli olup olmadığı ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymak oldukça zor olmakla birlikte, olaysal olarak değerlendirme yapılması, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen eşyanın nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle sonuca ulaşılması gerektiği nazara alındığında; dosya kapsamına göre, sözleşme, idari şartname, yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadan, malın teslimi sırasında muayene yapıp numune alınmadan, kalorifer görevlisi ve depo-ambar memurunun hazır bulunduğu şekilde yapılan teslim işlemi nedeniyle, sanığın idarenin denetim olanağını ortadan kaldırmadan, ihale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka malı teslim etmesi şeklindeki, belirtilen usullere uyulmaması sonucunda gerçekleştirdiği eylemlerinde hileli davranıştan bahsedilemeyeceği cihetle atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 16.05.2013 tarih, 2012/4728 esas ve 2013/5173 Karar)

"... Lapseki Adliyesinde kullanılmakta olan Panasonic marka FP-7830 model fotokopi makinesinin Durum, Developer PM Kit, Heat Roller ve Fuser Dışlı parçalarının değiştirilmesi işinin 4734 sayılı Yasa'nın 22/d maddesi uyarınca doğrudan temin yöntemiyle sanığın sahibi olduğu Öz Kale Ofis Sistemleri Pazarlama ve Servis Hizmetleri şirketine verildiği, muayene ve kabul aşamasında muayene ve teslim alma komisyonunca seçilen bilirkişi tarafından yapılan inceleme sonucu Durum, Developer, Heat Roller ve Fuser Dışlı parçalarının fason malzemelerle değiştirildiği, ayrıca PM Kit isimli malzemede sadece Cleaning Blade ve Cleanig web isimli malzemelerin değiştirildiği, diğer parçaların hiçbirisinin değiştirilmediğinin tespit edilmesi üzerine 02.10.2006 tarihli kararla Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca satın alma

işleminin iptaline karar verildiği, İstanbul Başsavcılığı aracılığı ile anılan malzemeler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesine göre, değiştirilen 4 adet parçanın fason imalat olduğu, ömürlerinin kısa ve kullanımlarının zor olduğunun belirlendiği, 17.03.2008 tarihinde üç kişilik bilirkişi heyetinden alınan rapora göre de incelemeye konu developer parçalar hariç hiçbirinin orijinal parçalar olmadığı, incelenen parçaların alımı yapılması düşünülen parçaların tamamını teşkil etmediği, PM Kit olarak adlandırılan parça takımının muhteviyatının eksik olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın ihale kararında ve sözleşmede evsafı belirtilen maldan eksik malzeme teslim etmeye çalıştığı, ancak Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca gerekli muayene ve kabul işlemi için bilirkişi tayin edilmesi üzerine durumun ortaya çıktığı, satın alma işleminin iptaline karar verildiği anlaşılmakla eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması,

Suç teşkil etmeyen, üzerindeki incelemeler tamamlanan emanette kayıtlı malzemelerin ilgisine iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi,...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 30.05.2013 tarih, 2012/4554 esas ve 2013/5956 Karar)

Zimmet Suçu İçtihatları

“... Suç tarihlerinde TCDD Genel Müdürlüğü Kırıkkale Gar Müdürlüğü Lojistik Şefliğinde puantör olarak görev yapan sanığa 1999 yılından itibaren sözlü görevlendirme ile puantörlük görevinin yanında gelen ve giden eşyanın taşıma belgelerini düzenlemek, kontrol etmek, tarifesine göre ücretini hesaplayıp tahsil ve teslim etme görevinin de verildiği ancak buna ilişkin yazılı bir görevlendirme yapılmamasına rağmen sanığın bu görevi üstlendiği ve yaklaşık on yıl gibi uzunca bir süre fiilen yaptığı, Lojistik Müdürlüklerinde çalışan personelin görev, yetki ve sorumluluğunun düzenlendiği 501 sayılı Genel Emir’in 24/1-(ğ) maddesinde ‘Bu Genel Emir’de sayılmamakla birlikte, mevzuat çerçevesinde, hizmeti tamamlayıcı mahiyette amirlerince kendisine verilen diğer görevleri de yapmak ile görevli ve yetkilidir.’ hükmüne yer verildiği gibi mevzuatta sanığın belirtilen görevi üstlenmesini yasaklayan bir düzenleme de bulunmadığı gözetildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesi ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/b maddesindeki ‘Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli; teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci Kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır.’ şeklindeki düzenlemeler nazara alındığında sanığın kamu görevlisi gibi sorumlu tutulup zimmet suçunun faili olabileceği anlaşılmakla;

16.03.1999 ile 07.02.2008 tarihleri arasında MKE’ye ait sarnıçlı vagonlarla yapılan taşımalarda vagonlara ait 3316 model küçük hız taşıma evraklarının MKE Kurumuna verilen ve ücretleri buna göre tahsil edilen üçüncü nüshalarında tahrifat yapıp, taşıma ücretini fazla göstererek, fazla ücret tahakkuku yaptığı, bu fazlalığı kurumlar arası mahsuplaşmada kullanılan MKE’nin verdiği dekont ile tahsil ettiği, tahsil ettiği fazlalıkları, taşıma ücreti iş yerinde nakit olarak tahsil edilen üçüncü şahıslara ait kömür taşımalarının taşıma ücretleri üzerinden nakde çevirdiği yani MKE’den dekontla aldığı fazla kısmı günlük nakit gelirinden düşmek suretiyle günlük

gelir içersindeki dekont gelirini olması gerektiğinden fazla, nakit gelirini ise olması gerektiğinden az yatırarak toplam 92.203,90 TL'yi mal edinmek suretiyle zincirleme nitelikli zimmet suçunu işlediği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (5. CD, 27/12/2012 tarih, 2011/14423 esas ve 2012/13684 Karar)

"... Suç tarihinde Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ Genel Müdürlüğü Mardin Elektrik Dağıtım Müessesesine bağlı Derik İlçe İşletme Başmühendisliği emrinde 1475 sayılı Kanun'a tabi işçi olan ve köy tahsildarlığı görevini yürüten sanığın, tahsil ettiği bir kısım fatura bedellerini müessesenin tahsilat hesabına yatırmayıp mal edindiğinin anlaşılıp kabul edilmesi karşısında, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 3771 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle değişik 11. maddesinin (ilk) ve (b) fıkralarındaki 'Her çeşit personel'in 'Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında TCK'nın 2. Kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır.' şeklindeki düzenlemeler nazara alındığında sanığın kamu görevlisi gibi sorumlu tutulup zimmet suçunun faili olabileceği ve eyleminin müteselsil zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı gerekçelerle hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçu kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (5. CD, 30/05/2012 tarih, 2008/13566 esas ve 2012/6022 Karar)

"... Ancak;

5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında, kamu görevlisi olmayan ve zincirleme basit zimmet suçundan hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen kamu görevlisi Durali Koç'u suça azmettirdiği de sabit bulunmayan sanık Aydın'ın suça yardım eden olarak sorumlu tutulması zorunluluğu karşısında, yasal olmayan yetersiz gerekçe ile sanık hakkında azmettiren sıfatıyla yazılı şekilde fazla ceza tayini,

Sanık hakkında basit zimmet suçundan 5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesiyle uygulama yapılırken artırım oranının hüküm fıkrasında açıkça gösterilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesine aykırı davranılması,

Kamu görevlisi olmayan sanık hakkında yasal koşulları bulunmadığı hâlde 5237 sayılı TCK'nın 53/5. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi, ..." (5. Ceza Dairesi, 12/06/2013 tarih, 2012/8741 esas ve 2013/6475 Karar)

"... Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, suç tarihinde kamu görevlisi olmadığı anlaşılan sanığın eylemlerinin bunlardan hangisine temas ettiğine ilişkin gerekçeler karar yerinde gösterilmeden asli fail olarak cezalandırılması, ..." (Yargıtay 5. CD, 18/06/2012 tarih, 2009/3133 esas ve 2012/6842 Karar)

"... Güvenlik kamerası görüntülerine, tanık ve sanık ifadelerine, soruşturma raporuna ve tüm dosya kapsamına göre Muğla PTT Müdürlüğünde memur olarak çalışan Bedriye Özsoy ile aynı Kurumda özel şirkete bağlı temizlik görevlisi olarak çalışan sanık Aydın Çoşkun'un yurt dışından Dalaman ilçesine iletmek üzere gönderilen koliyi posta çantasından ayırarak Bedriye Özsoy'un kayınvalidesinin evine göndermek üzere sanık Aydın'ın aracına koyduktan sonra kurum görevlilerinin olayı fark etmesi ve uyarıda bulunmaları üzerine eylemini gerçekleştiremediğinin anlaşılması karşısında;

Sanık Aydın Çoşkun'un; özgü suç niteliğindeki zimmet suçu yönünden kamu görevlisi sıfatı bulunmamakla birlikte, TCK'nın 40/2. maddesindeki bağlılık kuralı gereğince yardım eden olarak sorumluluğunun kabulü ile atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. CD, 10/12/2012 tarih, 2011/6391 esas ve 2012/12784 Karar)

"... Suça konu kömür ve tomrukların, okul hizmetlisi Benzer Eser'e görevi nedeniyle zilyetliği bırakılmış mallardan olması, yine bu kişinin bu mallar üzerinde koruma yükümlülüğünün bulunması nedeniyle eylemin zimmet suçunu oluşturduğu, bu suça kamu görevlisi olmayan sanıkların TCK'nın 40. maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak katılabilecekleri gözetilmeksizin, hukuki nitelendirmede hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD, 18.03.2013 tarih ve 2012/3876 esas-2013/1987 Karar)

"... 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin sadece TCK'nın 38 ve 39. maddeleri kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan ve kamu görevlileri gibi cezalandırılmaları da mümkün bulunmayan sanıkların eylem ve davranışları karşısında yardım eden veya azmetiren olup olmadıkları denetime imkân verecek şekilde karar yerinde gerekçeleriyle gösterilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması,..." (Yargıtay 5. CD, 08.04.2013 tarih ve 2012/11400 esas-2013/2862 Karar)

"... Kooperatif ana sözleşmesinin onaylı örneği ile yönetim kurulu karar

defteri ve genel kurul toplantı tutanakları getirtilerek kooperatife yetkili memur atama yetkisinin kime ait olduğu, sanığın kooperatif muhasebecisi olarak yetkili kılınıp kılınmadığı, yetkili kooperatif memuru statüsünde bulunup bulunmadığı ve 1163 sayılı Yasa'nın 62/3. maddesi uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesinden sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD, 25.2.2013 tarih ve 2012/3484 esas-2013/1352 Karar)

"... BOTAŞ Bursa İşletme Müdürlüğünde, Vakıf Kasa adı verilen vezne de doğal gaz abonelerinin faturalarının tahsili ile görevlendirilen sanığın, tahsilatları, normal kasa menülerini kullanmak yerine kasa 13 ve 131 menülerinden kaydetmek suretiyle muhasebe hesaplarında göstermediği, 1997-2000 yılları arasında tahsil edilen 822 adet faturanın fişlerini kesip abonelere teslim ettikten sonra bilgisayar kayıtlarından silerek toplam 42.048.085.000 lirayı zimmetine geçirdiğinin iddia edilmesi karşısında, mahkemece, temizlik firması elemanı olan sanığın yeterli eğitim görüp görmediği araştırılmadan mali sorumluluk gerektiren işlerde çalıştırıldığı, bu şekilde görevlendirilmesinin uygulamaya ve yasa hükümlerine açıkça aykırı olduğu, tahsil ettiği paraları kullanmak suretiyle güveni kötüye kullanmak suçunu işlediği kabul edilmiş ise de temizlik firması elemanı olarak 01.03.1994 tarihinde BOTAŞ Bursa İşletme Müdürlüğünde çalışmaya başlayan sanığın, 05.10.1999 tarihinden itibaren ise BOTAŞ ile yaptığı iş akdi nedeniyle geçici işçi statüsünde çalışmaya devam ettiği, 03.10.2000-30.04.2001 tarihleri arasında da Vakıf Kasa'da para tahsili ile görevlendirildiği, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesi ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 11/b maddesindeki 'Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli; teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci Kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır.' şeklindeki düzenlemeler nazara alındığında sanığın kamu görevlisi gibi sorumlu tutulup zimmet suçunun faili olabileceği, ..." (Yargıtay 5. CD, 08.03.2012 tarih ve 2008/1970 esas-2012/1738 Karar)

"... Kooperatif Yönetim Kurulunca 25.06.2002 tarihinde S. S. Çınarağaçları Konut Yapı Kooperatifine yardım amacıyla Şekerbanktan 100.000 TL kredi çekilmesine karar verildiği, yasal kesintilerden sonra kalan 98.439 TL'nin imzaları karşılığında 28.06.2002 tarihinde sanıklar İsmet Yılmaz ve Kadir Toprakçı'ya nakden ödendiği, bu paranın, kooperatifin borcu bulunmadığı hâlde Mehmet Çiçek'in şahsi hesabına virman edildiği anlaşılmakla sanığın ancak banka kayıtları ve ödeme belgeleri sonrasında ortaya çıkarılabilen nitelikli zimmet suçuna asli fail olarak katıldığı gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle beraat kararı verilmesi,

Sanık Mehmet Çiçek hakkında kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının

incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeiyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak,

5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri nazara alınmadan kooperatifin malzeme alımı yaptığı Çiçek İnşaat şirketinin sahibi olan bu sanığın suça ne şekilde iştirak ettiğı denetime imkân verecek şekilde gerekçeleriyle karar yerinde gösterilmeden fail olarak sorumlu tutulmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanığa 2000-2001 yıllarında nakit para ve senet verilerek, avans adı altında birçok kez ödeme yapıldığı ve eyleminin teselsül ettiğı anlaşılmamasına rağmen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması,

Sanık Erhan Olgun hakkında kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Sanığın, Mehmet Çiçek'e, kooperatif tarafından bir mal alımına dayanmaksızın verilen 61.000 TL ve 29.000 TL bedelli bonoları icra yoluyla tahsil ederek suça iştirak ettiğinden bahisle cezalandırılması yoluna gidilmiş ise de yukarıda ifade edildiğı üzere Mehmet Çiçek'in suça ne şekilde iştirak ettiğı ve hukuki durumu saptandıktan sonra sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Kabule göre de;

Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 247/1, 2, 62 ve 53. maddelerine göre sonuç ceza belirlendikten sonra aynı Yasa'nın 39/2-c, 39/1, 62 ve 53. maddeleri uygulanarak hükmün karıştırılması, ..." (Yargıtay 5. CD, 09.04.2013 tarih, 2012/5379 esas ve 2013/2987 Karar)

"... 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında, kamu görevlisi olmayan ve zincirleme basit zimmet suçundan hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen kamu görevlisi Durali Koç'u suça azmettirdiğı de sabit bulunmayan sanık Aydın'ın suça yardım eden olarak sorumlu tutulması zorunluluğı karşısında, yasal olmayan yetersiz gerekçe ile sanık hakkında azmettiren sıfatıyla yazılı şekilde fazla ceza tayini,

Sanık hakkında basit zimmet suçundan 5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesiyle uygulama yapılırken artırım oranının hüküm fıkrasında açıkça gösterilmemesi suretiyle

5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesine aykırı davranılması,

Kamu görevlisi olmayan sanık hakkında yasal koşulları bulunmadığı hâlde 5237 sayılı TCK'nın 53/5. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi,

Vekâlet ücretinin, katılan vekili yerine katılan kurum lehine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 12.06.2013 tarih, 2012/8741 esas ve 2013/6475 Karar)

"... Zeytinburnu 4. Noterliği başkâtibi olan sanık Tülay Uyanık'ın sanık Gülseven Ayşe Yılmazlar aracılığı ile diğer sanıklar tarafından getirilen belgeleri noterlik kayıtlarına işlemeyen yevmiye numarası verdikten sonra mühürleyip imzaladığı, noterlik masrafı olarak alınması gereken miktarların sadece yarısını iş sahiplerinden alıp Gülseven Ayşe Yılmazlar ile paylaşması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda, basit bir inceleme ile noterlik kayıtlarından tespitinin mümkün olmamasına göre eylemlerin nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu, 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki düzenleme nedeniyle ayrıca sahtecilik suçunun unsurlarının varlığı hâlinde TCK'nın 204/2. maddesi ve sanıklar Tülay Uyanık, Gülseven Ayşe Yılmazlar ile Celal Tükenmez hakkında anılan Kanun'un 43. maddesi uygulanmak suretiyle kurulacak hükümlerin sonuç cezalarının karşılaştırılıp lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden sadece basit zimmet suçundan karşılaştırma yapılarak yazılı şekilde hükümler kurulması,

Kabule göre de;

765 sayılı TCK'nın 202/1. madde ve fıkrasında düzenlenen zimmet suçunun alt sınırı itibarıyla beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi karşısında; 5271 sayılı CMK'nın 150/3, 188/1 ve 289/1-e maddelerine aykırı biçimde sanıklar Hasan Diricanlı, Erkan Kıran ve Erhan Muzcuoğlu müdafilerinin yokluğunda hüküm kurulmak suretiyle sanıkların savunma haklarının kısıtlanması,

Sanıklar Tülay Uyanık, Gülseven Ayşe Yılmazlar ile Celal Tükenmez'in eylemlerini bir suç işlemek kararının icrası kapsamında birden fazla gerçekleştirmelerine rağmen haklarında TCK'nın 43/1. maddesinde yer alan zincirleme suç hükümleri uygulanmayarak eksik ceza tayini,

Özgü suçlardan olan zimmet suçuna sanıklar Celal Tükenmez, Zeki Cenikli, Hasan Diricanlı, Erkan Kıran ve Erhan Muzcuoğlu'nun TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebileceği, bu itibarla iştirak şeklinin belirlenmesi gerektiği nazara alınmadan ve gerekçesi de açıklanmadan asli fail gibi cezalandırılmalarına karar verilmesi,

Noterlik ücretlerinin düşülmesi suretiyle sanıklar Erhan Muzcuoğlu ve Celal Tükenmez'in sorumlu oldukları miktarlar kesin olarak tespit edildikten sonra suç tarihi itibarıyla günün ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü değerlendirilerek haklarında TCK'nın 249. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Orantılılık ilkesi ve sanıkların işledikleri zimmet eylemlerinin sayısı ile zimmete

geçirilen miktarlar ayrı ayrı gözetilerek TCK'nın 3 ve 61. maddeleri gereğince hükmolunacak cezalarının bireyselleştirilmesi gerektiği gözetilmeden belge sayısı, zimmet miktarı, konumu farklı olan sanıklar hakkında aynı cezalara hükmedilmesi,

Sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyları üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri ile ilgili hak yoksunluğunun koşullu salıvermeden sonra uygulanamayacağı gözetilmeden hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar uygulanmasına karar verilmesi,

Suçun 5237 sayılı Yasa'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine rağmen sanıklar Tülay Uyanık ve Gülseven Ayşe Yılmazlar hakkında aynı Yasa'nın 53/5. maddesinin uygulanmaması, ..." (Yargıtay 5. CD, 16.05.2013 tarih, 2012/10260 esas ve 2013/5203 Karar)

"... Eğirdir Meyve Üreticileri Birliği başkanı olan Yusuf Cesur ile Birlik encümen üyesi Hasan Küçükköse'nin birlikte hareket ederek, suç tarihlerinde sanıktan söz konusu Birliğe çimento alınmış gibi düzenlenen faturalar karşılığında birliğe ait Ziraat Bankası 5768537 ve Halk Bankası 5226353 numaralı çeklerin Yusuf tarafından keşide edilip toplam 360.940.000 TL'nin Hasan tarafından belirtilen bankalardan 18.01.002 ve 25.03.2002 tarihlerinde çekilip mal edinmeleri şeklindeki gerçekleşen olayda, Dairemizin 21.12.2011 gün, 2007/9108 esas, 2011/25632 sayılı Karar'ı ile Yusuf Cesur ve Hasan Küçükköse haklarında nitelikli zimmet suçundan verilen kararın eleştirilerek onanmış olduğu anlaşılmakla, Birliğe çimento alınmış gibi suça konu faturaları düzenleyip veren sanık Hüseyin Erfidan'ın bu eyleminin zincirleme şekilde nitelikli zimmet fiiline iştirak etmek suçunu oluşturduğu gözetilip, 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinde öngörülen özgü suça dair düzenleme ile 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki 'sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur' biçimindeki düzenleme nedeniyle, sahtecilik suçunun unsurlarının bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışılıp sahteciliğin varlığının kabulü hâlinde bu suçtan da mahkûmiyet hükmü kurularak sonucuna göre lehe yasanın belirlenerek sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD, 29.04.2013 tarih, 2013/4135 esas ve 2013/3997 Karar)

"... Suç tarihlerinde kimlerin kooperatif yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığının Ticaret Sicil Memurluğundan sorularak, sanıklardan hangisinin her türlü para tahsilatı ve harcama işinde fiilen görevli olduğunun belirlenmesi, bu kapsamda; gerektiğinde suç tarihlerinde kooperatif muhasebe işlerini yürütmekle görevli kişilerin ve kooperatif üyelerinin tanık olarak dinlenmesi, sahte olduğu iddia edilen faturalara ilişkin ilgili şirketlere ait tüm defter ve belgelerin getirtilerek, söz konusu faturalarla ilgili olarak herhangi bir vergi incelemesi yapıp yapılmadığının, vergi suçu ile ilgili olarak dava açılıp açılmadığının araştırılarak, varsa açılan davalara ilişkin iddianameler ile mahkeme kararlarının aslı veya onaylı suretlerinin getirtilmesi, ardından; inşaat konusunda uzman bilirkişilerin iştiraki ile mahallinde keşif yapıp belirtilen dönem itibarıyla yapılan tüm işler ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı birim fiyatları esas alınarak toplam inşaat maliyetinin raporla saptanmasından sonra, suç tarihlerindeki dönemi

kapsayan kooperatife ait tüm defter ve belgelerin dava dosyasıyla birlikte daha önceden bu dosyada bilirkişilik yapmamış kişilerden oluşacak şekilde Sayıştay emekli uzman denetçilerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilerek, suç tarihlerinde kooperatifin sağladığı tüm gelirler ile kooperatifin gaye ve inşaatları için yapılanlar dâhil tüm giderlerinin, kasa ve banka hesap bakiyelerinin belirlenmesi, bakiye ile kayıtlarda görünen para miktarının karşılaştırılıp iddianameye konu eylemler ile savunmalar da ayrı ayrı değerlendirilerek; zimmetin bulunup bulunmadığı, zimmet varsa miktarı ve ne şekilde gerçekleştiği ile her bir sanığın görev yaptığı dönem de dikkate alınarak sorumlu olduğu miktarın ne olduğu hususlarında; iddia, savunmalar, raporlar ve tüm dosya kapsamına göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanık Hakan'ın yargılama aşamasında savunması alınmadan hüküm kurulması suretiyle CMK'nın 193 ve 147. maddelerine aykırı davranılması ve yine 5271 sayılı CMK'nın 226/1-2. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmeden sanık Hakan hakkında 5237 sayılı TCK'nın

43. maddesinin uygulanması,

Sanıklar Hakan ve Ümmet'e isnat olunan 765 sayılı TCK'nın 202/2. maddesinde düzenlenen nitelikli zimmet suçunun alt sınırının beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi karşısında, sanık Hakan'a zorunlu müdafî atanmadan ve yine CMK'nın 188/1. maddesi uyarınca duruşmaya gelmeyen sanık Ümmet müdafisinin duruşmada hazır bulunarak görevini yapmaya çağırılması ile gerektiğinde aynı Kanun'un 150/3. maddesi uyarınca zorunlu bir müdafî atanmasının sağlanması gerektiği düşünülmeden, sanıkların ve müdafilerin yokluklarında hüküm kurulması suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 150/3 ve 188/1. maddelerine muhalefet edilmesi,

Kabule göre de;

Sahte fatura tanzim ettikleri kabul edilen sanıklar Abdulkadir ve Ümmet'in, diğer sanıkların üzerlerine atılı zimmet suçuna iştirak ettikleri konusunda delillerin neler olduğu yine kooperatifi fiilen sanıklardan İbrahim'in idare ettiğinin belirtilmesine karşın diğer sanıklar Turgay, Ahmet, Cenker ve Hakan'ın atılı suçları ne şekilde işledikleri karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi,

5252 sayılı Yasa'nın 9/3 ve CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki Kanun'la ilgili uygulamanın denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanıklar Abdulkadir ve Ümmet'in kooperatifin yönetim kurulunda görevli olmamaları karşısında, lehe kabul edilen 5237 sayılı TCK'ya göre özgü suç olan zimmet suçuna ancak aynı Yasa'nın TCK'nın 40/2. maddesine göre iştirak edebileceklerinin gözetilmemesi,

TCK'nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri ile ilgili hak yoksunluğunun koşullu salıverme tarihine kadar uygulanmasına, 53/1. maddesinde yazılı diğer hak

yoksunluklarının ise 53/2. maddesi gereğince hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, altsoy ayrımı yapılmaksızın TCK'nın 53/1-c bendinde düzenlenen haklardan sanığın koşullu salıverilme tarihine kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesinin infazda tereddüte sebebiyet vereceğinin gözetilmemesi,

TCK'nın 53/5. maddesi uygulanırken, aynı maddenin 1. fıkrasındaki hangi hak ve yetkinin kötüye kullanıldığının ve yasaklandığının gösterilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 05.02.2013 tarih, 2011/881 esas ve 2013/827 Karar)

"... Suç tarihlerinde S. S. Uygur Yapı Kooperatifinin yönetim kurulu üyeleri İbrahim, Mustafa ve Bülent, denetim kurulu üyesi Fuat ve Kooperatif ile imzaladığı sözleşme uyarınca inşaatı yapan şirket sahipleri Turan ve Aytap ile hak edişlerde inşaat mühendisi olarak imzası bulunan sanık Ahmet'in 13.493,59 TL kooperatif parasını zimmetlerine geçirdikleri kabul edilerek mahkûmiyetlerine karar verilmiş ise de dosyada mevcut delil, beyan ve raporlara nazaran kooperatif ve şirket tarafından karşılıklı alacak davaları açıldığı, davaların Erdemli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde birleştirildiği ve bu dava dosyasında alınan bilirkişi raporlarının bir kısmında şirketin, bir kısmında ise kooperatifin alacaklı olduğunun belirtildiği, Hukuk Mahkemesince 24.03.2005 tarihinde davaların reddine karar verilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından bilirkişi raporlarının eksik olduğu ve yanlış hesaplandığı gerekçesiyle kararın bozulduğu, bozma ilamı doğrultusunda 11.05.2009 tarihli bilirkişi raporunun alındığı, mahkemece dosyaya getirtilen bu raporun Sayıştay emekli denetçilerinden oluşan bilirkişi kuruluna gönderilmesi üzerine de mahkûmiyet hükmüne dayanak olan raporların düzenlendiği, ancak söz konusu Erdemli Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/250 esas sayılı dosyasındaki davanın henüz kesinleşmediği gözetilerek; kooperatif inşaatlarına ait sözleşme, plan, proje, metraj cetvelleri, hak ediş raporlarının getirilmesi ile inşaat konusunda uzman bilirkişilerin iştiraki ile mahallinde mahkemece keşif yapıp sanıkların görevden ayrıldıkları 23.02.2003 tarihi itibarıyla inşaatların fiziki gerçekleşme oranları ve Bayındırlık birim fiyatları esas alınarak yapılan imalat miktarlarının ve bu imalatların yıllar itibarıyla bedellerinin belirlenmesi ile yıllara göre şirkete hak edişlerle avans mahiyetinde yapılan ödemelerin de saptanması, bu tespitten sonra dosyanın Sayıştay emekli denetçilerinden oluşturulacak 3 kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilerek; ödemelerin ara hak edişlerle yapıldığı, bunun avans niteliğinde olduğu, geçici kabul veya kesin kabul yapılmadığı, yasa gereği yapılan işte meydana gelen %5'i aşmayan kusurlu ve eksik işin geçici kabule dahi engel olmadığı şeklindeki sanık savunmalarını da irdeler biçimde sanıkların uhdelerinde kooperatif parası bulunup bulunmadığı varsa bundan hangi sanık veya sanıkların ne oranda sorumlu bulunduğu hususunda rapor alınılarak sonucuna göre hukuki durumlarının ve suç niteliğinin belirlenmesi gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması,

Erdemli Ticaret ve Sanayi Odasının 21.03.2007 günlü cevabı yazısına göre sanık Fuat'ın denetim kurulu üyesi olduğu belirtilmesine rağmen bilirkişi raporunda sanığın yönetim kurulu üyesi olduğu yönündeki tespiti dayanılarak ve denetim kurulu üyesi sanığın suça katılımının ne şekilde gerçekleştiği de hükümde açıklanmadan yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,

Bülent Dağyar vekilinin, sanığın kooperatifin parasal işleriyle ilgilenmediğini,

ödeme, hak ediş, üyelere para toplanması gibi hiçbir parasal belgede imzası olmadığını savunması, keza sanık Aytap Güzeldağ'ın da şirkete küçük bir hisseyle eşi tarafından ortak yapıldığını, ancak ev hanımı olup tüm şirket işlerini eşi Turan'ın yaptığını savunması karşısında bu hususlar üzerinde durularak kooperatifin ve şirketin parasal iş ve işlemleriyle kimin ilgilendiğinin, fiilen işi yürütenlerin kim veya kimler olduğunun açıklığa kavuşturulmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi,

Kooperatifin sonraki yönetim kurulu başkanı katılan Zeki Köymen ve arkadaşları hakkında da Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/612 esas sayılı dosyası ile zimmet suçundan kamu davası açıldığı belirtilmekle, bu dava dosyası getirtilip, iddianın 2003 yılında şirkete yapılan ödeme olup olmadığının belirlenmesi ve delil olabilecek belge ve bilgilerin alınarak bir hükme varılması gerektiğinin nazara alınmaması,

Kabule göre;

Koşulları olduğu hâlde sanıklar hakkında teselsül hükümlerinin uygulanmaması,

Sanıklar Fuat, Aytap ve Ahmet'in kooperatifin yönetim kurulunda görevli olmamaları karşısında, lehe kabul edilen 5237 sayılı TCK'ya göre özgü suç olan zimmet suçuna ancak aynı Yasa'nın 40/2. maddesine göre iştirak edebileceklerinin nazara alınmaması,

TCK'nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri ile ilgili hak yoksunluğunun koşullu salıverme tarihine kadar uygulanmasına, 53/1. maddesinde yazılı diğer hak yoksunluklarının ise 53/2. maddesi gereğince hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, altsoy ayrımı yapılmaksızın TCK'nın 53/1-c bendinde düzenlenen haklardan sanıkların koşullu salıverilme tarihine kadar yoksun bırakılmalarına karar verilmesi,

Lehe kabul edilen 5237 sayılı TCK'nın 53/1-d maddesindeki hak ve yetkiyi kötüye kullanarak suçu işleyen kooperatifin yönetim kurulu başkanı sanık İbrahim Yuvarlakbaş hakkında aynı Kanun'un 53/5. maddesinin tatbik edilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 11.04.2013, 2012/13919 esas ve 2013/3119 Karar)

"... Kabule göre de;

Zimmet suçunun 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesinde belirtilen özgü suçlardan olduğu ve anılan maddedeki düzenlemeye göre 'Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.' hükmü nazara alınmadan, banka görevlisi olmayan sanıkların banka görevlisi olan sanık Refik ile fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek asli maddi fail olarak eylemleri gerçekleştirdiğinin kabulüyle 5237 sayılı TCK'nın 37/1. maddesi uyarınca sorumlu tutulmaları,

Zimmete konu parayı tamamen iade ettiği bildirilen sanıklar Cemal Özalp

ve Ahmet Basutçu'nun ödeme tarihleri kesin olarak saptandıktan sonra haklarında 5237 sayılı TCK'nın

248. maddesindeki hangi fıkra ve indirim oranının uygulanacağına belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

TCK'nın 53/3. maddesi uyarınca sanığın sadece kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluğa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılmaya ilişkin hak yoksunluğunun koşullu salıverme tarihinden itibaren uygulanamayacağı gözetilmeksizin sanıklar haklarında altsoyu dışındaki kişileri de kapsayacak şekilde 53/1-c maddesindeki hakların tümünü koşullu salıverilmeye kadar kullanmaktan mahrum bırakmaya hükmedilmesi,

5271 sayılı CMK'nın 326/2. maddesi gereğince sanıkların sebebiyet verdikleri yargılama giderlerinden ayrı ayrı sorumlu tutulmaları yerine müteselsilen tahsiline karar verilmesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 15.05.2013 tarih, 2012/10547 esas ve 2013/5127 Karar)

"... Sanıklar hakkında kooperatif üyelerinden toplanan aidatları defter ve kayıtlara geçirmemeleri ve yapılan bazı ödemeleri mükerrer olarak kayıt yapmaları ile denetim kurulu üyesi olan sanık Mustafa Yuca'nın da ortağı bulunduğu kooperatife ait binaların yapımını üstlenen şirketin 71.000,00 TL'lik yapması gereken iş olmasından bahisle zimmet suçundan açılan kamu davasında; hükme esas alınan 28.09.2006 tarihli bilirkişi raporunda 1.974,00 TL'lik banka hesabına yatan üye aidatına ilişkin hesap ekstresi ile 1997 yılına ilişkin yevmiye ve defteri kebirin dava dosyası ekinde mevcut olmadığı için değerlendirme yapılamadığı, 1.234,30 TL'lik makbuzla tahsil edilen üye aidatına ilişkin olarak da yevmiye defteri fotokopisi üzerinden değerlendirme yapıldığı, yine bazı ödemelerin mükerrer kaydedilmesiyle ilgili olarak da 873,71 TL'nin sanıklar Güven Turan ve Ertürk Yaray tarafından mal edinildiği, kooperatifin müteahhitliğini yapan Eret İnş. San. Tic. Ltd. Şti.ne 1997, 1998 ve 1999 yıllarında toplam 141.404,39 TL alacak tahakkuk ettirildiği ancak fatura ve hak ediş raporları dava dosyası ekinde mevcut olmadığından kooperatifin zararının tespit edilemediğinin belirtildiği, sanıklar Güven Turan ve Ertürk Yaray müdafisinin aşamalarda yazılı ve sözlü savunmalarında üye aidatları ve mükerrer ödeme kayıtlarına ilişkin kooperatifin muhasebecisi Raşit Topuz'un tanık olarak beyanının alınması ve inşaat firmasına yapılan ödemelerin şirketin defter ve kayıtları ile de karşılaştırılarak yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasını talep ettikleri ancak mahkemece talebin reddine karar verildiği de göz önüne alındığında; üye aidatları ve mükerrer kayıtlara ilişkin kooperatif muhasebecisi Raşit Topuz'un tanık olarak beyanının alınmasından sonra suç tarihlerini kapsar şekilde Eret İnş. San. Tic. Ltd. Şti.ne ait defter ve kayıtlarının celbedilerek kooperatife ait özellikle yevmiye defteri ve defteri kebir olmak üzere tüm belgelerin 3 kişilik Sayıştay emekli uzman denetçilerinden oluşacak bilirkişi heyetine tevdi edilerek iddianame içeriği ile sanıkların ve müdafilerinin savunmalarında belirttikleri hususları da değerlendirecek şekilde sanıkların uhdelerinde kooperatife ait para bulunup bulunmadığının kesin bir şekilde saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesine göre kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurlarının işleyebileceği zimmet suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, denetim kurulu üyesi olan sanık Mustafa Yuca'nın suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin asli fail gibi cezalandırılması,

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.12.2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Karar'ına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda, 5237 sayılı TCK'nın 55/2. maddesi uyarınca zimmetin maddi konusunu oluşturan değerlerin karşılığının müsaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 16.05.2013 tarih, 2012/10548 esas ve 2013/5233 Karar)

"... Türkiye'de haberleşme hizmetlerini düzenleyen temel kanunun 04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Yasası olduğu, bu Yasa'nın devlet tekeli öngördüğü ve bu hizmetlerin de posta, telgraf ve telefon idaresi tarafından yürütülmesini düzenlediği,

Bu Yasa'da özelleştirmeyi kolaylaştıracak düzenlemeler yapılması için 10.06.1994 tarihinde 4000 sayılı Yasa'nın çıkarıldığı ve 406 sayılı Yasa'daki teşkilatın ikiye ayrıldığı, posta ve telgraf, tesis ve işletmesine ilişkin hizmetlerin Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne, telekomünikasyon hizmetlerinin ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketine yürütülmesinin düzenlendiği, bu şirketin de 233 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'ye tabi olması, Telekom'un kuruluş işlemleri tamamlanincaya kadar mevcut hizmetlerin Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne yürütülmesinin öngörüldüğü, 03.05.1995 tarih ve 4107 sayılı Yasa ile de geçiş döneminde hizmet aksamasına yol açmamak üzere Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Telekom'un aralarında yapacakları protokollerle personellerinin birbirlerinin hizmetlerinde çalıştırılabilmesinin düzenlendiği,

01.08.1996 tarihli 4161 sayılı Yasa ile de Telekom hisselerinin satışına ilişkin usuli işlemlerin 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'na göre özelleştirme idaresi tarafından yürütülmesinin öngörüldüğü, bu son iki Yasa'nın büyük bir bölümünün Anayasa Mahkemesince iptal edildiği,

Bu konuda önemli değişikliğin 27.01.2000 tarihli 4502 sayılı Yasa ile yapıldığı, bu Yasanın 406 sayılı Yasa'da yaptığı temel değişikliklerin ise şöyle sıralanabileceği: 'Telekom'un bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olduğu, 233 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname kapsamından çıkarıldığı, yani bu mevzuatın Telekom'a uygulanamayacağı, ancak TBMM denetimine tabi tutulacağı, Telekom'un yürüttüğü kamu görevi dikkate alınarak hisselerinin yüzde elli birinin Hazineye kaldığı sürece Telekom'un vereceği hizmetlerin kamu görevlileri eli ile yürütüleceği, bu cümleden olarak Bakanlar Kurulu ve Bakanlık tarafından istihdam edilen genel müdür ve personel hakkında bu Kanun'da öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla 399 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname, bunun dışındakilere ise İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, Telekom'un bu hizmetleri tekel olarak 31.12.2003 yılına kadar sürdüreceği, Telekom'un kamu tüzel kişiliğe, idari ve mali özerkliğe sahip olduğu, bununla birlikte telekomünikasyon alanında düzenleme yapma ve

lisans verme yetkisinin Ulaştırma Bakanlığına, denetim yapmanın ise Telekom'a ait bulunduğu, ayrıca geçici 3. madde ile de Türk Telekomünikasyon AŞ'yi 233 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'nin KİK bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarıldığını düzenlediği",

Bu Yasa'nın bazı maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesine dava açıldığı, Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık görmeyerek bu istemi reddederken; 'yasa koyucunun telekomünikasyon hizmetleri açısından yine kamu hukuku rejiminin benimsendiğini, bu hizmetlerin ancak görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve izin yöntemleri ile yürütülebileceğinin kurala bağlandığını, idarenin koşulları belirlenen, gözetim, denetim ve yaptırım uygulama yetkileri olduğunu, kurumun tarifeleri saptama yükünün bulunduğu, imtiyaz sahibi şirketin bedel ve ücretleri saptamakta serbest olmadığını, kamu hizmetinin gerçek sahibinin Devlet-İdare, bu hizmetin imtiyazını vermekle sorumluluktan kurtulmuş olmayacağından işletmenin üzerinde denetim ve gözetim yapacağını' gerekçeler olarak belirttiği,

Bu sefer 406 sayılı Yasa'da daha ileri bir değişiklik getiren 12.05.2001 gün ve 4673 sayılı Yasa'nın yürürlüğe sokulduğu, bununla da sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurumlarına uygulanan mevzuatın Telekom'a uygulanamayacağı, Telekom'un yönetim kurulunda devlete ait bir imtiyazlı hisse bulunacağı, önemli kararlarda bu hissenin onay vermemesi hâlinde işlemin yürürlüğe giremeyeceği, yabancılara yapılacak hisse satışının yüzde kırk beşi geçemeyeceği, telekomünikasyon alanında düzenleyici işlemler yapma, lisans verme, sözleşme imzalama ve denetleme yetkilerinin Telekom'a geçtiği, bununla beraber imtiyaz sözleşmesi ile yürütülecek telekomünikasyon hizmetleri veya alt yapısına yönelik yetkilendirmeye ilişkin planlar Ulaştırma Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından onaylanacağı, kamu payı yüzde ellinin altına düştüğünde Telekom'un tekel haklarının ortadan kalkacağını düzenlediği,

Özelleştirme idaresi tarafından 25.07.2005 tarihinde hisse satışının gerçekleştirildiği, özelleştirilip devlete 1 adet imtiyazlı hisse hakkı tanındığı, bu tarihten sonra işlenen eylemlerin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı,

Suç tarihleri olan 19.11.2008 ve 20.11.2008 arasında Telekom'daki kamu hissesinin hâlen yüzde ellinin altına düştüğü, gözetildiğinde; Türk Telekom AŞ Elazığ İşletme Şefliğinde sanık Diyattin'in kiralık araç ihalesi kapsamında 23 EL 658 plakalı araçla sözleşmeli şoför olarak çalıştığı, çocukluk arkadaşı Abdulkadir'in de özel koruma ve güvenlik görevlisi olarak malzeme ambarında görev yaptığı, suç tarihlerinde Türk Telekom Müdürlüğüne ait malzeme ambarından aynı suç işleme kararı ile 19.11.2008 tarihinde 130 kg hurda kabloyu alarak sanık Diyattin'in evine götürdükleri, 20.11.2008 tarihinde ise yükleme yaparken yakalandıkları, işlenen eylemlerin zincirleme hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç niteliğinde yanılıya düşülerek kabule göre hüküm kurulması;

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 61/5. maddesindeki sıralamaya göre aynı Kanun'un 247/1, 249 ve

43. maddelerinin bu sıraya göre uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılarak hüküm kurulması,

5237 sayılı TCK'nın 53/1-c maddesi uyarınca sanığın kendi altsoyu dışındaki kişiler için cezanın infazı süresince velayet, vesayet ve kayyumluğa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılmaya ilişkin hak yoksunluğuna karar verilmemesi,

Kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçlardan zimmet suçuna iştirak edenlerin 5237 sayılı TCK'nın 40/2 maddesi uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri gözetilmeden, kamu görevlisi olmayan sanık Diyattin Şahin'in diğer sanık ile fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek asli maddi fail olarak eylemleri gerçekleştirdiğinin kabulüyle 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi uyarınca sorumlu tutulması,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan kazanılmış hak saklı tutulmak suretiyle hükümlerin 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'un 321 ve 326. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 28.06.2012 tarih, 2011/13894 esas ve 2012/7499 Karar)

"... Sayman olarak görev yaptığı belirtilen sanığın, Köylere Hizmet Götürme Birliğindeki görev yetkilerinin kapsamı, Birliğin banka hesabındaki paralar üzerinde koruma ve gözetim sorumluluğunun olup olmadığı ve tek başına çek düzenleyip bu paraları çekip çekemeyeceği hususlarının sorulup araştırılması, önceleri çift imzalı daha sonra ise tek imzalı çeklerle bankadan para çekilmeye başlandığına dair sanık ve tanık beyanları üzerinde durularak; uygulamadaki bu değişikliğin hangi tarihte ve neye dayanılarak yapıldığının saptanması, bundan sonra suç niteliğinin tespit edilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD, 07.04.2010 tarih, 2010/567 esas ve 2010/2762 Karar)

"... Suç tarihinde Ardahan ili Bağdeşen köyü muhtarı olarak görev yapan sanığın, menfaat temini suretiyle lğdır ilinden köye ait meraya hayvan getirmek amacıyla Nevzat Akçam'ın nüfus cüzdanı fotokopisini kullanarak lğdır İl Tarım Müdürlüğünden menşe şahadetnamesi düzenletmesi eyleminin TCK'nın 204/1. maddesinde düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı ve sanığın 4342 sayılı Mera Kanunu hükümlerine göre yetkisi bulunmadığı hâlde köye ait merayı usulsüz olarak kiralayarak elde ettiği 990 TL paranın görevi sebebiyle sanığa teslim edilmediği, kendisine haksız olarak para ödenmesini sağlama eyleminin yasal tevdi unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.12.2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Karar'ına ve 5237 sayılı TCK'nın 55/1. maddesine göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda zimmetin maddi konusunu oluşturan değerlerin müsaderesine karar verilemeyeceği gözetilmeden suçun karşılığı olan değerlerin müsaderesine hükmedilmesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 07.02.2013 tarih, 2012/1237 esas ve 2013/931 Karar)

“... Katılanın, muhtar olan sanıklar ile köylerine ait meraların kiralınması hususunda imzaladıkları gayriresmî sözleşme gereğince sanık Orhan’a 1.890 TL, sanık İsmail’e 1.580 TL ödemede bulunduğu, sanıkların savunmaları, katılanın beyanı, banka ve PTT makbuzları ile tüm dosya kapsamından anlaşılmakta olup; sanıkların 4342 sayılı Mera Kanunu hükümlerine göre yetkileri bulunmadığı hâlde köylerine ait meraları usûlsüz olarak kiralayarak elde ettikleri paranın görevleri sebebiyle sanıklara teslim edilmediği, kendilerine haksız olarak para ödenmesini sağlama eylemlerinin yasal tevdi unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de, ...” (Yargıtay 5. CD, 12/02/2013 tarih, 2012/2044 esas ve 2013/1089 Karar)

“... Ankara C. Başsavcılığınca düzenlenen 06.02.2009 gün ve 2009/1200 sayılı iddianamede Çankaya Belediyesi İnsan Kaynakları Eğitim Müdürlüğünde memur tahakkuk koordinasyon yetkilisi olarak görev yapan sanığın sisteme kendisi hakkında özel hizmet tazminatının katsayısını fazla göstererek Mart-Nisan 2009 aylarında toplamda 12.277,52 TL fazla maaş ödenmesine sebebiyet verdiğinin ileri sürülmesi, sanığın ise savunmasında kendisinin özel hizmet tazminat katsayısını sisteme girerken sehven fazla gösterdiğini, bu nedenle kendisinin düzenlediği ‘maaş müdürlük icmalî’ ve ‘ödeme emri belgesinde’ maaşının fazla olduğu ve bu belgelere göre düzenlenip bankaya gönderilen liste nedeniyle hesabına fazla para yattığını, genel hesaplattırma yapmadan bordro aldığı için de maaş bordrosunda gerçek maaşının gözüktüğünü ve Mart 2009 maaşını eşinin çektiğini, kendisinin de Nisan 2009 maaş ödemesinde durumu fark edip fazla yatan parayı faizi ile iade ettiğini beyan etmesi karşısında; sanığın suç tarihlerine ilişkin istenilecek banka hesap hareketlerini gösterir belgelerle birlikte dosyanın maaş ödeme işlemlerinin yapıldığı sistemden anlayan bir bilirkişinin de bulunduğu heyete tevdi edilerek sanığın savunmasında belirttiği hususların doğru olup olmadığı ve özellikle sistemde özel hizmet tazminat katsayısının değiştirilip buna göre icmal ve ödeme evraklarının düzenlendikten sonra veya öncesinde mevcut katsayıya göre maaş bordrosu alınıp alınamayacağı konusunda rapor temin edildikten sonra eylemin sübutu hâlinde kendisine usûlsüz olarak ödeme yapılmasına olanak sağlayan belgeler düzenleyip kullanmak suretiyle çıkar sağlamanın yasal tevdi bulunmadığından belgelerin aldatıcı nitelikte olması durumunda evrakta sahtekârlık ve kamu kurumuna karşı dolandırıcılık, aldatıcılığın bulunmaması hâlinde ise kamu kurumuna karşı dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarını oluşturacağı gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (Yargıtay 5. CD, 08.01.2013 tarih, 2011/12828 esas ve 2013/78 Karar)

“... Suç tarihinde Ardahan ili Hanak ilçesi Yamçılı Köyü muhtarı olarak görev yapan sanık hakkında zimmet suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında; sanığın 2006 yılında köy merasını usûlsüz olarak kiraya vermek suretiyle 3.300 TL menfaat temin etmesi eyleminin 4342 sayılı Mera Kanunu hükümlerine göre yetkisi bulunmadığı hâlde köye ait merayı usûlsüz olarak kiralayarak elde ettiği paranın görevi sebebiyle sanığa teslim edilmediği, kendisine haksız olarak para ödenmesini sağlama

eyleminin yasal tevdi unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağının gözetilmemesi ve sanığın köye ait 2 adet boğanın satışından elde ettiği 4.000 TL'yi mal edinmek suretiyle işlediği sabit olan zimmet suçunda zimmete konu 4.000 TL'nin, Dairemiz uygulamalarına göre 2007 yılı için TCK'nın 249/1. maddesi kapsamında değer azlığı sınırı olarak kabul edilen 6.500 TL'den az olması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 249. maddesinin uygulanmaması suretiyle fazla cezaya hükmolunması, ..." (Yargıtay 5. CD, 07.02.2013 tarih, 2012/535 esas ve 2013/930 Karar)

"... Ancak;

Sanığın, veznedarın izinli olduğu dönemlerde görev yaptığı veznede tahsil edilen tutarlar ile muhasebe kaydına alınan tutarlar arasında farklılık oluşturarak meydana getirdiği toplam 1.537,01 TL kasa açığının uhdesine geçirme şeklindeki fiillerin zincirleme basit zimmet suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 249. maddesinin gözetilmesi gerektiği, ancak hayalî işlemlerle yapılan ödemelerin sonucu yasal olmayan biçimde kendi hesabına yatırılan paralar konusunda yasal tevdi unsurunun gerçekleşmediği gibi koruma ve gözetim sorumluluğundan söz edilemeyeceği, yasal olmayan şekilde ödeme yapılmasına olanak sağlayan ve sanık tarafından meydana getirilen tüm belgelerin elde edilip dosyaya konarak incelenmesi; aldatma yeteneğinin varlığı hâlinde eylemlerin zincirleme şekilde kamu görevlisinin sahteciliği ve kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık suçlarını; aldatma yeteneğinin bulunmaması hâlinde ise zincirleme görevi kötüye kullanma ve kamu kurumu aleyhine dolandırıcılık suçlarını oluşturacağı gözetilmeden eksik soruşturma sonucu tüm eylemlerin zincirleme basit zimmet olarak kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 26.02.2013 tarih, 2012/2059 esas ve 2013/1376 Karar)

"... 3628 sayılı Kanun'un 18. maddesi hükmü uyarınca, görevsizlik kararına konu zimmet suçu yönünden suçtan zarar gören ve CMK'nın 260. maddesi gereğince temyiz hakkı bulunan Maliye Hazinesinin aynı Kanun'un 237 vd. maddelerine göre katılan sıfatıyla davaya kabulüne karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Anamur Devlet Hastanesinde dahiliye uzmanı olarak görev yapan sanığın; Roche firmasından ultrason cihazı alma karşılığında bu firmaya ait Xenical ve Inhibace Plus ilaçlarını haksız olarak reçetelere yazdığının iddia olunması karşısında;

SGK kayıtlarına göre sanığın, Xenical ilacını 16.03.2005-31.07.2006 tarihleri arasında toplam 4 reçetede, Inhibace Plus ilacını ise 20.05.2004-19.12.2006 tarihleri arasında toplam 273 reçetede yazmış olması, dosyada bulunan fatura içeriğine göre söz konusu ultrason cihazının 11.05.2004 tarihi itibarıyla değerinin 9.957.230.580 TL olması, cihazın teslim alındığına ilişkin teşekkür mektubunun 21.06.2004 tarihli olması da gözetilerek;

İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/67 esas sayılı dosyasında bulunduğu ve Roche firması yetkilisi Levent Güldal tarafından adı geçen firmaya gönderildiği anlaşılan sanık ile ilgili elektronik postanın bir örneğinin ilgili mahkemeden veya Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığından; ayrıntıları müfettiş raporunun

ekindeki CD'lerde yer alan ve 21.06.2004 tarihinden önce yazılan Inhibace Plus ilaçlarına ilişkin reçete örneklerinin ise SGK'dan getirilmesi, bu reçetelerde yazılı teşhisler ile bu ilaçların, nitelik ve sayı yönünden uyumlu olup olmadığı hususlarında bilirkişi incelemesi yaptırılması, gerektiğinde reçetelerde adı geçen Zülfü Korkmaz, Yeter Karadağ, Hanife ve Ekrem Öztun, Turgut Dere, Fatma Kerbalı, Niyazi Özcan ve Sevgi Nalbantoğlu'nun tanık sıfatıyla dinlenerek bu kişilere reçetede yazılı rahatsızlıklarının bulunup bulunmadığı ve ilaçları alıp almadıkları hususlarının sorulması, ayrıca sanığın Roche firması görevlilerinden Murat Kiğılı'nın muayenehanesindeki ultrason cihazını alarak yerine suça konu ultrason cihazını bıraktığını savunması karşısında Murat Kiğılı'nın bu hususta tanık olarak dinlenmesi, sanığın; yapmaması gereken işi yapmak için usulsüz şekilde bu ilaçları reçetelere yazarak menfaat temin edip etmediğinin araştırılması, yine zimmet suçu ile ilgili yasal tevdi şartının oluşup oluşmadığının belirlenmesi bakımından, 21.06.2004 tarihi itibarıyla sanığın, çalıştığı hastaneye bağışlanan eşyaları teslim alma yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD, 18.02.2013 tarih, 2012/2482 esas ve 2013/1232 Karar)

"... Suç tarihinde Arpaçay İlçe Millî Eğitim Müdürlüğünde geçici memur statüsü ile mutemet olarak görev yapan sanığın, sözleşmeli öğretmenlerin ek ders ücretlerini bordrolarda yer alan miktarlardan farklı olarak banka hesaplarına eksik yatırıp kendi hesabına aktararak bu paraları mal edinme şeklinde gerçekleştirdiği eyleminde; yasal tevdi unsurunun bulunmaması ve bu paralar üzerinde koruma, gözetim sorumluluğunun da olmaması nazara alındığında kendisine usulsüz olarak ödeme yapılmasına olanak veren belgeler düzenleyerek kullanmak suretiyle çıkar sağlamasının belgelerin aldatıcı nitelikte olması durumunda sahtecilik ve kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçlarını oluşturacağı gözetilmeden suç nitelemesinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanığın zimmetine geçirdiği 851,60 TL'nin suç tarihi itibari ile ekonomik koşullar ve paranın alım gücü nazara alındığında değerinin az olduğu dikkate alınıp hakkında 5237 sayılı TCK'nın 249. maddesinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi,

Sanığın zimmetine geçirdiği toplam 851,60 TL'yi mahkemece yapılan ihtar üzerine 24.12.2009 tarihinde Millî Eğitim Müdürlüğüne ödemiş ise de hakkında henüz soruşturma başlamadan önce zimmet miktarını Arpaçay Millî Eğitim müdürü olan tanık Metin Avcı'ya ödemek istediği ancak, bu tanığın kabul etmemesi üzerine maaşı eksik ödenen personelden ulaşabildiklerine ödeme yapması nedeniyle sanığın ödeme iradesinin soruşturma başlamadan önceye yönelik olduğu gözetilerek verilen cezasından 5237 sayılı TCK'nın 248/1. maddesi uyarınca 2/3 yerine, 248/2. maddesiyle 1/3 oranında indirim yapılması suretiyle fazla ceza tayini,

5237 sayılı TCK'nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri ile ilgili haklarından koşullu salıverilme tarihine, 53/1-a,b,c,d,e maddesinde yazılı diğer haklarından 53/2. maddesi gereğince hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına

şeklinde hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması, 5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle atılı zimmet suçunu işleyen sanık hakkında aynı Kanun'un 53/5. maddesi gereğince bu hak ve yetkinin yasaklanmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD, 07.05.2013 tarih, 2012/7249 esas ve 2013/4725 Karar)

"... Suç tarihinde Trabzon ili Of Kaymakamlığı Köylere Hizmet Götürme Birliğinde sayman olarak görev yapan sanığın Mart 2004-Temmuz 2006 tarihleri arasında ilçe kaymakamının ve birlik müdürünün imzalarını taklit etmek suretiyle düzenlediği sahte çeklerin bedellerini tahsil etmek suretiyle haksız kazanç sağladığının anlaşılması karşısında, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

TCK'nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun oluşması için 'kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi' gerektiği, Köylere Hizmet Götürme Birliğinin 28.09.2010 tarihli cevabi yazılarına göre sanığın tek imza ile çek düzenleme ve para çekme yetkisinin bulunmadığı nazara alındığında, suça konu paraların görevi dolayısıyla sanığa teslim edilmediği, muhafaza ve gözetim sorumluluğunun olmadığı, fiillerinde yasal tevdi unsurunun gerçekleşmediği, sanığın hileli ve yasal olmayan yollarla kendisine para ödenmesini sağladığı, bu durumda eylemlerinin TCK'nın 158/1-e maddesinde düzenlenen zincirleme surette kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde nitelikli zimmet suçundan hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD, 04.06.2013 tarih, 2012/8711 esas ve 2013/6149 Karar)

"... Suç tarihinde Erenler Yunus Emre Çok Programlı Lisesinde memur olarak görev yapan ve aynı zamanda okulun mutemetlik hizmetlerini de yürüten sanığın, okul müdürünün 16.10.2009 tarih ve 120/410 sayılı yazısıyla, okul öğretmenlerinden birinin ücretsiz izne ayrılması nedeniyle, bu öğretmenin hesabına sehven yatırılan 1.418,11 TL miktarındaki parayı, yine okul müdürünün 15.10.2009 tarih ve 550/403 sayılı yazısıyla da ihtiyaç sahibi öğrencilere verilmek üzere Sakarya Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından gönderilen parayı bankadan çekmesi hususunda usulünce görevlendirildiği, bu itibarla dava konusu somut olayda yasal tevdi unsurunun bulunduğu ve kamu görevlisi olan sanığın atılı zincirleme zimmet suçunu işlediği anlaşıldığından, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiş, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Mahkemece zimmet miktarı olarak kabul edilen 4.638,11 TL'nin suç tarihi itibarı ile ekonomik koşullar ve paranın alım gücü nazara alındığında değerinin az olduğu dikkate alınıp sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 249. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 02.08.2013 tarih, 2013/7291 esas ve 2013/8237 Karar)

"... İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 78. maddesi gereğince okul müdürü tarafından kurum içi bir işlemle hesap işleri memuru olarak görevlendirilen ve Kayabaşı İlköğretim Okulu müdür yardımcısı olan sanığın kurumda görev yapan personelin tahakkuk eden ücretlerine ilişkin ödemeye esas banka listelerinin özel kesinti bölümlerinde haksız kesintiler yaparak okul müdürüne imzalatmak ve bu listeleri bankaya göndermek suretiyle kesintilerin kendi hesabına aktarılmasını sağlayarak mal edinmesi şeklindeki eylemlerinin zincirleme şekilde basit zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin dosya kapsamına, oluşa ve bu konudaki mevzuata uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Kamu görevlisi sanığın TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlediği suç nedeniyle hakkında TCK'nın 53/5. maddesinin uygulanmaması,..." (Yargıtay 5. CD, 23.01.2013 tarih, 2011/14033 esas ve 2013/625 Karar)

"... Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34, 230 ve 289/1-g maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının; herkesi tatmin edecek, Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması, Yargıtayın gerekçelerde tutarlılık denetimi yapması ve bu açılardan mantıksal ve hukuksal bütünlüğünün sağlanması için kararın dayandığı tüm verilerin ve değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması ilkelerine uyulması gerektiği hâlde hükümde zimmet kabul edilen miktarın ne kadar olduğu belirtilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

Sanık müdafii temyiz dilekçesinde bilirkişinin borç hesabını yanlış çıkardığını, sanığın kooperatife vermiş olduğu 1.050,00 ve 400,00 liralık borçların nazara alınmadığını savunması karşısında bu savunma üzerinde durularak ekinde ibraz etmiş olduğu belgeler ile birlikte bilirkişiye tüm defter ve belgelerin ibrazı ile bu borcun kayıtlarda bulunup bulunmadığı ve önceki hesaplamada nazara alınıp alınmadığı hususu açıklığa kavuşturularak sanığın zimmet ve miktarının tayini yerine eksik tahkikatla hükme varılması,

Yargılama sırasında Tedaş'a ödenmek üzere şirket yetkilisi Ahmet Erdem'e sanık tarafından teslim edildiği anlaşılan 742,00 liradan, 297,06 lirasının faiz olarak ödendiği savunularak buna dair belgeler sunulduğu gibi paranın bu kasıtlı Ahmet'e teslimi ve ilk tahakkukun verilen miktar kadar olması hususları nazara alındığında bu miktarın, keza belgesiz harcama olarak gösterilen 547,00 lira ile dayanan bilirkişi raporunda belirtilen 604,00 liranın ilgili şahıslara ödendiği beyanlarla anlaşılacakla bu miktarın da zimmete dâhil edilemeyeceği gözetilmeden hüküm tesisi,

Kabule göre de;

Suçtan sağlanan el konulmamış menfaatlerin meşru malikinin belli olduğu hâllerde 5237 sayılı TCK'nın 55/2. maddesi uyarınca müsadere kararı verilemeyeceğinin gözetilmemesi,

Sanık ve kooperatif yönetimi arasında hükümden sonra düzenlenen protokol ve ibra senetleri nazara alınarak bunun etkin pişmanlık mahiyetinde olup olmadığının araştırılması lüzumu, ...” (Yargıtay 5. CD, 09.05.2013 tarih, 2013/2321 esas ve 2013/4809 Karar)

“... Zimmete konu olan, makbuzsuz olarak su hattı ve deposu inşaatı ile su aboneliği için para toplanması eylemlerinin, kurumdaki belgelerin incelenmesi suretiyle ortaya çıkarılması mümkün olmayıp ancak ilgililerin dinlenmesi sonucu tespitinin mümkün olduğu anlaşılmakla sanığın eylemlerinin zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sadece basit zimmet suçundan hüküm kurulması,

5237 sayılı TCK'nın 53/3. maddesi uyarınca, sanığın sadece kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluğa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun bırakılmaya ilişkin hak yoksunluğunun koşullu salıverme tarihinden itibaren uygulanamayacağı gözetilmeksizin, altsoyu dışındaki kişileri de kapsayacak şekilde 53/1-c maddesindeki hakların tümünü koşullu salıverilmeye kadar kullanmaktan mahrum bırakmaya hükmedilmesi,

5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle atılı suçu işleyen sanık hakkında aynı Kanun'un 53/5. madde ve fıkrası gereğince, cezanın infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Dairemizce de benimsenen 16.12.2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Karar'ına göre, mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda zimmetin konusunu ve karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi, ...” (Yargıtay 5. CD, 27.05.2013 tarih, 2013/1976 esas ve 2013/5756 Karar)

“... 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda, 2762 sayılı Kanun'un 35/2. maddesindeki benzer bir hükme yer verilmediği gibi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının malları ve paraları hakkında özel hüküm mevcut olmadığı, Medeni Kanun'daki hükümlere göre tescil edileceğinin belirtildiği, kamu gücü ayrıcalıklarının bulunmadığı, kamu kurumu ve kuruluşu olarak kabul edilemeyeceği, vakıfta görev alan kişilerden kamu görevlisi olarak kabul edilecek olanların 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7/2. maddesinde belirlendiği de dikkate alındığında anılan Vakıfta memur olarak çalışan sanığın paraları mal edinmesi eyleminde zimmet suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı ve 5237 sayılı TCK'nın 155/2, 43. maddeleri uyarınca cezalandırılması

gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Saniğin Sevgi Özdemir, Hatice Taşpınar ve Saniye Yıldırım adına avans mahsup çizelgelerine imza atarak yardım parasını mal edinmesi eylemlerinin daire dışı araştırmalarla ortaya çıktığının anlaşılması karşısında, zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden sadece basit zimmet suçundan hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 5. CD, 27.05.2013 tarih, 2013/4338 esas ve 2013/5811 Karar)

"... Suç tarihinde Erenler Yunus Emre Çok Programlı Lisesinde memur olarak görev yapan ve aynı zamanda okulun mutemetlik hizmetlerini de yürüten saniğin, okul müdürünün 16.10.2009 tarih ve 120/410 sayılı yazısıyla, okul öğretmenlerinden birinin ücretsiz izne ayrılması nedeniyle, bu öğretmenin hesabına sehven yatırılan 1.418,11 TL miktarındaki parayı, yine okul müdürünün 15.10.2009 tarih ve 550/403 sayılı yazısıyla da ihtiyaç sahibi öğrencilere verilmek üzerine Sakarya Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından gönderilen parayı bankadan çekmesi hususunda usulünce görevlendirildiği, bu itibarla dava konusu somut olayda yasal tevdi unsurunun bulunduğu ve kamu görevlisi olan saniğin atılı zincirleme zimmet suçunu işlediği anlaşıldığından, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiş, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Mahkemeye zimmet miktarı olarak kabul edilen 4.638,11 TL'nin suç tarihi itibari ile ekonomik koşullar ve paranın alım gücü nazara alındığında değerinin az olduğu dikkate alınıp sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 249. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 02.08.2013 tarih, 2013/7291 esas ve 2013/8237 Karar)

"... Barbaros köyü muhtarı olan sanık Osman Okyay ile köy ihtiyar heyeti üyesi olan diğer sanıkların görev yaptıkları dönemde Barbaros köyünde bulunan sağlık ocağı yapımı için aldıkları, ancak sağlık ocağı inşaatında kullanılmayan çimentolardan 138.206.250 TL tutarındaki 195 torba çimentoyu, ayrıca muhtar Osman Okyay'ın köy içme suyu çalıştırma ve tamir ücreti olarak toplam 3.950 lirayı köy ihtiyar heyeti üyesi Çağatay Bağcıoğlu'na ödediğine dair belge, köy masraf senedi düzenlemesine rağmen parayı ödemeyerek mal edindiği iddiası karşısında; Osman Okyay'ın çimentoların sağlık ocağı inşaatında, içme suyu bakımında, yol yapımında ve diğer ihtiyaç duyulan işlerde kullanıldığını, köy halkının bunları bildiğini, sanıkların atılı suçu işlemediklerini savunmaları, 26.12.2001 tarihli köy masraf senedi ve ita emri üzerinde gashane ve tuvalet yapımında kullanıldığının yazılması, bilirkişiler tarafından düzenlenen 18.03.2008 tarihli raporda yapılan yol ve sağlık ocağı imalatlarına ilişkin işçilik bedeli ve kalıp malzemesi ile ilgili fatura bulunmadığının bildirilmesi nazara alınarak ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olduğundan öncelikle Özgürler firması yetkilisi ve Ersin Taraklı- Tufan Taraklı'nın tanık sıfatıyla

dinlenilerek Barbaros köyüne fatura tarihlerinde kaç torba çimento alındığı, kime teslim edildiği hususlarının sorulması, yol yapımında çalışan işçilerin kimliği tespit edilerek kullandıkları malzemeyi kimden teslim aldıklarının sorulması, köye yapılan harcamaları bilen köy halkından kişilerin tanık sıfatıyla dinlenerek suç tarihinde köy içme suyunun kim tarafından işletildiğinin ve bu iş için köy bütçesinden bedel ödenip ödenmediğinin sorularak açıklattırılması, savunmada ileri sürülen harcamalara konu malzemelerin alınıp alınmadığı, söz konusu harcamaların gerçekte yapıp yapılmadığının belirlenip, gerekirse mahallinde keşif icra edilerek alınan malzemelerin kullanıldığı yerlerin maliyet hesabının çıkartılmasından sonra dava dosyasının emekli Sayıştay uzman denetçilerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilerek suç tarihi itibarıyla köy tüzel kişiliğinin tüm gelir ve giderlerinin tespit edilmesi, sanıklardan Ali Erdem'in 03.11.2001, H. Çağatay'ın 23.05.2001 tarihinde aza olarak göreve başladıkları da dikkate alınarak sanıkların üzerinde köye ait para bulunup bulunmadığının saptanması, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının ayrı ayrı tayin ve takdiri yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanıklar Hasan Çağatay Bağcıoğlu, Ömer Akay ve Ali Erdem Anık'ın 138,00 lirayı zimmetlerine geçirdiklerinin kabul edildiği hâlde bu miktarın suç tarihine göre Dairemiz uygulamalarında pek hafif kabul edildiği gözetilmeksizin TCK'nın 249. maddesi ve değer azlığı hükümlerinin uygulanmaması,

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.12.2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Karar'ına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda zimmetin konusunu ve karşılığını oluşturan değerlerin müsadereesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 14.06.2012 tarih, 2012/3339 esas ve 2012/6818 Karar)

"... İddianameyle, kooperatif yöneticisi olan sanıkların, Çevre ve Orman İl Müdürlüğünce kullandırılan Or-Köy kredilerinin işletme sermayesi olarak kullanılan kısmını hayalî belgelerle gerçekleştirerek haksız kazanç temin ettikleri, kooperatifin yapmış olduğu yem ve süt satışıyla orman emvali işinden doğan gelirleri kooperatif kayıtlarına intikal ettirmedikleri, bu işlemlere ait borçları kooperatife yükleyerek haksız kazanç temin ettikleri ileri sürülerek, mahkemece sabit kabul edilen diğer eylemle birlikte zimmet suçundan 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi de uygulanmak suretiyle cezalandırılmalarının talep edildiği, bununla birlikte yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporunda iddia konusu tüm hususlar irdelenmeksizin, salt kooperatif işletme binası inşaatından dolayı müteahhit firmaya ödenmesi gerekirken ödenmeyen ve sanıkların uhdesinde bulunan 5.000 TL tutarındaki zimmetin varlığı kabul edilip sadece bu eylemden ötürü cezalandırıldıkları, başkontrolör raporu ve dosya kapsamına göre iddia konusu tüm eylemler değerlendirildiği ve yasal unsurları bulunduğu eylemin nitelikli zimmet suçunu oluşturması, TCK'nın 43. maddesinin uygulanması ve ayrıca tespit edilecek toplam zimmet miktarına göre de değer azlığı indiriminin de uygulanmaması ihtimalinin bulunduğu anlaşılmışsa da bu hususlar aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamış, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir, ..." (Yargıtay 5. CD, 07.02.2013 tarih,

2012/610 esas ve 2013/913 Karar)

"... Mahkemece, Dairemizin 31.05.2010 gün ve 2006/11856 esas, 2010/4102 Karar sayılı bozma ilamına uyulduğu hâlde bozma kararı doğrultusunda sanığın zimmete konu parayı su basma işi için yol masrafı olarak kullandığına ilişkin savunması nazara alınıp, zimmet miktarının tespiti açısından harcama belgelerinde söz konusu iş için harcama yapılıp yapılmadığı hususlarını irdeleyen denetime elverişli ve sanığın görev yaptığı tarihleri kapsayan rapor alınması, su basma işi için yapılan yol masrafının gider olarak gösterilmediğinin anlaşılması hâlinde ise bu iş için yapılacak masraf ve buna göre varsa zimmet miktarının saptanması gerekirken; sanığın görev yaptığı dönemi kapsar şekilde bilirkişi raporu alındığı, ancak bu raporda sanığın savunmasında geçen su basma işi yol masrafına dair gider belgesine rastlanıp rastlanmadığının açıklanmadığı ve gider tablosunun sanığın savunmasında belirtilen hususları irdelemediği gibi yapıldığı savunulan yol masrafının defter kayıtlarında gider olarak gösterilmediğinin anlaşılması hâlinde ise su basma işi için yapılacak masrafın tespit edilmesi ve buna göre varsa zimmet miktarının saptanması gerektiği göz ardı edilerek eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanığın görevden ayrılırken üzerinde görülen paranın 350,00 TL'sini mahkemece tanık olarak beyanı alınan Osman Kovan'a verdiği sabit olduğundan bu miktarın düşülmesi gerektiği gözetilmeden toplam zimmet miktarının hatalı olarak belirlenmesi,

Sanığın zimmetine geçirdiği kabul edilen, 1.027 TL'nin suç tarihi olan 2001 yılı itibarıyla ekonomik koşullar ve paranın alım gücü nazara alındığında değerinin az ve hafif olmadığı gözetilmeksizin değer azlığı nedeniyle indirim yapılmak suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayin edilmesi,

Suçun 5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine rağmen sanık hakkında aynı Yasa'nın 53/5. maddesinin uygulanmaması, ..." (Yargıtay 5. CD, 07.02.2013 tarih, 2012/2860 esas ve 2013/934 Karar)

"... Suçun 5237 sayılı Yasa'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlendiğinin kabul edilmesi karşısında aynı Yasa'nın 53/5. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Kemaliye köyü muhtarı olan sanığın köy camiinin tadilat ve tamirâtı için Vakıflar İl Müdürlüğü tarafından köy tüzel kişiliği banka hesabına gönderilen 8.000 TL paranın bir kısmını zimmetine geçirdiği iddiası ile ilgili olarak; gönderilen paranın köy camiinin tadilat ve tamirât işlerinde kullanıldığına ilişkin sanık savunması ve buna ilişkin olarak sunulan harcama belgeleri karşısında, mahallinde teknik bilirkişilerce keşif yapılarak suça konu paranın gönderilmesinden sonra köy camiinde yapılan tadilat ve tamirât işleri ile maliyetlerinin alınacak raporla saptanması ve bu işler için

gönderilen paradan köyün diğer ihtiyaçları için harcanan miktarın belirlenmesi, anılan işlerde harcanmak üzere köy halkından ve diğer kişilerden para veya malzeme yardımı toplanıp toplanmadığı hususlarında köy halkından kişilerin beyanlarına başvurulması ve sanık tarafından sunulan harcama belgeleri arasında bulunan köy masraf senedi ve ita emriyle köy camii duvarının sıvası için kendisine 3.600 TL ödeme yapıldığı belirtilen Remzi Koyun isimli tanığın adresinin yeniden ve ayrıntılı olarak araştırılıp dinlenmesinden sonra, sanığın zimmetinde köy parasının bulunup bulunmadığı, varsa miktarının net olarak hesaplanması için dava dosyasının Sayıştay emekli uzman denetçilerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilip rapor tanzim ettirilerek tüm dosya kapsamına göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de,

Zimmetin varlığı hâlinde kesin biçimde saptanacak miktarına göre değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılması gerekirken, sanığın en az 3.600 TL'yi zimmetine geçirdiği kabul edilmesine rağmen, bu miktarın suç tarihi itibarıyla ekonomik koşullar ve paranın alım gücü nazara alındığında değerinin az olduğu dikkate alınıp sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 249. maddesinin uygulanması gerektiği nazara alınmaksızın fazla cezaya hükmedilmesi, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 11.03.2013 tarih, 2012/3480 esas ve 2013/1734 Karar)

"... Suç tarihinde Ceyhan ilçesi Değirmenli köyü muhtarı olarak görev yapan sanık hakkında köye ait ağaçların satışından elde edilen geliri kayıtlara işlemeyerek belgesiz harcama yaptığından bahisle Asliye Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine zimmet suçundan yapılan yargılamada; 05.02.2009 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen belgesiz harcama olarak gelir-gider defteri kayıtlarında yer alan sokak lambalarının bakımı, bekçi ücreti, Ender Ticarete ödenen, cami için harcanan ve bütçe yapımında kullanılan paralara ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla sanığın ayrıntılı savunmasının alınması, yaptığı ödemelere ilişkin tanık dinletme imkânı tanınması, gerekli görülürse mahallinde keşif yapılarak yukarıda belirtilen giderlerin gerçek harcama olup olmadığının belirlenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, Kabule göre de;

Mahkemece kabul edilen bilirkişi raporuna göre, zimmete geçirilen miktarın 1.478,00 TL olduğu, bu miktarın suç tarihine göre Dairemiz uygulamalarında pek hafif kabul edildiği, bu itibarla da 765 sayılı TCK'nın 219/3 ile 5237 sayılı TCK'nın 249. maddelerine göre değer azlığı hükümlerinin tatbik edilip edilmeyeceğinin tartışılması ve lehe yasanın buna göre belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanığın Ceyhan 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 19.10.2005 tarih ve 2004/650 esas, 2005/550 Karar sayılı kararıyla 1 yıl hapis cezası ile mahkûmiyetine dair ilk hüküm nedeni ile oluşan kazanılmış hak saklı tutularak sonuç ceza belirlenirken hâlen yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'un 326/son maddesine yer verilmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini,

5237 sayılı Yasa'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle suç işlediği kabul edilen sanık hakkında 53/5. maddesi uyarınca 'cezanın

infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına' karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, cezanın infazından sonra işlemek üzere sadece 'seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yasaklanmasına' karar verilmesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 14.03.1013 tarih, 2012/3908 esas ve 2013/1892 Karar)

Rüşvet Suçu İçtihatları

"... Ancak;

Gerek 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile değişik 252/7. maddesinde ve gerekse 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesiyle değiştirilmeden önceki TCK'nın 252/2. maddesinde rüşvet alan, talepte bulunan veya bu konuda anlaşmaya varan kişilerin yargı görevi yapan olması hâlinde uygulanması gereken nitelikli hâlin rüşvet verdikleri kabul edilen sanıklar hakkında uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden cezalarının artırılması suretiyle fazla ceza tayini,

Keza, sanıkların lehine olan kanun hükümlerinin tespiti amacıyla yapılan karşılaştırmada 765 sayılı TCK'nın 219/1. maddesindeki '202 ila 218'inci maddelerde yazılı suçların emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hâkim ve savcılar tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezalar yarısı oranında artırılarak hükmolunur.' düzenlemesi gereğince rüşvet verdikleri kabul edilen sanıklar hakkında uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeyerek lehe yasanın belirlenmesi, ..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 24.01.2013 tarih, 2010/4982 esas ve 2013/746 Karar)

"... Suç tarihinde sanık Mehmet Nazif Yaşar'ın Osmaniye C. savcısı olarak görev yaptığı, Osmaniye Cumhuriyet Başsavcılığı İş Bölümü Cetveline göre sanığın, sonu 59, 69, 79 ve 89 numaraları ile biten soruşturma dosyalarını sonuçlandırma ve Osmaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesinde iddia makamını temsil etme görevlerini yürüttüğü, suç tarihinde uhdesinde bulunan ve tutuklu işlerden olan 2011/5959 soruşturma numaralı dosyada soruşturma savcısı olarak görevli olduğu, sanık Mithat Gürbüz'ün ise Osmaniye'de esnaflık yaptığı,

21.07.2011 tarihli olay ve yakalama tutanağında; 'Soruşturma kapsamında alınan talimat gereği 100 adet 100 lira olmak üzere toplam 10.000 lira para temin edilmiş ve bu paraların seri numaraları alınarak ayrı ayrı fotokopileri çekilerek tespit edilmiştir. Ayrıca, müşteki Zeynel Abidin Öksüz'ün, parayı Mithat Gürbüz isimli şahsa teslim edeceği yer olan müştekiye ait ikametinin oturma odasına video kamera yerleştirilmiş, ayrıca ikametinin çevresine parayı alıp çıktıktan sonra ikametinden ayrılacak olan Mithat Gürbüz'ü takip etmesi amacıyla ikamet çevresine iki ayrı sivil motosikletli görevli ile hakkında şikâyet bulunan Mehmet Nazif Yaşar'ın hareketini takip etmesi amacıyla Osmaniye Adliye Sarayı içerisinde iki sivil görevli yerleştirilerek gerekli tertibatlar alınmıştır.

Yapılan fiziki takipte; 21.07.2011 günü saat 14.00 sıralarında Mithat Gürbüz isimli şahsın 80 ER 400 plaka sayılı siyah renkli Renault marka araç ile tertibat alınan müştekiye ait ikamete gelerek araçtan indiği ve ikamete girdiği, yaklaşık iki dakika sonra ikametinden çıkarak geldiği araca bindiği ve Süleyman Çalık Caddesi'ni takiben Musa Şahin Bulvarı'na çıktığı, bu yoldan Adana istikametine gittiği, PTT Kavşağı'na

geldiğinde Hasan Çenet Caddesi'ne (İstasyon Caddesi) dönüş yaparak Yıldırım Beyazıt Mahallesi ara sokaklarını kullanarak tekrar Musa Şahin Bulvarı'na çıktığı ve Adliye Sarayı'nın bulunduğu kompleks önüne yöneldiği,

Bu sırada, Adliye Sarayı içerisinde bulunan görevlilerimizce, hakkında takip yapılan Cumhuriyet Savcısı Mehmet Nazif Yaşar'ın aynı saatlerde Adliye Sarayı'ndan çıkış yaparak Osmaniye Valiliği ve Emniyet Müdürlüğü binaları arasından Musa Şahin Bulvarı istikametine yaya olarak gittiği ve otobüs durağı önünde duran Mithat Gürbüz'ün sevk ve idaresinde bulunan 80 ER 400 plakalı siyah renkli Renault marka aracın sağ ön yolcu kapısından araca bindiği ve araç ile hızla uzaklaştıkları, aracın Adnan Menderes Kavşağı'ndan Adnan Menderes Bulvarını kullanarak Atatürk Caddesi'ne çıktığı, buradan il merkezi istikametine devam ederek Çarşamba Pazarı olarak bilinen 8020 no.lu sokağa girdiği görülmüş, şahısların ara sokakları kullanarak izlerini kaybettirmemeleri için Cumhuriyet Başsavcısı M. Y'ye telefonla konu hakkında bilgi verilmiş, araç ve içerisinde bulunan şahıslara müdahale edilerek yakalama çalışması yapılması emri verilmesi üzerine, 8020. sokağa giriş yapan araç ve içerisinde bulunan şahıslar usulüne uygun şekilde takip görevlilerince durdurulmuş, araç içerisinde bulunan şahıslara polis tanıtma karneleri gösterilerek usulüne uygun şekilde KOM Şube Müdürlüğümüze davet edilmişler, 80 ER 400 plaka sayılı araç ve araç içerisinde bulundukları tespit edilen; araç sürücüsü Mithat Gürbüz ile Mehmet Nazif Yaşar isimli şahıslar kullanmış oldukları 80 ER 400 plaka sayılı araç ile birlikte KOM Şube Müdürlüğümüze intikal ettirilmeleri için Cumhuriyet Savcısı Mehmet Nazif Yaşar emniyet aracına davet edilerek araca binmesi sağlanmış, Mithat Gürbüz isimli şahıs ise ayrı bir emniyet aracına bindirilerek KOM Şube Müdürlüğüne intikal ettirilmiştir. Cumhuriyet Savcısı Mehmet Nazif Yaşar, KOM Şube Müdürlüğüne intikal ettirildiği sırada 'bir İddaa bayisine gitmek istediğini ve orada bir iş olduğunu' görevlilerimize söylediği, görevlilerimizden olumsuz yanıt alması üzerine kendi kullandığı cep telefonu ile bir şahsı arayarak 'Üzerinde çalıştığımız dosyadaki mütalaamı çıkart, ona gerek kalmadı.' dediği tespit edilmiştir.' şeklinde ifadelerin yer aldığı,

Mağdur Zeynel Abidin Öksüz'ün evine yerleştirilen gizli kamera görüntülerinde; mağdurun cebinden çıkardığı tomar hâlindeki parayı sanık Mithat Gürbüz'e verdiği, sanık Mithat'ın da paraları birden yüze kadar sayarak aldığı,

Sanıklar üzerinde yapılan üst aramasında; tespiti yapılan 10.000 liranın, 5.000 lirasının sanık Mehmet Nazif Yaşar'da, 5.000 lirasının sanık Mithat Gürbüz'de ele geçtiği,

Suçla konu Osmaniye C. Başsavcılığının 2011/5959 sayılı soruşturma dosyasının incelenmesinde; 28.06.2001 tarihinde meydana gelen kasten yaralama, silahla tehdit, 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarına ilişkin olarak yapılan soruşturma nedeniyle şüpheliler Ahmet Öksüz, Sinan Öksüz, Mustafa Öksüz, Mimar Sinan Öksüz, İsmail Öksüz, Atilla Kavun ve Uygur Çinkır haklarında Osmaniye İl Emniyet Müdürlüğüne düzenlenen fezlekenin 29.06.2011 tarihinde Osmaniye Cumhuriyet Başsavcılığına arz edildiği, evrakın sanık C. Savcısı Mehmet Nazif Yaşar'ın 29.06.2011 tarihli havalesiyle soruşturma defterine kaydına, silah ve diğer delillerin emanete alınmasına karar verildiği, sanık C. Savcısı Mehmet Nazif Yaşar tarafından şüpheli sıfatıyla 29.06.2011 tarihinde Sinan Öksüz, Mustafa Öksüz ve Ahmet Öksüz'ün savunmalarının alınıp tutuklanmaları istemiyle nöbetçi sulh ceza mahkemesine sevk edildikleri, Osmaniye 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 29.06.2011 gün ve 2011/66 sorgu sayılı Karar'ı ile şüphelilerin

tutuklandığı, 30.06.2011 tarihinde şikâyetçi-şüpheli Feramuz Kır'ın şikâyeti ve savunmasının alındığı, 08.07.2011 tarihinde şüpheliler Atilla Kavun, Mimar Sinan Öksüz, İsmail Öksüz ve Uygur Çinkır'ın sanık C. Savcısı Mehmet Nazif Yaşar tarafından savunmalarının alınıp, tutuklanmaları istemiyle nöbetçi sulh ceza mahkemesine sevk edildiği, Osmaniye 1. Sulh Ceza Mahkemesince 08.07.2011 gün ve 2011/87 sayı ile şüphelilerin tutuklanmasına karar verildiği, şüpheliler Ahmet Öksüz, Sinan Öksüz ve Mustafa Öksüz müdafisi Av. Kubilay Kağan Lokoğlu'nun tahliye istemli 06.07.2011 tarihli dilekçesi üzerine mütalaası sorulduğunda sanık savcısınca 'suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu dikkate alınarak talebin reddi ile şüphelilerin tutukluluk hâlinin devamına karar verilmesi' mütalaasının bildirildiği, Osmaniye 1. Asliye Ceza Mahkemesince 06.07.2011 tarih 2011/282 D. İş sayı Karar'ı ile itirazın reddine karar verildiği,

Tutuklu Uygur Çinkır'ın 12.07.2011 tarihli tutuklamaya itiraz dilekçesi üzerine görüşü sorulduğunda sanık C. savcısınca 'şüpheliler Uygur Çinkır ve İsmail Öksüz'ün tutukluluk hâllerinin devamına' mütalaasının yazıldığı,

Şüpheliler Ahmet Öksüz, Sinan Öksüz ve Mustafa Öksüz müdafisi tarafından Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesine hitaben 18.07.2011 tarihinde verilen tahliye istemli 4 sayfadadan ibaret dilekçeye ilişkin görüşü sorulduğunda dilekçenin birinci sayfasının arkasına sanık C. savcısınca 'taleplerinin reddi ile şüphelilerin tutuk hâllerinin devamına karar verilmesi' mütalaasının yazıldığı, anılan istemin Osmaniye 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 2011/701 D.İş sayılı Karar'ı ile reddine karar verildiği,

Tutuklu Mimar Sinan Öksüz'ün 19.07.2011 tarihli tahliye istemini içerir dilekçesine ilişkin olarak görüşü sorulduğunda ise sanık C. savcısınca 21.07.2011 tarihinde 'şüpheliler Ömer Öksüz, Sinan Öksüz, Mimar Sinan Öksüz, İsmail Öksüz, Atilla Kavun ve Uygur Çinkır'ın üzerlerine atılı bulunan suçun vasfının değişebilme ihtimali, mevcut delil durumu dikkate alınarak tahliyelerine, şüpheli Mustafa Öksüz'ün tutukluluk hâlinin devamına karar verilmesi' mütalaasının yazıldığı, itiraz mercisince şüphelilerin tahliye istemlerinin reddine, tutukluluk hâllerinin devamına karar verildiği, Anlaşılmaktadır.

Mağdur Zeynel Abidin Öksüz özetle; 'İki hafta kadar önce oğullarım Mimar Sinan Öksüz ve Ahmet Öksüz bir yaralama olayına karıştılar. Kavganın sonunda yine bizim ailemizden Feramuz Kır yaralandı. Yapılan soruşturmada iki oğlum dâhil olmak üzere 7 kişi tutuklandı. Bu olaydan oğullarımın ders almasını istediğimden müdahil olmadım. Tutuklulardan birinin babası olan Mehmet Öksüz ile Halil Öksüz üç gün kadar önce Bahçe ilçesi Ayrın Yaylası'nda bulunan evime geldiler. Bana sizin çocukların soruşturmasına bakan savcı yanımıza geldi ve 'Tutukluların yakınları, büyükleri yok mu, gelsinler görüşelim.' dediğini iletiler. Ben de savcı benimle görüşmez, bunun aslı astarı yoktur dedim. Ancak aracılık eden şahıs tanışımız güvenilir bir kişi, bu işi yapıyor dediler. Ertesi günü içime bir şüphe düştüğünden Osmaniye'ye geldim. Eski garajlara gittim. Orada çalışan Mehmet ve Halil Öksüz'ü buldum. Bana aracı olan adamı bulun, dedim. Biz otururken aradılar ve şahıs yanımıza geldi. Birlikte otururken 'Savcıya senin çocukları bıraktırırız.' deyince, ben kendisine 'Bu konu burada konuşulmaz.' dedim. O da sen evine git biz seni saat 13.00-13.30 gibi buluruz dedi. Ben eve gittim. Biraz sonra Mithat Gürbüz beni aradı, 'Savcının duruşması bitmemiş saat 15.00'te evde bizi bekle.' dedi. Saat 15:00 sıralarında bir araba kornası duydum. Balkona çıktım. Sokak üzerinde siyah renkli Renault marka, plakasının sonu 400 olan bir arabanın yanında Mithat'ı gördüm. Hemen aşağıya indim ve arabanın

arka koltuğuna geçtim, araba hareket etti. Aracın ön koltuğunda erkek bir şahıs oturuyordu Mithat oturan şahsı savcı bey diye bana tanıştırdı. Savcı bey söz alarak 'Bak senin oğulların ağır cezada yargılanacaklar, soruşturma dosyaları da bende, ağır cezadaki duruşmalarına da ben çıkacağım, benim elimdeler, bu konuda en ufak bir sıkıntı yaparsan oğullarını içerden çıkarmam!' diye tembih ettikten sonra 'Senin oğulların da dâhil olmak üzere altısını istediğim parayı verirsın serbest bırakacağım. Ama bir tanesini bırakamam. Kamera kaydında mağdurun kafasına sopayla vururken görülüyor.' dedi. 'Amca oğullarını da bırakırım ama bu iş senin cebini yakacak hatta zamanında yetişebilirsem, hâkim reddetmediyse bugün bile bırakabilirim. Tutukluluğa itiraz etmişlerdi.' diye ekledi. Devamla 'Para işini benle değil Mithat'la halledereceksin.' dedi. Bu sırada Mithat bana dönerek 'Ben kefilim.' deyince ben de 'Benden sağlam adam mı bulacaksınız. Ben bu parayı size veririm.' dedim. Bunun üzerine Mithat, 'Adam başı 10.000 lira olmak üzere toplam 60.000 liraya mal olur, bu kadar para vereceksin.' dedi. Mithat'ın aracı askeriye'nin oradan döndü, savcı beyi İstasyon Caddesi'ndeki lojmanlara bıraktı. Araçtan inerken savcı bey 'Ben hemen adliye'ye gideyim, hâkim bey reddetmediyse yetişeyim, gereğini yapayım.' dedi. savcı bey indikten sonra Mithat Gürbüz ile konuşarak evime kadar gittim. Mithat bana toplam 60.000 lira vereceğimi, bugün bırakılırsa 60.000 lira borcum olduğunu, bırakılmazlarsa tamamı iş sonunda verilmek üzere bir miktar kapora istediğini söyledi. Beni eve bıraktı. Ben de bir savcının böyle davranmasını gururuma yediremediğimden Osmaniye Barosu başkanı Hüseyin Sezgin'e durumu aktardım. O da Cumhuriyet başsavcısına durumu aktardı. Buraya gelmeden yaptığım telefon görüşmesinde Mithat Gürbüz bana saat 13.00'de bizi evinde bekle, seninle görüşmeye geleceğim dedi. Telefonda konuşmadık ancak benden kapora bekliyor. Osmaniye Adliyesi sitesinden göstermiş olduğunuz Cumhuriyet savcılar listesinde benden menfaat karşılığı para isteyen Cumhuriyet savcısını tanıdım. Bu Cumhuriyet savcısı Mehmet Nazif Yaşar'dır (3...6). şeklinde anlatımda bulunduğum,

Tanık Münir Şahin aşamalarda özetle; '2007 yılından bu yana Osmaniye Adliyesi'nde zabıt kâatibi olarak görev yapmaktayım. 2008 Yılı Yaz Kararnamesi ile Osmaniye Cumhuriyet savcısı olarak atanan Mehmet Nazif Yaşar Bey'in kâatipliğini o tarihten bu yana yürütüyorum. Mehmet Nazif Bey işini yapan, personele sevecen yaklaşan bir kişi idi. Ancak bildiğim kadarıyla borçlarından dolayı geçtiğimiz yıllarda aracına ve maaşına zaman zaman haciz gelen, borçlarını yapılandırmaya çalışan bir kişiydi. Bugün saat 10.30-11.00 sıralarında Adliye'ye geldim. Kendisiyle infaz kaleminde görüştüm. Odasına birlikte çıktık. Nöbetten kalma birkaç dosyanın emanet ve müzekkere işlerini yaptık. Daha sonra öğle yemeğine arkadaşlarımla birlikte çıktım. Yemekten döndükten sonra savcı bey bana 2011/5959 soruşturma sayılı tutuklu dosyanın üç dört gündür Sulh Ceza ve Asliye Ceza Mahkemelerinde bulunduğunu, dosya hakkında CD izleme tutanağı yapmamız gerektiğini söyleyerek dosyayı mahkemelerden araştırmamı söyledi. İlgili arkadaşla dosyayı savcı beyin istediğini söyleyerek dosyayı savcı beye teslim ettim. Kendisi dilekçelere ilişkin mütalaasını yazdı ve dosyayı bizzat Sulh Ceza Mahkemesine götürüp hâkim beyle görüşeceğini söyledi. Tekrar odaya geldiğinde dosya elindeydi. Hâkim beyin yemeğe çıktığını söyleyerek dosyayı masasına bıraktı. Daha sonra odadan birlikte çıktık. Ben soruşturma kalemine arkadaşlarımla yanına gittim. Aradan 10 dakika geçtikten sonra dosyanın mahkemeye teslim edilmediği aklıma geldi. Savcı beyi bilgilendirme amaçlı aradım. Kendisine dosyayı mahkemeye bırakayım mı diye sordum. Kendisi bana dosya kalsın dedi. Bir iki dakika sonra kendisi beni tekrar arayarak dosya içerisinde tahliye talepli ve arkasında kendi mütalaası bulunan dilekçeleri dosyadan çek al, dedi. Ses tonu biraz tedirgindi. Ben de bunun üzerine odasına çıkarak masasında dosya içerisinde bulunan iki adet

tahliye talepli dilekçeyi sümenin altına koydum. Müdür vekili Yusuf Erdoğan'ın bana başsavcımızın odasından ayrılmamamı söylemesi üzerine oturmaya başladım. O esnada savcı bey beni iki kez aradı. Ancak ben telefona bakmadım.' dediği,

Sanık Mithat Gürbüz kollukta; 'tahminen bir ay öncesinde Mehmet Nazif Yaşar'dan ihtiyacı sebebiyle 5.000 TL borç aldığını, aldığı bu borcu Mehmet Nazif'in olay günü istediğini, olay günü evde olan paraları cebine aldığını, evden çıkarken üzerinde 10.200 lira bulunduğunu, Mehmet Nazif Yaşar'ı telefonla aradığını, yanına geleceğini söylediğini, onun kendisinin dışarı çıkacağını belirtmesi üzerine buluşmak üzere anlaştıklarını, kendisinin araçla buluşma yerine gittiğini, Mehmet Nazif'in de araca bindiğini, araç içerisinde 5.000 TL'yi Mehmet Nazif'e verdiğini, Mehmet Nazif'in teşekkür edip izine ayrılacağını söylediğini, bu sırada polislerin aracı durdurduğunu, Zeynel Abidin Öksüz'ü tanımadığını, diğer sanık Mehmet Nazif'i bir yıldır tanıdığını, kendisinden bir iki kez borç para aldığını, üzerinde yapılan aramada ele geçen paraların kendisine ait olduğunu, iddiaları kabul etmediğini' ifade ettiği, seri numaraları alınan paralardan 50 tanesinin üzerinde yapılan aramada ele geçtiğinin hatırlatılıp sorulması üzerine 'Bu aşamadan itibaren susma hakkımı kullanacağım.' şeklinde cevap verdiği, Sorguda; 'mağdurun kendisini bir araç alım satımında dolandırdığını, mağdurdan alacağı olan 11.000 TL'yi alabilmek için üçkâğıt yapmayı düşündüğünü, mağdurun çocuklarının tutuklu olduğunu, tahliye ettirmesi hâlinde kendisine para vereceğini söylemesi üzerine bir mizansen hazırladığını, video kaydı çekildiği sırada müştekiden 10.000 TL aldığını, parayı aldıktan sonrada savcı Mehmet Nazif Yaşar'a olan borcunu ödemek için savcı beyi aradığını, valiliğin önünden aracıyla savcı beyi aldığını, kahve içmek için bir yere giderken yolda 5.000 TL'yi savcı Mehmet Nazif Yaşar'a verdiğini, savcı bey ile tahliye konusunda hiç konuşmadıklarını, sadece parasını kurtarmak için kendi kendine böyle bir iş yapmaya çalıştığını' söylediği,

Mahkemede ise; 'Müştekiyi tanımadığını, ancak mağdurun yeğeni Halil Öksüz'den 10.000 lira alacağı olduğu, olaydan iki üç gün kadar önce Halil Öksüz'ün yanına gittiğinde mağdur ile karşılaştığını, mağdurun 'Benim sana bir işim düştü.' dediğini, iki oğlunun tutuklandığını, C. Savcısı Mehmet Nazif Yaşar ile birlikte kendisini gördüklerini, bu nedenle çocuklarının tahliyesi yönünde yardımcı olmasını istediğini, 10.000 lira alacağını kurtarmak için mağdura yardımcı olabileceğini söylediğini, olay günü 10.000 lirayı mağdurdan aldıktan sonra sanık Mehmet Nazif'e olan borcunu ödemek için buluştuklarını, mağdurdan aldığı paranın 5.000 lirasını sanık Mehmet Nazif'e borcuna karşılık olarak verdiğini' ifade ederek savunmada bulunduğu,

Sanık Mehmet Nazif Yaşar aşamalarındaki savunmalarında özetle; 'Atılı suçlamayı kesinlikle kabul etmediğini, diğer sanık Mithat Gürbüz'le on üç on dört sene önce tanıştığını, 2008 yılı Temmuz ayında Osmaniye Cumhuriyet Savcılığına tayin olduktan sonra Mithat Gürbüz'le karşılaştığını, bir defasında Antalya'da bulunduğu sırada sanık Mithat'ın kendisini cep telefonu ile aradığını, Antalya'da buluştuklarını, kendisinden borç istediğini, o sırada yanında bulunan 1700 Amerikan doları ve 770 TL'yi sanık Mithat'a verdiğini, toplam alacağının 4.700 TL'ye ulaştığını, 21 Temmuz Perşembe günü 12.30 sıralarında Mithat'ı aradığını ve buluştuklarını bir şeyler içerken kendisine acil paraya ihtiyacı olduğu için alacağını istediğini, onun da bir yakınımдан temin etmeye çalışayım dediğini, olay günü 13.00 sıralarında izinde olan kâtabi Münir Şahin'i adliyeye çalışmak üzere çağırdığından dolayı birkaç dosyanın müzekkerelerini yazdırdığını, daha sonra 2011/5959 sayılı soruşturma dosyasında tutuklu şüpheli müdafilerinin birbirlerinden ayrı olarak vermiş oldukları tahliye taleplerine ilişkin dilekçeleri ve yine UYAP üzerinden cezaevinden gelen bir kısım tutuklu şüphelilerin

tahliye taleplerini içerir dilekçelerini incelediğini, bunlardan 20.07.2011 tarihli en son gelen Mimar Sinan Öksüz'ün vermiş olduğu ve Kâkim Ercan Bey tarafından mütalaa için tarafına gönderilen dilekçenin üstünde bulunan cezaevinin üst yazısının arkasına şüpheliler Ahmet Öksüz, Sinan Öksüz, Mimar Sinan Öksüz, İsmail Öksüz, Atilla Kavun ve Uygur Çinkır'ın tahliyelerini Mustafa Öksüz'ün ise tutukluluk hâlinin devamını talep eder derkenar mütalaasını yazarak dosyanın içerisine koyduğunu, 15.07.2011 tarihli Atilla Kavun'un tahliye talebini içerir dilekçesi için mütalaa yazıp yazmayacağını sormak için Nöbetçi Sulh Ceza hâkimi Ercan Bey'in yanına indiğini, ancak duruşmaya ara verip yemeğe gittiğini söylediklerinden, tekrar odasına çıktığını, saat 14.30-15.00 sıralarında Mithat Gürbüz'ün kendisini cep telefonundan aradığını, müsaitseniz bir kahve içelim dediğini, odasından çıktığını, valiliğin önündeki durakta Mithat Gürbüz'e ait araca bindiğini, amacının zaman zaman basketbol İddaa oyunu oynadığı bayiye iki haftalık 1.700 TL civarındaki borcunu ödeyip kalan parayla adliyeye dönmek olduğunu, Mithat ile iddia bayisine yaklaştıklarında 5.000 TL'yi kendisine verdiğini, parayı saymaya vaktinin olmadığını, zaten bir dakika geçmeden polis ekiplerinin önlerini keserek kendilerini yakaladığını, kendisinin herhangi bir suç işlemediğinden ekiplere ilerideki bir iddia bayinde işim var, onu halledip öyle gidelim dediğini, ancak kendisini dinlemediklerini, kendisinin 15 yıllık Cumhuriyet savcısı olduğunu, böyle bir parayı rüşvet olarak almış olsaydı, kurtulmaya çalışması gerektiğini hatta polisler tarafından yakalandığında aracın içerisinde kısa bir süre yalnız da kaldığını, aranma talimatı verilene kadar paranın cebinde olduğunu, para kendisinin olduğu için herhangi bir kurtulma çabasında olmadığını, Öksüz ailesi ile ilgili daha önce birçok soruşturmaya baktığını, bu nedenle kendisini tanımış olmalarının normal olduğunu, kesinlikle suçlamayı kabul etmediğini, kendisinin kimseden rüşvet istemediğini ve almadığını, aldığı için kendi parası olduğunu, pazarlığını da yapmadığını, yakalanmadan önce kâtabi Münir Şahin'in kendisini aradığını ve 2011/5959 sayılı dosyayı tutuklamaya itiraz için Sulh Ceza hâkimliğine indirelim mi, gelecek misiniz diye sorduğunu, kendisinin de birazdan geleceğim indirmenize gerek yok diye cevap verdiğini, iddia edildiği gibi 10.000 lira rüşvet istemediğini, eğer istemiş olsaydı üzerinde 10.000 TL bulunması gerektiğini belirtmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin 'Rüşvet' başlıklı 252. maddesi;

(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler veya halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler

adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

(5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vadedilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.' şeklinde iken, 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle;

(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi veya kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan yahut bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının yahut kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının yahut kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,

d) Kamu yararına çalışan dernekler,

e) Kooperatifler,

f) Halka açık anonim şirketler,

adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vadedilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi hâlinde de uygulanır.' şeklinde değiştirilmiştir.

Rüşvet suçu, bir tarafta rüşvet veren ile diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisinin yer aldığı bir karşılaşma suçu, dolayısıyla da çok faili bir suçtur. 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinde 'bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır' şeklinde tanımlanmak suretiyle yalnızca 'nitelikli rüşvet suçu' ceza yaptırımına bağlanmış iken, 05.07.2012 günlü 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinde yapılan değişiklikle öncekinden farklı olarak 'basit rüşveti' de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Yapılan değişiklikle 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin birinci fıkrasında; 'Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.' şeklinde 'rüşvet veren' bakımından, ikinci fıkrasında ise; 'Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.' şeklinde ifade edilmek suretiyle de 'kamu görevlisi' açısından 'rüşvet suçu' tanımlanmıştır. Bu suretle de sağlanan menfaatin 'kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı' bir işin yapılması amacına özgü olması koşulu kaldırılarak, görevinin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili TCY'nin 257/3. maddesi anlamında görevi kötüye kullanmak suçu kapsamından çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmüştür.

Diğer taraftan rüşvet suçunun, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlandığı ilke olarak kabul edilmekle birlikte, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile iş sahibi arasında görevinin ifasıyla ilgili bir işin yerine getirilmesi veya getirilmemesi amacına yönelik menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedileceği maddenin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Bunun için de rüşvet teklif veya önerisinin kişi yahut kamu görevlisinden gelmesinin önemi bulunmamakla birlikte bu istek ve önerinin, diğer bir anlatımla rüşvet anlaşmasının özgür iradeye dayalı olmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Rüşvet verme veya alma niyetinde olmayan kişi veya kamu görevlisinin, atlatmak veya yakalatmak yahut suç delillerini ortaya çıkartmak amacıyla kabul etmiş gibi gösterdiği biçimsel rızanın (görünüştaki rıza-dış rıza) özgür iradeye dayalı olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının varlığından söz edilemeyeceği cihetle, böyle bir durumda rüşvet alırken veya rüşvet verirken yakalanan failin eyleminin rüşvet suçuna teşebbüs olarak kabulü gerekmektedir. Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairenin duraksamasız uygulamaları da bu yöndedir.

6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 252. maddesinin 4. fıkrasında yapılan düzenleme ile TCY'nin 35. maddesindeki genel teşebbüs hükmünden ayrılarak rüşvet suçuna özgü özel teşebbüs hâli öngörülmüş ve 'kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi veya kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatle bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir' hükmü getirilmiştir.

6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında yapılan düzenleme ile de daha önce bağıllık kuralının öngörülmediği Türk Ceza Yasası'nın 40/2. maddesinin 'özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur' şeklindeki hükmü çerçevesinde iştiraki, dolayısıyla sorumluluk statüsü belirlenen 'rüşvete aracılık eden kişinin' getirilen yeni düzenleme ile 'kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, eylemden müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı' hüküm altına alınmıştır. Bu suretle de Türk Ceza Yasası'nın genel hükümlerinden ayrıksı rüşvet suçuna özgü hükümler getirilmiştir.

Maddenin yedinci fıkrasında, rüşvet alan veya talebinde bulunan yahut bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması, rüşvet suçu bakımından, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilerek önceki düzenlemeye paralel olarak verilecek cezanın üçte birden yarısına kadar artırılacağı öngörülmüştür. Rüşvet veren açısından bu hükmün uygulanamayacağı da açıktır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

TCY'nin 6. maddesine göre yargı görevi yapan tanımı kapsamında yer alan ve CYY'nin 103/2. maddesi uyarınca soruşturma aşamasında şüpheliyi resen veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek suretiyle serbest bırakma yetkisi bulunan C. Savcısı Mehmet Nazif Yaşar'ın iş bölümü gereği bizzat yürüttüğü soruşturma sırasında görevinin gereklerine aykırı olarak çok kısa bir süre önce tutukluluk hâllerinin devamını istediği 6 şüpheli yönünden evrak içeriği ve mevcut delil durumuna uygun düşmeyecek şekilde tahliye görüşü yazıp serbest bırakılmalarını sağlayacağı vaadiyle ve diğer sanık Mithat Gürbüz aracılığıyla mağdur Zeynel Abidin Öksüz'den 10.000 lirası peşin olmak üzere 60.000 lira haksız çıkar sağlama önerisinde bulunduğu, rüşvet verme niyetinde olmayan mağdurun, sanığı yakalatmak ve suç delillerini ortaya çıkarmak amacıyla rüşvet anlaşmasını kabul etmiş gibi görünerek durumu C. Başsavcılığına bildirmesi üzerine yapılan operasyon sonucunda da sanıkların önceden seri numaraları alınan paralarla birlikte yakalandıkları anlaşılmaktadır.

Bu nedenle Özel Dairece, yargı görevi yapan sanık Mehmet Nazif Yaşar'ın görevinin gereklerine aykırı olarak yapmaması gereken belli bir işi yapmak amacıyla, diğer sanık Mithat Gürbüz ile etkin görev bölüşümü altında, fikir ve eylem birliği içinde yaptıkları rüşvet teklifinin, rüşvet verme niyetinde olmayan mağdurun teklifi kabul etmiş gibi görünerek gösterdiği biçimsel rızasının (görünüşte rızadış rıza) özgür iradeye dayalı olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının varlığından söz edilemeyeceği cihetle, sanıkların eyleminin rüşvet suçuna teşebbüs, rüşvete aracılık eden sanık Mithat Gürbüz'ün ise bağıllık kuralının düzenlendiği TCY'nin 40/2. maddesi uyarınca eylemden, azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulmasına yeter kanıtın

bulunmaması nedeniyle, yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmasında suç ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenleme gözetildiğinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın bu şekilde çözüme kavuşturulmasından sonra rüşvet suçunu düzenleyen TCY'nin 252. maddesinde hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6382 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile değişiklik yapılması karşısında temyiz aşamasında gerçekleşen bu değişiklik nedeniyle lehe yasa değerlendirilmesinin hangi esaslara göre yapılacağının belirlenmesi gerekmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 'Zaman Bakımından Uygulama' başlıklı 7. maddesi aynı tarihte, yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup, her iki maddede de ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, 'failin lehine olan yasanın geçmişe etkili olması', 'geçmişe etkili uygulama' veya 'geçmişe yürürlük' ilkesine de yer verilmiştir.

Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren yasa, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.

Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda; 'hapis cezasını öngören yasanın, adli para cezası kabul eden yasaya göre', aynı nevi ceza içeren yasalardan; 'yukarı sınırları aynı, aşağı sınırı fazla olanın, aşağı sınırı az olan yasaya göre', 'aşağı sınırları aynı, yukarı sınırı fazla olanın, üst sınırı az olana göre', 'alt ve üst sınırlarının farklı olması hâlinde, üst sınırı fazla olanın, az olana göre' aleyhte olduğu kabul görmektedir. Yine, şikâyeteye tabi olan suç, kamu adına kovuşturulması gereken suç hâline getiren yasanın aleyhte, kamu adına kovuşturulan suç, şikâyeteye tabi suç hâline getiren yasanın lehe, aynı cezaya ilave olarak güvenlik önlemi kabul eden yasanın aleyhte olduğu söylenebilir ise de bu kuralların her somut olayda, mutlak olarak aynı sonucu doğuracağının kabulü olanaksızdır. Ancak bazı somut durumlarda yetersiz de olsa bu ölçütler, yasalarda kısmi değişikliklerin yapıldığı dönemlerde benimsenmesi gereken temel ilkeleri göstermesi bakımından önemlidir.

Lehe yasanın tespiti açısından bu ölçütlere yeni kriterler eklenmesi yönündeki görüş ve uygulamalar, öğreti ve yargısal kararlara da konu olmuş, değişen ceza mevzuatı karşısında dahi hâlen geçerliliğini koruyan 23.02.1938 gün ve 23-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, 'suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin farklı olması hâlinde, her iki yasanın birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı' şeklinde, lehe yasanın tespitinde başvurulacak yöntem belirtilmiştir.

Öğretide de anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki ilke benimsenerek, uygulanma olanağı bulunan tüm yasaların leh ve aleyhteki hükümleri birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren yasanın belirlenip hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür. (Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer-Prof. Dr. S. Erman, Nazari ve 'Tatbiki Ceza Hukuku', c. 1, 11. Bası, s. 167; Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer, 'Genel Ceza Hukuku Dersleri', s. 64; Prof. Dr. M. E. Artuk-Doç. Dr. A. Gökçen-Arş. Gör. A. C. Yenidünya, 'Ceza Hukuku Genel Hükümler', c. 1, s. 221)

Diğer taraftan, 1982 Anayasası'nın 141. maddesinin 4. fıkrası, '... Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.',

154. maddesinin 1. fıkrası ise 'Yargıtay, Adliye Mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı mercisine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercisidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.' hükümlerini içermektedir.

Bu hükümlerle birlikte, usulüne uygun bir şekilde onaylamakla iç hukuk mevzuatına dâhil olan ve Anayasa'nın 5170 sayılı Yasa ile değişik 90. maddesine göre de üstünlük ve önceliği kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 'kişinin makul sürede yargılanma hakkı olduğuna' ilişkin normu da dikkate alındığında, temyiz davasında işin esasına girilerek dosyadaki tüm bilgi ve belgelerin incelenip değerlendirilmesinin esas olduğu görülmektedir.

Temyiz incelemesi sırasında yasa koyucu tarafından incelemeye konu suçlara ilişkin değişiklik yapılması durumunda temyiz mercisince sonradan yürürlüğe giren yasa nedeniyle lehe yasa hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği için işin esasına girilmeden bu yönde bozma yapılması olanaklı ise de yürürlüğe giren yeni yasanın açıkça lehe olduğunun anlaşıldığı durumlar dışında dosyanın temyiz mercisince esastan incelenerek suçun oluşumu, sübutu ve uygulama denetlendirilip, önceki ve sonraki yasalar bir bütün hâlinde değerlendirildikten sonra ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılmak suretiyle lehe yasanın belirlenmesi gerekmektedir. Önceki yasanın lehe olduğu belirlenip, yerel mahkeme uygulamasının isabetli olduğunun anlaşılması durumunda hükmün onanmasına, sonradan yürürlüğe giren yasanın lehe olduğunun belirlenmesi durumunda ise hükmün bu yönden ve varsa diğer bozma nedenleri eklenmek suretiyle bozulmasına karar verilmelidir.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun 06.03.2012 gün 304-79 sayılı Karar'ı da bu yöndedir. Bu açıklamalara göre somut olayda; rüşvet suçunu düzenleyen, gerek 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin 1. fıkrasında, gerekse 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle getirilen yeni düzenlemede belirlenen temel ceza ile rüşvet alan veya talebinde bulunan yahut bu konuda anlaşmaya varan kişinin yargı görevini yapan kişilerden olması hâlinde yapılacak artırım oranının aynı olması nedeniyle, yeni yasanın bu yönlerden lehe bir durum oluşturmadığı, buna karşın, 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında yapılan düzenleme ile 'rüşvete aracılık eden kişinin' sorumluluk statüsü ağırlaştırılarak eylemden 'müşterek fail' olarak sorumlu tutulacağı hüküm altına alınması nedeniyle de yeni yasal değişikliğin aleyhte olduğu görülmektedir.

Her ne kadar, 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesiyle 5237 sayılı TCY'nin 252. maddesinin 4. fıkrasında yapılan yeni düzenlemeyle rüşvet suçuna özgü teşebbüs hâli öngörülerek, bu durumda verilecek cezanın 'yarı oranında' indirileceği hüküm altına alınmış, bu suretle de 5237 sayılı TCY'nin 35. maddesinin uygulama olanağı ortadan kaldırılmış ise de Özel Dairece hüküm tarihi itibarıyla anılan Yasa'nın 35. maddesi uyarınca uygulama yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığı gibi, sanıklar hakkında hükmolunan cezadan 1/2 oranında indirim yapılması karşısında yasal değişiklik bu yönden de sanıklar lehine sonuç doğurmayacaktır.

Bu itibarla, sonradan yürürlüğe giren yasal değişikliğin sanıklar lehine

hükümler içermediği ve Özel Daire hükmünün isabetli olduğu anlaşıldığından, sanıkların temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan Özel Daire hükmünün onanmasına karar verilmelidir, ...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.09.2012 tarih, 2012/5.MD-420 esas ve 2012/1771 Karar)

“... Sanıkların kamu görevlisi sıfatını taşımadıkları, TCK’nın 53/5. maddesinin uygulama alanı bulunmadığı anlaşılmakla tebliğnamede bu konuda yer alan eleştiri düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Sanıkların avukat kâtabi olarak çalıştıkları, başlattıkları icra takiplerinde, üzerinde haciz kaydı bulunan araçları, polis memurlarına menfaat temin ederek kontrolünü ve araç üzerindeki haczin tespitini sağlayarak, kararların icrasını gerçekleştirdikleri iddiasıyla yapılan yargılamalarında, bu sanıklar tarafından polis memurlarına sağlanan menfaatin ne olduğu, İlker Özdemir’in zincirleme suç konu eylemlerinin nasıl gerçekleştiği denetime imkân verecek şekilde gerekçeleriyle belirtilmeden, hakkında hükmün açıklanması geri bırakılan İlhami Ölçay’ın, Polis Memuru Yılmaz Bilgili’nin banka hesabına yaptığı para havaleleri esas alınmak suretiyle mahkûmiyetlerine hükmedilmesi,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suçlarda, özel faillik niteliği taşıyan kişilerin fail olabileceği, polis memurlarının memur sıfatıyla işlediği görevi kötüye kullanma suçuna sanıkların TCK’nın 38 ve 39. maddeleri karşısında ne şekilde katıldıklarının denetime imkân verecek şekilde karar yerinde tartışılmaması,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 28.04.2009 gün 2008/5- 202 esas, 2009/102 sayılı Karar’ında da belirtildiği üzere TCK’nın 53/1. maddesi uyarınca hapis cezasına mahkûmiyetlerin kanuni sonucu olarak kazanılmış hakka da konu olmayacağı gözetilmekle hak yoksunluğuna hükmedilmemesi,

Hükümlerden sonra 19.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasa’nın 1. maddesi ile TCK’nın 257/1-2. madde-fıkralarında yer alan ‘kazanç’ sözcüğünün ‘menfaat’ olarak değiştirilmesi, bu fıkralarda öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarının indirilmesi ve 3. fıkradaki suç için yeni bir ceza ihdas edilmesi karşısında TCK’nın 7/2. madde-fıkrasındaki ‘suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur’ hükmü de gözetilerek sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, ...” (Yargıtay 5. CD, 15.01.2013 tarih, 2011/11646 esas ve 2013/349 Karar)

“... Sanıklar hakkında rüşvet vermek suçundan verilen mahkûmiyet hükümlerinin yapılan temyiz incelemesinde ise;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafisinin yerinde görülmeysen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Gerek 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile değişik 252/7. maddesinde ve gerekse 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesiyle değiştirilmeden önceki TCK'nın 252/2. maddesinde rüşvet alan, talepte bulunan veya bu konuda anlaşmaya varan kişilerin yargı görevi yapan olması hâlinde uygulanması gereken nitelikli hâlin rüşvet verdikleri kabul edilen sanıklar hakkında uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden cezalarının artırılması suretiyle fazla ceza tayini,

Keza, sanıkların lehine olan kanun hükümlerinin tespiti amacıyla yapılan karşılaştırmada 765 sayılı TCK'nın 219/1. maddesindeki '202 ila 218'inci maddelerde yazılı suçların emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hâkim ve savcılar tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezalar yarısı oranında artırılarak hükmolunur.' düzenlemesi gereğince rüşvet verdikleri kabul edilen sanıklar hakkında uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeyerek lehe yasanın belirlenmesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 24/01/2013 tarih, 2010/4982 esas ve 2013/746 Karar)

İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu İçtihatları

"... Uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için, irtikâp suçunun hukuki niteliği ve bu suçla ilgili yasal değişikliklerin ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır.

İrtikâp suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 'Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler' başlığını taşıyan üçüncü babının ikinci faslında 209. maddede düzenlenmiş ve maddenin birinci fıkrasında 'icbar suretiyle irtikâp', ikinci fıkrasında 'ikna suretiyle irtikâp', üçüncü fıkrasında ise 'hatadan yaralanmak suretiyle irtikâp' eylemleri suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmış olup, bu düzenlemeye göre, irtikâp suçunun memurun memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanarak, kendisine veya başkasına haksız çıkar sağlaması veya bu yolda vaatle bulunulması için, bir kimseyi icbar etmesi veya ikna etmesi veya kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanmak suretiyle alması ile oluşacağı kabul edilmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 'Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler' başlığını taşıyan dördüncü kısmının, 'Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar' başlıklı birinci bölümünde yer alan 'İrtikâp' başlıklı 250. maddesi; '(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkra tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.' şeklinde iken, 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Kanun ile maddede değişiklik yapılarak, 1. fıkrasına 'Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin, gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendini mecbur

hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, icbarın varlığı kabul edilir.’ şeklindeki cümle eklenmiş, ayrıca maddenin son bölümüne ‘irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebili’ şeklinde 4. fıkra ilave edilmiştir.

İrtikâp suçu, kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya vadetmeye bir kimseyi icbar veya ikna etmesi veya kanunen almaması gereken şeyi, muhatabının hatasından yararlanarak alması ile oluşmakta olup, uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak icbar suretiyle irtikâp (cebrî irtikâp) suçunun incelenmesi gerekmektedir.

‘İcbar’ sözcüğünün anlamı Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, ‘zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak’ şeklinde açıklanmıştır. Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 gün ve 167-70 sayılı Kararı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi manevi cebir anlamında olup cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacak maddi cebir kullanılması hâlinde ise eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Nitekim, gerek 765 sayılı TCK’nın 209. maddesinin gerekse 5237 sayılı TCK’nın 250. maddesinin madde gerekçelerinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Yine Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dâhildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vadedilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel koşullar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir.

İcbar suretiyle irtikâp suçunun düzenlendiği TCK’nın 250. maddesinin 1. fıkrasında 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişikliği, aynı Kanun’la TCK’nın 257. maddesinin 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Öğretide, söz konusu düzenlemenin, kamu görevlisinin görevi gereği yerine getirmesi gereken bir işi yerine getirmesi için yarar sağlamış olmasının uygulamada genellikle görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde ele alınmasının ortaya çıkardığı sakıncaları giderme amacını güttüğü belirtilmektedir. (Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Yrd. Doç. Dr. R. Murat Önok, ‘Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku’, 2012, s. 838) Bu değişiklikten sonra kamu görevlisinin görevi nedeniyle bir yarar sağlaması durumunda oluşan suç ya rüşvet ya da irtikâp olabilecektir. Eğer kamu görevlisi, haksız tutum ve davranışlara başvurarak karşı tarafın kendisine veya yönlendireceği kişilere yarar sağlaması konusunda kendini mecbur hissetmesine yol açmış ise eylemi, icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturabilecektir. İrtikâp suçundan söz edebilmek için mağdurun iradesinin baskı altına alınması gerektiği göz önünde tutulacak, icbar boyutuna varan bir baskı söz konusu olmayıp görevlinin yalnızca telkin, öneri ve teşvik niteliğindeki davranışlarına dayanarak yarar sağlanması durumunda da rüşvet suçu gündeme gelecektir.

Öte yandan, icbar suretiyle irtikâp suçunun gerçekleşmesi kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmasını gerektirmektedir. Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin

vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi veya başkasına yarar sağlaması olup, kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Saniğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma suçlarına ilişkin Adana Cumhuriyet Başsavcılığının kendi uhdesindeki 2009/19796 sayılı soruşturma evrakında tutuklu bulunan Hüseyin Miriler, Mustafa Dal ve Süleyman Karayığit'i 08.05.2009 günü adliyeye getirttiği, şüphelilerden Hüseyin Miriler'in ifadesini odasında aldıktan sonra hakkındaki iddiaların iftiradan ibaret olduğunu, en çok 2 ay tutuklu kalabileceğini, dosyayı Ankara'ya talimat yazmak suretiyle sürüncemede bırakması hâlinde ise tutukluluğun 7-8 ay belki 1 yıl uzayabileceğini belirterek tahliye olmak istiyorsa kişi başı 20.000 TL olmak üzere toplam 60.000 TL para vermeleri gerektiğini söylediği, tutuklu Hüseyin'in işletmeciliğini yaptığı 'Uğur Şekerleme ile konuşabilirsiniz.' dediğinde saniğin; 'Onlardan bir şey çıkmadı, giden arkadaşlarla ilgilenmediler.' diyerek 'Kimi muhatap alabiliriz?' diye sorduğu, Hüseyin'in dışarıdaki tutuklu Mustafa'nın tekstil dükkânı işleten eşinden bahsettiği, bunun üzerine saniğin dışarıda bekleyen tutuklu Mustafa Dal'ı da odasına çağırarak Hüseyin Miriler'in yanında ona da suçunun olmadığını, bu işin masrafının 60.000 TL civarında olacağını söylediği, paranın tedariki ve gelecek kişilerle ilgilenilmesi hususunda yanında bulunan cep telefonunu uzatarak iki kez eşi ile görüşme yaptırdığı, şüphelileri yasal olmayan bu paradan kimseye bahsetmemeleri hususunda uyardığı, birkaç gün sonra şüpheli Mustafa'nın kardeşi Mazlum'a da olayda silah ele geçmediği, yaralı ve ölünün bulunmadığını ancak Ankara'ya bir talimat yazması hâlinde kardeşinin 7-8 ay süre ile tutuklu kalabileceğini, 60.000 TL para temin etmeleri gerektiğini ifade ettiği, süreçte iki kez Mazlum ile telefonla görüştükleri, saniğin savunmasında aralarında samimiyet olduğunu söylediği ve telefon görüşmesi bulunan Gürkan Sönmez adına kayıtlı bir telefondan iki kez Mustafa'nın eşinin aranarak paranın hazır olup olmadığının sorulduğu, parayı temin edemeyen Mazlum'un telefonla aradığı saniğe elinde ses kayıtlarının olduğunu söylemesi üzerine saniğin tahliye talep etmelerini tavsiye ettiği, şüpheli müdafisinin istemi üzerine önce sulh ceza mahkemesinden tahliye talebinde bulunduğu, evrakın iade edilmesi üzerine de saniğin şüphelileri CMK'nın 103/2 maddesi uyarınca tahliye ederek kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği anlaşılmaktadır.

Bu kabule göre, suç tarihinde Adana Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan ve iş bölümüne göre yürüttüğü soruşturma evrakı ile ilgili en yetkili kişi konumunda bulunan saniğin şüphelilere soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanacağını, şikâyetçinin haksız olduğunu, ancak Ankara'ya talimat yazması hâlinde tutukluluk hâlinin bir yıla yakın sürmesine neden olabileceğini söylemesi şeklindeki eylemleri, tutuklu olan şüphelilerden manevi baskı ve zorlamayla menfaat temin etmeye yönelik davranışlar olup icbarı oluşturduğundan, eylemin Özel Dairece, TCK'nın 250/1. maddesinde yer alan icbar suretiyle irtikâp suçu olarak nitelendirilmesi isabetlidir.

Saniğin, suç kastının yoğunluğu ile ısrarlı söz ve davranışlarına rağmen, 60.000 TL tutarındaki haksız çıkarı sağlayamamasına göre, eylemi teşebbüs aşamasında kaldığından TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca 2/3 oranında indirim yapılması da hukuka uygundur.

Sanığın suç konusu eylemlerini önce Hüseyin Miriler'e yönelttiği, daha sonra odasına Mustafa Dal'ı da çağırarak bu kez Hüseyin ve Mustafa'yı birlikte hedef alma suretiyle cebrî irtikâp boyutuna varan söz ve davranışları ortaya koyduğu ve böylece TCK'nın 43/2. maddesi gereğince tek bir fiille aynı suçu birden fazla mağdura karşı işlediği anlaşıldığından, zincirleme suç hükümleri uyarınca cezasından artırım yapılması da yerindedir.

5237 sayılı TCK'nın 250. maddesinde hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler uyarınca, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri için hükmün bozularak dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi gerektiği düşünülebilirse de somut olayda elde edilmek istenen haksız menfaatin 60.000 TL tutarında olması ve mağdurların ekonomik durumları dikkate alındığında, sanığın hükümden sonra getirilen 4. fıkradaki lehe düzenlemeden yararlanamayacağı anlaşıldığından, bu yönde bozma kararı verilmesine gerek görülmemiştir.

Bu itibarla, sanık Cumhuriyet Savcısı Hakan Oktay hakkında zincirleme şekilde icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs sabit olduğundan, usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmelidir, ..." (YCGK 29.01.2013 tarih, 2012/5MD-1269 esas ve 2013/26 Karar)

"... İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık hakkında 20.07.2004 tarihinde işlediği iddia olunan görevi kötüye kullanma suçundan dolayı 765 sayılı TCY'nin 240. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Çorum Asliye Ceza Mahkemesine kamu davasının açıldığı,

Çorum Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sırasında sanığın eyleminin 765 sayılı TCY'nin 209/1. maddesinde düzenlenen irtikâp suçunu oluşturduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek dosyanın Çorum Ağır Ceza Mahkemesine gönderildiği,

Çorum Ağır Ceza Mahkemesince, sanığın görevi kötüye kullanma suçundan lehe kabul edilen 765 sayılı TCY'nin 240/1, 59/2, 647 sayılı Yasa'nın 4 ve 6. maddeleri uyarınca 3.666 lira adli para cezası ile cezalandırılmasına, 2 ay 15 gün süre ile memuriyetten yoksun kılınmasına ve cezalarının ertelenmesine karar verildiği,

Hükmün sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Özel Dairece esas incelenmeyen hükmün 5728 sayılı Yasa ile kapsamı genişletilen CYY'nin 231/5. maddesi ve 6086 sayılı Yasa ile 5237 sayılı TCY'nin 257/1-2. maddelerinde yapılan değişiklikler yönünden yeniden değerlendirilmek üzere bozulmasına karar verildiği,

Anlaşılmaktadır.

Başlangıçta yalnızca yetişkin sanıklar yönünden, şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olarak hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için kabul edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan

değişiklikle, hükmolunan iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için de uygulanabilir hâle getirilerek, Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan inkılap yasalarında yer alan suçlar ayırık olmak üzere tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiş, 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 sayılı Yasa ile 3713 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklik ve 1632 sayılı Askerî Ceza Yasası'na eklenen Ek 10. madde ile; 15 yaşından büyüklerin işledikleri terör suçları ile 1632 sayılı Yasa'da yer alan suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsam dışına çıkarılarak kurumun uygulanma alanı tekrar daraltılmış, 25.07.2010 gün ve 27650 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6008 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle 231. maddenin 6. fıkrasına eklenen cümle ile sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği esası getirilmiş, 3713 sayılı Yasa'nın 13. maddesindeki 'on beş yaşını tamamlamamış' ibaresi yürürlükten kaldırılmak suretiyle bu kurumun terör suçu işleyen 15 yaşından büyük çocuklar yönünden de uygulanmasına olanak sağlanmıştır.

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının, 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurması nedeniyle, sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca hâlen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nin 320. maddesinde; Yargıtayca yapılacak temyiz incelemesinde, hükmü etkileyecek derecede Yasa'ya aykırılıkların saptanması hâlinde, bu konuda istem olmasa dahi bu hususun inceleneceği belirtilmiştir.

Yargıtayın görevi, yasaların ülke genelinde hukuka uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlemek, içtihatları ile ülkede yasaların ve hukuk kurallarının uygulanmasındaki birliği sağlamaktır. Bu görev gözetildiğinde, temyiz incelemesine konu olan hükümde, suç vasfında bir isabetsizlik saptandığı takdirde, aleyhte temyiz olmasa bile bu husus bozma nedeni yapılacaktır. Aksine kabul, hukuk kurallarının Türkiye genelinde farklı uygulanmasına yol açar ki bu da Yargıtayın kuruluş amacına ve eşitlik ilkesine aykırı olur. Zira, aynı eylem nedeniyle değişik mahkemelerde yargılanan sanıklardan, suç vasfı doğru olarak belirlenen sanığın mahkûmiyeti ile ceza zaman aşımı, memuriyetten yoksun bırakılma, seçilme hakkının kaybı, olası bir af yasası karşısında değişik durumlarla karşılaşılması gibi sonuçlarla muhatap olmasına rağmen, suç vasfı yanlış olarak belirlenen sanığın, açıklanan sonuçlarla karşılaşmaması ve hatta hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan yararlanması söz konusu olur ki bu durum, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, hak ve adalet duygusunu da incitir.

Ceza Genel Kurulunun 13.12.2011 gün ve 333-256 sayılı Karar'ında da belirtildiği üzere, temyiz incelemesi sırasında Özel Dairece öncelikle suç vasfının doğru olarak belirlenip belirlenmediği, daha sonra da belirlenen suç vasfına göre uygulamanın doğru olup olmadığı denetlenmelidir. Özellikle suç vasfının tartışmalı olduğu durumlarda Yargıtayca yapılan temyiz incelemesinde öncelikle suç vasfı Özel Dairece belirlenmeli ve yerel mahkeme hükmü buna göre denetlenmelidir. Belirlenen suç vasfına göre koşullar oluştuğunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve

lehe yasa değerlendirilmesinin yapılması sağlanmalıdır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Doktor olan sanığın, yapmış olduğu ameliyat nedeniyle bıçak parası adı altında mağdurdan ücret talep ettiği iddiasıyla başlatılan soruşturmada kolluk görevlilerince seri numaraları alınmış paranın sanığın üzerinde ele geçirildiği olayda, sanığın eyleminin görevsizlik kararını veren Çorum Asliye Ceza Mahkemesince irtikâp, inceleme konusu hükmü veren Çorum Ağır Ceza Mahkemesince görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilmesi karşısında, Özel Dairece öncelikle tartışmalı olan suç vasfı belirlenmelidir. Bu belirleme yapılmadan yerel mahkemenin kabul ve uygulamasına göre CYY'nin 231/5. maddesinin ve hükümden sonra görevi kötüye kullanma suçunun düzenlediği yasa maddesindeki değişikliğin sanık bakımından değerlendirilmesi gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Zira, Özel Daire tarafından suç vasfının irtikâp olarak belirlenmesi hâlinde sanığa verilmesi gereken ceza miktarı itibarıyla sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma olanağı bulunmayacaktır.

Aksinin kabulü hâlinde, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.03.2008 gün ve 47-43, 23.03.2004 gün ve 41-70 ile 17.11.1998 gün ve 282-348 sayılı Kararlarında da belirtildiği üzere, sanığın; yanlışlı uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan, ikinci kez mahkûmiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açılmış olacaktır.

Öte yandan, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu belirlenmeden bu suç yönünden yasada yapılan değişiklik gerekçe gösterilerek bozma kararı verilmesi de isabetsizdir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, hükmün esastan incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir, ..." (YCGK, 28.02.2012 gün, 2011/5-432 esas ve 2012/70 Karar)

"... Sanıklar hakkında icbar suretiyle irtikâp ve bu suça yardım etme suçlarından verilen mahkûmiyet hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Dairemizce de benimsenen Yargıtay CGK'nın 18.09.2012 gün 2012/420 esas, 2012/1771 sayılı Karar'ı da nazara alınarak 6352 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinin sadece karşılıksız yararlanma suçlarını kapsadığı anlaşılmakla, anılan kanunun rüşvet ve irtikâp suçu yönünden getirdiği düzenlemeler de gözetilerek yapılan incelemede;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dâhildir. Manevi

cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir.

Somut olayda, Köprülü 4. Sınır Tabur Komutanlığında görev yapan sanıklar Binbaşı Hasan Altınada ve Asteğmen İsmail Çavdar ile o bölge halkından olan sanık Burhan Ölmez'in iş birliği yaparak, Hakkari ilinden Şırnak iline kaçak mazot taşıyan kamyonların Köprülü yol kontrol noktasında, vergi kaydı bulunmadığı anlaşılan Med Petrol adına düzenlenmiş sahte faturaları ibraz ederek teslim etmeleri karşılığında geçişlerine izin verdikleri, kamyon sürücülerinin bu sahte faturaları sanık Burhan'dan 25 TL karşılığı temin ettiklerinin anlaşıldığı, bu faturaları ibraz edemeyenlerin geçişine izin verilmeyip bu şoförlerin sahte fatura almaya zorlandıkları, geri çevrilen kamyon sürücülerinin aynı noktaya geri dönmeme ve adli makamlara haber verme şeklinde baskıdan kurtulma imkânlarına sahip olmaları karşısında bu zorlamanın Yasa'nın öngördüğü anlamda icbar boyutuna ulaşmadığı, kamyonların kaçak mazot taşıdıklarının sanık Hasan'ın kontrol noktasında bulunan sanık İsmail'i arayıp 'Buna da bir müddet ses çıkarmayalım.' diye talimat verdiği 30 AE 330 plakalı kamyonunda ele geçirilen yaklaşık 1200 litre kaçak mazottan da anlaşıldığı, böylece kaçak mazot taşıyan kamyon şoförlerinin kontrol noktasından geçebilmek amacıyla sanıklara menfaat sağladıkları, her iki tarafın da gayrimeşru zeminde olduğu, bu hâliyle eylemlerin zincirleme rüşvet almak ve yardım etmek suçlarını oluşturduğu gözetilmeden hukuki vasıflandırmada hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Hapis cezasına mahkûmiyetin yasal sonucu olarak sanıkların, 5237 sayılı TCK'nın 53/3. maddesine göre 53/1-c maddesinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri ile ilgili haklarından koşullu salıverilme tarihine, 53/1. maddesinde yazılı diğer haklarından 53/2. maddesi gereğince hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden infazda tereddüt oluşturacak şekilde yazılı biçimde karar verilmesi,

Suç 5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işleyen sanıklar Hasan Altınada ve İsmail Çavdar hakkında aynı Yasa'nın 53/5. madde ve fıkrası gereğince cezanın infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkiyi kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,..." (5. CD, 19.02.2013 tarih, 2012/2031 esas ve 2013/1251 Karar)

"... Ancak;

Müşteki beyanlarına, savunmaya, olaya ilişkin tutanaklara ve dosya içeriğine göre; sanığın suç tarihinde Cebeci Polis Karakolunda komiser yardımcısı olarak görev yaptığı, müştekinin nişanlısı ile yakınlarının kaldıkları evde fuhuş yapıldığı şikâyetleri üzerine haklarında adli ve idari soruşturmalar başlatıldığı ve belirtilen adresin sanığın görev yaptığı karakol mntikasında olmasından dolayı bu vesileyle irtibat kurduğu müştekiden onu korumak, şubeye göndermemek, bina sakinlerini susturmak, taksisine ceza kestirmemek karşılığında 500 TL istediği, ancak parayı verme niyeti

olmayan müştekinin baştan itibaren tüm konuşmaları cep telefonuna kaydettiği gibi 27.02.2007 tarihinde yeniden ahlak büro görevlilerince fuhuş suçundan gözaltına alınca sanığın para istediğini belirterek şikâyetçi olduğu ve görevlilerin yönlendirmesi ile suçüstü yapılması için sanıkla tekrar iletişime geçtiği, seri numaraları alınan 230 lirayı vermesini müteakip yakalandığı, 6352 sayılı Yasa değişikliğinden önceki 5237 sayılı TCK'nın 250/1. maddesindeki düzenlemeye nazaran da cebrî irtikâp suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesi gerektiği, somut olayda sanığın yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışı bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, müştekinin nişanlısı Sevim Aktaş ve yakınları haklarında birçok şikâyet bulunduğu, yapılan, soruşturmalar neticesinde bazıları hakkında müşteki de dâhil olmak üzere kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmesine rağmen, 28.03.2007 günlü iddianame ile kamu davası açıldığı gibi belirtilen adresin fuhuş sebebiyle iki kez de mühürlendiği, bu itibarla yasal zeminde olmayan müştekiye yönelik sanığın sübuta eren eyleminin rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilip, hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86-87. maddeleri ile 5237 sayılı TCK'nın 250 ve 252. maddelerinde yapılan değişiklikler de nazara alınarak bir hüküm kurulması lüzumu,..." (5. CD, 17.01.2013 tarih, 2010/5482 esas ve 2013/406 Karar)

"... Ancak;

Suç tarihinde, Curali Beldesi belediye başkanı olarak görev yapan sanık Hüdaverdi'nin, belediyenin kilit parke yol yapım ihalesini kazanan şikâyetçi Yalçın Korkmaz'ın yetkilisi olduğu firmanın maddi yetersizliği, ihale kırım miktarının yüksek oluşu ve işin gereği gibi yapılamayacağı gibi gerekçelerle ihaleyi feshettiği, bir süre sonra yapılan aynı konudaki ikinci ihaleye tekrar teklif veren şikâyetçinin bu kez daha az kırım yaparak 59.000 TL bedelle ihaleyi kazandığı, ihale komisyonundan ve sanığın onayından geçen bu ihaleye ilişkin sözleşmenin taraflar arasında 08.08.2008 tarihinde imzalandığı, bu süreçte sanığın kendisinden ihale tutarının yaklaşık %10'una tekabül eden 6.000 TL menfaat talep ettiğini, aksi takdirde kendisini rahat bırakmayacağını ve zorluk çıkaracağını belirten şikâyetçinin durumdan rahatsızlık duyması üzerine C. Başsavcılığına başvurarak 15.08.2008 tarihinde seri numarası alınmış 1.500 TL'yi kendi arabasında bulunduğu sanığa verdiği, usulüne uygun fiziki takip kararına istinaden durumu izleyen kolluğun operasyonu ile sanığın üzerindeki paralarla yakalandığı somut olayda icbar suretiyle irtikâp suçunun icbar unsurunun oluşmadığı, haksız yararın da ihale yetkilisi olan sanığa ihaleye ilişkin sözleşme imzalandıktan sonra sağlandığı anlaşılmakla birlikte, neticesi gerçekleşmeden yakalanması karşısında eylemin görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs niteliğinde bulunduğu gözetilmeksizin tamamlanmış olduğunu kabul eden yanılgılı değerlendirmeye yazılı biçimde karar verilmesi,..." (5. CD, 10.01.2013 tarih, 2011/7822 esas ve 2013/144 Karar)

"... Kadıköy İlçe Emniyet Müdürlüğü Önleyici Hizmetler Büro Amirliğinde polis memuru olarak görev yapan ve ilçe sınırları dâhilindeki umuma açık yerlerin

ruhsatlı olup olmadığı, ruhsatlarına uygun olarak faaliyet gösterip göstermediklerinin denetimi ve uygunsuz veya ruhsatsız iş yerlerinin durumunu tutanağa bağlama hususlarında yetkili bulunan sanığın, müştekinin bir başkasından devralıp ruhsatsız olarak işletmeye başladığı kafeye 2008 yılı Temmuz ayı içerisinde kısa aralıklarla 3 defa gelip, para vermesi, kendisi ile cinsel ilişkiye girmesi veya ilişkiye girebileceği kadın temin etmesini istemesi, aksi takdirde iş yerinin ruhsatsız olması nedeniyle kapattırabileceğini söylemesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinde yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine;

Ancak;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, şikâyetçinin aşamalarındaki beyanları ve olayın oluş şekline göre somut olayda sanığın öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere Yasa'nın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı; Nilüfer Özdemir'e ait iş yerinin ruhsatsız olduğu, sanığın bu iş yerini kapatmaya tek başına yetkisi bulunmadığı anlaşılmakla, eyleminin rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD, 09.01.2013 tarih, 2011/13164 esas ve 2013/82 Karar)

"... Sanığın Keçiören Belediyesinde zabıta komiser yardımcısı olarak görev yaptığı, olay tarihinde Onur Yumuşakdemir'in işletmeciliğini yaptığı ruhsatsız pastanede yaptığı kontrolde, bahçe içerisinde izinsiz inşaat yapıldığını tespit ettiği, bu hususlarda yasal işlem yapmama karşılığında 100 TL aldığı anlaşılmakla karşısında; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine;

Ancak;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, şikâyetçinin aşamalarındaki beyanları ve olayın oluş şekline göre somut olayda sanığın öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, Onur Yumuşakdemir'e ait iş yerinin ve bahçedeki inşaatın ruhsatsız olduğu anlaşılmakla, sanığın eyleminin rüşvet alma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. maddesine eklenen 4. fıkrası karşısında mahkemesince yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,..." (5. CD, 08.01.2013 tarih, 2011/12854 esas ve 2013/42 Karar)

"... Suç tarihinde İzmir Büyükşehir Belediyesi İtfaiye Daire Başkanlığında itfaiye eri kadrosunda çalışan aynı zamanda yangın önleme ve kontrol heyeti üyesi olan sanığın; mağdurun iş yerine kontrole gittiği, iş yerindeki başlangıç yangınlarına karşı alınan önlemlerin yeterli olmasına rağmen, mağdura bir kısım bölmelerin ahşap olduğunu, sac ve benzeri yanmaz malzemeler ile kaplanması gerektiğini belirtip düzenleyeceği raporu kastederek 'Bu rapora üç kişi imza atacağız, bunu aramızda halledelim, sen bize 300 TL ver.' dediği, mağdurun bu meblağı çok bulması üzerine sanığa 220 TL verdiği ve aynı gün raporun iş yerinin başlangıç yangınlarına karşı tedbirlerin yeterli olduğu şeklinde verildiğinin daha sonra Cumhuriyet Başsavcılığınca yaptırılan incelemeye göre raporun bu şekilde düzenlenmesinde usulsüzlük bulunmadığının anlaşılması karşısında; yapılması gereken bir iş için para alınması olayında; ikna edici, hileli, tehdit veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan sanığın para isteğinin mağdur tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren sanığın eyleminin 29.12.2008 olan suç tarihi itibarıyla 'görevi kötüye kullanma' olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek, 'ikna suretiyle irtikâp' suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Hükümden sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile eklenen 5237 sayılı TCK'nın 250/4. maddesinde suç konusunun değeri ve mağdurun ekonomik durumuna göre cezada indirim öngörülmesi karşısında, mahkemesince yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,..." (5. CD, 24.01.2013 tarih, 2012/613 esas ve 2013/761 Karar)

"... İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünde görev yapan ve hasar tespit tutanağı düzenleme yetki ve görevi bulunan sanığın suç tarihinde müştekinin şirketinin taşeron firma olarak kazı yaptığı esnada ana su borularına hasar vermeleri sebebiyle olay mahallinde ekibiyle hasarı tamir ettikleri ve tamir sırasında sanığın müştekiye on paket sigara aldırıldığı gibi olay mahallinden ayrılırken de müştekiyi telefonla arayarak 720,00 lira vermesi hâlinde hasar tespit raporu tutmayacağını söylediği, parayı verme niyeti olmayan müştekinin Savcılığa ihbarı üzerine seri numaraları alınan paralarla birlikte sanığın suçüstü yakalandığı sübut bulan olayda, irtikâp suçu, memurun memuriyet sıfat veya görevini kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya başkasına haksız olarak para vermeye veya sair mefaatler temin veya vaadine icbar veya ikna etmesiyle oluşacağı ancak dosya kapsamı ve mevcut delillere göre sanığın eyleminde irtikâbın cebir veya ikna unsurunun yasanın kabul ettiği anlamda bulunmadığı, sabit fiilinin görevin gereklerine aykırı olarak

yapılması gereken işi yapmamak karşılığında rüşvet almak suçunu oluşturacağı ve rüşvet anlaşmasını kabul etmeyen müştekinin sanığı yakalatmak için teklifi kabul etmiş gözüktüğü cihetle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek bu suçtan cezalandırılması yerine suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi,

Kabule göre de;

Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 53/5. maddesinde belirtilen hak yoksunluğuna hükmolunmaması,

Kısa süreli olmayan hapis cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 53/3. maddesi gereğince kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri açısından 53/1-c maddesinin uygulanamayacağı ve 51/3. maddesine göre de belirlenecek denetim süresinin mahkûm olunan ceza süresinden az olamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

Hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. maddesinde değişiklik yapılması karşısında, aynı Kanun'un geçici 2. maddesi de dikkate alınarak mahkemesince yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,..." (5. CD, 14.02.2013 tarih, 2012/2082 esas ve 2013/1155 Karar)

"... Müşteki beyanları, tanık anlatımları, olay nedeniyle düzenlenen tutanaklar ve tüm dosya kapsamına göre sanığın şef olarak görev yaptığı Karatepe Orman İşletme Şefliğince sorumluluk bölgelerinde bulunan Çiftkırın Köyü sınırları içinde ormandan kesim ve nakliye işinin verildiği, köy muhtarı olan tanık Faik Karasu'nun kesim işini yaptırmak üzere müştekilerle anlaştığı, bölgede yapılacak kesim ve istifleme işinin usulüne uygun yapıp yapılmadığını denetlemekle görevli olup düzenleyeceği raporlara göre istihkak ödemeleri yapılacak olan sanığın müştekilerden alacakları istihkakların %10'unu kendisine vermelerini isteyerek aksi takdirde 'iş bırakmaları, bir daha kendilerine iş vermeyeceği' şeklinde sözler söylediği, müştekilerin sanığa istediği parayı verecekleri yönünde bir vaatte bulunmadan ilçe jandarma komutanlığına müracaatta bulunarak şikâyetçi oldukları, suçun tespiti ve failin yakalanması için seri numaraları tespit edilen 400 TL'nin müştekiler tarafından 11.07.2003 günü Orman İşletme Şefliğindeki odasında sanığa verildiği ve takiben tertibat alan kolluk görevlileri tarafından yakalandığı, paranın sanığa ait yeleğin cebinde bulunduğu anlaşılmakla müştekilerin sanığa herhangi bir vaatte bulunmaksızın ilgili kolluk birimine derhâl müracaatla şikâyetçi olmalarına ve baskıdan kolayca kurtulma imkânları bulunmasına göre olayda icbar boyutuna ulaşmış bir zorlamadan söz edilemeyeceğinden irtikâp suçunun cebir veya ikna unsurlarının yasa, öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sabit olan eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 212/1, 61. maddelerinde yer alan rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı, lehe kanun değerlendirmesinin de buna göre yapılması gerektiği gözetilmeden dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle yazılı şekilde cebrî irtikâba teşebbüs suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi,

Kabule göre de;

6352 sayılı Yasa ile eklenen TCK'nın 250/4. maddesi gereğince sanığın

hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi lüzumu,...” (5. CD, 13.02.2013 tarih, 2012/2883 esas ve 2013/1141 Karar)

“... Sanık Mehmet Çağlar hakkında iddianamenin 10. sırasındaki eylem nedeniyle rüşvet almaya teşebbüs etme suçundan verilen hükme yönelik temyiz incelemesinde ise;

Cebrî irtikâp suçu, kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında ferdin de memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vadetmesi ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği yahut haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte veya vadetmektedir. Burada fert meşru zeminde bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Karar’ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dâhil olup, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekmektedir.

765 sayılı TCK’nın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın rüşveti tanımlayan (6352 sayılı Kanun ile değişiklik yapıncaya kadar yürürlükte kalan) 252/3. maddesinde ‘Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.’ denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verilmiş olup, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanması rüşvet suçu kapsamında çıkarılmıştır.

Somut olayda sanık Mehmet Çağlar’ın Çorum SSK Hastanesinde başhekim olduğu ve cerrahi uzmanı olarak çalıştığı dönemde, çocuğu Eren Mercan’ı tedavi ettirmek için hastaneye gelen Deniz Mercan’dan anestezi teknisyeni ve hemşirelere verileceğinden bahisle 350.000.000 TL para istediğinin iddia olunması karşısında; Deniz Mercan’ın müfettişe verdiği 18.12.2002 tarihli ifadesi ile mahkemede tanık sıfatıyla verdiği ifade arasında, özellikle para talebi ve verilmesi konusunda çelişkiler bulunduğu anlaşıldığından, bu çelişkinin giderilerek, giderilememesi hâlinde ise hangi ifadeye neden itibar edildiği gerekçede gösterilip yukarıda açıklanan esaslar değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,...” (5. CD, 08.04.2013 tarih, 2012/4775 esas ve 2013/2833 Karar)

“... Kovancılar İlçe Jandarma Komutanlığında uzman çavuş olan sanığın suç

tarihlerinde önleyici kuvvet olarak devriye ekip komutanı sıfatıyla görev yaptığı sırada arazide koyun otlatan ve kimlikleri tespit edilemeyen çobanlara menşe şahadetnamesi ve veteriner sağlık raporlarının bulunup bulunmadığını sorduğu, olmadığını söylemeleri üzerine, birer kuzu verin yolunuza devam edin diyerek çobanlardan kuzuları aldığı sübut bulan olayda; mahkeme kabulünde de belirtildiği gibi sürüyü otlatanların istenen belgeleri ibrazı zorunlu olmadığı için haksız zeminde bulunmadıkları bu itibarla sanığın eyleminin rüşvete teşebbüs kabul edilemeyeceği, beyanlara nazaran sabit eyleminde yasanın aradığı anlamda tehdit veya icbar içerikli söz veya davranışının olmadığı, ikna suretiyle irtikâp suçunda ise mağdurun sağladığı yararın haksız olmadığı inancı ile hareket etmesi, hukuka aykırı bir çıkar sağlamakta olduğunu bilmemesi gerektiği, ancak sanığın kendisi için istediği kuzu mağdurlar tarafından ilk olayda hemen, ikinci olayda ise paranın yarısı istenmek suretiyle verildiği hususları değerlendirildiğinde eylemlerinde ikna unsurunun da bulunmadığı, esasen olayın mağduru konumundaki çobanlar tespit edilip beyanları alınmadığı için kuzuları korkudan mı, inanarak mı verdikleri hususunun da netlik kazanmadığı, bu itibarla eylemlerinin suç tarihi itibarıyla icbar veya ikna suretiyle irtikâp suçlarını da oluşturmayacağı ve görevi kötüye kullanma olarak kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgiya düşölerek ve de anlatımda cebri irtikâp tarif edilmesine rağmen hükümde çelişki oluşturacak şekilde eylemleri ikna suretiyle irtikâp kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Lehe yasa karşılaştırması yapılırken 5237 sayılı TCK'nın icbar suretiyle irtikâp suçuna ilişkin hükümleri ile 765 sayılı Yasa'nın ikna suretiyle irtikâp hükümlerinin karşılaştırılması suretiyle hükümde çelişki yaratılması,

Sanığın her bir eylemi için erteleme ve CMK'nın 231. maddesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının karar yerinde tartışılması gerektiği gözetilmeden toplam ceza miktarı nazara alınarak yasal olmayan ve yetersiz gerekçe ile anılan hükümlerin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,

06.04.2007 günlü mahkûmiyet hükmünde sanığın 765 sayılı TCK'nın 219/ son maddesi uyarınca hapis cezasının infazı süresince memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesine rağmen, kazanılmış hak gözetilmeden bu defa aynı madde gereğince müebbeten memuriyetten yasaklanmasına hükmolunması,

Hükümden sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile eklenen 5237 sayılı TCK'nın 250/4. maddesinde suç konusunun değeri ve mağdurun ekonomik durumuna göre cezada indirim öngörölmesi karşısında, mahkemesince yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,...” (5. CD, 11.04.2013 tarih, 2012/6143 esas ve 2013/3115 Karar)

“... Ancak;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya

dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, katılanın aşamalarındaki beyanları ve olayın oluş şekline göre somut olayda sanığın öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı anlaşılmakla; oluşa uygun olarak sanığın eyleminin rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı ve hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinde değişiklik yapılması da gözetilerek bu suçtan cezalandırılması gerektiği hâlde nitelemeye yanılığa düşülerek cebrî irtikâp suçundan hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Cebrî irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kaldığı hâlde tamamlandığından bahisle yazılı şekilde uygulama yapılması,..." (5. CD, 19.03.2013 tarih, 2012/5319 esas ve 2013/2000 Karar)

"... Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Suç tarihinde, Metin Sabancı Baltalimanı Kemik Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi müdürü olarak görev yapan sanık Muzaffer'in, kendisine her türlü kötülüğü yapacağını beyan ederek 07.12.2009 tarihli ihale sözleşmesine istinaden hastaneye hizmet sunan yüklenici Nazlı Yemek Gıda Tem. Taah. San. Tic. Ltd. Şti.'nin yetkilisi olan katılıandan menfaat temin etmeye çalıştığı, dava konusu somut olayda, başından beri katılanın sanığa herhangi bir menfaat sağlama taraftarı olmadığı gibi, onu yakalatmayı amaçlayan anlaşmanın da serbest irade ürünü bulunmaması karşısında fiilin icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu ve hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve sanık lehine hükümler içeren 6352 sayılı Kanun'la değişik TCK'nın 250/1, 35 ve 250/4. maddelerine uyduğu gözetilmeden, tamamlanmış olduğunu kabul eden yanılığlı değerlendirmeye yazılı biçimde hüküm kurulması,..." (5. CD, 02.05.2013 tarih, 2012/8113 esas ve 2013/5589 Karar)

"... 5237 sayılı TCK'nın, suç tarihinde yürürlükte bulunan 250/1. maddesindeki düzenlemeye göre; cebrî irtikâp suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar etmesinin gerektiği, somut olayda ise sanıkların, kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı, bu itibarla irtikâp suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, aranan şahıslar büro amirliğinde görevli sanıkların 06.03.2012 tarihinde düşümü yapılan arama kaydının bila infaz iadesinin istenmesinden önce 24.02.2012 ve 27.02.2012 tarihlerinde yapmaları gereken yakalama işlemini yapmamak amacıyla

katılardan menfaat talep etmekten ibaret eylemlerinin rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile TCK'nın 252. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu gözetilmeksizin suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanıkların eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suçun tamamlandığı kabul edilerek haklarında fazla ceza tayini,

TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle atılı suçu işleyen sanıklar hakkında aynı Kanun'un 53/5. madde ve fıkrası gereğince, cezanın infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması,

Hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile TCK'nın 250. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu,...” (5. CD, 29.01.2013 tarih, 2012/12914 esas ve 2013/776 Karar)

“... 2004-2005 eğitim ve öğretim yılında Hatay ili Erzin ilçesi Yeşilkent Lisesi 9-F sınıfında matematik öğretmeni olarak görev yapan sanığın, 2005 yılının Ocak ayında, 9-F sınıfında öğrenci olan mağdurdan, matematik dersinden geçmesi karşılığında 200 lira para istediği, mağdurun da bu teklifi kabul ederek, yapılan anlaşma gereğince nakit parayı sonradan vermek şartıyla öncelikle, boş bir bonoyu imzalayarak sanığa verdiği, menfaatin bu şekilde elde edilmesinden sonra da sanığın aslında sıfır not verilmesi gereken mağdura ait matematik sınav cevap kâğıtlarına geçer notlar vermek suretiyle mağdurun matematik dersinden geçmesini sağladığı anlaşılmış olup, ikna edici, hileli, tehdit veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan sanığın para isteğinin mağdur tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren sanığın eyleminin ‘rüşvet alma’ suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek, ‘görevi kötüye kullanma’ suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,...” (5. CD, 12.06.2012 tarih, 2012/5892 esas ve 2012/6669 Karar)

“... Trafik polisi olan sanığın, müşteki Erdal'ın kullandığı aracını durdurarak ‘At bakalım.’ dediği ve müştekiden 5 TL aldığı, daha sonra araçta tonaj fazlası yük olduğunu, bu paranın yetmeyeceğini söyleyerek daha fazla para istediği, trafik suç tutanağı düzenlenmemesini sağlamak amacıyla, müşteki Erdal'ın da patronu olan diğer müşteki Zeynel Abidin'i aradığı, Zeynel Abidin'in sanığa şirket merkezine gelmesini söylediği, sanığın şirket merkezine giderek ‘Ben o günkü polis memuruyum depoya benzin koyacaktın.’ dediği, müştekinin de sanığı Naci Genç Petrole gönderdiği, sanığın 115 TL'lik benzin aldığı, mahkemece de sübutu bu şekilde kabul edilen olayda irtikâbın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı, ancak eyleminin 765 sayılı Yasa'nın 212/2. maddesine uyan yapması gereken işi yapmamak için rüşvet almak suçuna

vücut vereceği, suça konu toplam 120,00 TL'nin suç tarihi itibarıyla 765 sayılı TCK'nın 219/3. maddesine göre pek hafif değerde olduğu nazara alınarak sanık hakkında lehine olan 765 sayılı TCK'nın uygulanması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, 17.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4199 sayılı Kanun'la değişik 2918 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 11. madde gereğince, trafik polisi olup suç tutanağı düzenleme yetkisi bulunan sanık hakkında hükmolunan cezanın yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,..." (5. CD, 06.12.2012 tarih, 2011/14268 esas ve 2012/12620 Karar)

"... Dairemizce de benimsenen Yargıtay CGK'nın 18.09.2012 gün 2012/420 esas, 2012/1771 K. sayılı kararı da nazara alınarak 6352 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinin sadece karşılıksız yararlanma suçlarını kapsadığı anlaşılmakla anılan Yasa'nın irtikâp suçu yönünden getirdiği düzenlemeler ve cebrî irtikâp suçunun esaslı unsurlarında değişiklik yapılmadığı, TCK'nın 250/1. maddesine eklenen son cümleinin sadece cebrî irtikâbı açıkladığı gözetilerek yapılan incelemede;

Dosya içeriğine göre, tebliğnamede yer verilen husumetin katılan ile tanık arasında olup sanıkla ilgisi bulunmadığı ve sanığa suç isnadını gerektirir nitelikte olmadığı, suç tarihinde orman muhafaza memuru olan sanığın, zatî ihtiyaç listesinde ismi bulunmayan ancak emval kesimi için kendisine 20 TL verip izin alan katılanı muhtarın ihbarı sonrası traktöründeki orman emvali ile birlikte olay günü yakaladığı, traktörüne el koyacağı tehdidiyle zorlayıp katılıandan işlem yapmama karşılığı 500 TL para aldığı iddia, tevil yollu savunma, katılan anlatımları, tanıklar Halil İbrahim Yüce, Ali Osman Özen ve Lütfi Şehirli'nin beyanları, kaçak emvalin katılanın ikametgâhında ele geçirildiğine dair tutanak ve tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından tebliğnamede yer alan bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa ile 5237 sayılı TCK'ya eklenen 250/4. maddesine göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi lüzumu,

Suç 5237 sayılı TCK'nın 53/1-a maddesindeki yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işleyen sanık hakkında aynı Yasa'nın 53/5. madde ve fıkrası gereğince cezanın infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkiyi kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ..." (5. CD, 25.12.2012 tarih, 2011/13223 esas ve 2012/13531 Karar)

"... Rüşvet suçu, 5237 sayılı TCK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 252. maddesine göre; bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla

oluşacak ve ayrıca bu suçta her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekecek, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelecektir. Cebrî irtikâp suçu ise kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında mağdurun da memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vadetmesi ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği yahut haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte veya vadetmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket icbar kavramına dâhildir. Manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerekir.

Somut olayda; suç tarihinde ilçe asayiş büro amiri olarak görev yapan sanığın, gazino işletmeciliğine başlayan müdahili telefonla arayarak ve zaman zaman iş yerine gelip, her ay bir miktar parayı kendisine vermesi gerektiğini, gazinoculukta işlerin bu şekilde yürüdüğünü, aksi hâlde kendisine zorluk çıkaracağını söylediği, sanığın baskılarından rahatsız olan, ancak para vermek istemeyen müdahilin, C. Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğu ve seri numaraları alınmış 500 TL'yi buluşma yerinde sanığa teslim ettiğinin kabul edildiği olayda katılanın meşru zeminde bulunduğu gözetildiğinde, sanığın eyleminin öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna ulaştığı ve bu hâliyle eylemin cebrî irtikâp suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu, 6352 sayılı Yasa ile değişik TCK'nın 250/1-4 maddeleri de nazara alınarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD, 10.12.2012 tarih, 2011/7341 esas ve 2012/12772 Karar)

İkna Suretiyle İrtikâp

"... Sanığın, Burdur Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünde ölçü ve ayar memuru olarak görevli olduğu, suç tarihinde katılanlara ait akaryakıt istasyonunda yakıt tankının ölçü ve ayarını yaptığı, bu işin bedelini soran katılanlardan işlem bedeli olarak 200 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir davranışı olmadan katılanların hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde gelişen olayda eylemin TCK'nın 250/3. maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikâp suçuna uyduğu gözetilmeden ikna suretiyle irtikâp suçundan hüküm kurulması,

Hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile eklenen 5237 sayılı TCK'nın 250/4. maddesi de gözetilerek sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi lüzumu, ..." (5. CD, 09.10.2012 tarih, 2010/2419 esas ve 2012/10002 Karar)

"... Saniğin, Ferizli 1. no.lu Sağlık Ocağında çevre sağlık teknisyeni olarak görevli olduğu, suç tarihinde mağdura portör kâğıdı düzenlediği, bu işin bedelini soran mağdurdan işlem bedeli olarak 30 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir söz ve davranışı olmadan para ödemek isteyen mağdurun hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde geliştiği anlaşılan eylemin TCK'nın 250/3. maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikâp suçuna uyduğu ve hükümden sonra TCK'ya eklenen 250/4. maddesi de nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi, Kabule göre de;

Kayden sabıkasız olup, savunması talimatla alınan ve mahkemece görülmeyen sanık hakkında somut gerekçeler gösterilmeden kanundaki soyut ifadeler tekrar edilerek temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini ile TCK'nın 51 ve CMK'nın 231. maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 23.05.2013 tarih, 2012/8027 esas ve 2013/5644 Karar)

"... Ancak;

PTT Tarsus Otogar Şube Müdürlüğünde memur olarak görev yapan saniğin; 19.10.2009 tarihinde kuruma gelerek 2 ayrı kişiye toplam 3.500,00 TL'lik havale işlemi yapmak üzere gerekli belgeleri dolduran Yusuf Çolak'ın havale edeceği 3.500,00 TL yerine hata sonucu 11.500,00 TL olarak verdiği paranın 8.000,00 TL'sini bu kişiye iade etmeksizin alıkoyduğu, mesai bitiminden sonra fazla para yatırdığını fark eden Yusuf Çolak'ın kurum yetkilileri ile irtibata geçmesinden sonra kurum şefi tarafından çağrılan saniğin, 7.800,00 TL paranın aynı yerde bulunmasını sağladığı şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda;

Saniğin aktif hiçbir söz ve davranışı olmadan, yanlışlıkla fazla para yatıran kişinin bu hatasından yararlanarak, kendisine yarar sağladığı ve bu şekilde TCK'nın 250/3. maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunu işlediği gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması,..." (5. CD, 13.05.2013 tarih, 2012/7234 esas ve 2013/4924 Karar)

"... Antalya Defterdarlığı Sağlık Kurumları 1 no'lu Döner Sermaye kurumunda veznedar olarak çalışırken, 27.04.2004 tarihinde Antalya Havalimanında vize satış pulu ve yurt dışına çıkış harcı tahsil işlemlerini yapmak üzere geçici olarak görevlendirilen saniğin sadece dolar pulu satmakla yükümlü olduğu, hiçbir söz ve davranışı olmadan vezneye gelen Avusturya vatandaşlarının kendiliğinden uzattığı 15 euro'yu almasına rağmen karşılığında 13 dolarlık vize pulu satması suretiyle aradaki farkı mal edinme şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, 765 sayılı TCK'nın 209/3. maddesi uyarınca zincirleme hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu, bu suçun da yasa maddesinde öngörülen cezasının tür ve tutarına nazaran 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde belirlenen 7 yıl 6 aylık asli ve ilave zaman aşımına tabi olduğu, 28.07.2004 olan son suç tarihi ile inceleme günü

arasında bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ile 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gözetilmek suretiyle hükmün CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden sanık hakkında açılan kamu davasının aynı Yasa'nın 322 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca zaman aşımı sebebiyle DÜŞMESİNE,..." (5. CD, 04.02.2013 tarih, 2012/498 esas ve 2013/818 Karar)

İkna Suretiyle İrtikâp Suçu İçtihatları

"... İncelenen dosya içeriğinden;

Malatya Adli Emanetinin 2007/767 sırasında 25 adet tapu aslının bulunduğu, mahkemece tapu asıllarının emanetten getirtilerek 04.06.2007 tarihli duruşmada incelendiği, katılan Hasan Korkunç'a ait olan ve adli emanetin 2007/953 sırasında kayıtlı bulunan tapu aslının yargılama aşamasında getirtilip incelenmediği, katılanlar Hasan Kan, Aziz Sağlam, Abdülvahap Sağlam ve Faruk Toraman adına düzenlenen tapuların emanete alınmadığı, katılanların anlatımlarından da bu tapuların sahte olduğu kabul edilerek saniğa iade edildiği, diğer bir ifade ile dosya içine delil olarak alınmadığı anlaşılmaktadır.

Resmî belgenin, gerçeği taklit edilerek (sahte olarak düzenlenerek) işlenen suçun sahtecilik olarak nitelendirilebilmesi için, düzenlenen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Aldatıcılık özelliği suçun temel unsurudur. Özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça, gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte (nesnel) olup olmadığının ve beş duyuyla ilk bakışta anlaşılabilir olup olmadığının kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekir.

Sahteciliğe konu olan belgenin aldatma yeteneği olup olmadığının tartışılması ve belirlenmesi öncelikle yargılamayı yürüten mahkemeye aittir. Hâkim olayın çıkış, oluş ve akışını, düzenlenen belgelerle yapılan işlemleri göz önüne alarak, sahteciliğin kolaylıkla anlaşılıp anlaşılamayacağını bizzat saptamalı ve sonucuna göre belgelerde aldatma yeteneği olup olmadığını takdir ve tespit etmelidir.

Mahkemece, suçun konusunu oluşturan belge aslı getirtilerek resmî belgede bulunması gereken başlık, sayı, tarih, imza, mühür gibi zorunlu öğelerin incelenmesi, nesnel olarak aldatma gücü olup olmadığının saptanması, duraksama hâlinde ise mahkemeye yardımcı olma ve aydınlatma bakımından konusunda uzman bilirkişinin görüşüne başvurulmasında zorunluluk vardır.

Bu bilgi ve belgeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Katılanlar Hasan Korkunç, Hasan Kan, Aziz Sağlam, Abdülvahap Sağlam ve Faruk Toraman'a sanık tarafından verilen tapu asıllarının aldatma yeteneğinin olup olmadığının mahkemece değerlendirilmesi amacıyla katılan Hasan Korkunç'a ait tapu aslının emanetten getirtilerek incelenmesi, katılanlar Hasan Kan, Aziz Sağlam, Abdülvahap Sağlam ve Faruk Toraman adlarına düzenlenen tapu asıllarının ise teminine çalışılarak, temin edilmesi hâlinde öncelikle aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının mahkemece belirlenmesi, duraksama hâlinde bu yönde uzman

birlikşiden rapor alınması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik araştırma ile mahkûmiyet kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla, haklı nedene dayanan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının sanık hakkında katılanlar Hasan Korkunç, Hasan Kan, Aziz Sağlam, Abdülvahap Sağlam ve Faruk Toraman'a yönelik sahtecilik suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümleri ile sınırlı olarak kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün sanık hakkında katılanlar Hasan Korkunç, Hasan Kan, Aziz Sağlam, Abdülvahap Sağlam ve Faruk Toraman'a yönelik sahtecilik suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümleri ile sınırlı olarak eksik araştırma sonucu hüküm kurulması isabetsizliğinden diğer yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA karar verilmelidir, ..." (YCGK, 21.06.2011 gün, 2011/5-4 esas ve 2011/136 Karar)

"... Saruhanlı Asliye Ceza Mahkemesinde zabıtkâtibi olarak görev yapan sanığın; müşteki Turan Durgut'un oğlunun öldürülmesine ilişkin davanın görüldüğü Manisa Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılama sırasında müşteki ve tanıkların ifadelerinin alınması için Saruhanlı Asliye Ceza Mahkemesine yazılan talimat ile ilgili, kendisinin de görev aldığı ifadeler alındıktan sonra müştekiyi çağırarak, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle ve dosyanın Manisa Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesinden kaynaklanan çeşitli masrafların alınmasının gerektiğini söyleme şeklindeki hileli davranışlarla, farklı zamanlarda müştekiden toplam 1.640,00 TL'yi alarak kendisine menfaat temin etme şeklinde sübut bulan eylemlerinin 765 sayılı TCK'nın 209/2, 80. (5237 sayılı TCK'nın 250/2, 43.) maddelerinde düzenlenen zincirleme olarak ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu ve menfaatin değeri ile mağdurun ekonomik durumuna göre, hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile TCK'ya eklenen 250/4. madde de gözetilip hüküm kurulması gerekirken yanılığlı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanık hakkında irtikâp suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Kanun'un 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesinin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği hâlde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 5. CD, 03.12.2012 tarih, 2011/2878 esas ve 2012/12416 Karar)

"... Kaçak elektrik tutanağı tutma yetkisine sahip olan sanığın, Uludağ Elektrik Dağıtım AŞ Edremit İlçe Başmühendisliğinde teknisyen olarak görev yaptığı sırada, katılanın tarımsal sulama aboneliğini usulsüz kullandığını, bu hususun müfettişlerce tespit edildiğini, kendisine bu nedenle 150.000 lira ceza kesilmesi gerektiğini, ancak kendi sözünün geçtiğini, kendisi hakkında başlangıçta 50.000 liranın müfettişlerce istendiğini fakat istenen bu parayı kendisinin 20.000 liraya düşürdüğünü söyleyerek bu miktar parayı katılandan istediği, katılanın inanmadığı ve yapmış olduğu araştırma

neticesinde usulsüz bir kullanımının olmadığını anlaması üzerine durumu jandarmaya bildirdiği ve olay günü sanıkla katılanın karşılıklı bir araya gelerek katılanın sanığa 5.000 lirayı verip 15.000 lirayı da sonradan vereceğini belirtmek suretiyle hakkında işlem yapılmaması amacıyla konuşma yaptıkları ve bu konuşma sonrasında 5.000 liranın katılan tarafından sanığa verildiği, sanığın parayı aldıktan sonra kendi aracına binerek katılanın yanından ayrıldığı, ancak olaydan haberdar olan ve daha önceden gerekli önlemleri alan jandarma görevlilerinin sanığın aracını durdurarak, araçta arama yaptıkları ve sanığın katılandan aldığı paraların araç içinde elde edildiği ve ikna suretiyle irtikâp suçunun oluşmadığı anlaşılmış olup, anlatıldığı biçimde gerçekleşen eylemin, 'görevi kötüye kullanmaya teşebbüs' niteliğinde olduğu kabul edilerek, buna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, sanık hakkında 'görevi kötüye kullanma' suçunun tamamlandığı kabul edilerek mahkûmiyet hükmü kurulması,..." (5. CD, 09.01.2012 tarih, 2008/20 esas ve 2012/5 Karar)

"... Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Öğrenci İşlerinde memur olarak görev yapan sanığın özel öğrenci statüsünde doktora programı derslerine girmek için başvuran müştekiler L. Hilal ve Ayşe Özlem'e gerçekte başvurularının kabulüne dair bir karar bulunmadığı hâlde başvurularının kabul edildiğini kayıtlarının yapılabilmesi için bir kısım belgeleri teslim etmeleri yanında öğrenim harcı ödemeleri gerektiğini söyleyerek onların adına yatırmak üzere kendilerinden para alıp mal edinmek ve keza doktora öğrencisi olup başka bir kurumda araştırma görevlisi olması nedeniyle müracaatı üzerine harçtan muaf tutulan müşteki Haldun'a telefon edip muafiyet başvurusunun kabul edilmediğini yeterlilik sınavına girebilmesi için harç ödemesi gerektiğini söyleyerek müştekinin arkadaşı vasıtasıyla gönderdiği parayı onun adına ödeme yapacağı vaadiyle alıp kendine yarar sağlamak suretiyle üç ayrı ikna yoluyla irtikâp suçunu işlediği anlaşıldığından yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,..." (5. CD, 10.04.2012 tarih, 2008/7111 esas ve 2012/3559 Karar)

"... Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre çevre sağlık teknisyeni olup Yeşil Kart Bürosunda görevli olan sanığın kendisinin ve aile bireylerinin sağlık karnelerine vize yaptırmak için müracaat eden Niyazi Babacan'dan hastane için yeşil kart başına 25.000.000 TL bağış alındığını söyleyerek üç karne için 75.000.000.TL alıp kendisine menfaat sağlayarak ikna suretiyle irtikâp suçunu işlediği ve resmî kurumlar nezdinde mal ve hak araştırması yapmaksızın kaymakamlık yazı işleri müdürü olan diğer sanığın imzasını da taklit ederek müracaat eden kişiler adına sağlık karnesi tanzim etmek, aynı şekilde vize işlemi yapmak ve İsmail Yılmaz isimli başvuranın formuna gerçeğe aykırı olarak SSK kaydının bulunmadığına dair şerh düşmek suretiyle sahtecilik eylemlerini gerçekleştirdiği anlaşıldığından yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Sahteciliğe konu 'yeşil kart' olarak nitelendirilen belgelerin suç tarihinde

yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 355. maddesinde tanımlanan belgeler niteliğinde olduğu cihetle; sanığın sabit görülen eyleminin zincirleme biçimde 'şehadetnamede sahtecilik' suçunu oluşturacağı gözetilmesizin aynı Yasa'nın 352. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması,

Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve TCK'nın 7/2. maddesi uyarınca sanık yararına olan 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesinin 1. fıkrası ile değişik CMK'nın 231/5. maddesinde hapis cezası için öngörülen sınırın 2 yıla çıkarılması ve anılan maddenin 2. fıkrası ile de 231/14. maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suç olma koşulunun kaldırılması karşısında, bu maddenin 6. fıkrasına 25.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6008 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile eklenen cümle nazara alınarak mahkemece ikna yoluyla irtikâp suçundan kurulan hükmün açıklamasının geri bırakılıp bırakılmayacağının karar yerinde tartışılması lüzumu,..." (5. CD, 10.04.2012 tarih, 2008/6224 esas ve 2012/3557 Karar)

"... Afyonkarahisar SSK il müdür yardımcısı olarak görev yapan sanığın, 01.07.2004 tarihli soruşturma raporu içeriğinde belirtildiği üzere, mağdur Mehmet Sarıkaya'nın emekli olabilmesi için yeterli prim ödeme gün sayısını yerine getirdiği, ancak 25 yıl olan sigortalılık süresi şartını taşımadığı, bu nedenle söz konusu sürenin dolacağı tarih olan 20.08.2005 tarihinden sonra yazılı müracaat ettiğinde emekli olabileceği hâlde suç tarihinde sigortalılık durumu hakkında bilgi almak için gelen mağdura dosyasına baktıktan sonra 30.06.2003 tarihinden sonra prim yatırmadığını söyleyerek 'Kardeşim sen yazık etmişsin bu kadar sigorta öldürülür mü?' diyerek 1.870 TL getirmesi durumunda sigorta primlerini geriye yönelik olarak yatırılmasını sağlayarak düzeltereğinden bahisle 1.870 TL menfaat temin ettiği ve mağdurun makbuz istemesi üzerine hizmet döküm cetveli altına herhangi bir borcu bulunmadığına dair not düşüp imzalayarak verdiği, sanığın bu şekilde görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine yarar sağlamasıyla mağduru ikna etmek suretiyle irtikâp suçunu işlediği tüm dosya kapsamından anlaşılmakla; yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeiyen sair temyiz itirazlarının reddine,..." (5. CD, 24.05.2012 tarih, 2008/13011 esas ve 2012/5802 Karar)

"... Pazar Trafik Bölge Denetleme İstasyon Amirliğinde görevli olup, olay gün ve saatinde İstasyon Amirliği ile İstasyon Amirliği önünde denetim yapan trafik polisi arkadaşlarının güvenliğini sağlamak üzere çevre koruma nöbetini tutmakla görevli sanığın, diğer trafik polislerinden uzakta ve kendi bulunduğu yerde durdurulan ve sürücüsü Gürcistan vatandaşı olan müştekiye, aracında xenon far bulunup bu far tipinin Türkiye'de yasak olduğunu söyleyerek avuç içine 100 dolar yazıp bunun cezasının da bu olduğunu belirtmesi üzerine, müştekinin trafik cezası ödediğini düşünerek bu parayı sanığa verdiği, eylemin TCK'nın 250/2. maddesine uyan ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık ve müdafinin yerinde görülmeiyen sair temyiz itirazlarının reddine,..." (5. CD, 04.06.2012 tarih, 2008/16083

esas ve 2012/6175 Karar)

"... Sanık Bekir Taşcı'nın Vezirköprü Kadastro Müdürlüğüne vekâlet ettiği dönemde, Özyörük Köyü'nde yapılacak kadastro çalışmaları ile ilgili olarak köy muhtarına 'Köyde kadastro çalışmaları yapılacak, daireye bilgisayar alınacak, arızalanan bilgisayarlar tamir edilecek, araçların masrafları olacak. Bunlar için 1.000,00 TL lazım, verir misin?' diyerek para talebinde bulunması üzerine köy muhtarının köydeki ailelerden topladığı paranın bir kısmının sanığa verildiğinin anlaşılması karşısında;

İkna suretiyle irtikâp suçunun; kamu görevlisinin görevine giren bir hususta görev ve sıfatını kötüye kullanması sonucu kandırıldığı için sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilemeyecek olan mağduru yasa dışı çıkar sağlamaya ikna etmesi ile oluşacağı gözetildiğinde, sanığın köy muhtarından istediği paranın, kanunen ödenmesi zorunlu olduğu yönünde hileli davranışlarda bulunduğu sabit olmaması nedeniyle eylemin TCK'nın 257/3. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kaldığı dikkate alınmaksızın, hukuki nitelendirmede hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

TCK'nın 53/5. maddesi uygulanırken, 1. fıkrada belirtilen hangi hak ve yetkilerin kötüye kullanılarak suçun işlendiğinin ve hangi hak ve yetkileri kullanmasının yasaklandığının gösterilmemesi suretiyle infazda tereddüde neden olunması,..." (5. CD, 02.07.2012 tarih, 2009/2347 esas ve 2012/7597 Karar)

"... Sanığın, Tokat Valiliği Yeşil Kart Bürosunda memur olarak görev yaptığı, Duran Sarıbuğa'nın, süresi dolan kendisine ve ailesine ait yeşil kartların vizesini yenilemek için bu büroya başvurduğu, sanığın da Duran'ın mevcut mal varlığına göre bunun mümkün olmayacağını ancak vizenin yenilenmesi için, 250 TL vermesi hâlinde yapılabileceğini söylediği, müşterinin anılan parayı aracıyla ödediği anlaşılmakla, sanığın nüfuz ve kudretini müşteki aleyhinde kullanacağını bildirmek gibi bir davranışın olmadığı için cebri irtikâp suçunun varlığının kabul edilemeyeceği, memuriyet sıfatının sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle yaptığı hileli davranışlarla çıkar sağlayan sanığın eyleminin TCK'nın 250/2 maddesine uyan ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD, 03.07.2012 tarih, 2009/5606 esas ve 2012/7703 Karar)

"... Tekirdağ Emniyet Müdürlüğü Bölge Trafik Denetleme Şube Müdürlüğünde görevli polis memuru olan sanıkların olay günü Marmara Ereğlisi-İstanbul Kara Yolu üzerinde ifa ettikleri görevleri esnasında hakkında rüşvet verme suçundan etkin pişmanlık hükümleri nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen Mahmut Ustaalioğlu'nun kullandığı aracı durdurdukları, gerçekte radar uygulaması yapılmaması ve Mahmut Ustaalioğlu'nun aracının hız sınırını aştığına dair bir tespit bulunmamasına rağmen aracı durduran sanık Ali Erdoğan'ın radara yakalandığını beyanla Mahmut Ustaalioğlu'nu ekip otosunda bulunan sanık Ümit Çekmez'in yanına götürdüğünü,

burada evrakları kontrol ederken sanık Ümit Çekmez'in de Mahmut Ustaalioğlu'na 105 km hızla radara girdiğini söylediği, görevli polis memurları olan sanıkların söylediklerine inanan Mahmut Ustaalioğlu'nun ceza yazılmamasını temin etmek amacıyla cebinden çıkardığı 10 TL parayı sanık Ümit Çekmez'e uzattığı, sanık Ümit Çekmez'in de parayı aldıktan sonra evraklarını iade ederek Mahmut Ustaalioğlu'nun gitmesine izin verdiği, Mahmut Ustaalioğlu'nun radara yakalanmaması nedeniyle sanıklarca hakkında herhangi bir cezai işlem uygulanamayacağı, bu nedenle görevleri nedeniyle kendilerine duyulan güveni kötüye kullanarak bu suçu işleyen sanıkların eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 250/2. maddesine uyan ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde rüşvet alma suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi,..." (5. CD, 04.07.2012 tarih, 2009/6014 esas ve 2012/7839 Karar)

"... Mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre sanığın suç tarihinde Yakakent İlçe Özel İdare müdürü olduğu, ilçede yol yapım çalışması yapan şirket çalışanlarının barındıkları konteynerlerle birlikte İlçe Özel İdaresine ait taşınmazı kullandıkları, sanığın, şirketin şantiye şefi olan tanık Halil Engin Erik'den İlçe Özel İdare binasının musluklarından kullanılan su bedeli olarak 650,00 TL'yi talep ettiği, bunun üzerine Halil Engin Erik'in şirket muhasebecisi olan diğer tanık Murat Vurucu'ya su parasını ödemesini söylediği, 15.09.2006 tarihinde Murat Vurucu'nun 650,00 TL'yi sanığa verdiği, sanığın da gerçek su bedeli olan 628,76 TL'yi Köylere Hizmet Götürme Birliği hesabından belediyeye ödeyerek şirket yetkililerinden aldığı 650 TL'yi kendi yararına kullandığının, böylece koruma ve gözetimi altında bulunan ve İlçe Özel İdare hesaplarına girmesi gereken parayı mal edindiğinin, su kullanan şirketin güveninin kötüye kullanılmasını aşan ve zimmet boyutuna varan fiilin oluştuğunun anlaşılması karşısında, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi,

Kabule göre de;

Hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve TCK'nın 7/2 maddesi uyarınca sanık yararına olan 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. maddesine eklenen 4. fıkra hükmü gözetilerek, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Dairemizce de benimsenen 27.09.2011 gün ve 2011/3-167 esas, 2011/194 sayılı Karar'ında da açıklandığı üzere katılan kurum sanığın mahkûmiyetiyle sonuçlanan ceza davasında kendisini vekille temsil ettirdiğinden, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinin zorunlu olduğu gözetilmemesi,..." (5. CD, 11.07.2012 tarih, 2009/7012 esas ve 2012/8209 Karar)

"... Suç tarihinde Ankara Emniyet Müdürlüğü Trafik Düzenleme ve Denetleme Büro Amirliğinde trafik polisi olarak görev yapan sanığın, müşteki Göksel Eryılmaz'ın firmasında çalışan katılanların seyir hâlinde bulunduğu araçlarını durdurarak aracın camında film takılı olması ve zorunlu sigorta poliçesinin tarihinin geçmesi nedeniyle katılanlara 'ceza yazacağını ve aracı bağlayacağını' belirtip, katılanların 'ceza yazmasını ancak aracı bağlamamasını' söylemesi üzerine de 'ne kadar paranız var' diye sorduğu ve katılanların '30 TL paralarının olduğunu' belirtmeleri üzerine bu

paranın 20 TL'sini alıp herhangi bir işlem yapmadan yola devam etmelerine izin verdiği daha sonrada katılanların bu olayı müştekiye anlatmaları üzerine, müştekinin de 155'i arayarak ihbarda bulunması şeklinde gelişen eylemde, irtikâbın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı ve sanığın yapması gereken bir işi yapmamak için yarar sağlanmak suretiyle gerçekleşen eyleminin rüşvet almak suçu kapsamında kaldığı hâlde irtikâp olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

17.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4199 sayılı Kanun'la değişik 2918 sayılı Kanun'a eklenen ek 11. madde gereğince, trafik polisi olup suç tutanağı düzenleme yetkisi bulunan sanığa hükmolunan cezanın yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,...” (5. CD, 03.07.2012 tarih, 2009/7017 esas ve 2012/7741 Karar)

“... Katılanın, suç tarihinde babasından miras kalan taşınmazların intikal işlemleri için sanığın çalıştığı Pınarbaşı Tapu Sicil Müdürlüğüne gittiği, yasal olarak ödenmesi gereken tapu harcı, eğitime katkı payı ve özel işlem vergisinden oluşan 236,70 TL'nin banka veya vergi dairesine ödenmek suretiyle buna dair makbuzun tapuya verilmesi gerektiği hâlde sanık tarafından intikal işlemleri için 350,00 TL masraf ve 20,00 TL döner sermaye payının kendisine ödenmesi gerektiği söylenmek suretiyle bu parayı katılıandan aldığı, 2004 yılı içerisinde katılanın yeniden intikal işlemi için tapuya başvurması üzerine vergi ve harçların bankaya yatırılmadığının ve söz konusu paranın sanığın uhdesinde kaldığının anlaşılması karşısında, sanığın görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla kendisine yarar sağladığı ve eyleminin ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması, ...” (5. CD, 18.12.2012 tarih, 2011/1906 esas ve 2012/13170 Karar)

“... Hayvanları için otlakiye arayan müştekinin, tanık Kamil Aksu ile birlikte köy muhtarı olan sanığın yanına giderek, köy merasında hayvan otlatmak istediğini söylemesi üzerine sanığın 10.000 TL vermesi hâlinde köy merasını kullanabileceğini belirttiği, müşteki ve sanığın pazarlık yaparak 9.000 TL'ye anlaştıkları, müştekinin kapora olarak 1.000 TL'yi sanığa verdiği, kalan parayı da hayvanları getirdiğinde vereceğini belirttiği, akabinde sanığın merayı kullanmak için ayrıca ilçe jandarma komutanlığından da izin alınması ve bu iş için 3.000 TL daha masraf edilmesi gerektiğini belirterek, bu para ile ilçe jandarma komutanının eşine iki adet bilezik alacağını geri kalanını da komutana vereceğini söylediği, müştekinin üzerinde para olmadığını daha sonra verebileceğini belirttiği, yapılan anlaşma üzerine müştekinin Van ili Çatak ilçesinde bulunan eşyalarını alıp sanığın muhtar olduğu köye gelerek çadır kurduğu, sanığın müştekinin çadırına gelerek, jandarmaya vermek üzere istediği 3.000 TL'yi vermezsen bu iş olmaz demesi üzerine müştekinin de durumu jandarmaya bildirdiği ve seri numaraları tespit edilen 3.000 TL'nin müşteki tarafından sanığa verilmesinden sonra yakalanan sanığın üzerinden söz konusu paranın ele geçirildiği, sübutu mahkemece de bu şekilde gerçekleştiği kabul edilen eylemde, mağdurun sanığın gerçekleştireceği her türlü davranışın yasalara uygun olacağı, yetki ve olanaklarını yasaya uygun olarak kullanacağı inanç ve beklentisi içinde bulunmasına rağmen, merayı kiraya verme yetkisi bulunmayan sanığın bu inanç ve güvenden yararlanarak mağduru merayı kiralaması için yetkili mercilere yönlendirmek yerine,

onun iradesini yanıltarak kiralama parasının kendisine ödenmesini temin etmek suretiyle çıkar sağladığı, bu hâliyle sanığın eyleminin ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi,..." (5. CD 14.11.2012 tarih, 2011/4717 esas 2012/11386 Karar)

"... Saruhanlı Asliye Ceza Mahkemesinde zabıtkâtibi olarak görev yapan sanığın; müşteki Turan Durgut'un oğlunun öldürülmesine ilişkin davanın görüldüğü Manisa Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılama sırasında müşteki ve tanıkların ifadelerinin alınması için Saruhanlı Asliye Ceza Mahkemesine yazılan talimat ile ilgili, kendisinin de görev aldığı ifadeler alındıktan sonra müştekiyi çağırarak, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle ve dosyanın Manisa Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesinden kaynaklanan çeşitli masrafların alınmasının gerektiğini söyleme şeklindeki hileli davranışlarla, farklı zamanlarda müştekiden toplam 1.640,00 TL'yi alarak kendisine menfaat temin etme şeklinde sübut bulan eylemlerinin 765 sayılı TCK'nın 209/2, 80. (5237 sayılı TCK'nın 250/2, 43.) maddelerinde düzenlenen zincirleme olarak ikna suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu ve menfaatin değeri ile mağdurun ekonomik durumuna göre, hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile TCK'ya eklenen 250/4. madde de gözetilip hüküm kurulması gerekirken yanılgılı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanık hakkında irtikâp suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Kanun'un 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesinin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği hâlde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD, 03.12.2012 tarih, 2011/2878 esas ve 2012/12416 Karar)

"... 2004-2005 eğitim ve öğretim yılında Hatay ili Erzin ilçesi Yeşilkent Lisesi 9-F sınıfında matematik öğretmeni olarak görev yapan sanığın, 2005 yılının Ocak ayında, 9-F sınıfında öğrenci olan mağdurdan, matematik dersinden geçmesi karşılığında 200 lira para istediği, mağdurun da bu teklifi kabul ederek, yapılan anlaşma gereğince nakit parayı sonradan vermek şartıyla öncelikle, boş bir bonoyu imzalayarak sanığa verdiği, menfaatin bu şekilde elde edilmesinden sonra da sanığın aslında sıfır not verilmesi gereken mağdura ait matematik sınav cevap kâğıtlarına geçer notlar vermek suretiyle mağdurun matematik dersinden geçmesini sağladığı anlaşılmış olup, ikna edici, hileli, tehdit veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan sanığın para isteğinin mağdur tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren sanığın eyleminin 'rüşvet alma' suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek, 'görevi kötüye kullanma' suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (5. CD, 12.06.2012 tarih, 2012/5892 esas ve 2012/6669 Karar)

"... Suç tarihinde İskilip Asliye Hukuk Mahkemesinde zabıt kâtibi olarak görev yapan, para tahsil yetkisi olmayan sanığın, TCK'nın 250/2. maddesi uyarınca, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak yaptığı hileli hareketlerle, müştekiyi temyiz masrafı ve kurum adına para tahsil yetkisi olduğuna inandırarak, sistemde arıza olması nedeniyle makbuz verilemediğini söyleyerek belgesiz olarak aldığı 288 TL'yi mal edinerek ikna suretiyle irtikâp suçunu işlediği şeklinde sübut bulan olayda; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesi ile TCK'nın 250. maddesine eklenen 4. fıkraya göre; irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak cezada yarı oranına kadar indirim yapılması mümkün hâle geldiğinden sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,..." (5. CD, 18.03.2013 tarih, 2012/5235 esas ve 2013/1975 Karar)

"...İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünde görev yapan ve hasar tespit tutanağı düzenleme yetki ve görevi bulunan sanığın suç tarihinde müştekinin şirketinin taşeron firma olarak kazı yaptığı esnada ana su borularına hasar vermeleri sebebiyle olay mahallinde ekibiyle hasarı tamir ettikleri ve tamir sırasında sanığın müştekiye on paket sigara aldırıldığı gibi olay mahallinden ayrılırken de müştekiyi telefonla arayarak 720,00 lira vermesi hâlinde hasar tespit raporu tutmayacağını söylediği, parayı verme niyeti olmayan müştekinin savcılığa ihbarı üzerine seri numaraları alınan paralarla birlikte sanığın suçüstü yakalandığı sübut bulan olayda, irtikâp suçu memurun, memuriyet sıfat veya görevini kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya başkasına haksız olarak para vermeye veya sair mefaatler temin veya vaadine icbar veya ikna etmesiyle oluşacağı ancak dosya kapsamı ve mevcut delillere göre sanığın eyleminde irtikâbın cebir veya ikna unsurunun yasanın kabul ettiği anlamda bulunmadığı, sabit fiilinin görevin gereklerine aykırı olarak yapılması gereken işi yapmamak karşılığında rüşvet almak suçunu oluşturacağı ve rüşvet anlaşmasını kabul etmeyen müştekinin sanığı yakalatmak için teklifi kabul etmiş gözüktüğü cihetle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek bu suçtan cezalandırılması yerine suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi, Kabule göre de;

Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 53/5. maddesinde belirtilen hak yoksunluğuna hükmolunmaması,

Kısa süreli olmayan hapis cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 53/3. maddesi gereğince kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri açısından 53/1-c maddesinin uygulanamayacağı ve 51/3. maddesine göre de belirlenecek denetim süresinin mahkûm olunan ceza süresinden az olamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

Hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 250. maddesinde değişiklik yapılması karşısında, aynı Kanun'un geçici 2. maddesi de dikkate alınarak mahkemesince yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,..." (5 CD, 14.02.2013 tarih, 2012/2082 esas ve 2013/1155 Karar)

"... Suç tarihinde İzmir Büyükşehir Belediyesi İtfaiye Daire Başkanlığında itfaiye eri kadrosunda çalışan aynı zamanda yangın önleme ve kontrol heyeti üyesi olan sanığın; mağdurun iş yerine kontrole gittiği, iş yerindeki başlangıç yangınlarına karşı alınan önlemlerin yeterli olmasına rağmen, mağdura bir kısım bölmelerin ahşap olduğunu, sac ve benzeri yanmaz malzemeler ile kaplanması gerektiğini belirtip düzenleyeceği raporu kastederek 'Bu rapora üç kişi imza atacağız, bunu aramızda halledelim, sen bize 300 TL ver.' dediği, mağdurun bu meblağı çok bulması üzerine sanığa 220 TL verdiği ve aynı gün raporun, iş yerinin başlangıç yangınlarına karşı tedbirlerin yeterli olduğu şeklinde verildiğinin daha sonra Cumhuriyet Başsavcılığınca yaptırılan incelemeye göre raporun bu şekilde düzenlenmesinde usulsüzlük bulunmadığının anlaşılması karşısında; yapılması gereken bir iş için para alınması olayında; ikna edici, hileli, tehdit veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan sanığın para isteğinin mağdur tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren sanığın eyleminin 29.12.2008 olan suç tarihi itibarıyla 'görevi kötüye kullanma' olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek, 'ikna suretiyle irtikâp' suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." (5. CD, 24.01.2013 tarih, 2012/613 esas ve 2013/761 Karar)

"... Müşteki beyanları, tanık anlatımları, olay nedeniyle düzenlenen tutanaklar ve tüm dosya kapsamına göre sanığın şef olarak görev yaptığı Karatepe Orman İşletme Şefliğince sorumluluk bölgelerinde bulunan Çiftkiran Köyü sınırları içinde ormandan kesim ve nakliye işinin verildiği, köy muhtarı olan tanık Faik Karasu'nun kesim işini yaptırmak üzere müşterikilerle anlaştığı, bölgede yapılacak kesim ve istifleme işinin usulüne uygun yapılıp yapılmadığını denetlemekle görevli olup düzenleyeceği raporlara göre istihkak ödemeleri yapılacak olan sanığın müşterikilerden alacakları istihkakların %10'unu kendisine vermelerini isteyerek aksi takdirde 'iş bırakmaları, bir daha kendilerine iş vermeyeceği' şeklinde sözler söylediği, müşterikilerin sanığa istediği parayı verecekleri yönünde bir vaatte bulunmadan ilçe jandarma komutanlığına müracaatta bulunarak şikâyetçi oldukları, suçun tespiti ve failin yakalanması için seri numaraları tespit edilen 400 TL'nin müşterikiler tarafından 11.07.2003 günü Orman İşletme Şefliğindeki odasında sanığa verildiği ve takiben tertibat alan kolluk görevlileri tarafından yakalandığı, paranın sanığa ait yeleğin cebinde bulunduğu anlaşılma ile müşterikilerin sanığa herhangi bir vaatte bulunmaksızın ilgili kolluk birimine derhâl müracaatla şikâyetçi olmalarına ve baskıdan kolayca kurtulma imkânları bulunmasına göre olayda icbar boyutuna ulaşmış bir zorlamadan söz edilemeyeceğinden irtikâp suçunun cebir veya ikna unsurlarının yasa, öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sabit olan eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 212/1, 61. maddelerinde yer alan rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturacağı, lehe kanun değerlendirmesinin de buna göre yapılması gerektiği gözetilmeden dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle yazılı şekilde cebrî irtikâba teşebbüs suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi,..." (5. CD, 13.02.2013 tarih, 2012/2883 esas

ve 2013/1141 Karar)

"... Saniğin Hisarcık İlçe Jandarma Komutanlığında idari işler astsubayı olarak görevli olduğu, katılanın Sarıgöl'de çalınan traktörünün izini takip ederek Hisarcık'a geldiği ve saniğa müracaat ettiği, araştırma yapılacağını söyleyerek katılanı gönderdikten birkaç gün sonra telefonla arayarak, arama faaliyetinde kullanılmak üzere 150 TL para istediği, Ziraat Bankası Hisarcık Şubesinde görev yapan Süleyman Demirel adına havale edilen parayı alması şeklinde gelişen olayda saniğin, katılıandan parayı traktörü aramada yardımcı olacak kişilere vermek üzere istediği, katılanın, kolluğun adli görevini ifa ederken herhangi bir bedel talep edilmeyeceğini bilmesi gerektiği ve parayı üçüncü kişiler için vermesi de gözetildiğinde, olayda ikna suretiyle irtikâp suçu unsurlarının oluşmadığı; eylemin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği hâlde yazılı şekilde karar verilmesi,..." (5. CD, 05.02.2013 tarih, 2012/2007 esas ve 2013/851 Karar)

"... Rüşvet suçu 5237 sayılı TCK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 252. maddesine göre; bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşur. Ayrıca bu suçta her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekir. Taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu tamamlanır. İkna suretiyle irtikâp suçu ise kamu görevlisinin görevine giren bir hususta görev ve sıfatını kötüye kullanması sonucu kandırıldığı için sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilemeyecek olan mağduru yasa dışı çıkar sağlamaya ikna etmesi ile oluşur. Bu açıklamalar karşısında; suç tarihinde İlgaç Adliyesi Mahkemelerinde zabıt kâtabi olarak görev yapan saniğin, Ahmet Saraç'tan 1.232 TL adli para cezası alıp Yargıtay Başsavcılığınca 5326 sayılı Yasa yönünden yeniden değerlendirme yapılmak üzere dönen dosyasını arşive kaldırma veya yok etme karşılığında 785 TL istemesi ve bunun Ahmet tarafından kabul edilmesi biçiminde gerçekleşen olayda ikna edici, hileli veya icbar içerikli söz veya eylemi olmayan saniğin para isteğinin Ahmet Saraç tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren eylemin 'rüşvet alma' suçu olarak kabul edilmesi gerektiği; Ahmet Saraç'ın eyleminin ise rüşvet verme suçunu oluşturabileceği nazara alındığında hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması, dava açılması hâlinde mevcut dava ile birleştirilmesinden sonra her iki saniğin hukuki durumunun birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

İrtikâp suçunu 5237 sayılı Yasa'nın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işleyen sanık hakkında 53/5. maddesi uyarınca 'açık ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde' cezanın infazından sonra işlemek üzere bu maddede belirtilen hak ve yetkiyi kullanmaktan yasaklanmasına karar verilmesi gerekirken infazda tereddüt doğuracak biçimde 'TCK 53/5 madde uyarınca takdiren 1 yıl 3 ay süreyle atamaya tabi memuriyet hizmetlerinde istihdam edilmesinin yasaklanmasına' şeklinde hüküm kurulması,

Hükümden sonra 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile TCK'nın 250. maddesinde yapılan değişiklik ve eklenen 4. fıkra karşısında irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu,..." (5. CD, 02.05.2013 tarih, 2012/7223 esas ve 2013/4388 Karar)

Hataen İrtikâp Suçu İçtihatları

"... Sanığın, Burdur Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünde ölçü ve ayar memuru olarak görevli olduğu, suç tarihinde katılanlara ait akaryakıt istasyonunda yakıt tankının ölçü ve ayarını yaptığı, bu işin bedelini soran katılanlardan işlem bedeli olarak 200 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir davranışı olmadan katılanların hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde gelişen olayda eylemin TCK'nın 250/3. maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikâp suçuna uyduğu gözetilmeden ikna suretiyle irtikâp suçundan hüküm kurulması,

Hükümden sonra 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 86. maddesi ile eklenen 5237 sayılı TCK'nın 250/4. maddesi de gözetilerek sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi lüzumu, ..." (5. CD, 09.10.2012 tarih, 2010/2419 esas ve 2012/10002 Karar)

"... Sanığın, Ferizli 1. no.lu Sağlık Ocağında çevre sağlık teknisyeni olarak görevli olduğu, suç tarihinde mağdura portör kâğıdı düzenlediği, bu işin bedelini soran mağdurdan işlem bedeli olarak 30 TL aldığı, böylece kendinin aktif bir söz ve davranışı olmadan para ödemek isteyen mağdurun hatasından faydalanarak parayı alması şeklinde geliştiği anlaşılan eylemin TCK'nın 250/3. maddesinde yer alan hatadan yararlanarak irtikâp suçuna uyduğu ve hükümden sonra TCK'ya eklenen 250/4. maddesi de nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi,

Kabule göre de;

Kaydensabıkasız olup, savunması talimatla alınan ve mahkemece görülmeyen sanık hakkında somut gerekçeler gösterilmeden kanundaki soyut ifadeler tekrar edilerek temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini ile TCK'nın 51 ve CMK'nın 231. maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 23.05.2013 tarih, 2012/8027 esas ve 2013/5644 Karar)

"... Ancak;

PTT Tarsus Otogar Şube Müdürlüğünde memur olarak görev yapan sanığın; 19.10.2009 tarihinde kuruma gelerek 2 ayrı kişiye toplam 3.500,00 TL'lik havale işlemi yapmak üzere gerekli belgeleri dolduran Yusuf Çolak'ın havale edeceği 3.500,00 TL yerine hata sonucu 11.500,00 TL olarak verdiği paranın 8.000,00 TL'sini bu kişiye iade etmeksizin alıkoyduğu, mesai bitiminden sonra fazla para yatırdığını fark eden Yusuf Çolak'ın kurum yetkilileri ile irtibata geçmesinden sonra kurum şefi tarafından çağrılan sanığın, 7.800,00 TL paranın aynı yerde bulunmasını sağladığı şeklinde

gerçekleştiği anlaşılan olayda;

Saniğin aktif hiçbir söz ve davranışı olmadan, yanlışlıkla fazla para yatıran kişinin bu hatasından yararlanarak, kendisine yarar sağladığı ve bu şekilde TCK'nın 250/3. maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunu işlediği gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen yanlışlıklar değerlendirme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması,..." (5. CD, 13.05.2013 tarih, 2012/7234 esas ve 2013/4924 Karar)

"... Antalya Defterdarlığı Sağlık Kurumları 1 no'lu Döner Sermaye kurumunda veznedar olarak çalışırken, 27.04.2004 tarihinde Antalya Havalimanında vize satış pulu ve yurt dışına çıkış harcı tahsil işlemlerini yapmak üzere geçici olarak görevlendirilen saniğin sadece dolar pulu satmakla yükümlü olduğu, hiçbir söz ve davranışı olmadan vezneye gelen Avusturya vatandaşlarının kendiliğinden uzattığı 15 euro'yu almasına rağmen karşılığında 13 dolarlık vize pulu satması suretiyle aradaki farkı mal edinme şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, 765 sayılı TCK'nın 209/3. maddesi uyarınca zincirleme hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğu, bu suçun da yasa maddesinde öngörülen cezasının tür ve tutarına nazaran 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde belirlenen 7 yıl 6 aylık asli ve ilave zaman aşımına tabi olduğu, 28.07.2004 olan son suç tarihi ile inceleme günü arasında bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ile 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gözetilmek suretiyle hükmün CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden sanık hakkında açılan kamu davasının aynı Yasa'nın 322 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca zaman aşımı sebebiyle DÜŞMESİNE,..." (5. CD, 04.02.2013 tarih, 2012/498 esas ve 2013/818 Karar)

Görevi Kötüye Kullanma Suçu İçtihatları

"... Saniğin aşamalarda özetle; 'görevi ihmal kastı bulunmadığını, icra memurunun hacze gittiği bir ortamda, bu memura ve şikâyetçi avukata haczi yaptırmamak amacıyla direnmenin söz konusu olduğunu, kişilerle ilgili işlem yapıp dava açtığını, avukatlarla ilgili fezlekeyi de düzenleyip Adalet Bakanlığından izin istediğini, ancak iş yoğunluğu nedeniyle şikâyetçi olarak katılan avukatın isminin iddianameye yazılmadığını, esasen böyle olsaydı da eylemin yine tek suç oluşturacağını, daha sonra şikâyet gelince bunu düzeltme yoluna gittiğini' savunduğu, anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCY'nin 'Görevi Kötüye Kullanma' başlıklı 257. maddesinin 2. fıkrası; suç tarihi itibarıyla 'Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan veya kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.' şeklinde düzenlenmiş iken, maddede 08.12.2010 gün ve 6086 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak 'kazanç' ibaresi 'menfaat'; 'altı aydan iki yıla kadar' ibaresi 'üç aydan bir yıla kadar' biçiminde değiştirilmiştir.

Türk Dil Kurumunun 'Türkçe Sözlük'üne göre ihmal; 'yapmama', 'savsama' anlamına gelmektedir.

Gecikme ise 'işin, yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapılması'dır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kamu görevlisinin, yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi yahut geciktirmesi suç sayılmıştır. Bu suç kasten işlenebilen suçlardan olup, oluşması için kamu görevlisinin görevini bilerek ve isteyerek ihmal etmesi veya geciktirmesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Suç tarihinde Şişli Cumhuriyet savcısı olan ve 5237 sayılı TCY'nın 6/1-c maddesinde tanımlanan kamu görevlisi olduğunda duraksama bulunmayan sanığın, katılanın 05.04.2005 tarihli şikâyetini işleme alarak, 06.04.2005 tarihinde hazırlığın 2005/16307 sırasına kaydettiği, aynı olayın bir diğer şikâyetçisi olan icra memuru Yalçın Karakaya'nın başvurusu üzerine de her iki dilekçede ismi geçen kişiler hakkında 08.04.2005 tarihinde kamu davası açtığı, karşılıklı şikâyetleri nedeniyle de katılan Av. Mustafa Şinikçi ve katılanın şikâyet ettiği Av. Uğur Uruşak hakkında tefrik edip 2005/20407 no.lu dosya ile birleştirdiği evrakı da 19.06.2007 tarihinde düzenlediği fezleke ile soruşturma izni verilmesi için, Adalet Bakanlığına gönderdiği, ancak katılanın dilekçesinde ismi geçen diğer şüpheliler hakkında ayırma kararı vermediği saptanmıştır.

Katılanın, başvurusunun işlemsiz bırakıldığı yönündeki şikâyeti üzerine, sanık tarafından; şikâyetçisinin katılan, şüphelilerinin de Muhammed Ahmed Hashem, Dilek Hashem, Yunus Veysel Dilbaz, Murat Özkan ve Didem Saçlı olduğu iddianame ile 16.03.2010 tarihinde kamu görevlisine direnme ve hakaret suçlarından kamu davası açılarak, yaklaşık 5 yıl sonra işlem yerine getirilmiştir.

Sanığın, iş bölümü gereği kendisine düşen soruşturma evrakının akıbetini takip etmek, gereğini yapmak, olanaklı olan en kısa sürede sonuçlandırmak ve bu işlemler sırasında kalem personelini denetlemekle görevli ve yükümlü olduğundan kuşku bulunmamaktadır. Ancak, sanığın gecikmeli dava açması şeklindeki yasaya aykırı bu davranışın, cezai sorumluluğu gerektirip gerektirmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda aşamalarına değinilen olayda, katılanın dilekçesinde ismi geçen kişilerin, haciz işlemi sırasında katılan ve icra memuruna direnip, hakaret ettiği, sanığın da olayın mağduru olan katılan ve görevli memurun başvurularını zamanında işleme aldığı, adı geçen avukat hakkında fezleke düzenlediği, aynı konuda şikâyetçisinin icra memuru Yalçın Karakaya'nın olduğu soruşturma dosyasında diğer şüpheliler hakkında dava açtığı, ancak iddianamede katılanın ismine yer vermediği, durumun anlaşılması üzerine de gecikmeli olarak katılanın şikâyetine dayalı olarak dava açtığı, zaman aşımının söz konusu olmadığı görülmüş olup, bu durumda, sanığın aynı olayda yürütmekte olduğu birden fazla dosyanın değişik aşamalardan geçmesi, tefrik kararlarının verilmesi, karşılıklı şikâyetler nedeniyle farklı mercilerden evrakın intikal edilerek birleştirilmesi, iş bölümü ve iş cetvelleri uyarınca sanığın nitelik ve nicelik yönünden yoğun iş yükü altında bulunması gibi hususlar gözetildiğinde, evrakın, katılanın şikâyetiyle ilgili kısmını iddianameye dâhil etmeyerek, sonradan gecikmeli olarak iddianame düzenlemesi biçiminde gelişen eyleminde, disiplin hukuku alanında değerlendirilmesine bir engel olmamakla birlikte görevi ihmal suçunun manevi unsuru oluşmamıştır. Sanığın katılanın şikâyeti ile ilgili eksik bıraktığı işlemi fark

etmesi üzerine derhâl kamu davası açmış olması da ihmal kastıyla hareket etmediğini göstermektedir.

Bu itibarla, olayda soruşturma evrakının işlemsiz bırakılmasında görevi savsama kastı bulunmadığından, katılanın temyiz itirazının reddiyle, Özel Dairenin beraat hükmünün onanmasına karar verilmelidir, ...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.07.2012 tarih, 2011/4. MD-450 esas, 2012/256 Karar)

“... Zafer Mahallesi muhtarı olan sanığın olay tarihinde yürürlükte olan 1587 sayılı Nüfus Kanunu’nun 58. maddesi gereğince nüfus cüzdanı talep belgesi düzenleme görevinin olduğu ancak Kadirli ilçesi, Karakütük nüfusuna kayıtlı olup mahallesinde ikamet kaydı olmayan Hüseyin İspir isimli şahsa, gerekli özen ve itinayı göstermeden ve nakil ilmühaberini sormadan nüfus cüzdanı talep belgesini imzalayarak vermesi eyleminde, üzerine atılı suçun olduğu gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi,...” (Yargıtay 4. CD, 16.11.2011 tarih, 2011/4210 esas ve 2011/21530 Karar)

“... Ancak;

Karakol bekçisi olarak görev yapan sanığın, hakkında zorla getirme kararı bulunan şahsın adresine gitmeden yokluk belgesi düzenleyerek mahkemeye vermek suretiyle görevini kötüye kullanması eylemine ilişkin, mahkeme tarafından kovuşturma evresinde ilgili muhtarlığa sorulması üzerine verilen 16.11.2006 tarihli cevabi yazıda şahsın hâlen aynı adreste ikamet ettiğinin bildirilmesi karşısında, Ümraniye ilçesi Esenşehir Mahallesi muhtarı Kadir Delibalta ve hakkında zorla getirme kararı verilen Mahmut Özerdoğan’ın tanık olarak dinlenip sonucuna göre, sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde beraat kararı verilmesi,...” (Yargıtay 4. CD, 14.11.2011 tarih, 2009/17278 esas ve 2011/21064 Karar)

“... Suç tarihinde Hatay Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan sanığın katılandan icra takibine koymak için almış olduğu karşılıksız çıkan çek hakkında altı aylık şikâyet süresinden sonra Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetle bulunduğu, 22.01.2006 tarihinde başlattığı icra takip dosyasında 23.07.2007 tarihinden sonra alacağın tahsiline yönelik işlem yapmadığı, icra takibi sürerken alacaklı katılan ve borçlunun aynı anda vekilliğini üstlenmek suretiyle katılanı zarara uğrattığı iddiasıyla görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı verilmiş ise de Avukatlık Kanunu’nun 38/1-b maddesi gereğince aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık edilmiş veya mütalaa verilmiş olması hâlinde, işin reddinin zorunlu olduğunun düzenlendiği, sanığın borçludan aldığı vekâleti icra dosyasında kullanıp kullanmadığının araştırılıp karar yerinde tartışılması, kullanmış ise eylemin bütün hâlinde zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, kullanmamış ise sadece vekil tayin edilmenin tek başına suç oluşturmayaacağı, sanığın diğer eylemlerinin de zincirleme biçimde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken söz konusu maddenin 1. fıkrasında yedi bent hâlinde sayılan hususlarla aynı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasındaki 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur' şeklindeki yasal düzenlemeler ile dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek şekilde ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle ilgili Kanun maddesindeki cezanın alt ve üst sınırları arasında takdir hakkının kullanılması zorunluluğuna uyulmayarak, sanığın eylemine karşılık hak, orantılılık kuralları ve hükümden önce 19.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile TCK'nın 257/1-2. madde-fıkralarında yer alan 'kazanç' sözcüğünün 'menfaat' olarak değiştirilmesi ve bu fıkralarda öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarının indirilmiş olduğu da gözetilmeden temel cezanın asgari hadden uzaklaşarak belirlenmesi,..." (Yargıtay 5. CD, 14.03.2013 tarih, 2012/5218 esas ve 2013/1885 Karar)

"... 1512 sayılı Noterlik Yasası'nın 160. maddesinde 'Noterlik dairesinde çalışan kâtiplerin ve kâtip adaylarının görevlerinden dolayı işledikleri suçlara iştiraki bulunmayan hâllerde noter, bu kimseler üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirmedeği sabit olduğu takdirde, Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılır.' hükmü yer almaktadır.

Adalet Bakanlığının şüpheli hakkında verdiği kovuşturma izni kararı ve 28.08.2009 tarihli iddianamede, şüpheli noterin, imzaya yetkili başkâtibi üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmedeği ileri sürülmektedir. Suç tarihinde, Ankara 43. Noterliğinde başkâtip olarak görevli Asef Zorer hakkında Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinde tedavi gördükleri ileri sürülen hastaların tedavide kullanılan tıbbi malzeme ve gereçlerin bedelinin alınması hususunda şirket yetkilisi Abdurrahman Altındağ'ı yetkili kıldıklarına ilişkin 50 adet sahte vekâletnameyi hastaneye gitmeden ve hasta olduğu belirtilen kişiler ile nüfus cüzdanlarının asıllarını da görmeden noterlik dairesinde nüfus cüzdanı fotokopilerine dayanarak düzenlediği iddiasıyla ağır ceza mahkemesine kamu davası açıldığı görülmektedir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 26.07.2007 tarihli iddianamesi, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 2007/211 esas sayılı dosyası, başkâtip tarafından düzenlenen vekâletnameler, 07.04.2008 tarihli bilirkişi kurulu raporu ve şüphelinin suç tarihi itibarıyla Ankara 43. Noteri olarak görevli olduğuna ilişkin 23.07.2008 tarihli savcılık yazısının, CYY'nin 170/2 maddesi uyarınca son soruşturmanın açılması kararı verilebilmesi (iddianame düzenlenebilmesi) için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu anlaşılmaktadır. Şüpheli noterin eyleminin, ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının, leh ve aleyhine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerektiği açıktır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenlediği tebliğnamedeki düşünce, belirtilen nedenlerle yerinde görüldüğünden, ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçundan şüpheli Barış Yiğit hakkında Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilip kesinleşen 14.10.2009 gün ve 2009/269-241 sayılı son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, 5271 sayılı CYY'nin 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA,..." (Yargıtay 4. CD, 30.03.2011 tarih, 2010/15028 esas ve

2011/4207 Karar)

"... 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 62. maddesinde 'Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut Baroların Organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.' hükümleri yer almaktadır.

İncelenen dosyada, İzmir 4. Sulh Ceza Mahkemesinin, 2007/657 esas sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü yargılamada, 18 yaşından küçük mağdur Sevinç Demir'e CYY'nin 234/2 maddesi gereğince bir vekil görevlendirilmesi isteğini İzmir Barosu Başkanlığına 04.04.2007, 03.07.2007, 18.10.2007 tarihli yazılarla ilettiği, isteğin yerine getirilmemesi üzerine mahkemece 06.02.2008 tarihli oturumda suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği ve yaşı küçük mağdur için vekil görevlendirme işleminin, 14.02.2008 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin vekil görevlendirilmesi isteğine ilişkin yazıları, İzmir Barosu Başkanlığının İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği 07.10.2008 ve 14.07.2009 tarihli yanıt yazıları ile duruşma tutanaklarının, şüpheli avukatlar açısından 5271 sayılı CYY'nin 170/2 maddesi uyarınca son soruşturmanın açılması kararı verilebilmesi (iddianame düzenlenebilmesi) için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu açıktır. İzmir Barosu Başkanlığı yönetim kurulu üyesi olup suç tarihi itibarıyla müdafî ve vekil görevlendirmesi işlerinden sorumlu şüpheli avukatlar Atilla Ertekin ve Mehmet Kozan'ın eylemlerinin, ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının, leh ve aleyhlerine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğunda kuşku yoktur, ..." (Yargıtay 4. CD, 23.06.2011 tarih, 2011/7272 esas ve 2011/8933 Karar)

"... Şüphelinin, Çeşme Asliye Ceza Mahkemesinin 2001/74 esas sayılı dosyasında dolandırıcılık suçu sanığı Süleyman Ünlü'ye baro tarafından müdafî olarak görevlendirildikten sonra, mahkemece verilen ve tebliğ edilen 16.06.2008 tarihli ve 259 sayılı mahkûmiyet kararını temyiz etmemesi nedeniyle ihmalî davranışla görevini kötüye kullandığı ileri sürülmekteyse de dosyadaki bilgi ve belgelerden müdafî atama işleminden sanığın haberdar olmaması nedeniyle hükmün kesinleşmemiş olduğunun ve ayrıca hüküm tarihi itibarıyla dosyanın zaman aşımına uğramış bulunduğu gerekçeleriyle TCY'nin 257/2.maddesinde yazılı bulunan kişinin mağduriyetine veya kamu zararına neden olma veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin oluşmaması nedeniyle son soruşturmanın açılmasına yer bulunmadığına ilişkin olarak Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesince verilen kararın hukuka ve Yasa'ya uygun görülmesi nedeniyle, CYY'nin 309. maddesi koşullarını taşımayan Yasa yararına bozma isteğinin REDDİNE,..." (Yargıtay 4. CD, 26.01.2011 tarih, 2010/22686 esas ve 2011/401 Karar)

"... 4708 sayılı Yasa'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 'Ceza Hükümleri'

başlığını taşıyan 9/1. maddesinde; 'Bu kanun hükümlerinin uygulanması sırasında görevini ihmal eden veya kötüye kullanan yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi ile laboratuvar görevlileri 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3'üncü bab, 4'üncü faslındaki görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma ile ilgili hükümlere göre cezalandırılır.' denilmektedir. Aynı maddede 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Yasa'nın 496. maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda 1. fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: 'Bu kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmalî davranışla görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.' Böylece anılan 9/1. madde ile 4708 sayılı Yasa ile getirilen yükümlülüklerle aykırılıkların cezalandırılması öngörülmüştür.

4708 sayılı Yasa'nın 9/1. maddesinde cezalandırılan eylemin dayanağı, aynı Yasa'nın 3/2. maddesinde belirtilen yükümlülüklerdir. 4708 sayılı Yasa'nın 3/2. maddesinde ise 'Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır.' hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, sözü edilen 3/2. maddede yapı müteahhidine de binayı ruhsat ve projeye uygun olarak yapma yükümlülüğü getirilmiş ve bu yükümlülüğe aykırılık 9/1. madde ile cezalandırılmış ise de 3/2. maddedeki yükümlülüklerle aykırılık nedeniyle aynı maddede sayılan kişilerin sorumlu tutulabilmeleri ve dolayısıyla cezalandırılabilmesi için, yapıda hasar meydana gelmesi koşulu aranmıştır. Açıklanan gerekçeler karşısında, müteahhitlik işini üstlenen sanık Fehmi Çoruhlu'nun eyleminin 4708 sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri çerçevesinde tartışılıp incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,..." (Yargıtay 4. CD, 30.05.2011 tarih, 2011/5529 esas ve 2011/7267 Karar)

"... Yakınan tarafından 155 polis imdat telefonuna yapılan hırsızlık ihbarının polis merkezince sanığın görev yaptığı Fatih Asayiş Bürosuna telsiz anonsu ile bildirilmesine karşın, sanık tarafından ilgili polis ekibine zamanında iletmeyerek, ekibin olay yerine 1,5 saat geç gitmesine neden olduğu ve böylece sanığın görevinin gereklerini yapmada savsamada bulunduğu kabul edilmiş ise de hükümden önce yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin 7/2. maddesi uyarınca, aynı Yasa'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için ayrıca anılan maddede sayılan, 'kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma yahut kişilere haksız bir kazanç sağlama' öğelerinin gerçekleşmesinin zorunlu bulunması karşısında, somut olayda sanığın görevini savsamasının sözü edilen yasal sonuçlara yol açıp açmadığı araştırılarak, bu sonuçlardan herhangi birinin olayda gerçekleşmediği kanısına varılması durumunda beraat kararı verilmesi, suçun oluştuğunun anlaşılması durumunda ise 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. maddesi uyarınca önceki ve sonraki yasaların ilgili bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması suretiyle lehe değerlendirme yapılması gerekirken, bu yönde hiçbir değerlendirme yapılmaksızın 765 sayılı Yasa'nın 230/1. maddesi ile hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir, ..."

(Yargıtay 4. CD, 19.09.2007 tarih, 2007/3506-6975 esas ve Karar)

"... Soruşturma yapmakla görevli sanığın görevlerine geç gelen üç polis memuru hakkında yasal süre içinde soruşturmayı sonuçlandırmayarak zaman aşımına uğratma eyleminin, TCY'nin 230. maddesine uyduğu gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçe ile beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 12.07.2007 tarih, 2007/5142 esas ve 2007/6688 Karar)

"... Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığındaki ders kitaplarının incelenme usul ve esaslarını düzenleyen Talim ve Terbiye Kurulu, Eğitim Araştırmaları Merkezi ve Ders Kitapları Yönetmelikleri ile Millî Eğitim Araçları İnceleme Yönergesi hükümleri uyarınca inceleme komisyonlarındaki çalışmaların verimli ve düzenli bir biçimde ve gizlilik içerisinde yürütülerek onayda belirtilen sürede sonuçlandırılması konusunda sorumlulukları bulunan;

a) Ders kitaplarını inceleme komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıklar Birsan T., Samettin B. ve Tuğrul D.'nin katılanın yazmış olduğu 'Genel Türk Tarihi' taslak kitabının 3. incelemesini yaptıkları sırada eseri onayda belirtilen 30 gün yerine 78 günde -reddetmek suretiyle teslim etme, eserin ve inceleme fiş ve raporlarının korunmasında gerekli önlemleri almama, aynı zamanda T. Yayınevine ait 'Tarih I' taslak kitabının 3. incelemesini yapma,

b) Eğitim Araştırmaları Merkezi müdür yardımcısı olan sanık Ünal Ö.'nin komisyonda bulunan katılana ait kitabın süresinde teslim edilmesini takip etme, aynı zamanda 'Tarih I' kitabını komisyonda bulundurma,

Bu suretle 'Genel Türk Tarihi' kitabının 3 ve 5. bölümlerindeki birçok metnin inceleme raporları da esas alınarak aynen 'Tarih I' kitabına aktarılmasına ve böylece katılanın mağduriyetine yol açma eylemlerinin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosyada mevcut kanıtlarla uygun düşmeyen yetersiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 04.07.2007 tarih, 2007/1935 esas ve 2007/6349 Karar)

"... Eminönü Belediye Başkanlığında görevli olan sanıkların İlçe Emniyet Müdürlüğü tarafından, içkili lokanta izni için yapılan başvuru nedeniyle işletmenin sınıf ve niteliği, binanın fenni ve sıhhi bakımdan inceleme sonuçlarının gönderilmesi için yazılan 11.03.2002 tarihli yazı 3 defa tekit edilmesine rağmen, yazıların takip ve gereğini yapmayıp cevap da yazmamak suretiyle görevlerini savsadıklarının anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörüldüğü üzere kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olup olmadıkları yahut kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadıklarının araştırılıp tartışılması ve sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçelerle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 25.06.2007 tarih, 2007/1164 esas ve 2007/5975 Karar)

"... Saniğin aşamalarda, 22.10.2001 tarihli ilk muayenesinde katılana biyopsi gerektiğini söylediğini, ancak katılan ve eşinin yeşil kart almak için süre istemeleri üzerine bir hafta sonra gelmelerini söylediğini, buna rağmen katılanın bir hafta sonra gelmeyip, yaklaşık üç ay sonra ikinci muayeneye geldiğini ve bu muayenede USG ve mamografi isteğini savunması ve katılan Kamil Ç. de aşamalardaki ifadesinde saniğin ilk muayene sonunda, 'Bir hafta sonra gel, parça alma ihtimalimiz olabilir.' dediğini açıklaması ve Yüksek Sağlık Şurası'nın 4-5 Mart 2004 tarihli ve 10865 sayılı Karar'ındaki, 'saniğin biyopsi kararının verilmesinde gecikmesi bulunduğu, ancak bu gecikmenin hastalığın yayılmasına sebep olmadığına' ilişkin gerekçe içermeyen görüşünün yetersiz bulunması karşısında, dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, saniğin biyopsi alınması kararını vermede tıbbi yönden bir gecikmesi olup olmadığının ve gecikme olduğu sonucuna ulaşırsa, bu gecikmenin hastalığın yayılmasına veya ilerlemesine sebep olup olmadığı veya bu gecikme dolayısıyla hastanın tedavisinin gecikmesinin ve dolayısıyla mağduriyetinin oluşup oluşmadığı konularında rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile 765 sayılı TCY'nin 230/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 4. CD, 20.06.2007 tarih, 2007/4147 esas ve 2007/5901 Karar)

"... Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı Muhabere Bürosunda zabıt kâtibi olarak görevli saniğin, soruşturma dosyasını teslim alıp 5 ay süreyle kaybolmasına ve işlem yapılmamasına neden olduktan sonra, soruşturma dosyasının yakınarı tarafından sorulması sonucu aranarak bulunması ve kovuşturmasızlık kararı ile sonuçlandırılması karşısında; saniğin suça konu eylemi ile 5237 Sayılı TCK'nın 257. maddesinde öngörüldüğü üzere kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız bir kazanç sağlama öğelerinin nasıl gerçekleştiği tartışılarak açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 19.06.2007 tarih, 2007/2848 esas ve 2007/5818 Karar)

"... 5237 sayılı TCK'nın 154/2. maddesinde; köy tüzel kişiliğine ait olup köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunan mera, harman yeri, yol ve sulak gibi taşınmaz malların kısmen veya tamamen zapt edilmesi, bunlar üzerinde tasarrufla bulunulmasının suç olarak düzenlendiği, köy muhtarı olan saniğin, köylünün ortak kullanım alanı olan yerlere tecavüzlerin önlenmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunmamasından ibaret eyleminin, aynı Yasa'nın 279. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturacağı gözetilmeden yetersiz gerekçelerle beraat kararı verilmesi, ..." (Yargıtay 4. CD, 21.11.2011, 2009/21017, 2011/21674)

"... Tarım Kredi Kooperatifinde görevli olan sanıkların, Kooperatif üyesi Alaattin Kazan'a herhangi bir senet ve belge imzalatmadan 40 torba şeker teslim etme eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY 202 ve sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY 247/1 maddesinde düzenlenen 'görev nedeniyle zilyetliğinde bulunan taşınır değeri başkasının zimmetine geçirme' suçunu

oluşturabileceği, kanıtları değerlendirmenin oluşmuş ise suçu nitelendirmenin ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, görevsiz mahkemede yargılamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması, ...” (Yargıtay 4. CD, 15.11.2011 tarih, 6382/21254 Esas-Karar)

“... Saniğin, İstanbul 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde görülen davada iki kişi ile birlikte bilirkişi olarak atandığı, usulüne uygun birden fazla tebligat yapılmasına karşın, yeminini etmek ve dosyayı incelemek üzere mahkeme kalemine gelmediği, diğer bilirkişiler ile görüş alışverişinde bulunarak raporunu sunmadığı, yaklaşık bir yıl sonra mahkeme kaleminden kendisine telefonla ulaşıp durum bildirildiğinde mahkeme kalemine gelerek diğer bilirkişilerin verdiği raporu imzaladığı ve ücretini aldığı anlaşıldığından, mahkeme kalem personelinin usulünce tanık olarak dinlenerek, saniğin dosyayı gerektiği biçimde inceleyip incelemeyeceği, diğer bilirkişilerce hazırlanan raporu imzalarken kendi uzmanlık alanına göre özel ve teknik bilgisini kullanarak istenilen hususları değerlendirecek derecede dosyaya vakıf olacak kadar süre ayırıp ayırmadığı saptanarak, sonucuna göre saniğin eyleminin TCY’nin 257/1. maddesinde öngörülen suçun unsurlarını oluşturup oluşturmadığı yöntemince tartışılıp irdelenmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi, ...” (4. CD, 14.11.2011, 2009/17463, 2011/20980)

“... Savunmada öne sürüldüğü gibi Mezitli Belediyesinin, Mersin Büyükşehir Belediyesine dâhil edilip edilmediğinin, Hâl Müdürlüğünün, Mezitli Belediyesinde kalıp kalmadığının dolayısıyla yürütmeyi durdurma kararının kadrosuzluk nedeni ile mi uygulanamadığının tespiti gerekirken eksik inceleme ve CMY’nin 63. maddesine aykırı olarak hâkimin hukuki bilgisiyle çözebileceği bir konuda bilirkişi raporu aldirılıp bu rapora dayanarak beraat kararı verilmesi, ...” (4. CD, 02.11.2011, 2009/16637, 2011/20107)

“... 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 34. maddesi ile avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unsurunun gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlü kılınmışlardır.

Avukat olan saniğin, katılan Suna Karaman’ın vekili sıfatıyla takip ettiği Ankara 2. Aile Mahkemesinin 2003/695 esas sayısına kayden görülen boşanma davası sonunda müvekkili lehine hükmedilen nafakanın artırılması için dava açmak üzere yakının ile anlaşarak, masraflar karşılığında posta havalesi ile 22.09.2005 tarihinde gönderilen 100 TL ile avukatlık ücreti olarak 26.09.2005 ve 17.12.2005 tarihlerinde gönderilen toplam 200 TL aldığı hâlde, azledildiği 28.12.2005 tarihine kadar davayı açmadığı, dosyada mevcut PTT havalesi belgelerinden paranın yeni bir dava niteliğinde olan nafaka artırımı davası için gönderildiğinin anlaşıldığı, bu suretle kaılanın mağduriyetine neden olmak biçimindeki eylemin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle saniğin beraatine karar verilmesi, ...” (4. CD, 26.10.2011, 2009/16508, 2011/18226)

"... İncelenen dosyada, Adalet Bakanlığınca verilen kovuşturma izninde, şüpheli avukatın, yakının hakkında hırsızlık suçundan açılan kamu davasının duruşmasına katıldığı tarihli oturumunda verilen mahkûmiyet hükmünü temyiz etmeyerek kararın kesinleşmesine ve infazına yol açmak suretiyle görevini kötüye kullandığının ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Şüpheli Şeniz Özkan Karaçalı, 15.04.2009 tarihli dilekçesinde, Avukatlık Yasası'nın 17/1 maddesinin avukatın müvekkili aleyhine verilen her karara karşı temyiz yoluna başvurma zorunluluğu bulunduğu biçiminde yorumlanamayacağını, avukat olarak yaptığı değerlendirmeye göre mahkemenin mahkûmiyet hükmünün usul ve yasaya uygun olduğu kanaatiyle kararı temyiz etmediğini, temyizde hukuki yarar bulunup bulunmadığını takdirin avukata ait olduğunu belirtmiştir. Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesi de Avukatlık Yasası 17/1 maddesinin, avukatın, müvekkili aleyhine verilen her karara karşı mutlaka kanun yoluna başvuracağı anlamını taşımadığı, aksi düşüncenin yargılama ve avukatlık mesleğinin genel prensiplerine uygun düşmeyeceği ve avukatın hukuki görüşü doğrultusunda mahkûmiyet hükmünü temyiz etmeme eyleminin görevi kötüye kullanma veya ihmal olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Temyiz incelemesi sonucu verilecek herhangi bir karardan bağımsız olarak yalnızca yasal temyiz hakkını kullanamamasının yakınının mağduriyetine yol açtığı açıktır. Şüpheli avukatın eyleminin, görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının, lehine ve aleyhine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğunda kuşku yoktur.

Açıklanan nedenlerle, istem yerinde bulunduğundan, görevi kötüye kullanma suçundan şüpheli Şeniz Özkan Karaçalı hakkında Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesince 27.05.2009 tarih ve 2009/48-177 sayı ile verilip itiraz edilmeksizin kesinleşen kararın, 5271 sayılı CYY'nin 309. maddesi uyarınca kanun yararına BOZULMASINA, ..." (4. CD, 26.10.2011, 15187/18185)

"... Avukat olan sanığın görülmekte olan tescil davasında davayı takip iradesi bulunan davacı tarafı yeterince bilgilendirmeksizin, 26.12.2003 tarihinde yapılması kararlaştırılan keşfin masrafını bir gün önceden tahsil etmesine karşın mahkemeye başvurmaması, tarihinde yapılmasına karar verilen keşfin masrafını yatırmaması ve son olarak kesin süre verilmesine rağmen 07.05.2004 tarihinde yapılacak keşfin masraflarını yine ödememesi nedeniyle davanın reddine yol açmak suretiyle görevini savsadiğı gözetilerek, anılan davanın kesinleşip kesinleşmediği araştırılıp 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörülen kişi mağduriyetinin gerçekleşip gerçekleşmediği tartışıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, yetersiz ve yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, ..." (4. CD, 26.10.2011, 2009/21358, 2011/18261)

"... Kadıköy Belediyesi Çevre Koruma Müdürlüğünün 09.06.2005, İmar İşleri Müdürlüğünün 10.06.2005 ve Hukuk İşleri Müdürlüğünün 15.06.2005 tarihli, lokanta olarak faaliyet gösteren iş yerinde bulunan baca sisteminin yönetmeliğe

uygun olmaması nedeniyle ruhsat verilemeyeceğine dair yazıları, İstanbul Büyükşehir Belediyesinin tarihli araştırma raporuna göre; ruhsat tarihinde yürürlükte olan İş Yeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği hükümlerine uygun olmayan baca sistemine sahip lokantaya 09.08.2005 tarihinde ruhsat verildiği, ruhsat verme işleminin hukuka uygun olmadığına Danıştay 8. Dairesinin 26.05.2008 tarih ve 2353/3840 sayılı Karar'ı ile onanan İstanbul 6. İdare Mahkemesinin 03.07.2006 tarih ve 2130/1625 sayılı Karar'ı ile de tespit edildiği, sanıkların kişilere haksız yarar sağlamak sureti ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlemeleri nedeniyle hükümlülükleri gerekirken yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi, ..." (4. CD, 24.10.2011, 2010/31720, 2011/17914)

"... Köy muhtarı olan sanığın, kendisinden nüfus cüzdanı talep belgesi isteyen F. P. adlı şahsın köy ve mezralarında oturup oturmadığı hususunda yeterli araştırma yapmaksızın belgeyi imzalaması eyleminde, TCY'nin 257. maddesinde öngörülen kişi mağduriyeti veya kamu zararına yol açılıp açılmadığı veya kişilere haksız kazanç sağlanıp sağlanmadığı hususları tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tespiti gerekirken 'suç kastının bulunmadığı' biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, ..." (4. CD, 19.10.2011, 2010/18633, 2011/17861)

"... İddianamede, doktor olan sanıkların hastaları muayene etmeden reçete düzenledikleri, özel poliklinikte muayene ettikleri hastalara sağlık ocağında resmî reçete hazırladıklarının anlatılması karşısında, eylemlerinin 765 sayılı TCY'nin 339/1, 5237 sayılı TCY'nin 204/2. maddelerinde düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği, kanıtları değerlendirme ve eylemi nitelendirmenin ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, asliye ceza mahkemesinde yargılamaya devamla zaman aşımı nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi, ..." (Yargıtay 4. CD, 11.10.2011, 13917/17276)

"... Belediyede görevli kabul ve teslim kurulu üyesi olan sanıkların haklarında katılan yükleniciye haksız yere hak edişini geç ve eksik ödemek iddiasıyla dava açılması karşısında katılanın belediye aleyhine Elazığ 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı 2006/536 sayılı davanın sonucunun beklenmesi veya sözü edilen dosya getirtilip duruşmada tartışmaya açılarak sonucuna göre hukuksal durumlarının belirlenmesi gerekirken, '... daha önceden açılan tespit davasındaki değerlendirme ve raporlar bu dosya içerisinde bulunduğu ...' gerekçesiyle bu husustaki istemin reddine karar verilmesi, ..." (Yargıtay 4. CD, 05.07.2011, 2009/12858, 2011/12052)

"... Tanıklar Halime ve Necibe'nin beyanlarının katılan-mağdurenin aşamalarda özü değişmeyen anlatımlarını doğrulaması ve tüm dosya kapsamı karşısında, **sanığın yapması gereken ameliyatı yaptıktan sonra görevinin gereklerine aykırı olarak mağdureden para almak şeklinde siibut bulan eyleminin tüm**

unsurlarıyla görevi kötüye kullanma suçunu (TCK 257/3) oluşturduğu sabit olduğu hâlde bu suçtan cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi, ..." (Yargıtay 5. CD, 03.05.2011, 2008/6181, 2011/3644)

"... Avukat olan sanığın, katılan Suna Karaman'ın vekili sıfatıyla takip ettiği Ankara 2. Aile Mahkemesinin 2003/695 esas sayısına kayden görülen boşanma davası sonunda müvekkili lehine hükmedilen nafakanın artırılması için dava açmak üzere yakının ile anlaşarak, masraflar karşılığında posta havalesi ile 22.09.2005 tarihinde gönderilen 100 TL ile avukatlık ücreti olarak 26.09.2005 ve 17.12.2005 tarihlerinde gönderilen toplam 200 TL aldığı hâlde, azledildiği 28.12.2005 tarihine kadar davayı açmadığı, dosyada mevcut PTT havalesi belgelerinden paranın yeni bir dava niteliğinde olan nafaka artırımı davası için gönderildiğinin anlaşıldığı, bu suretle katılanın mağduriyetine neden olmak biçimindeki eylemin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle sanığın beraatine verilmesi, ..." (4. CD, 26.10.2011, 2009/16508, 2011/18226)

"... Köy muhtarı olan sanığın, kendisinden nüfus cüzdanı talep belgesi isteyen Fahri Pehlivan adlı şahsın köy ve mezarlarında oturup oturmadığı hususunda yeterli araştırma yapmaksızın belgeyi imzalaması eyleminde, TCY'nin 257. maddesinde öngörülen kişi mağduriyeti veya kamu zararına yol açılıp açılmadığı veya kişilere haksız kazanç sağlanıp sağlanmadığı hususları tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tespiti gerekirken 'suç kastının bulunmadığı' biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, ..." (4. CD, 19.10.2011, 2010/18633, 2011/17861)

"... Yakınan Abdulkerim Altunkaynak'ı görmeden Sağlık Kurulu Raporu'nu imzalamak şeklinde gerçekleşen eylem nedeniyle sanıklar hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan kamu davası açıldığı, tüm dosya kapsamı incelendiğinde, eylemin resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği, eylemleri nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması, ..." (4. CD, 11.10.2011, 2297/17342)

"... Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının 20.10.2005 tarih ve 2005/6481 esas sayılı iddianamesi ile hekim olan sanık hakkında; 'Emekli Sandığı mensubu olan Caner Öztürk'ü görmeden ve muayene etmeden yüksek dozda ve gereksiz yere reçete düzenlediği' iddiasıyla açılan davada eylemin kanıtlanması hâlinde 765 sayılı TCK'nın 340. maddesi aracılığıyla 339/1.-1. cümle veya daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın aynı suça uyan 204/2. maddelerinde tanımlanan resmî belgede sahtecilik suçlarını oluşturabileceği, davaya bakma görevinin ise üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olacağı gözetilmeden görevsizlik kararı, yerine duruşmaya devamla görevi ihmal suçundan beraat hükmü kurulması, ..." (4. CD, 10.10.2011, 2010/4061, 2011/17198)

"... Oyuklu Mahallesi muhtarı sanık İlhan Yaşar'ın imzası bulunduğu belirtilen 2003 yılına ait çiftçi kayıt formunun aslı veya onaylı suretinin denetime olanak verecek biçimde dosyaya konulmaması,

Kabule göre, ilçe tarım müdür vekili ve mahalle muhtarı olan sanıkların Ahmet Sayım adlı şahsın ibraz ettiği belgeleri gereği gibi incelemeyerek pay sahibi olmadığı taşınmaza ilişkin doğrudan gelir desteği almasına ve dolayısıyla kamu zararı oluşmasına neden olmak suretiyle görevi savsama suçunu işledikleri gözetilmeden, suç kasıtları bulunmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi, ..." (4. CD, 05.10.2011, 3632/17052)

"... 25.11.2000 tarihli 'Resmî Gazete'de yayımlanan 4603 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre Halk Bankası, Emlak Bankası ve Ziraat Bankasının, özel hukuk statüsüne tabi anonim şirket olduğu, bu tarihten sonra, banka personelinin kamu görevlisi gibi görevi ihmal eyleminden cezalandırılmasının mümkün olmadığı, banka aleyhine işlenen suçlar nedeniyle öncelikli olarak suç tarihinde yürürlükte bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre değerlendirilme yapılmasının gerektiği, sanığın, anahtarı sadece kendisinde bulunan kıymetli evrakların konulduğu kasadan, bazı mudilere ait boş çek koçanlarını saklama yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle çeklerin kaybolması eyleminin TCY'nin 155/2. maddesinde öngörülen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği, 5235 sayılı Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun 10 ve 11. maddeleri gereğince anılan maddenin içerdiği cezanın üst sınırına göre davaya bakma görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, duruşmaya devamlı karar verilmesi, ..." (4. CD, 06.12.2010, 19587/20143)

"... Sanık A. Y'nin 2004 yılında belediye başkanı seçilmesinden önce 2002 yılında belediye başkanı olan sanık H. D. Ö.nün de imzası bulunan encümen kararı ile mevzuata aykırı biçimde katılanın komşusunun taşınmazının ifrazı ve imar değişikliği yapıp, Fen İşleri müdürü olan sanık Ş. Ö. tarafından yapı ruhsatı verilerek katılanın taşınmazının bir kısmının yola terki suretiyle mağduriyetine sebebiyet verildiği olayda sanık A. Y'nin belediye başkanı seçildiğinde mevzuata aykırı bu karar ve işlemleri öğrenmesine karşın idari yönden düzeltilmesi konusunda görevinin gereklerini yerine getirmeyerek savsama gösterdiğinin iddia edilmesi karşısında, katılanın bu karar ve işlemlerin hukuka aykırılığı ve iptali için yargı yoluna başvurmadiğı, bu karar ve işlemlerin iptaline dair bir yargı kararı bulunmadığı, hukuken tartışmalı konuda, hukuki sonuçlar doğurmuş, hak ve yükümlülükler yaratmış encümen kararlarının ve yapı ruhsatı verilmesi işlemlerinin iptaline ilişkin, sanık A. Y'nin kendiliğinden tek taraflı karar alma ve idari işlem tesis etme yetki ve sorumluluğu bulunmadığı anlaşıldığından, 765 sayılı TCY'nin 230. maddesindeki (5237 sayılı TCY'nin 257/2 maddesi) görevi savsama suçunun yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle sanık A. Y'nin beraatine karar verilmesi gerekirken, yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi, ..." (4. CD, 06.12.2010, 23890/19988)

"... 5271 sayılı CYY'nin 5728 sayılı Yasa ile değişik 231/5. maddesi uyarınca mahkemece hükmolunan iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir. Anılan maddenin 6/c fıkrasında belirtilen zarar kavramı, ölçülebilir, belirlenebilir (somut) maddi zarara ilişkin olup manevi nitelikte zararı kapsamamaktadır.

5237 sayılı Yasa'nın 257. maddesinin 1. fıkrasındaki görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ve bu aykırı davranış nedeniyle, kişilerin mağduriyetinin, kamu zararının veya kişilere haksız kazanç sağlanması sonucunun ortaya çıkmasıyla oluşur. Somut olayda posta memuru ve muhtar olan sanıkların usulsüz tebligatla asliye hukuk mahkemesinde görülmekte olan tapu iptal davasının kesinleşmesine sebebiyet vererek, kişilere haksız kazanç sağladıkları ve görevlerini bu nedenle ihmal ettikleri iddiasıyla açılmış olup, sanık T.Ç. ye atılı **görevi kötüye kullanma suçundaki zarar unsuru, kamu zararı yönünden değil, kişilere haksız kazanç sağlama koşulu yönünden tartışılmıyken mahkeme tarafından CYY'nin 231/6. maddesinde öngörülen kamunun zarara uğratılması ve zararın giderilmesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları içinde değerlendirmeye tabi tutulması hukuka aykırılık oluşturmuş olup suçun mağdurlarının somut olarak belirlediği ve istediği bir tazminatın bulunmayıp, adli sicil kaydına göre sabıkası bulunmayan sanık hakkında takdir edilen özgürlüğü bağlayıcı cezanın iyi hâli kabul edilerek paraya çevrilmesi karşısında, 'mağdurlara ve kamuya ait zararı karşılamadıkları' biçimindeki yetersiz gerekçeyle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, ..." (4. CD, 09.11.2010, 13835/18893)**

"... S. S. Gerdibi Tarımsal Kalkınma Kooperatifi yönetim kurulu başkanı olan sanık M. Y.nin, görevi gereği Kooperatife ait defter, belge ve tutanakların gerekli özeni göstererek saklanmasıyla sorumlu bulunması karşısında; olay konusu bu evrakın muhafazasında yasada öngörülen sorumluluğunu yerine getirip getirmediğinin araştırılması, gereken özeni göstermeyerek belgelerin kaybına neden olduğunun saptanması durumunda ise bu davranışı sonucunda 'kamu zararı, haksız kazanç veya kişilerin mağduriyetinin' oluşup oluşmadığının tartışılıp değerlendirilmesi gerekirken, defterler bulunmadığından suç öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin olanaklı olmadığından söz edilerek dava açılan konuyla uyumlu olmayan gerekçeyle, yetersiz inceleme sonucu beraat kararı verilmesi, ..." (4.CD, 22.12.2010, 19286/21423)

"... Kuyuluk belediye başkanı olan sanık Y. Ş. nin, imar planında 2 kat ruhsat izni öngörülmesine karşın, Nazik Sağır'a 26.03.2004 tarihli inşaat ruhsatı ile 3 kat inşaat izni verip ve 304.69.- YTL eksik harç alarak kamu kurumu olan Belediyeyi zarara uğratarak kişilere haksız kazanç sağladığı gözetilmeden beraat hükmü kurulması, Sanıklar belediye başkanı olan sanık Y. Ş. ve imar müdürü sanık A. H. H.nin, Murat

P. ve mirasçılarına yönetime uymayan ruhsat verme eyleminde sanık Yakup Şık'ın belge aslındaki imzanın kendisine ait olmadığını bildirmesi ve sanık A. H. H.'nin verilen bu ruhsatın iptal edilerek, ifraz edilip, ayrı ayrı yeni inşaat ruhsatlarının verildiğini savunması karşısında; imza incelemesi yaptırılması ve ruhsat kapsamında inşaata başlanıp başlanmadığı, ruhsatın iptal edilip edilmediği ve yeni ruhsat verilip verilmediği hususları araştırılarak, sonucuna göre hukuksal durumlarının belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümler kurulması, ..." (4. CD, 21.12.2010 tarih, 2010/15173 esas ve 2010/21285 Karar)

"... Avukat olan sanığın, müvekkili adına Trabzon İcra Müdürlüğü'nün 1999/3113 esas sayılı takip dosyasında yaptığı haricî tahsilattan müvekkiline vermesine rağmen, takip dosyasına bildirmeyerek ve aynı alacağın 21.11.2002 tarihinde başka bir şahsa temlik sırasında kendisi de hazır bulunduğu hâlde, alacakla ilgili haricî tahsilatları bildirmeyip gizlemek suretiyle 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34 ve 38. maddelerine aykırı davranarak, takip dosyasında borçlu olan katılanın mağduriyetine neden olduğu gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, ..." (4. CD, 20.12.2010, 25787/21198)

"... Lise müdürü sanık İ. A.'nın 4483 sayılı Yasa uyarınca yaptığı ön soruşturma görevi sırasında; tanık anlatımlarını bizzat saptamayıp, kâtip olarak görev yapan öbür sanığın önünde kendilerinin el yazısı ile ifadelerini yazmaları şeklindeki yönetime uymayan işlem yaptırıklarına ilişkin iddianameye konu eylemin, kanıtlanması durumunda ön soruşturma işlemi yasaya uygun şekilde gerçekleştirilmemiş ve böylece katılanın hakkını araması engellenmek suretiyle mağduriyetine neden olunmuş bulunacağı gözetilmeden, yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi, ..." (4. CD, 08.12.2010, 2008/16095, 2010/20461)

"... Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nde müdür yardımcısı ve kontrol mühendisi olan sanıkların, Atatürk Havalimanı pist ve bağlantı yolları yapımı işi bünyesinde, gerçeğe aykırı kesin hak ediş raporu düzenleyerek yüklenici firmaya fazla ödeme yapılmasına sebebiyet verdiklerinin iddia edilmesi karşısında, eylemin resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin değerlendirmenin ve kanıtları tartışma görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, ..." (Yargıtay 4. CD, 23.11.2010 tarih , 2010/18864 esas 2010/19318 Karar)

"... Tebliğnamede 'Dosya kapsamına göre, sanığın Bodrum 1. Noteri olarak görev yaptığı sırada, aynı noterlikte çalışan imzaya yetkili kâtip Türkay Akman'ın noter vekili olarak noterlik dışında gerçekleştirdiği düzenleme şeklindeki bir işlem dolayısıyla kâtip üzerindeki denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmedikten bahisle, adı geçen sanık hakkında 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 153. maddesi uyarınca kovuşturma izni verilmesini müteakip, Aydın C. Başsavcılığının 25.01.2006

tarihli ve 2006/841-94-14 sayılı iddianamesi ile son soruşturmanın Muğla Ağır Ceza Mahkemesinde açılıp yapılması talebi üzerine, Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesince noterlik dışında yapılan işlem olması sebebiyle sanığın görevi ihmal suçunu işlemediğinden bahisle son soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiş ise de mevcut delillerin takdir ve değerlendirilmesinin son soruşturma aşamasında yargılamayı yapacak olan mahkemesine ait olacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.' denilmektedir.

İncelenen dosyada, noterlik dairesi dışında gerçekleştirilen düzenleme biçimindeki bir işlem nedeniyle yanında çalışan imzaya yetkili kâtipi üzerindeki denetim görevini yerine getirmediği iddia edilen sanık noter hakkında Adalet Bakanlığından kovuşturma izni istendiği, kovuşturma izni verilmemesi üzerine açılan idari dava sonucu Ankara 5. İdare Mahkemesinin, 09.02.2005 tarihli işlemin iptaline ilişkin olarak verdiği 13.10.2005 tarihli kararın gereği Adalet Bakanlığı tarafından 29.12.2005 tarihinde kovuşturma izni verilerek yerine getirilmesine karşın, Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesince, işlemin imzaya yetkili kâtip tarafından noterlik dairesi dışında gerçekleştirildiği, aynı toplantıya ilişkin iki ayrı tespit tutanağının bulunduğu ve noterin denetim görevini savsamadığı biçimindeki gerekçeyle son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin karar verildiği anlaşılmaktadır. 1512 sayılı Noterlik Yasası'nın 160. maddesinde 'Noterlik dairesinde çalışan kâtiplerin ve kâtip adaylarının görevlerinden dolayı işledikleri suçlara iştiraki bulunmayan hâllerde noter, bu kimseler üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği sabit olduğu takdirde, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesi hükmüne göre sorumludur.' biçiminde hüküm verilmektedir. Ankara 5. İdare Mahkemesinin iptal kararında da belirtildiği üzere noterin, 1512 sayılı Yasa'nın 160. maddesindeki cezai sorumluluğunun, işlemin noterlik dairesinde veya dışında gerçekleştirilmesi açısından herhangi bir ayırım yapılmaksızın düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda, **görevi savsama suçunun öğelerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin, 765 ve 5237 sayılı TCY'lerin ilgili hükümleri de gözetilerek sanık lehine ve aleyhine toplanacak tüm kanıtların mahkemece tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir.** Yapılan açıklamalar ışığında son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka uygun olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay C. Başsavcılığının yasa yararına bozma isteği doğrultusunda düzenlediği tebliğnamedeki düşünce, belirtilen nedenlerle yerinde görüldüğünden, görevi savsama suçundan sanık Nurcan Uruş hakkında Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilir kesinleşen 15.03.2006 gün ve 2006/30-131 sayılı Karar'ın 5271 sayılı C. Yargılama Yasası'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ..." (4. CD, 17.12.2007, 8661/10876)

"... 1412 sayılı CYY'nin 153, 154 ve 5271 sayılı CMK'nın 160 ve 161. maddeleri uyarınca doğrudan doğruya veya adli kolluk görevlileri aracılığıyla soruşturma evresini tamamlama yetkisi Cumhuriyet savcılığına ait olmakla birlikte; anılan Yasaların 156/1 ve 161/2. maddeleri gereğince adli kolluk görevlileri bir taraftan el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve öte yandan kanıtların kaybolmasını önleyecek tedbirleri olarak soruşturma için Cumhuriyet savcısının bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlü olmaları karşısında hastanede görevli olan polis memuru sanığın, doğrudan soruşturulması gereken şüpheli ölüm olayıyla ilgili herhangi bir adli işlem

yapmamaktan ibaret eyleminin; 765 sayılı TCK'nın 230/1 ve 5237 sayılı TCK'nın 257/2. madde ve fıkralarında düzenlenmiş bulunan genel nitelikteki görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden; 765 sayılı TCK'nın 235/2. maddesi ile hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD 05.06.2007 tarih, 2007/2698 esas ve 2007/5349 Karar)

"... 07.01.2005 tarihli savcılıkta düzenlenen dosya inceleme tutanağından Asliye Hukuk Mahkemesinin, 24.11.2004 tarihinden önce cevap verilmesine ilişkin 06.10.2004 tarihli tekit yazısından sonra Tapu Sicil Müdürlüğünden gönderilen 12.11.2004 tarihli cevabi yazının 24.11.2004 tarihinde dosyaya havale edildiğinin anlaşılması karşısında personel yetersizliği ve iş yoğunluğu da dikkate alınarak, suç öğelerinin ne surette oluştuğu açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi,

Kabule göre de,

a-Tapu Sicil müdürü vekili olan sanığın tapu kayıtlarının gönderilmesine ilişkin Asliye Hukuk Mahkemesinden gönderilen yazıya göre cevap vermeme eyleminde kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olduğu yahut kişilere haksız kazanç sağlandığı tartışılıp açıklanmadan yetersiz gerekçe ile bu suçtan hükümlülük kararı verilmesi,

b-Sanık hakkında hükmedilen ağır para cezasının 5252 sayılı Yasa'nın 5. maddesince adli para cezasına çevrildiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD 04.06.2007 tarih, 2007/1868 esas ve 2007/5217 Karar)

"... Tanıklar Levent Y., Ayhan A.nın mahkeme, Ömer T.nin soruşturma aşamasındaki anlatımları, ölü muayene tutanağı ve ön soruşturmacı Ülkümen R.nin düzenlediği rapor içerikleri ile Yüksek Sağlık Şurasının 1-5 Eylül 2003 tarih ve 10692 sayılı Karar'ına şerh koyan bilim adamlarının karşı oy yazıları yönteminde tartışılıp reddedilmeden,

Kalp damar cerrahi asistanı sanık hekimin, uzmanlık alanına göre, tek başına torakotomi (göğüs duvarı ameliyatı) yapılmasına karar vermeye ve operasyona yetkili olup olmadığı, kendi bölümünde göreve başladığı saatten sonra acil servisteki görevliler tarafından Recep Ç. adlı hasta için çağrılıp çağrılmadığı ve hastayı daha önce muayene ederek gerekli tıbbi tedaviyi başlatan nöbetçi uzman hekimlerin önerileri dışında sanık hekimce yapılması gerekli başka bir tıbbi işlem bulunup bulunmadığı araştırılıp saptanmadan,

Hastayı ilk gördüğünde ölmüş olduğunu saptayan sanık hekimin hangi davranışının tıbbi tedavide gecikmeye yol açtığı açıklanıp gösterilmeden,

Eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 30.05.2007 tarih, 2007/1624 esas ve 2007/5160 Karar)

"... Hazinesinin 945/2400 oranında pay sahibi olduğu 17.977 metrekarelik arsanın değerinin belirlenmesi için yaptırılan bilirkişi incelemeleri sonucu düzenlenen raporlar arasında tespit tarihi ve metrekare birim fiyatları yönünden farklılıklar bulunması karşısında, anılan taşınmazın suç tarihindeki gerçek değeri araştırılarak, sanık Hazine avukatının görevi savsama eyleminin, kamunun ekonomik zararına veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açıp açmadığının saptanması ve sonucuna göre tüm kanıtlar birlikte değerlendirilip suçun oluşup oluşmadığının tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 30.05.2007 tarih, 2007/3832 esas ve 2007/5154 Karar)

"... Belediye başkanı olan sanığın, yakınanı, geçici olarak çalıştırıldığı hâlde Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirmemesi ve sigorta primlerini yatırmaması biçimindeki eyleminin, 01.08.1964 tarihli 506 sayılı Yasa'nın 79. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturduğu, aynı Yasa'nın 140/1 madde ve fıkrasının (c) bendi uyarınca anılan eylemin 'idari para cezasını' gerektirdiği ve bu cezayı uygulama konusunda Sosyal Sigortalar Kurumunun yetkili bulunduğu anlaşılmaması karşısında; sanık hakkında görevsizlik kararı verilerek dosyanın ilgili idareye gönderilmesi gerekirken, yargılamaya devamla görevi savsama suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD 16.05.2007 tarih, 2007/1102 esas 2007/4708 Karar)

"... Sanığın dava açmak üzere yakınanlardan vekâlet ve yargılama giderleri almasına karşın, ihtarname çıkarılıncaya kadar 8 ay 28 gün gibi uzun bir süre davaları açmaması biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yasal temelden yoksun gerekçe ile 765 sayılı TCY'nin 240. maddesi ile hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 14.05.2007, 2266/4525)

"... Katılanın emeklilik işlemleriyle ilgili belgeleri sanık Cahit U.nun öbür sanığa havale etmesinden sonra makul sayılabilecek bir sürede işlemin yapılarak Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne gönderildiğinin anlaşılması karşısında, eylemin disiplin cezasını gerektirebileceği, görevi savsama suçunun oluşmayacağı gözetilmeden sanıkların beraatleri yerine hükümlülüklerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD 29.01.2007, 13077/795)

"... Jandarma karakol komutanı olan sanığın, evinin taşlandığı iddiasıyla 23.07.2004 tarihinde karakola başvuran mağdurun beyanında geçen şüpheliyi karakola getirterek görüşme ortamı sağlayıp anlaştıklarından hareketle gönderdiği, bilahare iddiaya ilişkin olarak nas-ı izar suçundan kovuşturmasızlık kararı verilen olay hakkında görevinin gereklerine aykırı biçimde, herhangi bir yasal işlem yapmama eyleminde 5237 sayılı TCY'nin 257. maddenin öngörülen kamu zararı kişi mağduriyeti ve kişilere haksız kazanç sağlama hususlarının irdelenerek bunlardan birinin varlığının tespiti hâlinde yüklenen suçun (görevi savsama) oluşacağı gözetilmeden yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 24.1.2007, 12510/669)

"... Saniğin, 2000 yılında atandığı Yalova'ya giderken nakil belgesi düzenleyip verdiği katılanın, suç tarihinde kullanılmadığından elektrik ve su faturaları düzenlenmeyen oturmadığı evinin adresine gönderilen ödeme emri tebligatını kabul ederek, icra takibinin kesinleşmesine neden olmaktan ibaret eyleminde, iddia olunan suçlu işleme kastı olmadığına ilişkin kanıtlar gösterilip tartışılmadan yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraatine hükmolunması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 15.1.2007, 11454/86)

"... 1- Saniğin dava açmak üzere yakınlardan vekâlet ve yargılama giderleri almasına karşın, ihtarname çıkarılıncaya kadar 8 ay 28 gün gibi uzun bir süre davaları açmaması biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yasal temelden yoksun gerekçe ile 765 sayılı TCY'nin 240. maddesi ile hükümlülük kararı verilmesi,

2- Saniğin cezası teselsül nedeniyle artırılırken uygulanan yasa maddesi gösterilmeyerek CYY'nin 230. maddesine aykırı davranılması, yasaya aykırıdır..." (4. CD, 14.05.2007, 2266/4525)

"... Sanık avukatın, katılan şirket adına bedellerini tahsil etmesi için kendisine teslim edilen dört adet çekten iki adedini tahsil ettiğine ilişkin temyiz dilekçesi ekinde sunulan belgeler karşısında, davaya konu tüm çeklerle ilgili hukuki işlem yapıp yapmadığı, yapmış ise aldığı sonuçlardan katılan şirketi bilgilendirip bilgilendirmediği, tahsil ettikleriyle ilgili ödemeler yapıp yapmadığı hususları yeterli biçimde araştırılmadan salt savunmaya dayanılarak eksik soruşturma sonucu beraatine hükmolunması yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 14.05.2007, 1170/4459)

"... İhzarı gerektiren müzekkerelerin kaydına ilişkin defterin Selim A. ile ilgili bölümünde yer alan bilgiler, Karahisar Jandarma Karakol Komutanlığında görevli personel için düzenlenmiş iş bölümü çizelgesi bulunmadığına ilişkin 09.09.2004 ve 12.10.2004 tarihli yanıt yazılan ve savunma karşısında, saniğin asliye ceza mahkemesince Selim A. adlı kişi hakkında çıkarılan ihzar müzekkerelerinin gereğini yerine getirmekle görevlendirildiğini belgeleyen somut kanıtlar açıklanıp gösterilmeden ve devriye görev defteri veya hizmet kâğıtları getirtilip incelenmeden eksik soruşturma ve yalnızca aynı davada sanık olarak yargılanıp beraatlerine hükmolunan görevlilerin anlatımına dayalı yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, ayrıca ihzar müzekkerelerinin hukuki yönden muhatabının bölük ve karakol komutanı olduğunun dikkate alınmaması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 09.05.2007, 471/4424)

"... Belediye başkanı ve belediye fen memuru olan sanıkların yaptıkları denetim sonucunda yapımı devam etmekte olan bina inşaatının, ruhsat ve projesine aykırı olduğunu belirledikleri hâlde; imar mevzuatında mevcut idari ve cezai

nitelikteki yaptırım yollarına başvurmamaya anılan inşaatın faaliyetini sürdürmesi ve tamamlanmasına neden olduklarının anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde öngörülen öğelerin bulunduğu saptanması koşuluyla sanıkların görevi savsama suçundan mahkûmiyetleri yerine, yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 01.05.2007, 2045/4120)

"... Başkomiser olan sanık Ali A'nın disiplin soruşturması yapmak için 11.04.2001 tarihinde görevlendirildiği hâlde, soruşturma dosyasını ilgili Teftiş Kuruluna 10.07.2002 tarihinde sunmak suretiyle, yapılan işi özelliğine göre makul süre içerisinde tamamlamamaya disiplin soruşturmasının zaman aşımına uğramasına neden olduğunun anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörülen öğelerin bulunduğu saptanması koşuluyla sanığın görevi savsama suçundan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 25.04.2007, 1995/3943)

"... İzmir Atatürk Araştırma Hastanesinde döner sermaye saymanı olan sanığın hastanede tedavi gören BAĞ-KUR'LU hastalara ilişkin tahakkuk belgelerine gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek imzalamaktan ibaret eyleminde, hatalı durumun BAĞ-KUR tarafından fark edilerek, herhangi bir ödeme yapılmamış olması karşısında, 5237 sayılı Yasa'nın 257. maddesinde öngörülen 'devletçe zarar veya kişilerin mağduriyeti yahut kişilere haksız kazanç' öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususları araştırılarak tartışılıp değerlendirildikten sonra sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 25.04.2007, 1277/3916)

"... 5237 sayılı TCY'nin 7/2, 5252 sayılı Yürürlük Yasası'nın 9/3. maddeleri uyarınca, su çın işlendiği zamandaki yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasanın ilgili tüm hükümlerinin somut olaya ayrı ayrı uygulanıp 5237 sayılı Yasa'nın 257. maddesinde öngörülen, kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız kazanç sağlama unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği de araştırılarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılarak sonuç itibarıyla hangi yasanın lehe olduğunun bütün hâlinde uygulanarak belirlenmesi ve bu durumun denetime olanak verecek biçimde hükmün gerekçesinde gösterilmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında hüküm kurulurken 765 ve 5237 sayılı Yasa hükümleri karma olarak uygulanmak suretiyle 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. maddesine aykırı davranılması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 25.04.2007, 529/3839)

"... On bir vergi mükellefi hakkında düzenlenen vergi ve ceza ihbarnamelerinin süresinde tebliğ edilmemesi sonucunda, zaman aşımının gerçekleştiğinin iddia edilmesi karşısında sanıkların, hangi vergi ve ceza ihbarnamelerini düzenlediği veya düzenlemediği, hangi tarihlerde tebliğ edilmesi gerekirken tebliğe çıkmayarak zaman aşımına uğrattıkları hususları ayrı ayrı araştırılıp belirlenmeden, yine bu eylemlerde hangilerinin hukuki sorumluluğu bulunduğu açıkça saptanmadan, tüm sanıklar ve

tüm eylemlerle ilgili olarak suç tarihinin 1996 Aralık ayı kabul edilmesi suretiyle eksik soruşturma sonucu zaman aşımı nedeniyle kamu davalarının düşürülmesine hükmolunması, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 24.04.2007, 1274/3717)

"... Noter başkâtibi olan sanık tarafından 'aslının aynıdır' biçiminde onaylanan LES sonuç belgesinin, üniversite rektörlüğünce alınan bir duyum nedeniyle öğrenci dosyalarının incelemeye alınıp internette ÖSYM sitesinde yer alan sonuç belgesi ile karşılaştırılması sonucu sahteliğinin anlaşılmış bulunması ve bilirkişi raporu ile belgenin iffal kabiliyetini haiz olduğunun belirlenmiş olması karşısında, söz konusu bilirkişi raporu yönteminde tartışılıp reddedilmeden 'belge aslını gereği gibi incelemesi hâlinde tahrifatı fark edecek durumda olduğu' biçimindeki oluşa uygun düşmeyen gerekçe ile hükümlülüğüne karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 17.04.2007 tarih, 2007/482 esas ve 2007/3525 Karar)

"... Öğretmen olan sanığın, okulun boyanması için teslim aldığı boyaların bir kısmının kaybolmasına neden olma eyleminde savunmasının aksine suç kastıyla hareket ettiğine ilişkin kanıtlar gösterilip açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hükümlülüğüne karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 16.04.2007, 836/3494)

"... İcra müdürü olan sanığın 1998/821 esas sayılı takip dosyasını kaybetme biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 10.04.2007, 2164/3265)

"... Tapu sicil müdürü olan sanığın icra müdürlüğünden gelen haciz müzekkerelerinin bir kısmını işleme koyup, geri kalanını iş yoğunluğu nedeniyle sonradan alınmak üzere icra müdürlüğüne geri göndermesi, bu uygulamayı alışkanlık hâline getirmesi,

Somut olayda da avukat olan katılanın elden getirdiği haciz müzekkeresini ısrarına karşın almaması, ertesi iş günü işleme koymasından ibaret eylemlerinde,

İcra İflas Yasası 359. maddesi uyarınca 'başka makamlarla doğrudan yazışma yetkisine sahip' icra dairesinin talimatlarını aynı Yasa'nın 357. maddesi gereğince 'derhâl' yerine getirmesi gereken sanığın bu zorunluluğa uymaması sonucu 5237 sayılı TCY'nin 257/2. madde ve fıkrasında öngörülen herhangi bir kamu zararı doğup doğmadığı veya kişilere haksız kazanç sağlanıp sağlanmadığı, kişilerin mağduriyetine neden olup olmadığı araştırılarak sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi zorunluluğu, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 15.1.2007, 10951/34)

"... Orman İşletme Şefliğinde görevli olan sanıkların amenajman planına

göre 2003 yılı kesim planında kesilmesi gereken 21/9 numaralı bölmecikteki ağaçlar yerine, 2004 ve 2010 yıllarında kesilmesi öngörülen 21/10-11 numaralı bölmecikteki ağaçların kesilmesine neden olma biçimindeki eylemlerinde savunmaları da gözetilerek amenajman planının yanılıya neden olup olmadığı ve görevlerinin gereklerine aykırı hareket edip etmedikleri veya görevlerinin gereklerini yapmakta savaşa ve gecikme gösterip göstermediklerinin değerlendirilmesi, görevlerinin gereklerine uygun davranmadıklarının kabulü hâlinde 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde belirtildiği üzere, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olup olmadıkları veya kişilere haksız bir kazanç sağlayıp sağlamadıkları hususlarında orman fakültesi öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulundan görüş alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile beraat kararları verilmesi yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 09.04.2007, 222/3225)

"... Köy muhtarı olan sanığın, köy defterinde 2001 ve 2004 yıllarına ait gelir ve gider kayıtlarını tutmayarak ve Valiliğin 05.12.2001 tarihli yazısında istenilen bilgileri vermemek suretiyle görevini savsadiğı kabul edilmiş ise de 765 sayılı TCY'nin 230. maddesinin karşılığını oluşturan, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin 257/2. maddesinde suçun oluşması için görev gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterilmeden başka, 'kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız kazanç sağlama' öğelerinin de aranması karşısında, kabul edilen eylemler bakımından belirtilen suç öğelerinin oluşup oluşmadığı tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 28.03.2007, 612/2866)

"... Orman muhafaza memuru olan sanığın, nakliye tezkerelerini orman emvalinin bulunduğu yerde kesmeyip, sonradan ilçe merkezinde kesmekten ibaret eyleminde, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörüldüğü üzere, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olduğu veya kişilere haksız kazanç sağladığı açıklanıp tartışılmadan yetersiz gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 26.03.2007, 1243/2700)

"... Katılanın iddiasına göre sanık ile aralarında anlaştıkları 650 milyon TL ücretin masrafları da kapsadığı, sanık tarafından düzenlenen serbest meslek makbuzu ve ibranamede alınan ücretin 200 milyon; yapılan masrafın ise 138 milyon olarak gösterilip kalan 312 milyonun iade edildiğinin belirtildiği ve sanığın da savunmasında masrafların 138 milyon tuttuğunu belirtmesi karşısında; ibraname içeriği yönteminde irdelenip reddedilmeden katılan tarafından masrafların verilmediği yönündeki savunmaya itibar edilerek ve sanığın vekâletini üstlendiği davayı yedi aya yakın bir süre işlem yapmaksızın beklettiği hâlde, katılan tarafından gerekli masrafın karşılanmaması nedeniyle sanığın gerekli işlemleri yapmadığı biçiminde yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 21.03.2007, 11510/2659)

"... 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde suçun oluşması için kamu görevinin gereklerine aykırı eylem sonucunda kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına yol açılması veya kişilere haksız bir kazanç sağlanması gerektiğinin öngörülmesi karşısında, belediye başkanı olan sanığın eylemleri sonucu kamu zararı oluşup oluşmadığının tespiti için uzman bilirkişilerden rapor alınarak, tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 21.03.2007, 883/2617)

"... Mahkeme yazı işleri müdürü olan sanığın, kesinleşen ilamların infazını yapmayarak toplam 1600 adet dosyayı işlemsiz bırakma biçimindeki eyleminin görevin gereklerini yap- makta ihmal ve gecikme niteliğinde olması nedeniyle, görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, görevin gereklerine aykırı davranmayı öngören görevde yetkiyi kötüye kul- lanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 12.03.2007, 492/2358)

"... Sanığın, babasının hastalığı nedeniyle davalının boşanma davasının son oturumuna katılmadığına ilişkin savunmasının doğruluğu araştırılıp saptanmadan, eksik incelemeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 05.03.2007, 13695/2153)

"... Muhtar olan sanığın, yıldırım düşmesi sonucu meydana gelen şüpheli ölümü Cumhuriyet savcılığına bildirmemekten ibaret eylemiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olup olmadığı veya kişilere haksız bir kazanç sağlayıp sağlamadığı araştırılıp tartışılmadan, hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 05.03.2007, 13541/2093)

"... Tapu sicil müdürü olan sanığın, asliye hukuk mahkemesinin 04.06.2003 tarihli yazısını, veri hazırlama görevlisi tanık Serdar A.ya havale ettiği, mahkemenin tekit içeren 25.09.2003 tarihli yazısının ise aynı gün havale edilip gereğinin 02.10.2003 tarihinde yerine getirildiği, sanığın ilk yazıyı ilgili görevliye havale etmesinden sonra mahkemenin yazdığı 25.09.2003 tarihli ikinci yazıya kadar mahkemece başka bir uyarıda bulunulmadığı ve böylece ilk tekit yazısından itibaren bir hafta içinde ve duruşma günü olan 03.12.2003 tarihinden önce yazı gereğinin yerine getirildiği gözetilmeden, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörülen 'kamu zararı, kişilerin mağduriyeti veya haksız kazanç sağlama' öğelerinden hangisinin oluştuğu tartışılmadan ve lehe uygulamanın buna göre yapılması gerektiği de düşünülmeden, 765 sayılı TCY'nin 230. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 16.01.2007, 11857/195)

"... Sanığın, 20.12.2003 günü ölen Abidin D.nin ölümünü süresinde nüfus müdürlüğüne bildirmemekten ibaret eylemiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun

zararına neden olup olmadığı veya kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı araştırılıp tartışılmadan, salt yükletilen suç için 765 ve 5237 sayılı TCY'lerdeki özgürlüğü bağlayıcı cezaların süreleri gözetilerek 765 sayılı TCY'nin 230/1. maddesi ile hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 26.02.2007, 13281/1909)

"... Çarşı ve mahalle bekçisi olup, kaymakamlık lojmanındaki nöbetinden hemen sonra saat 05.00-07.00 arasında olmak üzere ilçe emniyet müdürlüğü nizamiye nöbetine başlayan sanığın, 05.25 sıralarında dört beş kez çalan 155 polis imdat telefonuna cevap verilmemesi üzerine içeriye girerek telefonu açtığı ve hırsızlık ihbarını deftere kaydederek görev yerine döndüğü, gerek telsiz nöbetçisi ve gerekse ekip görevlisi tanık polislerin yasal bir mazeretleri olmaksızın görevlerinin başında bulunmadığının anlaşıldığı olayda, tanıklar Fahrettin T. ve Selami D.nin sanık tarafından hırsızlık ihbarının kendilerine bildirilmediği yönündeki anlatımlarına ne suretle itibar edildiği tartışılıp açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 16.01.2007, 12548/183)

"... TCY'nin 257. maddesine göre görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için eylemin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yahut kişilere haksız bir kazanç sağlanmasına yol açmasının öngörülmesi karşısında; sanığın, Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesine aykırı olarak tebligat yapmış olması nedeniyle sözü edilen unsurlardan hangisinin gerçekleştiği açıklanıp tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 21.02.2007, 12835/1815)

"... Noter kâtabi olan sanığın, sahte nüfus cüzdanıyla vekâletname düzenlediğinin iddia edilmesi ve sanığın da nüfus cüzdanındaki resmin vekâletname vermeye gelen kişi ile aynı olduğunu savunması karşısında, işleme dayanak yapılan ve noterlik dairesinde bulunan nüfus cüzdanı fotokopisinin dosyaya konularak, sahte vekâlet verdiği iddia edilen Osman Ç. usulüne uygun olarak duruşmaya çağırılıp, temin edilemediği takdirde resmî kurumlardaki daha önceden çekilmiş fotoğrafları getirildikten sonra karşılaştırma yapılarak resimdeki kişinin Osman Ç. olup olmadığı belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tayini yerine eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 13.02.2007, 12112/1525)

"... Belediye başkanı olan sanığın 04.02.2002 tarihinde Tayyar E.ye ait ruhsatsız garajla,

01.04.2002 tarihli İbrahim F.ye ait ruhsatsız kat çıkma konusundaki belediye görevlilerinin tuttuğu tutanağı belediye encümenine göndermeme biçimindeki eyleminin müteselsilen görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden iki ayrı suçu oluşturduğundan söz edilerek mahkûmiyet kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 13.02.2007, 12185/1521)

"... Polis memuru olan sanıkların 300-400 metre uzaklarında olan yaralamalı trafik kazasına intikal için ağır davranmaları, bu sırada kazayı yapan sürücünün yaralıyı arabasına alıp hastaneye götürmesi nedeniyle olay yeri tutanağı ve krokisi düzenleyememeleri ancak durumu telsizle emniyete bildirmeleri eyleminde,

Sürücü Nuri B. hakkında Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığının 2001/6976 hazırlık evrakının ne suretle neticelendiğinin araştırılması, ayrıca;

5237 sayılı TCY'nin 257. maddesindeki '... kişilerin mağduriyeti, kamu zararı, kişilere haksız kazanç sağlanması...' öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılıp tartışılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayini gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümler kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 12.02.2007, 7889/1470)

"... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, Türk Ticaret Yasası'nın 441. maddesi uyarınca tasfiye memuru olarak görevlendirilen sanığın, şirketin belgelerini 18.03.2002 tarihinde teslim almasına karşın, hakkında iddianamenin düzenlendiği tarih olan 29.08.2003 gününe kadar geçerli bir özü bulunmadan, TTY'nin 444 ve 445. maddelerinde açıklanan öncelikli işleri bile yapmamış olması karşısında, iş yoğunluğu ve annesinin rahatsızlığı nedeniyle işi geciktirdiği biçimindeki yetersiz ve yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 12.02.2007, 12753/1401)

" 1) Posta dağıtıcısı olan sanığın, Cumhuriyet savcılığına gönderilen infaz belgelerini teslim almasına karşın, alıcıya teslim etmeyip kaybolmasına neden olma biçimindeki pasif nitelikteki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilip, 5237 sayılı Yasa'nın 257. maddesinde suçun oluşumu bakımından öngörülen 'kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız kazanç sağlama' öğelerin de ne biçimde olduğu açıklanıp tartışılmadan, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle, anılan Yasa maddesi gereğince hüküm kurulması,

2) Kabule göre de;

a) 5237 sayılı TCY'nin 7/2,5252 sayılı Yürürlük Yasası'nın 9/3. maddeleri uyarınca, suçun işlendiği zamandaki yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasanın ilgili tüm hükümlerinin somut olaya ayrı ayrı uygulanıp ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılarak sonuç itibarıyla hangi yasanın lehe olduğunun belirlenmesi ve bu durumun denetime olanak verecek biçimde hükmün gerekçesinde gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

b) 5237 sayılı TCY'nin 7/2-3. maddesi hükmü karşısında, suç tarihinde yürürlükte bulun- mayan ve 01.06.2005 tarihinden önce işlenen geçmiş hükümlülüklerinden dolayı, sanık aleyhine sonuç doğuran 5237 sayılı Yasa'nın 58 ve 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddeleri gereğince sanığın cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektileremeyeceğinin düşünülmemesi,

c) 5237 sayılı TCY'nin 53/1. maddesi uyarınca, kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin yasal sonucu olarak, sanığın anılan fıkradaki tüm hakları kulanmaktan yoksun bırakılması kararı verilmesi gerekirken, sadece 53. maddenin 1/a bendi gereğince ve Yasa metninde de yer olmayan şekilde sanığın 'memuriyetten yoksun kılınmasına' karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 12.02.2007, 13073/1392)

"... Çankırı ili merkez ve Yapraklı ilçesinde Millî Eğitim Bakanlığı ve Çankırı il Millî Eğitim Müdürlüğüne ihaleleri yapılan okul inşaatlarındaki imalatlarda, sözleşme ve eklerine, projelerine, fen ve sanat kurallarına uyulmadığının iddia edilmesi karşısında, söz konusu işleri kontrol etmekle görevli mühendis ve tekniker sanıkların sorumluluklarının gereğini yerine getirilmeden imzaladıkları hak ediş raporlarıyla yüklenici firmalara fazla ödeme yapılmasına yol açma biçimindeki eylemlerinin, düzenledikleri hak ediş raporlarının gerçeğe aykırı olduğunun saptanması durumunda, resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği ve kanıtları tartışıp değerlendirmenin, ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 07.02.2007, 769/1287)

"... Ulukışla Sulama Kooperatifi başkan ve üyesi olan sanıklardan Memiş Ş. ile Ramazan S.nin;

1) Kooperatife ait tahsilat makbuzlarını ve Kooperatifin banka hesabında birikmiş paranın faizini gelir defterlerine işletmedikleri ve görevlerini savsadıkları bilirkişi raporu ile sabit ise de bu eylemlerin 765 sayılı TCY'nin 230. maddesinin 5237 sayılı TCY'deki karşılığı olan 257. maddede öngörülen kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına ne surette yol açtıkları açıklanmadan,

2) Yakınan Habib D.nin Kooperatif ortaklığına kabul edilmemesiyle ilgili olarak, ana sözleşmenin 6. maddesinde ilgilinin başvurusunun reddi hâlinde denetçiler vasıtasıyla ilk Genel Kurula itirazda bulunulabilecekleri ve Genel Kurulun kararına göre işlem yapılacağı belirtilmesi karşısında, ilgilinin böyle bir başvurusunun bulunmadığı ve başvurusunun reddi eyleminin hukuki anlaşmazlık niteliğinde olduğu gözetilmeden,

3) Niğde Köy Hizmetleri Müdürlüğü tarafından bağışlanan 7,5 ton çimentonun 5,671 tonunun kanal yapımında kullanıldığının ve 15 torbasının tamir işlemlerinde harcandığının tanık Mahmut E.nin beyanı ile doğrulanması karşısında çimentoların bir başka yere harcandığının saptanamaması karşısında, inşaat mühendisi bilirkişinin tahmine dayalı raporuna dayanılarak ve 5237 sayılı TCY ile 765 sayılı TCY'nin sanık yararına uygulanıp uygulanamayacağı maddelerin ögeleri bakımından tartışılmadan mahkûmiyet hükümleri kurulması,

4) Denetim Kurulu üyesi olan sanıklar Mahmut Y. ve Ramazan Ö.nün 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca defterlerin düzenli şekilde tutulup tutulmadığını kontrol ve 67. madde uyarınca raporlarını Genel Kurula sunma görevlerinin bulunduğu, bu görevin ihmalinin cezai sorumluluğu gerektirmeyeceği,

Kanun'un 62. maddesinde devlet memuru gibi cezalandırılmaları olanaklı bulunan kişilerin 'yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurları' olduğu, denetçilerin ilgili denetimi yapmamasının Genel Kurula karşı sorumluluğu gerektirdiği gözetilmeden hükümlülüklerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 06.02.2007, 12794/1170)

"... S. S. Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi başkan ve üyeleri olan sanıkların, Kooperatifin ne kadar parasını hangi süreyle kasada tuttukları, Kooperatif alacaklarının tahsili için yasal girişimlerde bulunup bulunmadıkları ve bu eylemler sonucunda 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörüldüğü üzere kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olup olmadıkları veya kişilere haksız bir kazanç sağlayıp sağlamadıkları hususları araştırılıp, 5271 sayılı CYY'nin 8 ve 10. maddeleri gereğince zimmet suçundan açılan dava dosyası getirtilip davaların birleştirilmesi olanağı bulunup bulunmadığı da saptandıktan sonra tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturma ile karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 05.02.2007, 12315/1113)

"... Köy muhtarı olan sanığın, muhatabın gösterilen adreste bulunmaması ve bu adresteki yakınlarının da tebligatı almaktan çekinmesi hâlinde, Tebligat Yasası'nın 21, Tüzük'ün 28 ve 30. maddeleri uyarınca tebligat görevlisinin kendisine yapacağı tebligatı kabule zorunlu olduğu, aksi takdirde eyleminin aynı Yasa'nın 52/1 madde ve fıkralarının yollanmasıyla görevi savsama suçunu oluşturabileceği gözetilerek, 5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı Ceza Yasalarının ilgili hükümleri karşılaştırılıp sanık yararına olana yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 03.07.2006, 1943/13315)

"... 'Kontrol ve kalibrasyonda kullanılması zorunlu maddeleri ancak işlevini yerine ge- tirmemesi, hatalı yani arızalı olması hâlinde firmadan talep hakkımız var, ancak hatalı kit söz konusu değildi.' biçimindeki suç kastına yönelik savunmasının tahkiki ve mahkemece varlığı kabul edilen kamu zararının somutlaştırılması bakımından; dosyanın uzman bilirkişi heyetine tevdisi ile şartnamenin 13. maddesi anlamında kullanılan maddelerin miktarı, işlevini yitirip yitirmediği, verimlilik oranını etkileyip etkilemediği, yüklenici firmaca karşılanıp karşılanmayacağı, firmaca karşılanması gerektiğinin saptanması durumunda kamu zararının oluşup oluşmadığı hususlarında rapor aldirılması sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı biçimde karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 04.07.2006, 10160/13425)

"... Katılanın, kooperatif adına satın alınan ve tapuda kooperatif yönetim kurulu başkanı sanık Çetin B. nin kardeşi Metin B. adına kayıtlı bulunan Yakacak köyü 949 ada 248 ve 249 no.lu parsellerin arsa bedellerinin 1998 yılında ödendiğini ve genel kurulun yönetim kuruluna devir ve tescil işlemlerini yapması için yetki vermesine karşın işlemlerin yapılmayarak kooperatif üyelerinin mağduriyetlerine

sebebiyet verildiğini iddia etmesi, hükme dayanarak yapılan 07.11.2003 tarihli bilirkişi raporunda da bedeli ödenerek satın alınan taşınmazların devir işlemlerinin gerçekleştirilmediğinin belirtilmesi, sanıkların aşamalarındaki, üyelerden arsa bedelinin tamamının tahsil edilemediği ve devir için genel kuruldan ayrıntılı karar alınmadığından işlemlerin yapılmadığı biçimindeki savunmaları karşısında; tescil işlemlerinin neden yapılmadığı ve arsa bedellerinin ödenip ödenmediği araştırılıp sonucuna göre, arsa sahibinin, sanık Çetin B.nin kardeşi olması da dikkate alınarak, işlemlerin yapılmaması eylemlerinde; 5237 sayılı TCY'nin 257'inci maddesinde öngörülen 'kişilere haksız bir kazanç sağlama', 'kişilerin mağduriyetlerine sebep olma' ve 'kamunun zararına neden olma' öğelerinin oluşup oluşmadığı da gözetilip tartışılarak sonucuna göre sonuçların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerektiğinden; hükmün bozulmasına karar verildi, ..." (4. CD, 03.07.2006, 740/13280)

"... Saniğin süregelen eylemine ilişkin suç tarihinin 31.01.2002 olduğu, dava zaman aşımının gerçekleşmediği, kanıtların toplanıp sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, zaman aşımı nedeniyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 04.07.2006, 3710/13426)

"... İnfaz işinde görevli bulunan sanık C. savcısının her ne kadar görevini yerine getirirken yasal düzenlemeye uymamış (18 yaşından küçük hükümlünün para cezasını ödememesi nedeniyle özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilemeyeceği kuralına aykırı olarak hapis cezasına çevirerek infazını sağlamış.) ise de olayın oluş biçimine göre bu hususun işlerin yoğunluğu nedeniyle bir anlık gözden kaçırma ve maddi yanılgıdan kaynaklandığı, savunma ile mağdur anlatımı ve dosyadaki belge ve bilgiler doğrultusunda olayda suç kastının varlığından söz edilemeyeceği kanısına varılmıştır. Yasal zorunluluklar göz ardı edilerek para cezası, özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilmek suretiyle infaz edilmiş ise de saniğin bu ihlali bilerek ve isteyerek gerçekleştirmede, iş yoğunluğundan (yıl içinde saniğin 14539 işe baktığı, bunlardan 11884 adedinin sonuçlandırıldığı, bunlardan 2150 adedinin infaz işi olduğu) kaynaklanan beşerî bir yanılgıya düştüğü kabul edilerek olayda suçun manevi ögesi olan kastın gerçekleşmediği dolayısıyla yüklenen suç açısından sanıkta suç kastının bulunmadığı, eylemin suç işleme bilinç ve iradesiyle gerçekleşmediği, bu nedenle suçun oluşumu için aranan manevi ögenin olayda oluşmadığı sonuç ve kanısına ulaşılmıştır, ..." (4. CD, 29.06.2006, 18/18)

"... Somut olayda C. savcısı olan saniğin iş bölümü gereği kendisine düşen evraklardan 132 adedini 6 ile 20 aylık süre içinde işlemsiz bırakmakla, 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyetine neden olduğu açıktır. Zira haklarında işlem yapılan şüpheliler makul bir sürede karar verilmemesi nedeniyle mağdur oldukları gibi, soruşturmanın karşı tarafını oluşturan suç mağdurlarının da sürüncemede kalan işlemler nedeniyle mağduriyetleri söz konusu olmaktadır ki bu bağlamda sanık yönünden 5237 sayılı Yasa'nın 257/2. maddesinde yazılı görevi ihmal suçunun oluştuğu yönünde vicdani kaniya varılmıştır.

5237 sayılı Yasa'nın 7/2. maddesi ile 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi

hükümleri ve 765 sayılı Yasa'nın 230/1, 80. maddeleri ile 5237 sayılı Yasa'nın 257/2 ve 43. maddelerine oranlandığında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları, artırım oranı gözetildiğinde sanık hakkında lehine olması nedeniyle 765 sayılı TCY'nin 230/1, 80. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir, ..." (4. CD, 15.06.2006, 39/17)

"... Katılan Hazinesinin zarar iddiası nedeniyle suça konu vekâletnamelerle satış ve intikal yapıldığı açıklanan taşınmazların edinme nedenleri ve tüm tedavül kayıtlarıyla beraber gösterir tapu kayıtları ile vekâletnamelerin düzenlenmesinde kullanılıp sahte oldukları iddia edilen nüfus cüzdanları ve sanık tarafından düzenlenen vekâletnamelerin aşışları veya onaylanmış suretlerinin Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde dosyaya eklenmesi, sahte nüfus cüzdanlarıyla vekâletname düzenledikleri iddia edilen ve nüfus kayıtlarına göre de sağ oldukları belirlenen Nimet E. ve Naciye U.nun tanık sıfatıyla dinlenilmeleri, sanık noter başkâtibine vekâletname düzenlenmesi için sunulan nüfus cüzdanlarının sahte olup olmadıkları ve aldatma kabiliyetlerinin bulunup bulunmadıkları uzman bilirkişi raporuyla belirlenmesi sonucuna göre vekâletnamelerin düzenlenmesinde sanığın gereken dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusu tartışılarak hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 28.06.2006, 4237/13244)

"... Bir hukuki uyumsuzluk nedeniyle başkasını temsil etme görevini kabul ederek vekâlet ilişkisi kurulmasını sağlayan avukat, müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, amacın elde edilememesinden doğacak sonuç ona ait olmamak üzere yürütür. Takipten çekilen avukatın o işe ait vekâlet görevini 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 41. maddesine göre durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile sürdürmesi ve aynı Yasa'nın 34. maddesi uyarınca bu sürede görevini 'özen, doğruluk ve onur' içerisinde yerine getirmesinin zorunlu bulunduğu gözetildiğinde sanığın, alacaklı vekili olarak takip etmekle yükümlü olduğu icra dosyalarını takip etmeyip, işlemden kaldırılmasına neden olarak görevini savsadiğının anlaşılması karşısında, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY hükümleri uyarınca görevi savsama suçunun olduğu gözetilmeden yasaya aykırı gerekçeyle beraat kararı verilmesi ve 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde suçun oluşması bakımından görevin gereklerine aykırılık teşkil eden icrai ve ihmalî davranışta ayrıca 'kişilerin mağduriyetine, kamu zararına veya kişilere kazanç sağlanmasına neden olma' öğeleri arandığından, aynı Yasa'nın 7/2 ve 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. maddeleri uyarınca suç unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği de araştırılıp tartışılarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 26.06.2006, 7465/12992)

"... Evrak kayıt servisinde görevli sanığın, faks kayıt defterinde parafrının bulunmasına göre, Erzurum Doğu Anadolu İhracatçılar Birliği Genel Sekreterliğinden faksla gönderilen yazıyı öbür sanıktan teslim aldıktan sonra ilgili çıkış Gümrük Müdürlüğüne göndermesi gerekirken, kaybolmasına neden olarak yükletilen suçu (görevi savsama) işlediğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı Yasa'nın 7/2,

5252 sayılı Yasa'nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY'lerin ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 26.06.2006, 2978/12988)

"... Karakol görevlisi sanığın, sövme ve yaralamaya kalkışma suçlarından şikâyet ile soruşturma başlatılmasını isteyen mağdura '... Ben bu suçlardan tahkikat yapmam. Ya şahsi dava aç ya da savcılıktan dilekçe getir.'" diyerek istemini reddetme eyleminin 5237 sayılı Ceza Yasası'nın 257/2 madde ve fıkrasındaki 'kişi mağduriyetine neden olma' unsurunun gerçekleştiği dolayısı ile adli görevi savsama suçunun olduğu gözetilip,

5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 763 ve 5237 sayılı Ceza Yasalarının ilgili hükümleri karşılaştırılıp sanık yararına olan yasa hükümleri saptanıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 19.06.2006, 13205/12658)

"... İcra Müdürlüğüne gönderilen icra emrine karşı sanıkların bakiye borcun ödenmesi yolunda girişimde bulunmadıklarının anlaşılması karşısında da suç tarihinde Gebze Belediyesinin bütçe olanaklarının ve ödeme imkânsızlığı içerisinde bulunup bulunmadığının kuşkuya yer bırakmayacak biçimde saptanması, sonucuna göre eylemin kişi mağduriyetine yol açması hususu da gözetilerek sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile beraat kararları verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 20.06.2006, 18656/12728)

"... 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde öngörülen görevi savsama suçunun oluşması için, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi yeterli olmayıp, ayrıca devletçe zarara veya kişilerin mağduriyetine yol açması yahut kişilere haksız bir kazanç sağlaması koşulu aranmaktadır.

Somut olayda, posta dağıtıcısı olan sanığın, icra dairesince gönderilen tebligatı 29.07.2002 tarihinde muhatabına Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesinde aranan koşullara uymadan tebliğ etmiş ise de aynı tarihte muhatabın evinde haciz işlemi gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında; tebligatın muhatabı olan Ahmet K., Muhtar Ahmet S. ve haber bırakılan komşusu Hayrani T. tanık olarak çağrılıp dinlenilerek, tebligatın ilgili muhataba ulaşip ulaşmadığının araştırılması, ulaşmadığının saptanması durumunda, icra işlemlerinde bir gecikme olup olmadığı ve sonuç olarak katılanın bir mağduriyetinin bulunup bulunmadığı tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik soruşturmaya ve sanığın görevi savsama kastı ile davranmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 21.06.2006, 12635/12791)

"... Orman işletme şefi ve orman muhafaza memuru olan sanıkların, orman alanını işgal ve açma yapan kişiler hakkında suç tutanağı düzenlemesi yerine kendilerini uyardıklarını belgeleyen 06.05.2000, 17.05.2000, 24 ve 25.05.2000 tarihli tutanaklar tartışılmadan orman haritasının zemine uygulanmasında orman idaresinin tereddüde düşülebileceği, bir kısım kişilerin işgal ettiği alanların orman alanı dışında kaldığı biçiminde eksik ve oluşa uygun olmayan gerekçeyle beraat kararları verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 13.06.2006, 16893/12369)

"... Belediye başkanı olan sanığın, belediye encümeninin, ruhsatsız yapılan hazır beton santralinin yıkım kararını olanaksızlıklar nedeniyle yerine getiremediğini savunması karşısında, yıkım için başka idari kurumlardan yardım isteyip istemediğinin araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak (görevi savsama suçundan açılan davada beraate) hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 31.05.2006, 18752/11689)

"... Tapu sicil müdürü ve müdür vekili olan sanıkların, müdürlüğün döner sermaye bedellerini miktarı ne olursa olsun aynı gün ilgili hesaba yatırmak zorunda olan sanık Haşan K.'nin bu görevini gereği gibi yerine getirip getirmediğini kontrol etmeyerek, tahsil ettiği bedelleri zamanında yatırmaması veya eksik yatırmaması nedeniyle zarara yol açma eylemlerinin, görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden eksik ve yetersiz gerekçeyle beraatine hükmolunması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 06.06.2006, 1801/11952)

"... Konak Belediye Başkanlığı Gelir Müdürlüğüne bağlı yoklama ve icra takip şefi olan sanığın vergi borcu olan Aydın K.'dan alacağı tahsili için icra memuru Erkan K.'yı görevlendirdiği, ancak denetim görevini yerine getirmeyerek belgeleri zimmetsiz teslim ettiği, borçlunun malı bulunmadığı beyanına itibar edip, buna ilişkin haciz tutanağını istemediği ve imza ve kaşesini içeren mühürlü ve boş haciz tutanaklarını kayıtsız olarak icra memuruna verdiği, iadesi konusunda da kontrollerini yapmayarak memur tarafından kötüye kullanılmasına neden olduğu ve bu şekilde yükletilen suç işlediğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı T. C. Yasalarının ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 26.06.2006, 3564/12983)

"... PTT dağıtıcısı olan sanığın, muhatap Songül Ç. adına Ankara 15. Noterliğinden ve Ankara 27. Asliye Hukuk Mahkemesinden çıkarılan tebligattan 20.12.2001 ve 13.05.2002 tarihlerinde 'adresin boş olduğu' ve 'adresin sürekli kapalı olduğundan ve muhatabın muhtarlık kaydının olmadığı' gerekçeleriyle (yönteme aykırı olarak) tebliğ etmeme biçimindeki eylemi sonucu, 5237 sayılı TCY'nin 257/2. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilip tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gereği, bozmayı

gerektirmiştir,..." (4. CD, 19.06.2006, 9146/12541)

"... Saniğin, tebligat muhatabının adresinde geçici olarak bulunmadığını tespit etmesinden sonra, 7201 sayılı Tebligat Yasası'nın 21, Tebligat Tüzüğü'nün 28/son ve 30. maddelerine göre, tebliğ evrakını, muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden birine veya zabıta amir yahut memuruna teslim edip, (2) no.lu ihbarnameyi muhatabın kapısına yapıştırması ve mümkünse en yakın komşusuna haber vermesi mümkün olmadığı takdirde bu hususta tebliğ evrakında açıklama yapması gerekirken bu son zorunluluğa uymama suretiyle yükletilen suç işlediğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı T.C. Yasalarının ilgili hükümleri karşılaştırılarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 03.07.2006, 5894/13341)

"... Belediyede hesap işleri müdürü olan saniğin 25.11.2002 tarihli borçlu belediye ça- lışanı Süleyman Erdem'in maaşından kesinti yapılmasına ilişkin icra dairesi yazısının gereğini yerine getirmemesi ve yeniden 07.01.2003 tarihinde yazılan yazı sebebiyle de 29.01.2003 tarihinde kesinti yapması biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluş- turduğu gözetilerek, 5237 sayılı Yasa'nın 7. ve 5252 sayılı Yasa'nın 9/3 maddeleri uyarınca, saniğin hukuki durumunun 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası hükümleri de dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektir- miştir, ..." (4. CD, 24.05.2006, 17664/11280)

"... İlçe tarım müdürü olan saniğin 17.09.2003 tarihli mahkeme yazısına 14.01.2004 ve 14.03.2004 tarihli tekitlere cevap vermeme eylemlerinin; tekit işlemlerinin sayısı, son tekit yazısının suç duyurusu uyarısını içermesi ve savsama eyleminin 7 aylık bir süreyi kapsamaması nedeniyle görevi savsama suçunu oluşturabileceği gözetilerek;

5237 sayılı Yasa'nın 7/2 ve 5225 sayılı Yasa'nın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı Ceza Yasaları karşılaştırılıp sanık yararına olan uygulama saptanarak hüküm kurulması gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 15.05.2006, 9270/10864)

"... Çocuk yuvasında görevli bir hizmetlinin, işlemiş olduğu, ceza kovuşturmasını gerektiren bir suçtan dolayı 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 138. maddesi uyarınca 13.11.1997 tarihinde görevinden uzaklaştırılmasını takiben aynı Yasa'nın 145. maddesine göre her iki ayda bir kişinin durumunu inceleyerek göreve dönüp dönmeme konusunda yetkili makamdan onay almaları gerektiği hâlde bu hususu takipsiz bırakmak suretiyle İl Sosyal Hizmetler müdürü ve müdür yardımcıları olan sanıkların, görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiklerinin oluşu uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanıkların, bu fiilleriyle kamu zararına veya kişilerin mağduriyetine yol açıp açmadıkları yahut kişilere haksız bir kazanç sağlayıp sağlamadıkları denetime olanak verecek şekilde yapılacak araştırma sonucunda

belirlendiği takdirde, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkrası uyarınca, 765 sayılı TCY'nin 230 ve 5237 sayılı TCY'nin 257/2 maddelerinin olaya ayrı ayrı uygulanması suretiyle lehe olan yasa hükmünün saptanıp sonucuna göre hüküm kurulmasında zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiş ve katılan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükümlerin bozulmasına karar verildi, ..." (4. CD, 08.05.2006, 13467/10543)

"... Jandarma karakol komutanı olan sanığın, 23.02.2000 tarihinde yapılan başvuru üzerine 21.08.1999 günü meydana gelen trafik kazası nedeniyle araçta yolcu olarak bulunan Emin B.nin ayağının kırıldığına ilişkin 23.02.2000 tarihli tutanağı düzenlediği hâlde doğrudan kovuşturulması gereken bu olayla ilgili soruşturma yapmadığı, C. savcılığına da bildirimde bulunmadığının anlaşılması karşısında; (görevi savsama suçundan açılan davada) suç öğelerinin oluştuğu gözetilmeden, beraat hükmü kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 02.05.2006, 18054/10219)

"... İcra müdür yardımcısı olan sanığın İ. İ. Yasası'nın 85. maddesi uyarınca alacaklı vekilinin gösterdiği yerde haciz yapmak zorunda olduğu hâlde, o yerde borçlunun oturmadığı gerekçesiyle haciz yapmayarak görevi savsama suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCY'nin 7/2 ve 5252 sayılı Yasa'nın 9/3 maddeleri hükümleri gereğince 765 ve 5237 sayılı Ceza Yasalarının lehe olan hükümlerinin belirlenerek uygulanması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 17.04.2006, 7934/9415)

"... PTT tebligat görevlisi olan sanığın tebliğ belgesine Tebligat Kanunu'nun 23. maddesi ve Tebligat Tüzüğü'nün 33. maddesine aykırı olarak, tebliği yaptığı yeni adresi yazmamak suretiyle görevi savsama suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkraları uyarınca, 765 ve 5237 sayılı TCY'lerin ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak, sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 17.04.2006, 7931/9411)

"... Bir başka suçtan hükümlü olan sanık Ali S.nin, cezasının infazı için getirildiği ce- zaevine cep telefonu soktuğu, infaz koruma memuru ve uzman jandarma çavuşu olan diğer sanıkların ise görevlerini savsadıklarının ileri sürülmesi karşısında, adı geçen dosyası getirtilerek, cezaevine alınmadan önce düzenlenen hekim raporu, üst arama ve eşya teslimine ilişkin tutanakların incelenmesi, emanette bulunan cep telefonu ile cezaevinden konuşup konuşmadığı araştırılarak kanıtların birlikte değerlendirilmesi ve sanık Ali S.nin cep telefonunu bir gün sonra teslim ettiği de gözetilerek cep telefonunu bilerek ve isteyerek (kasten) sokup sokmadığı, öbür sanıkların ise her birisinin ayrı ayrı sorumluluk durumları, bilerek ve isteyerek suça katılıp katılmadıkları, katılmamışlarsa görevin gereklerine aykırı davranıp davranmadıkları, bu nedenle devletçe zarar, haksız kazanç veya mağduriyete yol açıp

açmadıklarının tartışılması ve sonucuna göre;

a. Sanık Ali S.nin cep telefonunu 5237 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca bilerek ve isteyerek (kasten) cezaevine soktuğu ve bu nedenle suçun manevi ögesinin oluştuğu kabul edildiği takdirde, lehinde olan yasa maddesi de gözetilerek, hakkında 765 sayılı TCK'nın 307/a veya 5237 S. K. 297/1. maddesinin uygulanması,

b. Görevli sanıkların, sanık Ali S.nin eylemine bilerek ve isteyerek katıldıkları saptandığı takdirde, yararlarındaki yasa maddesi de gözetilerek, özel hüküm niteliğindeki 765 sayılı TCK'nın 64, 65. maddeleri aracılığıyla 307/a veya 5237 sayılı Kanun'un 297/1-3. maddesinin uygulanması,

c. Görevli sanıkların eyleme kasten katılmadıkları, ancak yöntemine uygun üst araması yapmayarak görevlerinin gereklerine uygun davranmadıkları kabul edildiği takdirde, bundan devletçe zarar veya haksız kazanç veya mağduriyet doğması hâlinde, genel ve yardımcı hüküm niteliğindeki 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin uygulanması,

d. Sanıkların bilerek ve isteyerek hareket etmemeleri sebebiyle suçun manevi ögesinin oluşmadığı veya devletçe zarar, haksız kazanç, mağduriyete neden olunmadığı kabul edildiği takdirde ise sanıkların beraatlerine karar verilmesi,

Gerekirken, eksik soruşturma ve sanık Ali S.nin, cep telefonunu, cezaevine alınırken cebinde unuttuğu, sabah fark ederek yönetime teslim ettiği, görevli sanıkların ise aramada gereken özeni gösterdikleri yolundaki yetersiz gerekçeyle, beraat hükümleri kurulması, ..." (Yargıtay 4. Ceza D, 11.04.2006 tarih, 2844/9238 esas ve Karar)

"... Muş C. Başsavcılığınca, ailesine tesliminde sakınca bulunması nedeniyle hakkında koruma kararı alınması istenilen on sekiz yaşından küçük Seval B.nin makam onayıyla geçici olarak yerleştirildiği kadın konukevinden, önce iş bulmak amacıyla kısa süreli daha sonra da yanında çalışacağını belirttiği ancak kimliği ve adresi kurum tarafından doğrulanmayan bir bayanla birlikte ilişkisini tamamen keserek ayrılması biçiminde gerçekleşen somut olayda, Başbakanlık SHÇEK Genel Müdürlüğüne bağlı İzmir Kadın Konukevi müdür vekili olan sanığın, gelişmeleri zamanında İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne bildirmeyip gerekli yasal işlemleri başlatmayarak adı geçen küçüğün mağduriyetine yol açıp açmadığının araştırılması ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 15.03.2006, 4357/7352)

"... 'Müfettiş ve müfettiş yardımcılarını meri mevzuatta öngörülen yetkilerini tam olarak kullanmaktan ve görevlerini eksiksiz yerine getirmekten sorumludurlar' biçimindeki Vakıflar Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 14. maddesi hükmü karşısında;

Mahkemeye sunulan 08.03.2002 tarihli bilirkişi raporunda yer verilen ' ... sanıklar V. S. ve A. O. tarafından hazırlanan teftiş raporunda Cumhurbaşkanlığı Devlet

Denetleme Kurulu değerlendirme raporunda değinilen uyarıların dikkate alındığının belirtilmesine karşın, birçok hususun denetim dışı bırakıldığı, sanık M. Ö.nün Medeni Yasa hükümlerine aykırı davrandığı anlaşılan vakfın kapatılmasına ilişkin görüş bildirmemekte direndiği yolundaki açıklamalarının aksine kanıtlar gösterilmeden, anılan bilirkişi raporu ile hükme dayanak teşkil ettiği anlaşılan 23.03.2003 tarihli bilirkişi raporu arasındaki mevcut çelişkiler de giderilmeden eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 07.03.2006, 3188/5820)

"... Belediye avukatı olan sanığın hangi tarihte görevinden ayrıldığıнын kesin olarak saptanması ve dava açmak için ağır ceza mahkemesinin sonucunu beklediğine ilişkin savunması değerlendirilip, 5237 sayılı TCY hükümleri de gözetilerek hukuksal durumunun belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 30.01.2006, 386/1037)

"... Oluşa göre, uzman jandarma çavuş olan sanık Hasan A.nın, C. savcısınca ifadesi alınan şüpheli Adnan G.nin sorgu için sulh hâkimliğine sevk edilerek, sanığa da bu husus bildirilip beklemesi istenmesine karşın şüpheliyi koridorda yalnız bırakıp karakolla ilgili resmî bir yazışma bulunup bulunmadığını sormak için kalem odasına girdiği sırada şüphelinin kaçmasına sebebiyet verme biçimindeki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturması karşısında 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkrası uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY'lerin ilgili hükümlerinin olaya uygulanarak birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle sanık yararına olan yasa hükümleri belirlenip uygulanması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 15.02.2006, 22951/3262)

"... Ümraniye (E) Tipi Cezaevine hüküm özeti gönderilen H. İbrahim E.nin Adalet Ba- kanlığının uygulamaları gereğince başka cezaevine nakline ilişkin işlemleri derhâl baş- latmaları gerekmesine karşın 3 ay süreyle bu yolda bir girişimde bulunmama biçiminde oluşan eylemlerinin kamu zararı, haksız kazanç veya kişi mağduriyeti oluşturup oluş- turmayacağı hususları da tartışılarak sonucuna göre olaya 765 ve 5237 sayılı TCY'lerin ilgili hükümleri uygulanıp karşılaştırılarak sanığın yararına olan yasa hükümlerinin saptanması suretiyle sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 28.02.2006, 1794/4935)

"... Trafik tescil bürosunca notere hitaben satışa engel durum olmadığının bildirilmiş olmasının, bu bildirim sonrası gelen, aracın tescil kaydına tedbir konulmasını isteyen mahkeme kararının uygulanmasını önleyemeyeceği gözetilerek, somut olayda tedbir yazısını gördüğü hâlde işlem yapmayan sanığın belirlenip, büro amiri olan sanığın, işlemin bu yolda yapılmasıyla ilgili emir ve talimatı bulunup bulunmadığı da araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçeyle beraat kararları verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 26.04.2006, 10552/10010)

"... Vergi mahkemesinin bir davanın delili olarak istediği bilgilerin tekit yazılarına rağmen gönderilmeyerek mahkemeye ait yazıların gereğini yerine getirmeme biçiminde gerçekleşen eyleminde TCY'nin 257. maddesinde öngörülen kamu zararı, mağduriyet ve haksız kazanç sağlama öğelerinin oluşup oluşmadığı tartışılarak sonucuna göre görevi savsama suçundan hüküm kurulması yerine atılı suçun oluşmadığı biçiminde soyut gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 26.04.2006, 82/10032)

"... Köy muhtarı olan sanığın orman muhafaza memurlarının gündüz ev aramasını '... ev sahibi evde yok...', gece ev aramasını da '... yazılı emir yok...' gerekçesiyle reddetmesi ve bu konuda yardımcı olmadığının oluşa uygun kabulü karşısında, suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 96/1, 6831 sayılı Orman Yasası'nın 79/24,88. maddeleri karşısında sanığın görevde yetkisini kötüye kullandığı bu nedenle 765 ve 5237 sayılı Ceza Yasalarının karşılaştırılıp sanık lehine olan uygulama saptanarak hükümlülük kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraatine kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (4. CD, 13.03.2006, 5650/6712)

"... Mahalle muhtarı olan sanığın gerekli özen ve araştırma yükümlülüğüne uymadan ilgisinden başka kişiye nüfus cüzdanı kayıp ve değiştirme belgesi düzenleyip verme biçimindeki eyleminin gerçeğe aykırı belge düzenleme suçunu oluşturabileceği gözetilerek 765 ve 5237 sayılı TCY'nin ilgili hükümlerinin uygulanıp karşılaştırılmak suretiyle sanık yararına olan yasa hükümlerinin uygulanma zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir, ..." (4. CD, 06.03.2006, 5773/5548)

"... Belediye imar müdürü olan sanığın 18.10.2000 tarihli 2197 sayılı encümen Kararı ile yıkılmasına karar verilen ruhsatsız inşaatla ilgili olarak belediye başkanlığından teknik eleman isteğinde bulunup bulunmadığı, konuya ilişkin ihale açılıp açılmadığı araştırılarak sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 14.03.2006 tarih, 3866/6771 esas ve Karar)

"... Sanık avukatın, vekilliğini üstlendiği yakınanlar adına çek iptali ve menfi tespit davası açmak için 150.000.000 TL dava masrafı da almasına karşın, dava açmamak suretiyle yakınanların mağduriyetine neden olmak biçimindeki eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır, ..." (Yargıtay 4. CD, 17.04.2006 tarih, 9117/9444 esas ve Karar)

"... 24.01.2006 tarihinde Kocaeli Devlet Hastanesinde pazarlık usulü ile gerçekleşen 2006 mali yılı çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, kapı güvenliği, terzihane ve bahçıvanlık hizmetleri ihalesinde ihale

sürecinde görevli olan kamu görevlisi sanıklar Fatih Özcan, Neşe, Ummuhan, Ziyamet ve Hamza'nın görevlerini ihmal ettikleri, 27.02.2006 tarihinde Kocaeli Devlet Hastanesinde pazarlık usulü ile gerçekleşen çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, kapı güvenliği, terzihane ve bahçe hizmetleri ihalesinde de ihale sürecinde görevli olan kamu görevlisi sanıklar Fatih Özcan, Neşe, Ummuhan, Ziyamet, Nurhan ve Hamza'nın görevlerini ihmal ettikleri kabul edildiği hâlde adı geçen sanıklar haklarında görevi ihmal suçundan ceza verilmesine yer olmadığına, sanık Murat Evciler hakkında ise ihaleye fesat karıştırma suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34, 230 ve 289/1-g maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının sanıkları, katılanı, C. savcısını ve herkesi tatmin edecek, Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması gerektiği nazara alınarak, Yargıtayın gerekçelerde tutarlılık denetimi yapması ve bu açılardan mantıksal ve hukuksal bütünlüğün sağlanması için kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması ilkelerine uyulmadan, CMK'nın 230/3 ve 232/6. maddelerine de aykırı olarak, sanıklar haklarında yazılı şekilde gerekçeden yoksun olarak hüküm kurulması,

Sanıklar Fatih Turan ve Gültekin Uzun haklarında kurulan beraat hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

24.01.2006 tarihinde Kocaeli Devlet Hastanesinde pazarlık usulü ile gerçekleşen 2006 mali yılı çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, kapı güvenliği, terzihane ve bahçivani hizmetleri ihalesinde ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi sanıkların eylemleri görevi ihmal olarak kabul edildiği hâlde, aynı ihaleyle ilgili olarak hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı dava açılan ve söz konusu ihalede ihale komisyon üyesi olarak görevli olan kamu görevlisi sanık Fatih Turan ile 27.02.2006 tarihinde Kocaeli Devlet Hastanesinde pazarlık usulü ile gerçekleşen çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, kapı güvenliği, terzihane ve bahçe hizmetleri ihalesinde ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi sanıkların eylemleri görevi ihmal olarak kabul edildiği hâlde, aynı ihaleyle ilgili olarak hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı dava açılan ve söz konusu ihalede ihale komisyon üyesi olarak görevli olan kamu görevlisi sanık Gültekin Uzun haklarında CMK'nın 230/2 ve 232/6. maddelerine de aykırı olarak, yazılı şekilde gerekçeden yoksun olarak hüküm kurulması,

Sanıklar Halidun Engin ve Songül Kahraman haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen beraat hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

15.03.2006 tarihinde Kocaeli İl Sağlık Müdürlüğünde gerçekleştirilen 9 aylık veri girişi işi hizmet alımı ihalesinde, ihale üzerinde kalan, sanıklardan Halidun'un sahibi ve yetkilisi, diğer sanığın ise çalışanı olduğu Özgen Tem. Özel Güvenlik Teks. Gıda Yemek San. ve Tic. Ltd. Şti'nin ihale dosyası içerisine koyduğu ve idari şartnamenin ilgili maddesinde istenilen ISO belgesinin (4734 sayılı Kamu İhale Yasası'nın 45. maddesinde belirtilen kapasite, araştırma geliştirme, standart ve kaliteye ilişkin belge) ihale tarihi itibarıyla ve Yasa'nın aradığı şartlara uygun olarak akredite edilip edilmediği, yine sözleşme aşamasında 10. madde taahhütnamesinde belirtilen firmanın ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunup bulunmadığı hususlarında, sanıklarca ibraz edilen belgelerin gerçeği yansıtmayıp yansıtmadığı araştırılıp değerlendirilerek, gerekirse bu hususlarda ilgili kurumlarla yazışma yapıp bilirkişi raporu da alındıktan sonra kanıtlar ve gerekçesi gösterilerek

sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine, eksik soruşturma ve gerekçesiz olarak yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanıklar Hamza Şahin, Neşe Şenol, Nurhan Karakuş, Fatih Özcan, Ziyamet Zaman, Ummuhan Erdem ve Turgut Çatan haklarında ihaleye fesat karıştırma suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Kocaeli Devlet Hastanesi tarafından 2006 mali yılı 10 aylık çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, terzihane, bahçıvanlık hizmetleri işi için açık usulde ihale yapılması kararı alındığı, ihale yetkilisi sanık Fatih'in ihale onay belgesini 26.01.2006'da imzaladıktan sonra ihalenin ilan edildiği, ihale tarihinin 24.02.2006 olarak belirlendiği, bu arada 09.02.2006 tarihinde yapılan zeyilname ile idari şartnamenin 7.2.1 ve 7.2.3 maddelerinde değişiklik yapıldığı, buna göre temizlik hizmetleri ibaresinin şartnameye eklendiği, şartnamenin 6 firma tarafından satın alındığı, ancak 4 firmanın ihaleye teklif verdiği, ihalenin yaklaşık maliyete göre en uygun teklifi veren sanıklardan Turgut'un hissedarı olduğu Tolga İnş. Elek. Tem. İlaç Hiz. Sist. Güv. Bak. Gıda Tic. ve Ltd. Şti. üzerinde bırakıldığı, buna ilişkin 16.03.2006 günlü ihale komisyonu kararının sanıklardan ihale komisyonu başkanı Neşe ile üyeler Hamza, Ummuhan, Ziyamet ve Nurhan tarafından imzalandıktan sonra ihale yetkilisi olan başhekim vekili sanık Fatih Özcan tarafından 20.03.2006 tarihinde onaylandığı, yüklenici ile sözleşmenin de 27.03.2006 günü imzalanmak suretiyle ihale sürecinin tamamlandığı dava konusu olayda, mahkemece zeyilname ile idari şartnamede yapılan değişikliğin ilan edilmeksizin ihale yapılarak rekabet ve katılımın engellendiği, Tolga temizlik firmasının ihaleye katılma koşullarını taşımadığı hâlde şartnamede değişiklik yapılarak bu firmanın ihaleye katılımının sağlandığı gerekçesiyle sanıkların atılı suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmiş ise de davaya ve sanıkların mahkûmiyetine konu olan ihale ile ilgili şartnamenin firmalarca zeyilname tarihinden sonra 15-17-23 ve 24.02.2006 tarihlerinde satın alınması, dolayısıyla idari şartnamede zeyilname ile yapılan değişiklikten şartname satın alan tüm firmaların haberdar olması, ihaleye yeterli katılımın bulunması, ihale ilanının 4.4, idari şartnamenin 7.3 maddelerinde 'bu ihalede benzer iş olarak temizlik hizmetleri' ibaresinin bulunması ile inkâra yönelik sanık savunmaları birlikte gözetilerek, idari şartnamenin 7.2.1 ve 7.2.3 maddelerinde zeyilname ile yapılan değişikliğin ilan edilmemesi ile bu maddelerde yapılan değişikliğin şartnamenin 7.2.2 maddesinde yapılmamasının idari bir işlem eksikliğinden mi kaynaklandığı yoksa bunun suçun kurucu unsurlarından olan hileli hareketlerden mi olduğu hususları sanıkların suç kasıtlarıyla birlikte tartışılıp değerlendirilmeden, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde sayılan hâllerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, 'd' bendinde belirtilen hâlde ise ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve

TCK'nın 235/2-(a-2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Turgut'un suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin asli fail gibi cezalandırılması,

Sanıkların eylemleri sabit görülerek mahkûmiyetlerine karar verilmesine rağmen hükümde 5237 sayılı TCK'nın 235/2-(a-2) maddesi delaletiyle, ibaresine yer verilmeyerek CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi,

Suçun 5237 sayılı TCK'nın 53/1 -a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine rağmen Turgut Çatan dışındaki sanıklar haklarında aynı Yasa'nın 53/5. madde ve fıkrası gereğince cezanın infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanıklar Hamza Şahin, Neşe Şenol, Fatih Özcan ve Ziyamet Zaman haklarında 2003, 2004 ve 2005 yıllarına ilişkin olarak Kocaeli Devlet Hastanesinde gerçekleştirilen çamaşır yıkama... ihaleleriyle ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçlarından kurulan ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hükümlere yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

23.12.2002, 09.12.2003 ve 23.11.2004 tarihlerinde Kocaeli Devlet Hastanesinde gerçekleştirilen ve Akten Özel Sağlık Hiz. Taah. ve Tic. Ltd. Şti'nin uhdesinde kalan çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma ve teknik hizmetler, kapı güvenliği, terzihane... hizmetleri ihalelerinde haklarında dava açılıp da edimin ifasına fesat karıştırdığı kabul edilen sanık Murat Evciler'in eylemleri nedeniyle, ihale muayene ve kabul komisyonu üyeleri oldukları için görevlerini kötüye kullandıkları kabul edilen sanıklar haklarında görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34, 230 ve 289/1-g maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının sanıkları, katılanı, C. savcısını ve herkesi tatmin edecek, Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması gerektiği nazara alınarak, Yargıtayın gerekçelerde tutarlılık denetimi yapması ve bu açılardan mantıksal ve hukuksal bütünlüğün sağlanması için kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması ilkelerine uyulmadan, sanıkların eylemleriyle Murat Evciler'in eylemi arasında 5237 sayılı TCK'nın 37, 38, 39 ve 40. maddeleri yönünden bağlantı bulunup bulunmadığı da tartışılıp değerlendirilmeden, haklarında dava açılmayan bir kısım kamu görevlileri yönünden suç duyurusunda bulunulmak suretiyle ve CMK'nın 230/3 ve 232/6. maddelerine de aykırı olarak, sanıklar haklarında yazılı şekilde gerekçeden yoksun olarak hüküm kurulması,

Sanık Murat Evciler hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise;

Saniğin, 03.12.1998-30.04.1999 tarihleri arasında 30 sermaye payı ile hissedarı olduğu Akten Özel Sağlık Hiz. Taahhüt ve Tic. Ltd. Şti. adına özellikle bu tarihten sonra şirket adına aldığı vekâletname ile kamu kurumlarınca yapılan ihalelere ve bu süreçteki birtakım işlemlere katıldığı gerek savunmasından gerekse dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de hakkında dava konusu edilen ve söz konusu

şirketin kazandığı Kocaeli Devlet Hastanesinin 2004 ve 2005 mali yıllarına ilişkin çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma... ihalelerine ilişkin sözleşmelerde Akten firması adına imzasının bulunmaması, sadece 2003 mali yılına ilişkin çamaşır yıkama, kalorifer kazanlarını yakma... ihalesine ilişkin sözleşmede firma adına imzasının bulunması ile dosya arasında mevcut hizmet işleri kabul tutanaklarında isminin geçmemesi karşısında, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi de gözetilerek, hakkında dava konusu edilen ihalelere ilişkin olarak edimin ifası süreçlerine Akten firması adına doğrudan veya dolaylı olarak katılıp katılmadığı, ihale dosyalarında mevcut hizmet işleri kabul tutanaklarında firma yetkilisi ibaresi altında bulunan şirket kaşesi üzerindeki imzaların sanığa ait olup olmadığı hususlarında sanık Murat ve bu tutanaklarda isim ve imzaları bulunan kamu görevlileri dinlenmek ve gerekirse imza incelemesi de yaptırılmak suretiyle sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirine yerine, eksik soruşturma sonucu ve firma yetkilisi olduğundan bahisle yetersiz gerekçeyle atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi,

Kabule göre de;

5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin veya faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, 'c', 'd' ve 'e' bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-e maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olmayan sanık Murat'ın suça ne şekilde katıldığı karar yerinde tartışılıp gösterilmeksizin asli fail gibi cezalandırılması,

Sanığın eylemleri sabit görülerek mahkûmiyetine karar verilmesine rağmen hükümde 5237 sayılı TCK'nın 236/2-e maddesi delaletiyle ibaresine yer verilmeyerek CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi,..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 26.09.2012 tarih, 2012/3921 esas ve 2012/9472 Karar)

Rüşvet Suçunda Yapılacak Pratik Çalışmalarda Kullanılabilecek Yargıtay İncelemesinden Geçen Örnek Olaylar

Rüşvet, teşebbüs

OLAY 1: Görülmekte olan bir dava ile ilgili mahkeme, 3 kişilik bilirkişi heyetine dosyayı tevdi etmiş; heyette yer alan sanık Şahin, davanın tarafı olan şirket yetkililerini arayarak dosya ile ilgili görüşmek istiyor, şirket yetkililerinden Mustafa ile buluşuyor. Burada Mustafa, Şahin'e 7.000 TL vermeyi kabul ediyor. Mustafa durumu polise bildirerek paraların seri numaraları alınıyor. Sanık paraları aldıktan sonra suçüstü yakalanıyor.

- Sanık parayı öğrenci bursu olarak aldığını söylüyor.
- Müşteki ise lehe rapor vermek için parayı istediğini söylemiş.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- Sanığın bilirkişilik yaptığı dosyanın incelenmek üzere istenilmesine,
- Sanığı suçüstü yakalayan polis memurları Ali ve Mehmet'in tanık olarak duruşmaya davetlerine,
- Sanığın telefonla görüştüğü şirket yetkilisi Hasan'ın duruşmaya davet edilmesine, Müşteki Mustafa'nın duruşmaya davet edilmesine,
- Sanığın parayı burs olarak vereceğini söylediği dernek yetkilisinin tanık olarak duruşmaya davet edilmesine.

KARAR:

Mahkeme, sanığın, bilirkişi olarak, davanın taraflarından birisi ile buluşmasını ve burs adı altında bile olsa para almasını doğru bulmamış sanığın bu parayı rüşvet olarak aldığına kanaat getirerek TCK 252/1- 5 yıl hapis, 252/2 ½ artırımla 7 yıl 6 ay hapis, 62-1/6 ind-. 6 yıl 3 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

YARGITAY:

Mağdurun gerçekte rüşvet verme niyeti olmadığından taraflar arasında özgür iradeleri ile yapılmış bir rüşvet anlaşması yoktur. Eylem rüşvet almaya teşebbüs olur. (Y. 5. CD, 2012/9703, 2013/38)

Rüşvet, teşebbüs, indirim, beraat

OLAY 2: Sanıklar Haydar, Türker ve Mustafa belediyede zabıta memuru olarak görev yapıyorlar. Müşteki belediyeden ruhsat almadan iş yeri açıyor. Bunu öğrenen sanık Türker, müşterinin iş yerine giderek bunun cezasının büyük olduğunu, iş yerinin kapatılabileceğini belirtiyor başka bir gün Haydar ile birlikte gidip işlem yapmamak için para istiyorlar. Müşteki 150 TL parayı sanıklara veriyor. Bir müddet sonra bu kez sanık Türker ve Mustafa müşterinin iş yerine gelerek aynı şekilde para talebinde bulunuyor. Müşteki parayı vermeden önce belediye başkan yardımcısına durumu iletiyor. Başkan yardımcısı paraların seri numarasını alıp müşteriye, sanıklara vermesini söylüyor. Sanıklar parayı alıp çıkarken belediye başkanı sanıkları yakalıyor. Paralar sanıkların üzerinde yakalanıyor.

Savcılık sanıklar Haydar ve Mustafa'nın TCK 252/1. maddesinden Türker'in ise 250/1, 43. maddesi gereğince cezalandırılmasını istemiştir.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- Sanıkların belediyedeki görevlerinin ne olduğunun belediyeden sorulmasına,
- Mağdurun iş yerini hangi tarihte açtığı, iş yeri açma ruhsatının bulunup bulunmadığı, hangi tarihte ruhsat aldığının araştırılmasına,
- Sanıklarla ilgili belediyede yürütülen disiplin soruşturması olup olmadığı, -Belediye başkan yardımcısı Zeki'nin tanık sıfatıyla duruşmaya davetine,
- Müştekinin iş yerinde çalışan ve olaylara kısmen tanık olan Hakan ve Tayfur'un duruşmaya davet edilmelerine.

KARAR:

Mahkeme, ilk eylemle ilgili müştekinin soyut iddiası dışında delil bulunmadığından sanıklar Haydar ve Türker'in beraatine karar vermiş, ikinci eylemle ilgili ise sanıkların üzerinden seri numaraları alınmış paraların bulunması ve tanık beyanları ile müştekinin iftira atması için bir neden bulunmadığından Türker ve Mustafa'ya rüşvet suçundan mahkûmiyet vermiş ancak eylemin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle TCK 35/2 maddesi gereğince ¼ indirim yapmıştır.

YARGITAY:

Beraat kararı ve rüşvet olduğu görüşü doğru ancak teşebbüs hâlinde indirim oranı 152/4. maddesine göre yapılmalıdır. TCK 35'e göre. (Y. 5. CD, 2011/13190, 2013/109)

Rüşvet, irtikâp

OLAY 3: Sanık, belediyede zabıta komiser yardımcısı olarak görevli. Olay günü görevlendirme üzerine müştekinin iş yerine gelerek denetim yapıyor. Ümit, müştekiye pastane olan iş yerinin bahçesine yaptığı inşaatın kaçak olduğunu söyleyip işlem yapmaması karşılığında para istiyor. Müşteki bu teklifi kabul ederek sanığa bir miktar para veriyor.

Savcılık her ikisinin de rüşvet almak ve rüşvet vermekten cezalandırılmasını talep etmiştir.

- Sanık, denetleme yaptığını, gördüğü eksikliklerle ilgili iş yeri sahibini uyardığını, para almadığını savunmuş.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- Sanık hakkındaki idari soruşturma dosyasının belediyeden istenilmesine,
- Sanığın belediyedeki görevinin ne olduğunun sorulmasına,
- Olay sırasında sanığın yanında bulunan Zabıta Memuru Miktat ile iş yeri çalışanı olan Ferdi'nin tanık sıfatıyla duruşmaya çağrılmalarına,
- Söz konusu iş yerinin bahçesinde ruhsatsız eklentisinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına.

KARAR:

Mahkeme tanık beyanlarına dayanarak memur olan sanığın, iş yeri sahibinden para aldığını kabul etmiş, ancak para alırken 'Yaptığın eklentinin yıkılmasını, iş yerinin dağılmasını istemiyorsan para vereceksin.' demesini manevi cebir olarak kabul etmiş ve eylemin irtikâp suçunu oluşturduğuna karar vermiş, iş yerinin sahibine ise suçun mağduru olması nedeniyle beraat vermiştir.

YARGITAY:

İrtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı davranış icbar kavramına dâhil olduğu, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması,

mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, somut olayda ise baskının bu boyuta ulaşmadığına, eylemin rüşvet olduğuna karar vermiştir. (Y. 5. CD, 2011/12854, 2013/42)

Görevi kötüye kullanma, rüşvet

OLAY 4: Sanık Hakan, havalimanı dış hatlar terminalinde emniyet amiri olarak görevli. Sanık Ahmet'in ise aynı yerde oto kiralama iş yeri var. Sanık Hakan, emrindeki polislerden, sanık Ahmet'in araçlarına ve elemanlarına Kabahatlar Kanunu'na göre işlem yapılmamasını istemiş (6 ay boyunca hiçbir işlem yapılmamış.). Bunun karşılığında iki ayrı zamanda kiraladığı araçlarına kira bedellerini ödememiş. Teknik takip ve fiziki takip yapılmış.

Savcılık görevi kötüye kullanmaktan dava açmış.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- Olay tarihinde sanık Hakan'ın emrinde çalışan polis memurlarının tanık olarak duruşmaya çağrılmalarına,
- Sanık Hakan'ın kiraladığı araçların olay tarihindeki günlük kira bedellerinin araştırılmasına,
- Sanık Hakan tarafından kullanılan araçların sanığa kiralandığına ve bedellerinin tahsil edildiğine dair iş yeri kayıtları üzerinde inceleme yaptırılmasına,
- Sanık Hakan hakkında yürütülen disiplin soruşturma dosyasının istenilmesine,
- Sanık Ahmet'in iş yeri, araçları veya çalışanları ile ilgili sanık Hakan'ın amiri olduğu birim tarafından yapılan ceza işlemlerinin nelerden ibaret olduğunun sorulmasına.

KARAR:

Mahkeme fiziki takip ve sanıkların ikrarı nedeniyle araçların kullanıldığını kabul etmiş, araçların kira bedellerinin ödendiğine dair hiçbir kayıt olmaması ve uzun süre kiralınmasına rağmen sanık Hakan'a kiralandığına dair hiçbir kayıt tutulmamasını olağan dışı bulmuş ayrıca telefon görüşmelerine göre taraflar arasında samimi bir ilişki olduğu, araçların kiralınması ve bedeli ile ilgili hiçbir konuşma geçmemesi nedeniyle kira bedelinin ödenmediğini kabul etmiş, ayrıca iş yeri sahibi Ahmet'in haklarında işlem yapılmaması ile ilgili telefonda Hakan'dan talepte bulunması, Hakan'ın kabul etmesi, Hakan'ın polislerle bu yönde talimat vermesi, tanık polislerden bir kısmının bunu doğrulaması nedeniyle Hakan'ın görevlerinin gereklerine aykırı davranarak yapması gereken işi yapmamak için menfaat temin ettiğini taraflar arasında zamana yayılan bir anlaşma olduğunu kabul ederek eylemin görevi kötüye kullanma değil zincirleme şeklinde rüşvet suçunu oluşturduğuna karar vermiş. (Yargıtay kararı onamış.) (Y. 5. CD 2011/7844, 2013/2366)

Rüşvet, irtikâp

OLAY 5: Sanık Zeki trafik polisi olarak görev yapıyor. Durdurduğu minibüsün belediye ruhsatının olmadığını görünce trafikten menetmesi gerekirken evraklarını alarak gitmesine izin veriyor. Minibüsçüler Derneğinde değnekçilik yapan sanık Ömer'e evrakları vererek, 150 TL aldıktan sonra evrakları vermesini söylüyor. Minibüs şoförünün abisi tanık Şevket, Ömer'e ulaşip evrakları geri istiyor. Ömer, Şevket'ten 150 TL para istiyor. Şevket ve kardeşi şikâyetçi oluyorlar.

Savcılık eylemi rüşvet almaya teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Sanık Zeki, Ramazan olduğu için aracın gitmesine müsaade ettiğini, para istemediğini, sanık Ömer'e Zeki'nin 3 adet ruhsatı kendisinin bıraktığını Şevket'e 150 TL cezası olduğunu söylediğini belirtmiş.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- Sanık Zeki hakkında başlatılan disiplin soruşturmasına ilişkin dosyanın istenilmesine,
- Sanık Zeki'nin olay tarihindeki görevinin ne olduğunun araştırılmasına,
- Tanıklar Şevket ve Ahmet'in duruşmaya çağrılmalarına.

KARAR:

Mahkeme, Zeki'nin aracın ruhsatını alarak trafikten menetmek yerine gitmesine izin vermesini, ruhsatı değnekçi olan Ömer'e vermesini anlamlı bulmamış ayrıca Ömer'in hiçbir resmî sıfatı olmamasına rağmen 150 TL cezası var diyerek para istemesini sanıkların işlem yapmaması karşılığında menfaat temin etmeye çalışmak olarak değerlendirmiş, eylemi rüşvet almaya teşebbüs olarak kabul edip uygulama yapmıştır. TCK 37/1 maddesi delaletiyle her iki sanığı müşterek fail olarak cezalandırmıştır.

YARGITAY:

Sanık Ömer'in eylemi TCK 39/2-c maddesi kapsamında suça yardım etmedir. Müşterek fail olarak cezalandırılamaz. (Y. 5. CD, 2012/3457, 2013/1174)

Rüşvet, irtikâp

OLAY 6: Müşteki Mehmet hakkında yakalama emri var, infaz bürosunda görevli polis memurları Hamdi ve Tayfun müşterekinin iş yerine gidip "Hakkında yakalama emri var ama sen iyi birine benziyorsun bunu aramızda halledebiliriz." diyerek tekrar geleceklerini söylüyorlar. Müşteki durumu yetkililere bildirerek seri numarası alınan paraları sanıklar tekrar geldiğinde kendilerine veriyor. Paralar Tayfun'un montunun cebinde ele geçiriliyor.

- Sanıklar ilk gittiklerinde müşterekinin yakalamasının kalktığını, yazı getireceğini söylediğini; ikinci gittiklerinde kaldırma yazısı ibraz ettiğini, bu sırada tualete gittiklerini Tayfun'un tualete giderken montunu çıkarıp iş yerine koyduğunu paranın bu sırada konulmuş olabileceğini söylemiş.

Savcılık icbar suretiyle irtikâp suçundan dava açmış.

Mahkemece araştırılması tensip kılınan hususlar

- Müştekinin iş yerinde çalışan tanık Feridun'un duruşmaya çağrılmasına,
- Sanıklar hakkında yürütülen disiplin soruşturmasıyla ilgili dosyanın istenilmesine,
- Sanıkların olay tarihindeki görevlerinin sorulmasına,
- Müşteki hakkında olay tarihinde yakalama emri bulunup bulunmadığının sorulmasına,
- Müştekinin olayı ihbar ettiği polis amiri ile sanıkları yakalayan polis memurlarının

tanık olarak çağrılmalarına.

KARAR:

Mahkeme, sanıkların sürekli birlikte olmaları nedeniyle sanık Hamdi'nin olayla ilgisi olmadığı ve sanıkların oyuna getirildikleri şeklindeki savunmalarını inandırıcı görmemiş birlikte irtikâp suçuna teşebbüs suçunu işlediklerini kabul etmiştir.

YARGITAY:

Olaydaki cebir yeterli boyuta ulaşmamıştır. İrtikâp olmaz rüşvete teşebbüs olur demiştir.(Y.5.C.D. 2012/12914, 2013/776)

8 YOLSUZLUK SUÇLARINDA SUÇ GELİRLERİNİN GERİ ALINMASI

8. Yolsuzluk Suçlarında Suç Gelirlerinin Geri Alınması

8.1. Genel Olarak

1980'li yıllara kadar suçla mücadelede, suç teşkil eden fiillerle yani suçun kendisi ile mücadelenin esas alındığı bir anlayış hâkimken, son yıllarda suçtan elde edilen gelirin de eksiksiz bir şekilde geri alınmasının yolları araştırılmaya başlanılmıştır. Bunda organize suç örgütleri tarafından elde edilen suç gelirlerinin göz ardı edilemeyecek boyutlara ulaşmış olmasının tespit edilmesi etkili olmuştur. Nitekim yapılan bir araştırmaya göre, yasa dışı faaliyetlerden elde edilen gelirlerin, dünya gayri safi yurt içi hasılasının %2-5'i oranında olduğu tahmin edilmektedir.¹

Büyük miktarlardaki suç gelirlerinin, içerisinde bulundukları ekonomiler için istikrarsızlık kaynağı olabilmelerinin yanı sıra suç örgütleri tarafından işlenecek yeni suçlara finansman sağlamaları, bu örgütler için zenginlik ve güç kaynağı olması bakımından da olumsuz etkileri bulunmaktadır.

Özellikle uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma, dolandırıcılık, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti gibi suçlarda amaç ekonomik çıkar elde etmek olmaktadır. Bu tarz suçlarda hürriyeti bağlayıcı cezalar ve adli para cezaları verilmesine rağmen bu cezaların infazı sonrasında failin elinde suçtan elde ettiği büyük miktarda mal varlığının kalması, insanların elde edecekleri menfaat karşılığında cezayı göze alarak, suç işleme eğilimine girmelerine neden olmaktadır. Bu nedenle de bu suçlularla mücadelede faille sadece hapis cezası vermek çoğu zaman caydırıcı olmamaktadır. Bu tür suçlarla mücadelede en etkili yöntem failerin suçtan elde ettikleri veya suç dolayısıyla edindikleri tüm mal varlıklarının geri alınmasıdır. Faille cezai yaptırımlar uygulanması yanında, suç işlemelerinin en önemli amacı olan "mal varlığı"nın, geri alınması, failerin suç işlemekten vazgeçmelerini sağlayabilecektir. Bu şekilde devlete ve adalete olan güven artacak, mağduriyetler giderilecek, sosyal ve ticari yaşantı da huzura kavuşacaktır.

Bu nedenlerle artık suç ve suçlunun araştırılması kadar, suç gelirlerinin de araştırılması ve bu gelirlerin suç işleyenlerden geri alınması gerekmektedir.

8.2 Uluslararası Mevzuat Düzenlemeleri

Organize suç örgütlerinin suçtan elde edecekleri gelirleri artırmak için uluslararası bir niteliğe dönüşmesine paralel olarak suç ile mücadeleye yönelik tedbirler de uluslararası bir boyut kazanmıştır. Bu kapsamda başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Mali Eylem Görev Gücü (Financial Action Task Force-FATF) tarafından suçtan elde edilen gelirlerin aklanması, araştırılması, el konulması ve müsadereesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Temel düzenlemeler, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1988 Viyana Konvansiyonu); Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, El Konulması ve Müsadere Edilmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (1990 Strazburg Konvansiyonu); Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (2000 Palermo Konvansiyonu); Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (2003); FATF Revize Edilmiş 40 Tavsiye Kararı (2003) ile Avrupa Konseyi Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, El Konulması ve Müsadere

1 The World Bank ve UNODC, Stolen Asset Recovery Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, 2007, s. 9

ile Terörizmin Finansmanı Sözleşmesi'dir (2005 Varşova Konvansiyonu).

Öte yandan Avrupa Birliği, 2007 yılında üye ülkelerin organize suçlarla mücadele kapsamında suç gelirleri ve suçla ilişkili diğer mal varlığının tespitini ve takibini kolaylaştırmak amacıyla ulusal bir birim oluşturulmasına ve birimler arasında hızlı bir biçimde bilgi değişimi sağlanmasına yönelik tedbirleri de içeren yeni bir düzenleme kabul etmiştir. Bu düzenleme kapsamında, üye ülkelerin dondurma, el koyma ve müsadere kararlarına konu olabilecek suç gelirleri ile suçla ilişkili diğer mal varlığının tespit ve takip edilmesini kolaylaştırmak amacıyla ulusal mal varlığı geri alım birimlerini (Asset Recovery Office-ARO) oluşturmaları gerekmekte olup, düzenlemenin amacı bu birimler arasında iş birliği ve bilgi paylaşımına ilişkin esasları belirleyerek etkin bir suçla mücadele sistemi oluşturulmasına katkı sağlamaktır.

8.3. Ülkemizdeki Durum

Hukuk sistemimizde mal varlığının geri alımı sürecinde var olan kurumlar; idari yaptırım olan "mülkiyetin kamuya geçirilmesi", koruma tedbiri olan "el koyma" ve "muhafaza altına alma", güvenlik tedbirleri olan "eşya müsadere" ve "kazanç müsadere"dir.

A. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi

Haziran 2005'ten önce, suça konu eşyanın müsadere yanında kabahate konu eşyanın müsadere de mümkün iken, yeni sistemle birlikte kabahatler için müsadere yerine bir idari tedbir olarak "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" kurumu getirilmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 18. maddesiyle kabahatin konusunu oluşturan veya kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine olanak sağlanmıştır.

B. El Koyma ve Muhafaza Altına Alma

El koyma 5271 sayılı CMK'da, bir koruma tedbiri olarak Birinci Kitap, 4. Kısım, 4. Bölüm "Eşya veya Kazancın Muhafaza Altına Alınması ve Bunlara El Konulması" başlıklı 123. vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

İspat aracı olarak yararlı görülen veya eşya yahut kazanç müsadere konusunu oluşturan mal varlığı değerleri, yanında bulunduranın rızası ile teslim edildiğinde yapılan işlem "muhafaza altına alma" olarak adlandırılmaktadır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaların zilyetliğinin zorla devlete geçirilmesi ise el koymadır.

El koyma kararı verme yetkisi, denetlenmesi, el koyma işleminin yapılması konuları, Ceza Muhakemesi Kanunu 127. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca "Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma" CMK madde 128'de, "Postada El Koyma" CMK madde 129'da, "Avukat Bürolarında Arama, El Koyma ve Postada El Koyma" CMK madde 130 ' da, "El Konulan Eşyanın İadesi" CMK madde 131'de, "El Konulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması" CMK madde 132 'de, "Şirket Yönetimi İçin Kayyum Tayini" CMK madde 133'de, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma" CMK madde 134 ' te düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerin dışında "Zorlama Amaçlı El Koyma ve Teminat Belgesi"

CMK madde 248'de düzenlenmiştir.

Yukarıda bahsedilen adli el koyma dışında mevzuatta bir de önleme el koyması mevcuttur. Önleme el koyması, eşyayı yanında bulunduranın rızası dışında eşyanın kamu düzenini, toplumun barış ve huzurunu korumak için kolluk tarafından alınması suretiyle uygulanan idari bir muamele olarak tanımlanır. Adli ve önleme el koyması birbirinden farklı olmakla birlikte, PVSK, JTGYK, Olağanüstü Hâl Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu gibi bazı kanunlarda biri diğerinden ayırt edilmeden düzenlenmiştir.

C. Müsadere

Türkiye'de 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiş olan 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı TCK, 1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu Kanun'da müsadere, eşya müsaderesi olarak TCK'nin 36. maddesinde düzenlenmiştir.

1 Haziran 2005'te 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmiştir. Yeni kanunumuzun yapım aşamasında Alman Ceza Kanunu'ndan oldukça faydalanılmıştır. Bu nedenle Alman sistemi ile bizim ceza sistemimiz arasında büyük benzerlikler vardır. Bu Kanun'da eşya müsaderesi yeniden düzenlenmiş ve eşya müsaderesini tamamlayan bir kurum olan kazanç müsaderesi de Ceza Kanunu'muzda yerini almıştır.

Her iki müsadere hükmü de TCK Birinci Kitap (Genel Hükümler), 3. Kısım, 2. Bölüm'de 54. maddesinde "Eşya Müsaderesi", 55. maddesinde de "Kazanç Müsaderesi"ne yer verilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen yeni sistemde ceza kanunlarının uygulanmasında genel hükümlere öncelik tanınmış, ceza kanununda belirlenen genel ilkelerin özel kanunlar için de uygulanması temin edilmiştir. Buna göre müsadere hükümleri bütün suç tipleri için uygulanabilecektir.

8.4. Müsadere Çeşitleri

A. Eşya Müsaderesi

En kısa şekilde, eşya müsaderesini, bir eşyanın mülkiyetinin mahkeme kararı ile devletin mülkiyetine geçirilmesi şeklinde tarif edebiliriz. Bu müsadere yaptırımının temel amacı; toplumu suçtan korumak maksadı ile suçun işlenmesinde kullanılabilecek veya kullanılan mal veya eşyanın suçlunun elinden alınarak devlet mülkiyetine geçirilmesi, böylece aynı zarar veya tehlike suçunun tekrar işlenmesinin fiilen imkânsız hale getirilmesidir.

Eşya müsaderesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme incelendiğinde maddede iki farklı eşya müsaderesi çeşidinden bahsedildiği görülmektedir. Bunlardan biri "suçla ilgili eşya"nın müsaderesi diğeri ise "suç teşkil eden eşya"nın müsaderesidir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan suçla ilgili eşya ve dördüncü fıkrasında yer alan suç teşkil eden eşya, birbirinden farklı kavramlardır.

a. Suçla İlgili Eşyanın Müsaderesi

Suçla ilgili eşyanın müsaderesi TCK m. 54/1’de düzenlenmiştir. Maddeye göre “(1) İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur.” Maddeden anlaşılacağı üzere burada üç çeşit eşyanın müsaderesi söz konusu olmaktadır: Bunlar: bir suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşyalardır.

b. Müsadere Edilebilecek Eşyalar

aa. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Eşya

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya, suçun kanuni tanımında belirtilen icra hareketlerinin yapılmasında araç olarak kullanılan eşyadır. Bu eşyanın suçta kullanılmasının olağan olup olmadığının bir önemi yoktur. Suçun işlenmesinde olağanın dışında ve yalnızca tesadüfi olarak kullanılan araçların da müsadere edilmesi gerekir. Örneğin bir otomobil kasıtlı olarak adam öldürmede kullanılmışsa müsadere edilecektir; bu aracın objektif olarak suçun işlenmesine yarayıp yaramayacağı önem taşımaz.

bb. Suçun İşlenmesine Tahsis Edilen Eşya

Tahsis kelimesi “özgüleme”, “emrine verme” anlamına gelmektedir. Buradan yola çıkarak suçun işlenmesine tahsis edilen eşyayı suçun işlenmesinde kullanılmayan ancak sırf icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini sağlamak veya kolaylaştırmak amacıyla belirli bir süreyle kullanılan eşya olarak tarif edebiliriz. Örneğin uyuşturucu ticaretiyle uğraşan bir kimsenin pazarlıklara gidip gelirken kullansın diye emrine verilen araç.

cc. Suçtan Meydana Gelen Eşya

Suçtan meydana gelen eşyadan anlaşılması gereken önceden mevcut olmayan, suçun işlenmesiyle meydana gelen veya suçun işlenmesiyle değiştirilerek meydana getirilen yeni bir eşyadır. Bu eşya kendisinde suçun yer aldığı (mevcudiyetinde memnu fiilin mündemiç olduğu) eşyadır. Örneğin, sahte para veya belge, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılmak üzere izinsiz olarak yetiştirilen bitkiler, taşıyıcı ve tahvil edilmiş, yabancı maddeler karıştırılmış un, taşıyıcı edilmiş zeytinyağı gibi şeyler anlaşılır.

Suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi gerekirken uygulamada sahte belge müsadere edilmemekte, delil niteliğinde olduğundan bahisle dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmektedir.

çç. Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşya

Türk Ceza Kanunu 54. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, “Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.” hükmü yer almaktadır. Maddede suçun icra hareketlerine başlanmamışsa suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın ancak niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı

veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin, dolandırıcılık suçunda kullanılmak üzere hazırlanan ünlü resamlara ait resimler, kültür varlıklarının kopyaları, gıda maddelerinde kullanılmak üzere hazırlanıp kullanılmadan önce ele geçirilen yabancı maddeler, ele geçen resmî binalara ait krokiler, ölüm listeleri, suç isnat etmek için hazırlanan belgeler henüz suçun işlenmesine başlanmamış olsa bile müsadere edilecektir. Örneğin; tablo, kroki, ilaç...

Dikkat edilmelidir ki suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı başlı başına suç oluşturuyorsa, artık bunun "tehlike" yarattığına bakılmaksızın, TCK m. 54/4 uyarınca müsadere karar verilecektir.

c. Suçla İlgili Eşyanın Müsaderesi İçin Gerekli Şartlar

Bir eşyanın bu maddeye göre müsadere edilebilmesi için kanun iki şart aramıştır:

Bunlar:

- 1- Kasıtlı bir suçun işlenmiş olması,
- 2- Eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamasıdır.

Müsadere kararı için bu iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Ayrıca suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm olması zorunluluğu yoktur.

aa. Kasten İşlenmiş Bir Suçun Olması

5237 sayılı TCK 54. maddesinde "kasıtlı bir suçun işlenmesinde..." demek suretiyle müsaderenin yalnız kasten işlenen suçlarda uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre müsadere kararı verilebilmesi için kasten işlenmiş bir suç bulunmalıdır. Taksirli suçlarda müsadere mümkün değildir.

Burada suçun işlenmiş olması ile kastedilen, yasal tanıma uygun hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. TCK'da hâkim olan suç teorisinde suçun manevi unsuru ile kusurluluk birbiriyle irtibatlı ancak birbirinden kesinlikle farklı kavramlardır. Kusurluluk suçun unsuru değildir. Dolayısıyla kusur yeteneğini etkileyen hâllerden birinin söz konusu olduğu durumlarda, suçun oluşması değil, failin cezalandırılabilmesi etkilenmektedir. Mahkeme tarafından, eylemin sabit görülmesi ve kusur yeteneğinin bulunmadığının tespit edilmesi durumunda, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m.223/3-a). Ancak, işlediği fiil haksızlık ve dolayısıyla suç teşkil etme özelliğini devam ettirdiği için, kişi hakkında bir cezaya hükmedilmeyecekse de güvenlik tedbiri ve dolayısıyla müsadere uygulanabilecektir.

5237 sayılı TCK 54/1. maddesinde, 765 sayılı TCK m. 36/1'den farklı olarak müsadereye karar verilebilmesi için, failin esas suçtan mahkûm olması biçiminde bir koşula yer verilmemiştir. Bu durumda bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilen müsadereye hükmedilebilmesi için işlenmiş bir suçun bulunması şarttır ancak bu suçtan dolayı herhangi bir kimse hakkında ceza mahkûmiyetine gerek yoktur.

TCK 54/1 birinci cümle için kasıtlı bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir. 2. cümlede ise henüz bir suçun icra hareketlerinin başlamadığı ancak hazırlık hareketlerinin başlaması durumunda yapılabilecek müsadere düzenlenmiştir. Buna göre suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması kaydıyla müsadere edilebilecektir.

bb. Eşyanın İyi Niyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması

Müsadere için eşyanın *“iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması”* gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle eşyanın, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olması durumunda müsadere mümkün olmayacaktır. “İyi niyet” kelimesinden; suça karışmamış, suçtan haberi olmayan kişi anlaşılmalıdır.

“Aidiyet” kelimesinden anlaşılması gereken mülkiyet kavramıdır. Yargıtay kararları incelendiğinde de aidiyet kavramından mülkiyet hakkını anlamak gerektiği yönünde kararlarının olduğu görülmektedir.

d. Eş Değer Müsadere

TCK’nın 54. maddesinin 2. fıkrasında “Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere karar verilir.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre müsadere koşulları gerçekleşmiş olan eşyanın failin elinden çıkması nedeniyle hukuki veya fiilî nedenlerden dolayı müsadere olanaksız hâle gelmişse, bu eşyanın değeri mahkemece tespit edilecek ve ederi kadar paranın müsadere karar verilecektir. Bu durum, suçta kullanılan eşyanın kaybolmuş, tüketilmiş, tespit edilemeyen birisine verildiği için bulunamamış olması hâllerinde karşımıza çıkabilir.

e. Oranlılık İlkesi

TCK’nın 54/3 maddesine göre suçta kullanılan eşyanın müsadere suça göre daha ağır sonuçlar doğuracaksa hakkaniyet kuralları gözetilerek müsadere kararı vermekten vazgeçilebilecektir. Bu hükmü uygulamak mahkemenin takdirindedir. Örneğin kullanmak için az miktarda uyuşturucunun bir otobüsle taşınması durumunda taşımada kullanılan bu otobüsün müsadere gerekirken oranlılık ilkesi gereği mahkeme müsadere kararından vazgeçebilecektir.

f. Suç Teşkil Eden Eşyanın Müsadere

TCK 54/4 maddesine göre üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilecektir.

Bu maddeye göre müsadere kararı verilebilmesi için üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç teşkil bir eşya bulunması yeterlidir. Bu fıkraya göre müsadere kararı verilebilmesi için başka bir şart aranmamıştır. Burada suç bizzatı eşya nedeniyle gerçekleşmektedir.

Bu maddeye göre müsadere hükümlerinin uygulanabilmesi için söz konusu eşyanın faile ait olup olmaması önemli değildir. Failin ölmüş olması, akıl hastalığı veya küçüklük nedeniyle isnat yeteneğinin olmaması veya meçhul olması suç teşkil eden

eşyanın müsadere edilmesine karar verilmesini engellemez. Bu fıkra gereğince müsadereye karar verebilmek için başka bir suç işlenmesi şartı da aranmamaktadır. Örneğin, bir kimsenin eşyası arasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin, o kişinin haberi olmadan eşyasının arasına konulduğu kesinlikle anlaşıldığından beraatına karar verilse bile, eşyanın faile ait olması ve failin mahkûm olması gerekmediği için, bu yasak eşya müsadere edilecektir.

g. Kısmi Müsadere

5237 Sayılı YTKK 54. maddenin 5. fıkrasında; *“bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edilmesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsadere edilmesine karar verileceği”* hüküm altına alınmıştır. Örneğin, bir otomobilin sadece motoru suça konu ise ve bu motorun çıkarılabilme imkânı varsa sadece suça konu motor müsadere edilecektir.

h. Paydaş Olunan Eşya Üzerinde Müsadere

TCK 54. maddesinin 6. fıkrasındaki, *“Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadere edilmesine hükümlenir.”* şeklindeki düzenlemesiyle, müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan eşyanın müsadere edilmesini olanaklı kılmıştır.

Müsadere edilecek eşya üzerinde birden fazla kişinin müşterek veya iştirak mülkiyet şeklinde ortak mülkiyeti söz konusu ise eşyanın tamamı değil sadece failin hissesi müsadere edilecektir. Örneğin, failin suçta kullandığı otobüsün dörtte biri kendisine diğer dörtte üçü ise suça katılmayan ve otobüsün suçta kullanılacağını bilmeyen iyi niyetli başka şahıslara aitse faile ait alınan dörtte biri müsadere edilecek ve trafik tescil kaydı buna göre düzenlenecektir.

B. Kazanç Müsadere

Mülga olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suçtan elde edilen kazançların müsadere edilmesini doğrudan düzenleyen bir kurum bulunmamaktaydı. Kanun’da bulunan bu boşluk 765 sayılı TCK’nın 36. maddesiyle doldurulmaya çalışılmaktaydı. Ancak suçtan elde edilen menfaatlerin bu maddeye göre müsadere edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde tartışma mevcuttu. 1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte daha önce kanunumuzda düzenlenmemiş olan kazanç müsadere ceza kanunumuza dâhil olmuştur.

Bu yeni kurumla suç işleyerek kazanç elde edilmesinin önüne geçilebilmesi ve kara para aklama, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlarla etkin bir şekilde mücadele sağlanması amaçlanmıştır.

Müsadere; TCK’da kazanç müsadere ve eşya müsadere olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla müsadere kurumu için söylenen genel özellikler kazanç müsadere için de geçerlidir.

Kazanç müsadere de ceza hukuku anlamında bir yaptırım değil, suç işlenmesiyle birlikte oluşan kriminojen ortamı gidererek, kişilerin kanunlara uymasını sağlamayı amaçlayan bir güvenlik tedbidir. Kanun koyucu da kazanç müsadere

niteliğini eşya müsadereesinde olduğu gibi güvenlik tedbiri olarak kabul etmiş ve kurumu "güvenlik tedbirleri" bölümünde düzenlemiştir.

TCK'nın 55. maddesine göre kazanç müsadereesine konu olan menfaatleri beş başlık altında toplayabiliriz. Bunlar;

- Suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatler,
- Suçun konusunu oluşturan maddi menfaatler,
- Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler,
- Bahsi geçen bu maddi menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar,

Kaim değerdir.

a. Müsadere Edilebilecek Değerler

aa. Suçun İşlenmesi ile Elde Edilen Maddi Menfaatler

Suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatlerden anlaşılması gereken, o suçtan sağlanan maddi yararlardır. Kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, kaçakçılık vs. yolu ile elde edilen maddi çıkarlar, sağlığa zararlı madde satılması, yasaya aykırı kürtaj yapılması hâllerinde elde edilen menfaatler, kamu görevlisinin rüşvet olarak temin ettiği para, suçun işlenmesi sureti ile elde edilen maddi menfaatlere örnek teşkil etmektedir.

Suçun işlenmesinden elde edilen ve dolayısıyla kazanç müsadereesine konu olan maddi menfaatler ile suçtan meydana gelen ve dolayısıyla da eşya müsadereesine konu olan eşyayı birbirinden ayırmak gerekir. Bir eşyanın suçtan meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için, suç tipinde belirtilmiş olan unsurların gerçekleştirilmesiyle husule gelmesi ve bu unsurlar tarafından doğrudan doğruya ortaya çıkarılması gerekir. Burada önemli olan söz konusu eşyanın suç teşkil eden fiil ile birlikte ve doğrudan doğruya meydana gelmiş olmasıdır. Bu eşyanın ortaya çıkmasını sağlayan, suçun işlenmesidir. Örneğin sahte para veya belgenin yapılması veya yiyecek maddelerinin taşıyıcı, taşıyıcı veya taklit edilmesi olaylarında durum böyledir. Suçun işlenmesinden elde edilen eşya ise doğrudan doğruya suçun işlenmesinden kaynaklanmayan ancak, suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen eşyadır. Örneğin; çalınan para, yasak avcılık yoluyla avlanan hayvanlar, uyuşturucu madde satışı elde edilen para, yasak talih oyunları sonucu ulaşılan kazanç, suç işlenmesi karşılığı alınan para ile eşya müsadereesine değil, kazanç müsadereesine konu teşkil ederler.

bb. Suçun Konusunu Oluşturan Maddi Menfaatler

Suçun konusunu oluşturan maddi menfaatler, suçun maddi konusunu oluşturan şeylerdir. Kalpazanlık suçlarında suçun konusu, basılan sahte paralar; sahte belge düzenlemek veya belgede sahtekârlık suçlarında suçun konusu, düzenlenen veya üzerinde değişiklik yapılan belgeler; hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanmak, zimmet suçlarında suçun konusu, mal edilen eşya veya paradır. Suç eşyasının kabul edilmesi (TCK m. 165), suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerinin aklanması (TCK m. 282) suçlarının konusunu oluşturan maddi değerler de suçun konusunu oluşturan maddi değerler olarak değerlendirilmektedir.

cc. Suçun İşlenmesi İçin Sağlanan Maddi Menfaatler

Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerden, suçun işlenmesini teşvik veya suçun işlenmesinden dolayı suçu işleyen kişilere sağlanmış olan maddi değerler anlaşılmaktadır. Söz konusu menfaatlerin suçun işlenişinden önce veya sonra verilmesinin kazanç müsadereesi açısından bir önemi yoktur. Örneğin; bir kimseye fiile katılması için verilen para, kiralık katile fiilden önce peşin ödenen meblağ gibi menfaatler bu kapsamda düşünülebilir.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatlerin eşya müsadereesi kapsamında "suçtan husule gelen eşya" sayılarak müsadere edilip edilmeyeceği, öğretide tartışmalıydı. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında suça katılmasını sağlamak için sanığa verilen paranın müsadere edilemeyeceği yönünde karar vermiştir.

çç. Değerlendirme veya Dönüştürme Sonucu Ortaya Çıkan Ekonomik Kazançlar

TCK'nın 55/1 maddesinin birinci cümlesinde suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan ve suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle birlikte bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların da müsadere edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında artık müsadereye konu kazançlar ne nitelik kazanırsa kazansın müsadereenin konusunu oluşturacaktır.

Kazanç müsadereesi açısından değerlendirmeden anlaşılması gereken, suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerin her ne şekilde olursa olsun kullanılması sonucu ekonomik kazanç elde edilmesidir. Bu şekilde elde edilen ekonomik kazançlar kazanç müsadereesine konu olacaktır.

Dönüştürme sonucunda suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler, başka değerlere çevrilerek değerlendirilmekte ve bunun sonucunda ortaya başka bir değer veya bir değer artışı çıkmaktadır. Örneğin, uyuşturucu madde satma suçunu işleyen kimse tarafından, buradan elde ettiği para ile hisse senedi alınmışsa, bir şirkete ortak olunmuşsa hisse senetleri ile şirketteki ortaklıktan elde edilen gelirlerin müsadereesine karar verilmelidir. Bu parayla ev, otomobil, ev eşyası alınmışsa ve değeri artmışsa aradaki farklar da müsadere edilmelidir.

dd. Kaim Değerin Müsadereesi

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da bulunmayan bir kurum olan "kaim değer müsadereesi" de düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, kazanç müsadereesini düzenlediği TCK'nın 55. maddesi metninde bu hususta açık bir terim kullanmamıştır. Ancak madde gerekçesinde "düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değer müsadereesidir" diyerek kaim değer müsadereesi teriminin benimsendiği belirtilmiştir.

TCK'da yer alan bu yeni kurum sayesinde müsadere konusu ekonomik değer

müsaderesinin imkânsız kılınması hâlinde, müsadereye konu değer karşılığında elde edilen, mal varlığına giren kazanım veya para tutarının müsaderesine karar verilebilecektir.

Kaim değerın müsaderesi için maddi menfaatlere el konulamamasına veya bunların mercisine teslim edilmemesine failin kasten veya taksirle neden olmasının bir önemi yoktur. Örneğin hırsızlığa konu bir otomobil müsadereeden önce failin karıştığı bir kazada kullanılamaz hâle gelip değerini kaybetmişse artık otomobilin değeri kadar bir paranın müsaderesine karar vermek gerekecektir. Burada failin taksirli davranışıyla müsadereyi imkânsız kılması sonucu etkilemeyecektir.

b. Kazanç Müsaderesinin Şartları

Genel olarak müsadere bir bütün olduğundan eşya müsaderesinde bahsedilen genel kurallar kazanç müsaderesi için de geçerlidir. Bunun yanında kazanç müsaderesine özgü birkaç durumu açıklamakta fayda var.

aa. Kasıtlı Bir Suçun İşlenmiş Olması

Bir güvenlik tedbiri olan kazanç müsaderesinin uygulanabilmesi için eşya müsaderesinde olduğu gibi öncelikle kasıtlı bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Ancak bu suçtan dolayı ceza mahkûmiyeti şart değildir.

bb. Maddi Menfaatlerin Suçun Mağduruna İade Edilememesi

Ceza Hukuku'nda suç olarak tanımlanan bir fiil nedeniyle zarara uğrayan veya hakkına hâle gelen mağdurun aynı fiil nedeniyle uğradığı zararı veya kaybettiği malı yahut bu maldan elde edilen faydayı özel hukuk kurallarına göre geri alma imkânı varken söz konusu değerlerin mülkiyetinin devlete geçirilmesi, bu kişilerin mülkiyet haklarının ihlalini doğurup Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk kuralları arasında çelişki oluşturacaktı. Kanun koyucu bu çelişkiyi gidermek için TCK'nın 55/1. maddesinin ikinci cümlesinde müsadereye bir istisna getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçun işlenmesi suretiyle elde edilen ve suçun konusunu oluşturan mal varlığı değerlerinin müsadere edilebilmesi için, bunların suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, söz konusu mal varlığı değerinin meşru malik veya zilyedinin belirlenemediği veya onlara teslim edilemediği durumlarda müsadere kararı verilebilecektir. Eğer suç sonucu elde edilen menfaat mağdura iade edilebiliyor ise artık kazanç müsaderesinden söz edilemeyecektir. Örneğin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan veya dolandırıcılık suçunun işlenmesi suretiyle elde edilen mal varlığı değerlerinin meşru maliki veya zilyedi belli olduğunda, müsadere yerine, bu kişilere iadesine karar verilecektir.

Yargıtayın da yeni kanun dönemindeki uygulamalarında kazanç müsaderesine hükmedebilmek için menfaatlerin suçun mağduruna iade edilmemiş olmasına dikkat ettiği görülmektedir. Ancak Yargıtay, uygulamalarında, müsadere konusu eşya veya kazancın suçun mağduruna iade edilebiliyor olmasını yeterli görmüş, mağdurun bu mallara ulaşip ulaşamaması sonucuna bakmamıştır. Güçlü, korkutucu ve teknik olarak donanımlı olan bazı suçlu kişi veya suç örgütleri karşısında mağdurun hakkına ulaşamaması ihtimali değerlendirilip gerekirse kazanç müsaderesi hukuk davaları sonunda tekrar gündeme getirilmelidir. Amacı suçtan kazanç elde edilmesini engellemek, suç yoluyla zenginleşmenin önüne geçmek olan kazanç müsaderesinin

amacına ulaşabilmesi için bu durum mağdurun inisiyatifine veya kabiliyetine bırakılmamalıdır.

cc. Türk Medeni Kanunu'nun İyi Niyetin Korunmasına İlişkin Hükümlerinden Yararlanamıyor Olma

TCK yürürlüğe girdiğinde iyi niyetle hak kazanan 3. kişilerin kazanımlarının korunacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemişti. Buna karşın doktrinde çoğu yazar bu durumun haksızlığa neden olacağından, Medeni Kanun'a göre kazanımların korunması gerektiğini savunmaktaydı. Madde gerekçesinde de bu yönde bir açıklama bulunuyordu. Kanun'da bulunan bu açıklık maddeye yeni bir fıkra eklenerek giderilmiş oldu. TCK'nın 55. maddesine 26.06.2009 tarih 5918 sayılı Kanun ile eklenen 3. fıkraya göre, eşyanın el değiştirmesi durumunda müsadere edilebilmesi için sonradan iktisap eden kişinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen iyi niyetin koruduğu durumlardan yararlanamıyor olması gerekmektedir. Bu düzenleme karşısında Medeni Kanun'un iyi niyet hükümleri gereğince korunan kazanımlar kazanç müsaderesinin uygulanması sırasında da korunacaktır. Böylece Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) kara para aklama ile mücadelede gereken tedbirlerin alınması amacıyla 2003 yılında yayımladığı 40 tavsiyesinde yer alan müsadere konusunda alınacak tedbirlerin iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına halel getirmemesi gerektiği tavsiyesine de uyum sağlanmıştır.

Medeni Kanun'da iyi niyetin korunduğu hâller zilyetlik karinesine dayanmaktadır. Zilyetlik karinesi, taşınır bir malın zilyedinin o malın maliki sayılması olarak açıklanabilir (TMK m. 985/I). Zilyetlik, Medeni Kanun'un 973. maddesinde de belirtildiği üzere, bir şey üzerinde fiilî hâkimiyet kurmak demektir. Medeni Kanun anlamında iyi niyetten anlaşılması gereken ise hak kazanacak kişinin hâlihazır zilyedin buna yetkisi olmadığını bilmemesi veya bilecek durumda olmamasıdır. İyi niyet iddiasında bulunan, duruma göre kendinden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. TMK'nın 3. maddesinin getirdiği karineye göre kişi iyi niyetli olarak kabul edilir ve aksi ispatlanıncaya kadar da iyi niyetli sayılır.

Medeni Kanun anlamında iyi niyetli olmayan yani zilyedin haksız olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişinin buna rağmen şeyin zilyetliğini devralması durumunda hakkı korunmayacaktır.

Medeni Kanun zilyetlik karinesine güvenerek iyi niyetli devralanların haklarını bazı durumlarda tam korumuş, bazı durumlarda kısmen korumuş, bazı durumlarda ise korumamıştır. Medeni Kanun'un iyi niyetli kazanımı tam koruduğu hâller; emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle edinilen ayni haklar (TMK m. 988) ve emin sıfatıyla zilyet olmasa bile hâlihazır zilyetten iyi niyetle para veya hamiline senet devralınması durumlarıdır (TMK m. 990). İyi niyetin kısmen korunduğu hâller; rıza dışı elden çıkmış malın açık artırma, pazar veya benzer eşyalar satan bir kişiden iyi niyetle alınması durumunda o malın ancak ödenen bedel verilmekle alınabilmesidir (TMK m. 989/II). İyi niyetle kazanmanın korunmadığı hâller ise malın, zilyedinin elinden rızası dışında çıkmış olduğu durumlardır (TMK m. 989/I). Hırsızlık, dolandırıcılık veya benzer bir suça maruz kalınması veya malın kaybedilmiş olması malın elden rıza dışı çıkmasına örnek verilebilir. Bu şekilde malın rıza dışında elden çıkması durumlarında iyi niyetli kazanımlar korunmayacaktır. Ancak bu durumun bir istisnası vardır. Yukarıda belirttiğimiz iyi niyetin tam korunduğu hâllerden olan para ve hamiline senetin devralınması durumlarında devreden emin sıfatıyla zilyet olup olmadığına bakılmaksızın iyi niyetli kazanımlar korunacaktır.

Bu durumda TCK 55/3 maddesi gereğince Medeni Kanun anlamında iyi niyetli olmayan ve buna rağmen şeyin zilyetliğini devralan kişi için müsadere hükümleri uygulanabilecektir. Emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle kazanılan ve Medeni Kanun'a göre korunan zilyedin elinde bulunan şeyler için müsadere hükümleri uygulanamayacaktır. Zilyedin elinden rızası dışında çıkan şeylerde ise para ve hamiline yazılı senetler hariç iyi niyetli dahi olsa malı elinde bulunduran için müsadere hükümleri uygulanabilecektir.

Elden rıza dışı çıkan şeyin benzer eşya satan bir yerden veya açık artırmadan alınması durumunda zilyet Medeni Kanun'a göre kısmen korunduğundan Ceza Kanunu'nda müsadere kararının de kısmen uygulanması gerekecektir. Yani o mallar için müsadere kararı verilebilecek ancak bunların karşılığı ödenerek mallar alınabilecektir. Burada malın çok el değiştirmesi ve her aracının malı daha kârlı bir şekilde satması hâllerinde nasıl bir yol izleneceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Tüm bu silsilelerin açığa çıkartılıp ispatlanması için hızlı ve etkin çalışmalara ihtiyaç vardır.

Buraya kadar taşınır mallar açısından iyi niyetin rolüne değindik. Meseleye bir de taşınmaz mallar açısından bakmak gerekir. Taşınmaz mallar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu kütükleri tutulur ve burada bulunan tescile güvenen iyi niyetli 3. kişilerin kazanımları korunur. Tapu kütüğünde tescil yolsuz da olsa bu tescil iyi niyetli devralanlara karşı hüküm ifade eder, 4721 sayılı TMK'nın 1023. maddesinden de anlaşılacağı üzere Medeni Kanun taşınmaz mallarda iyi niyetli 3. kişilerin hakkını tam olarak korumaktadır.

C. Müsadere Usulü

a. Suç Gelirlerinin Geri Alınması Soruşturmaları

Ülkemizde soruşturma yetkisi Cumhuriyet savcılarına verilmiştir. Savcılar bu görevlerini bizzat araştırmak suretiyle doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile yürütecektir. Bu süreçte kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere maddi gerçeği araştırırken ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplarken, bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilecektir (CMK 161/1).

Cumhuriyet savcısının emrinde kolluk olarak görev yapabilecek görevliler CMK'nın 164. maddesinin 1. fıkrasında:

- 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 8, 9 ve 12'nci maddeleri,
- 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7'nci maddesi,
- 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8'inci maddesi,
- 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 4'üncü maddesinde,

belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlileri olarak belirtilmiştir.

Ayrıca Cumhuriyet savcıları soruşturma evresinde bilirkişi atayarak onun yardımından da faydalanabileceklerdir (CMK 63). Bu anlamda Cumhuriyet savcıları aklama veya diğer mali suçlar sırasında "Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı"ndan da faydalanabileceklerdir.

Soruşturmanın yürütülmesinde görev alan buyetkililer arasındaki koordinasyonu sağlamak ve soruşturmayı yönetme yetkisi de Cumhuriyet savcisındadır.

Yukarıda anlatılan soruşturma sistemi mal varlığı geri alımı konusunda da aynen geçerlidir. Ülkemizde bu yapı dışında mal varlığı geri alımı konusunda çalışan bağımsız bir yapı bulunmamaktadır. Bu nedenle uluslararası bilgi paylaşımı ve adli yardımlaşma görevi de soruşturma aşamasında savcı tarafından işletilmektedir. Adli istinabeye karar veren savcı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü vasıtasıyla talebini ilgili yabancı ülkeye iletacaktır. Yabancı ülkeler de yine adli istinabe yoluyla ülkemizde mal varlığı geri alımına dair taleplerde bulunabileceklerdir. Adli istinabede önce yabancı ülkelerle istihbari bilgi paylaşımında bulunacak bir yapı da mevcut değildir. Bu görev şimdilik uluslararası yapıya dâhil olan emniyet görevlilerince yerine getirilmektedir.

Mevcut hukuk sistemimizde el konulan mal varlığı değerlerinin yönetimini yürütecek bağımsız bir yapı da mevcut değildir. Suç eşyasıyla ilgili işlemler Cumhuriyet başsavcılığının sürekli gözetim ve denetimi altında adalet emanet dairesince yürütülmektedir. Her Cumhuriyet başsavcılığı nezdinde bir adalet emanet dairesi bulunması zorunludur. Bu emanet dairesinin bir memurunun bulunması gerekmektedir. Memur atanmasına lüzum görülmeyen hâllerde bu görev belirlenecek yazı işleri müdürü veya zabıt kâtiplerinden biri tarafından yerine getirilecektir (Suç Eşyası Yönetmeliği m. 4). Görüldüğü üzere mal varlığının yönetimi görevi de savcı ve bir adalet memuru tarafından yerine getirilmektedir.

a. Müsadere Davası

Müsadere kararı verilmesi için yargılama makamlarına müracaat, bir dava olduğu gibi; bu dava üzerine yapılan kolektif faaliyet de muhakemedir. Bu anlamda müsadere muhakemesini, müsadereye gerek olup olmadığının saptanmasına yönelik olarak yürütülen kolektif faaliyetin tümü olarak tanımlayabiliriz.

Şüphelinin işlediği suçla ilgili müsadereye tabi eşyaların bulunması durumunda Cumhuriyet savcılığı cezalandırma ile birlikte bu eşya veya kazançların da müsaderesini isteyecektir. Zira müsadereye karar verme yetkisi mahkemenindir. Açılan kovuşturma sonucunda da sanığın işlediği suç yanında müsaderesi istenen eşya veya kazanç hakkında da hüküm kurulacaktır. Asıl ceza davası ile birlikte müsadere konusunda bir hüküm verilmemesi hâlinde ise ayrıca bir müsadere davası açılmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Özel Yargılama Usullerine İlişkin Beşinci Kitap, İkinci Kısım, İkinci Bölüm'ünde (CMK 256-259) müsadereye ilişkin usul hükümlerine yer verilmiştir. Burada bazı eşya veya mal varlığı değerlerinin müsaderesi veya iadesi hususuna dair uygulanacak usul hükümleri düzenlenmiştir.

Bu bölümde, kanunlara göre müsadere kararı verilmesi gereken kamu davasının açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla birlikte bir karar verilmemiş veyahut da kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya mal varlığı değerleri ile ilgili esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, bu tedbirlerin her türlü kovuşturmadan ayrı olarak alınabilmesi için yapılması gereken usuli işlemler düzenlenmiştir. Yürürlükten kalkan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 392 ve devamı maddelerinde de benzer düzenlemelere yer verilmişti.

aa. Asıl Ceza Davası Açılan Durumlarda

Müşadere kararı kural olarak mahkeme tarafından, açılan asıl davada verilmelidir. Daha önce uygulanmış bir el koyma önleminin var olduğu durumlarda, bu malların akıbetini belirlemek bakımından, hükümle birlikte müşadere veya iade konusunda bir karar verilecektir.

Asıl ceza davası açılmakla birlikte bu dava açılırken iddianamede müşadere konusunda bir istem mevcut değilse, CMK 226. madde 2. fıkradaki düzenleme gereği ek savunma hakkı tanınmadan bir güvenlik tedbiri olan müşadereye hükmedilemeyecektir.

Yürütülen bir kovuşturmada eşyanın davaya konu olan fiil açısından müşaderesinin mümkün olmadığı ancak başka bir fiil nedeniyle müşaderesinin gerektiğinin anlaşılması durumunda asıl ceza davasında müşadere kararı verilmeyip, suç duyurusunda bulunulması ve müşaderesinin de görevli mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir.

Örneğin suçta kullanıldığından bahisle müşaderesi istenen tabancanın, asıl davada müşadere edilememesi durumunda, ruhsatsız olması nedeniyle müşadere edilemeyecektir. Dava sırasında ayrı bir dava konusu olan yeni bir fiil fark edildiğinden bu konuda, konusunda görevli mahkemece karar verilmesi daha yerinde olacaktır.

aaa. Ayrı Bir Müsadere Davasının Açılması

Daha önce de belirtildiği gibi müşadere kararı kural olarak mahkeme tarafından, açılan asıl davada verilmelidir. Ancak müşadere kararı verilmesi gereken bir durumda kamu davası açılmamış veya dava açılmasına rağmen müşadere konusunda herhangi bir hüküm verilmemiş ise müşadere için ayrı bir dava açılması gerekecektir. Bu davayı açma yetkisi Cumhuriyet savcısı ve katılanındır. Bu husus CMK 256/1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Müşadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir."

bbb. Duruşma Yapılmaksızın Verilen Müsadere Kararı

5271 sayılı CMK 259. maddesine göre, suç konusu olmayan ve fakat sadece müşadereye tabi bulunan eşyanın müşaderesine sulh ceza hâkimi tarafından karar verilecektir.

Suç konusu olmayıp sadece müşadereye tabi bulunan eşya içerisine TCK'nin 54/4. maddesinde düzenlenen bizahiti suç teşkil eden eşyalar girmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, 54/4. maddede suçta kullanılmayan; ancak üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı bizahiti suç teşkil eden ve bu nedenle münhasıran müşadereye tabi bulunan eşya söz konusudur. Örneğin ruhsatsız silah, uyuşturucu madde, sahte para vb. Bu madde kapsamındaki eşyaların müşadere edilebilmesi için, bu eşyaların faile ait olması veya failin asıl suçtan mahkûm olması zorunlu değildir.

259. maddeye göre sulh ceza hâkimi müşadere kararını duruşma yapmadan

evrak üzerinden verecektir.

ccc. Duruşma Yapılarak Verilen Müsadere Kararı

CMK'nin 259. maddesinde düzenlenen suç konusu olmayan eşyanın müsadere dışındaki durumlarda, müsadere yargılaması duruşmalı olarak yapılacaktır. Asıl fiilden bağımsız olarak fiille ilgili eşyanın müsadere karar verilmesinin CMK 256. maddesine göre istenmesi durumunda karar CMK 257/1. maddesi gereğince duruşmalı olarak verilecektir. Duruşma ve karar konusunda genel hükümler uygulanacaktır. Yargılama sonunda koşulları gerçekleşmesi durumunda müsadereye aksi hâlde ise eşyanın iadesine karar verilecektir. CMK 257/2. maddesine göre duruşmaya, müsadere olunacak eşya veya diğer mal varlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de çağrılır. Eşya üzerinde hakkı olanlar, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler ve kendilerini bir müdafî ile temsil ettirebilirler. Ancak bu kişilerin muhakemeye gelmemeleri, muhakemenin yapılmasının ertelenmesini gerektirmez ve hükmün verilmesine engel olmaz. Sanığın duruşmalara gelmemesi de hüküm verilmesini engellemez.

Kamu davası açılıp da esas hükümle birlikte müsadere kararı verilmeyen veya hiç dava açılmayan hâllerde, ayrı bir müsadere davası açma yetkisi, CMK 256/l. maddesi gereğince Cumhuriyet savcısı veya katılındadır.

Ayrıca Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 18/a. maddesine göre de bir yıldır emanette olan ve asıl hükümle birlikte müsadere yahut iadeye ilişkin bir karar verilmeyen emanette bulunan eşya, mal varlığı değerleri veya paralar için de müsadere davası açmaya ilgilisi veya Cumhuriyet savcısı yetkilidir.

CMK'nin 256/1. maddesine göre asıl davadan ayrı açılan müsadere davasında yetkili mahkeme, esas davayı görmeye yetkili olan mahkemedir. Buna göre eşyanın kullanıldığı asıl fiil için dava açılmışsa yetkili mahkeme ilgili asıl davanın açıldığı mahkemedir. Asıl fiil için dava açılmamış olması durumunda da yetkili mahkeme ise asıl fiil ile ilgili dava açılsaydı, hangi mahkemeye açılacak idi ise o mahkemedir.

bb. Müsadere Kararlarına Karşı Kanun Yolları

aaa. Asıl Ceza Davası ile Birlikte Verilen Müsadere Kararında

Asıl suçtan dava açılan durumlarda daha önce uygulanmış bir el koyma önleminin var olması hâlinde, bu malların akıbetini belirtmek bakımından, hükümle birlikte müsadereye veya iadeye de karar verilecektir. Mahkemenin asıl ceza davasını sonuçlandırdığı hükmünde el konulmuş eşya hakkında iade veya müsadere yönünde bir karar vermemesi Yargıtay tarafından bozma nedeni sayılmıştır.²

Asıl suç için dava açılan durumlarda müsadere konusunda verilen karar asıl hükmün bir parçası olacağından artık bu durumlarda 5271 sayılı CMK'nin müsadere usulünü düzenleyen 255-259 maddelerinin uygulanmasına imkân yoktur. Zaten 257/1. fıkra "… müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse…" diyerek bu

² "30.01.2005 tarihli 'Olay Yakalama Zapt Etme Tutanağı'na göre sanık Mevlit'ten zapt edilen ve iddianame ile de müsadere talep edilen bıçak hakkında bir karar verilmemesi..." (2. CD, 11.09.2006, 2843/14080, Karar için bk. EROL, s. 749); "İddianame ile müsadere talep olunan emanette kayıtlı havali tüfek hakkında herhangi bir karar verilmemesi..." (2. CD, 25.09.2007, 1823/15094, Karar için bk. EROL, s. 749)

bölümdeki hükümlerin asıl ceza davasından ayrı açılan müstakil müsadere davaları için getirildiğini belirtmiştir. Bu durumda asıl ceza davasının konu olduğu davalarda müsadere konusunda bir hukuka aykırılık olması durumunda başvurulacak kanun yolu genel hükümlere göre belirlenecektir. Ceza davasının esası temyize tabi ise ona bağlı olarak müsadere konusunun değerine bakılmaksızın o da temyize tabi olacaktır.

Müsadere için asıl suç için açılan davada hükme bağlanması durumunda, asıl hüküm kesin olsa dahi, müsadere konusunun temyiz sınırının üstünde olması hükmün tümüyle temyiz edilebilmesini sağlayacaktır.³ Bu durumda temyize tabi "müsadere" kararı ile bağlantılı olan ve kesin olarak verilen mahkûmiyet kararı da her yönüyle, bütün yasaya aykırılıkları kapsamak üzere temyiz incelemesine tabi tutulacaktır.

Duruşma açılarak müsadereye karar verilmesi gereken hâllerde duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden karar verilmiş olması durumunda da duruşmasız verilen bu karar için temyiz yoluna gidilebilecektir.⁴

bbb. Asıl Ceza Davasından Ayrı Bir Müsadere Davası Açılan ve Duruşma Yapılmaksızın Verilen Müsadere Kararında

CMK madde 259'da bu konuda bir açıklama yapılmamıştır. Ancak CMK'nın itirazı düzenleyen 267. maddesinde hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği hüküm altına alınmışken, 259. maddeye göre verilecek müsadere kararı da bir hâkim kararı olduğundan karara karşı itiraz kanun yoluna gidilebilecektir.

CMK'nın 258. maddesi gereğince sulh ceza hâkimi tarafından duruşmasız olarak verilen bu karara karşı itiraz yoluna Cumhuriyet savcısı, katılan ve eşya veya mal varlığı değerleri üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişiler başvurma hakkına sahiptirler.

ccc. Asıl Ceza Davasından Ayrı Bir Müsadere Davası Açılan ve Duruşma Yapılarak Verilen Müsadere Kararında

Yukarıda da belirtildiği gibi CMK 255 ve devamı maddelerinde belirtilen müsadere usulüne dair hükümlerin uygulanabilmesi için, müsadere kararı verilmesi gereken bir durumda kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemiş olması gerekmektedir. Bu hâllerin gerçekleşmesi durumunda mahkeme müsadere konusuna göre duruşmalı veya duruşma yapmadan evrak üzerinden bir karar verecektir.

Duruşmalı olarak verilen müsadere kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu 5271 sayılı CMK 258. maddede "istinaf" olarak belirtilmiştir. Ancak, Bölge Adliye Mahkemeleri henüz göreve başlamadığından, 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca 1412 sayılı CMUK'un temyize ilişkin hükümleri hâlen yürürlükte. 04.06.1936 gün 1935/80 ve 1936/12 esas, 1936/4 Karar sayılı içtihadı birleştirme

3 BAKICI, Ceza Hukuku, 1072; "1.7.1942 gün 25/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 'hükmolunan ceza miktarı itibarıyla kesin olan hükmün, eli iliray geçiren zor alıma bağlı olarak temyiz yeteneği olduğu' kabul edildiği gibi Ceza Genel Kurulu ve Özel Daireler, asıl ceza yönünden temyiz incelemesine tabi tutulmayan bir hükme bağlantılı olarak verilen 'müsadere', 'meslek ve sanatın tatili'.. ve benzeri kararların, kesin hükme temyiz edilebilirlik vasfını kazandırdığına karar vermişlerdir. Bu nedenle, temyiz incelemesine konu yapılan 'müsadere' ile bağlantılı ve kesin olarak verilen mahkûmiyet kararı da her yönüyle hiçbir husus inceleme dışı bırakılmaksızın bütün yasaya aykırılıkları kapsamak üzere temyiz incelemesine tabi tutulmalıdır." (YCGK, 02.10.1989, 200/274, Karar için bk. YILMAZ, s. 226).

4 "C. savcısının, suçta kullanılan eşyanın zor alımı yolundaki isteği mahkemece CMUK'un 392 ve bunu izleyen maddeleri gereğince duruşmalı inceleme ile karara bağlanır. Bu kararın temyizi mümkündür. Buna rağmen evrak üzerinde sonuçlandırılması kanun yolunu değiştirmez. C. savcısının yaptığı itiraz sonucunda Asliye Ceza Mahkemesinin verdiği karar hukuki değerden yoksun ve yok hükmündedir. Yok, hükmünde olan bu karar için yazılı emir yoluna başvurulamaz.." (2. CD, 06.02.1995, 501/1149, Karar için bk. YILMAZ, s. 732).

kararı gereğince müsadere davalarında temyiz sınırının belirlenmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu esas alınacaktır. Her ne kadar 5236 sayılı Kanun'la HUMK'ta değişiklik yapılarak istinaf yoluna dair düzenleme getirilmiş ise de HUMK geçici 3. madde gereğince Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup, göreve başlayana kadar, HUMK'un 5219 sayılı Kanun ile değişik 427. maddesi yürürlüğünü devam ettirecektir. Dolayısıyla Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup göreve başlayana kadar, temyiz yolunda HUMK m. 427'deki sınır gözetilecektir. 12.01.2011 tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 341. madde gereği bu sınır bin beşyüz Türk lirası olarak belirlenmiştir.

c. İade Davası

5271 sayılı CMK'nın 256/2. maddesinde "Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya mal varlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece resen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir." şeklinde bir düzenleme ile iade davası düzenlenmiştir.

Maddeden anlaşılacağı üzere dava açılıp da asıl hükümle birlikte eşya hakkında bir karar verilmemesi hâlinde iade davası yoluna gidilebilecektir. Henüz açılmış bir dava yoksa el konulan eşyanın iadesi için dava açılmayacaktır. Bu durumda eşyanın iadesi için yetkili Cumhuriyet savcısından talepte bulunulabilecektir. Cumhuriyet savcısının iade talebine karşı verdiği karar için itiraz yoluna gidilebilecektir.

Açılan kamu davasında iade edilmesi gereken eşya veya mal varlığı değerleri için mahkemece esasla birlikte bir karar verilmemesi hâlinde mahkeme iade edilmesi gereken eşyaları iade etmediğini fark ettiğinde, her zaman resen bu eşyaların iadesine karar verebilecektir. Ayrıca ilgililer de mahkemeden iade konusunda bir karar vermesini isteyebilirler. Kanun koyucu burada sınırlayıcı bir yöntem seçmemiş ve ilgili olmayı yeterli saymıştır.

5271 sayılı CMK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasında "256. maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir." demek suretiyle 256. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında ayırım yapmadan iki hâlde de kararın duruşmalı olarak verileceği belirtilmiştir.

Yine 5271 sayılı Kanun'un 258. maddesinde ayırım yapılmaksızın 256. maddeye göre verilen kararlara karşı kanun yolu belirtilmiştir. Bu durumda daha önce açıkladığımız gerekçelere göre müsadere davasında olduğu gibi iade davasında da kanun yolu olarak temyize başvurulabilecektir.

ç. Zaman Aşımı

TCK'da müsadereyle ilgili olarak özel bir dava zaman aşımı süresi öngörülmemiştir. 54/1. (suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya hariç) ve 55. maddesinde düzenlenen eşya veya mal varlığı değerlerinin müsadere için işlenmiş bir suçun varlığı şart ise de bu suçtan dolayı mahkûmiyet gerekmemektedir. Yasal tanıma uygun ispatlanmış bir fiilin varlığı müsadere için yeterlidir. Dava zaman aşımı hâlinde davanın devam edip fiilin ispatlanması imkânı ortadan kalkacağından, müsadere kararı vermek de mümkün olmayacaktır. Bu durumda dava zaman aşımı süresinin dolması hâlinde davanın düşmesine ve eşyanın iadesine veya duruma göre

kolluk kuvvetlerine tevdisine karar verilmelidir.⁵ Sonuç olarak müsadere davası kural olarak asıl fiil için öngörülen zaman aşımı süresi içerisinde açılıp sonuçlandırılmalıdır.

Bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşyanın müsaderesi dava zaman aşımı süresine tabi değildir. Bu tür eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olduğu sürece müsadere edilebilecektir.

Müsadere konusunda ceza zaman aşımı süresine gelince, TCK'nın "Müsadere Zaman Aşımı" başlıklı 70. maddesinde müsadereye ilişkin hükmün kesinleşmeden itibaren 20 yıl geçtikten sonra infaz edilmeyeceği hükmüne bağlanmıştır. TCK'nın 70. maddesinin gerekçesinde, bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen müsadere açısından ayrı bir zaman aşımı süresi belirlendiği açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm müsadere konusunda verilip kesinleşen kararının infazıyla ilgilidir. Kanun koyucu madde gerekçesinde *"bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen müsadere açısından ayrı bir zaman aşımı süresi belirlenmiştir"* dediğine göre, bu hüküm hem eşya müsaderesini hem de kazanç müsaderesini kapsamaktadır. 765 sayılı TCK zamanında bu konuda benzer bir zaman aşımı düzenlemesi mevcut değildi. Uygulamada Yargıtay 3. Ceza Dairesine göre, müsadere kararının ceza zaman aşımı süresi içinde yerine getirilmiş olması gerekir. Şayet, müsadereye konu fiil için yasa da öngörülen ceza zaman aşımı dolmuş ise asıl ceza infaz edilmiş olsa bile artık müsaderenin infazı söz konusu olmayacaktır.⁶ Uygulamanın bu görüşüne karşın öğretide, ceza zaman aşımında hüküm mevcut ve kesinleşmiş olduğundan, müsadere kararı ile birlikte eşya devletin malı olmuştur. Bu nedenle de ceza zaman aşımının müsadere bakımından etkisiz olduğunu savunanlar da vardı.

TCK'nın 54/4 maddesinde düzenlenen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsaderesinde ise herhangi bir zaman aşımı süresi mevcut değildir. Bu fıkrada belirtilen eşyalar ne kadar süre geçerse geçsin, mahiyetinin gereği olarak, her zaman müsaderesi zorunlu eşyadır. Dolayısıyla

5 "Suçta kullanılan eşyanın müsaderesine dair talebin bağlı olduğu suçla ilişkin zaman aşımına tabi olması nedeniyle, asıl davanın da zaman aşımı sebebiyle ortadan kaldırılmasına karar verildiğine ve sanığın temyiz dilekçesine ekli yivsiz av tüfeği sahiplik belgesi suretinden, av tüfeğinin sanık adına ruhsatının bulunmasına göre, tüfeğin sanığa iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi.." (1. CD, 02.11.2006, 3730/17598, Karar için bk. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 500); "4915 sayılı Kanun'a muhalefetten sanık Naci ... hakkında yapılan duruşma sonunda; müsadereye ve iadeye dair ... Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 09.03.2004 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi sonunda; 11 Temmuz 2003 gün ve 25165 Sayılı 'Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4915 sayılı Yasa'yla 3167 sayılı Yasa'da yapılan değişikliğe göre sanığın eylemine uygulanabilecek müeyyide idari para cezasına dönüştürüldüğü ve idari para cezasının miktarına göre müsadere davasının da 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2-d maddesinde yazılı soruşturma zaman aşımına bağlı olması karşısında hükmün BOZULMASINA, anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca davanın zaman aşımı nedeniyle DÜŞÜRÜLMESİNE, dava konusu av tüfeğinin geçerli belge ibrazı hâlinde sahibine iade edilmek üzere zabıtaya TEVDİSİNE, 6 adet dolu fişin sanığa iadesine.." (7. CD, 07.03.2006, 1579/1165, Karar için bk. Meşe Yazılım Mevzuat ve İçtihat Bankası); "Olayda suçla konu ruhsatlı tabanca ve mermilerin taşıma veya bulundurulması başlı başına suç teşkil etmediğinden, sanık hakkında CYUY 392. maddesi uyarınca zor alım davası açılmıştır. Sanık hakkında ön ödeme sonucu takipsizlik kararı verilmeyerek dava açılmış olsa idi suçun müstelzim olduğu zaman aşımı dolduğunda dava ortadan kaldırılarak tabanca ve mermilerin iadesine karar verilecekti, o hâlde asıl fiil için yasa koyucunun kabul ettiği zaman aşımı süresinin /zor alım davasında da aynen düşünülmesi zorunludur. Bu itibarla CYUY 192. maddesi uyarınca açılan /zor alım davalarının da asıl fiil için öngörülen zaman aşımı süresine tabi olduğu kabul edilmelidir. Olayımızda suç teşkil eden fiil TCY 551. maddesine muhalefet olup TCK'nın 102/5 maddesine göre 2 senelik zaman aşımına tabidir. Bundan kaynaklanan zor alım davasının da 2 senelik zaman aşımı süresine tabi olması doğaldır. Yerel mahkeme 11.03.1985 tarihinde sanığın sorgusunu yapmış, 04.05.1987 tarihinde ise zor alım kararını vermiştir. Sorgunun yapıldığı tarih ile hükmün verildiği tarih arasında belirlenen iki senelik asli zaman aşımı süresi dolmuş olup, zaman aşımını kesen muamele de yapılmamıştır. Bu itibarla zor alım davası zaman aşımına uğradığından Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, bozma yeniden yargılamayı gerektirmediğinden CYUY 122 maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak zor alım ile ilgili davanın zaman aşımının gerçekleşmesi sebebiyle ortadan kaldırılmasına, tabanca ve mermilerin sahibine iadesine karar verilmelidir." (YCGK, 08.02.1988, 1987/ 2-547 E, 1988/16 K, Karar için bk. BAKICI, Ceza Hukuku, s. 1250)

6 "Somut olay nedeniyle Eceabat Sulh Ceza Mahkemesinin 21.12.1983 gün ve 177/200 sayılı Kararı ile sanık Ahmet Başarır'ın traktörüyle kaçak orman emvali taşıdığı sabit görülerek mahkûmiyetine ve suçta kullanılan 17 AR 628 plaka numaralı traktörün zor alınma karar verilmiştir. Bu karar, Yargıtay 3. Ceza Dairesince 19.06.1984 tarihinde onanarak kesinleşmiş, mahkûmiyetin konusu para cezası sanık tarafından 03.08.1984 tarihinde yerine getirilmiş fakat traktörün müsaderesine ilişkin karar, bugüne değin infaz edilmemiştir. Yazılı emre dayanan ihbarnamede ileri sürülen düşüncenin aksine zor alım kararına konu cezanın zaman aşımına uğramadan infaz edilmesi, traktörün müsaderesine ilişkin kararın infazının zaman aşımına tabi olmadığı sonucunu doğurmayacağı gibi, suçta kullanılan eşyanın müsaderesine karar verilmesini mahkemeden istemek zaman aşımı süresi ile sınırlı tutulmuşken, mahkûmiyet sonucu verilmiş bir zor alım kararının infazının zaman aşımına tabi olmadığı düşünülmez." (3. CD, 14.05.2001 4163/4732, Karar için bk. ARAS, Celal, Açıklamalı-İçtihatlı Orman Kanunu, Ankara 2002, s. 947)

da bu tür eşyanın müsadere her zaman mümkündür.

Ç. Suçsuzluk Karinesi ve İspat Yükü

Suçsuzluk karinesi, bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmamasını ifade eder.

Karine, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 11/1) ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de (AİHS) yerini almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 2. fıkrasında "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır." denmektedir.

Ülkemiz, 1948 tarihli Bildirge'ye ve 1950 tarihli Sözleşme'ye taraf olmakla birlikte 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." hükmüne de yer vermiştir. Karine, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş ise de yasama, yargı ve yürütmeyi bağlayan Anayasa'da hükme bağlandığından ceza yargılamasında da göz önünde bulundurulmak zorundadır.

Bir suçla itham edilen kişinin suçluluğu kanunen ispatlanıncaya kadar suçsuz (masum) sayılacağı kuralının ceza yargılaması hukuku bakımından şu sonuçları bulunmaktadır:

- a. İspat yükü (külfeti) iddiacıya düşer,
- b. Sanığın susma hakkı vardır,
- c. Şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo),
- d. Tutuklulukta makul süre aşılmamalıdır ve
- e. Yasak sorgu yöntemi kullanılarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmış ise suçluluk kanunen sabit değildir.

Bir iddianın ispatının iddia eden tarafa ait olacağı hususu suçsuzluk karinesinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Buna göre, sanığın suçluluğu yolundaki delilleri getirmek kovuşturmayı yapana düşer; zira iddia görevi hukuka aykırı bir fiilin bulunduğunu ileri sürmekten ibaret olmayıp iddiayı ispata yönelik delillerin getirilmesini de kapsamaktadır. Eğer delil getirilemezse beraat kararı verilmesi zorunludur. İspat görevi iddia eden tarafa düşmekteyse de savcı araştırmasını sanığın lehine olan hususları kapsayacak şekilde yapmak zorundadır. (CMK m. 160/2, 260/3) Suçsuzluk karinesinin sonucu olarak, itham eden makamın, yani iddia makamının sanığın suçluluğunu belirleyecek bütün suç unsurlarını ispat etmesi zorunludur. Eğer bu sağlanamıyorsa sanık şüpheden faydalanacaktır.

Ceza yargılaması hukukunda geçerli olan genel ilke gereğince müsadere için de ispat yükü devlete düşmektedir. Ancak bu kuralın birkaç istisnası bulunmaktadır.

a. Bankacılık Kanunu

01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda "*Bilgi ve Belge Vermeme Suçu*" düzenlenmiştir.

Bu suçla, temelde bankacılık düzeninin bir parçası olan "gözetim ve denetim düzeni"ni korumak amaçlanmıştır.

Yapılan bankacılık faaliyetinin, öngörülen bankacılık düzenine uygun olup olmadığı, düzenlemelere uygun olsa da tasarruf sahiplerinin haklarının, bankanın güvenli bir şekilde çalışmasının tehlikede olup olmadığı gibi konular, söz konusu bilgi ve belgelere bakılarak tespit edilebilecektir. Bu anlamda bilgi ve belgeler, gözetim ve denetim için vazgeçilmez bir araç niteliğindedir.

Bu durumu gözetken kanun koyucu, öncelikle belirli durumlarda, ilgili kişi ve kuruluşlara bilgi ve belge verme yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesini, bankacılık düzeni açısından önemli sayarak, "*bilgi ve belge vermeme suçu*"nu düzenlemiştir. 5411 sayılı Kanun'un 153. maddesinde düzenlenmiş olan bu fiil için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş yüz günden bin beş yüz güne kadar adli para cezası şeklinde ceza yaptırımı öngörülmüştür.

Benzer bir düzenleme, Vergi Usul Kanunu'nda yer verilen "bilgi ve belge vermeme suçları"nda da görülmektedir.

Burada öncelikle belirtmek gerekir ki bilgi ve belge vermemenin cezalandırılması, zorlamanın bir çeşidi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, kendisinden bilgi ve belge istenilen kimse, istenilen bilgi ve belgeleri verdiği takdirde, kendisinin veya kanunda gösterilen yakınlarının suçlanabileceği gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermeyebilecektir. Bu şekilde gerçekleşen eylem, tipe uygun olsa da Anayasa'da gösterilen susma ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama, belge vermeme hakkının varlığına dayanan bir hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeniyle, hukuka aykırı olmayacaktır.

Ayrıca, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun bilgi ve belge isteme yetkilerine ilişkin hükümlerde (Bankacılık K. m. 96, 123) "*savunma hakkına ilişkin hükümler saklı*" (m. 123) olduğu açıkça belirtilerek, savunma hakkının kullanılması çerçevesinde istenilen bilgi ve belgelerin verilmeyebileceği öngörülmüş olmaktadır.

Bankacılık K. m. 123'te "*savunma hakkına ilişkin hükümlerin saklı*" tutulması, bu suç tipini susma hakkına aykırı duruma gelmekten kurtarmıştır. Böylece de Anayasa'nın kendisi ve yakınları hakkında suçlayıcı beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanmama kuralına (Ay m. 38/5) aykırılık doğmamaktadır.

b. Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, kamu görevlileri için mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Bu Kanun'un 4. maddesine göre: "Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun

olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanun'un uygulanmasında haksız mal edinme sayılır.”

Yasa'nın 13. maddesine göre haksız mal edinmenin cezası 3 yıldan 5 yıla kadar hapis ve ağır para cezasıdır. Ayrıca, edinilen malın müsaderesi, müsadere imkânı kalmamışsa haksız edinilen şeyin bedelinin Hazineye ödenmesi öngörülmüştür (m. 14). Bu Yasa yönetime, kanuna tabi kamu görevlilerinin sahibi bulundukları malların haksız yollardan edinilmediğini, kanunun deyimiyle “kanuna ve genel ahlaka uygun olarak elde edildiğini ispata davet etme hakkını” vermektedir. İlgilinin elinde bulunan malların kanun ve genel ahlaka uygun olarak sağlanmadığını ispat, iddiacının yükümü içinde değildir ve ancak, kişi (olayda sanık) malları kanuna ve ahlaka uygun olarak edindiğini ispat ile yani “masumiyetini” ispatla yükümlüdür; ispatlayamazsa otomatik olarak kanunun koyduğu karine uyarınca suçlu sayılacaktır.

Bu Kanun gereğince bir malın haksız edinildiği düşüncesine varılması, daha doğrusu kamu görevlisinin, edindiği malın kanuna ve ahlaka uygun olduğunu ispat edememesi durumunda soruşturma başlatılabilecektir.

Ancak, 3628 sayılı Kanun'un 4. maddesinde öngörülen ispat yükünü, düzenleme şekli nedeniyle, suçsuzluk karinesinden doğan sanığın susma hakkı (CMK m.147), kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayacak beyanda bulunmaya ve bu yolda bir delil göstermeye zorlanamayacağı (Ay m. 38/5) ve şüpheden sanığın yararlanması ilkeleriyle bağdaştırmak zordur. Bu nedenle, AİHS'nin uygulaması da dikkate alınarak, bu 3628 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gözden geçirilmesi gerektiği de ileri sürülmekteyse de⁷ madde geçerliliğini korumaktadır.

⁷ Ünver'e göre, bu Yasa'daki hükümler genelde adil yargılanma hakkını, özelde suçsuzluk karinesini ihlal etmekte, ceza hukukunda objektif sorumluluğa yol açmaktadır. Bu nedenle, 3628 sayılı Kanun'un 4. maddesi yasadan çıkarılmalıdır.