

## HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

### HUKUKİ MÜZAKERE TOPLANTILARI

Denizli

07-10 KASIM 2013

**Grup Adı** : Ceza Grubu 6. Grup

**Grup Konusu** : İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Zimmet, Rüşvet, İrtikâp, Görevi Kötüye Suçları

**Grup Başkanı** : İlhan KAYA ( Yargıtay Üyesi)

**Grup Sözcüsü** : İsmail ŞAHİN (İzmir Hâkimi)

#### Raporlama Heyeti:

- 1-) İlhan KAYA (Yargıtay Üyesi)
- 2-) Murat Veysel SULAR (İzmir C. Savcısı)
- 3-) Mustafa KURTARAN (İzmir Hâkimi)
- 4-) İsmail ADEMOĞLU (Adana A.C.M. Başkanı)
- 5-) Ferhat BURSAL (Uşak A.C.M. Başkanı)
- 6-) Adnan TABAR (Antalya C. Başsavcı. V.)
- 7-) İsmail ŞAHİN (İzmir Hâkimi)
- 8-) İbrahim DURAK (İzmir Hâkimi)
- 9-) Bekir ŞAHİNER (Akhisar C. Başsavcısı)
- 10-) Ünver ÖZGÜL (Yargıtay Tetkik Hâkimi)

1- Zimmet, İrtikâp, Rüşvet ve İhaleye Fesat Karıştırma suçlarında ve bu suçları gerçekleştirmek üzere birlikte işlenen ‘belgede sahtecilik’ suçlarıyla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma usulleri ile bu suçlara ‘iştirak’ halinde "özgü suç" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği TCK'nın 40. maddesi ve Daire uygulamaları görüşülüp değerlendirilmiş olup;

İhaleye fesat karıştırma ile birlikte bazı dosyalarda edimin ifasına fesat suçlamalarının da yer almasına bağlı olarak edim konusu mal ya da hizmeti teslim alan kamu görevlileri yönünden, özgü suç niteliğinin dikkate alınması ayrıca bu suçla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturmanın genel hükümlere tabi şekilde yürütülmesi gerektiği, buna bağlı olarak soruşturma izni alınmasına gerek bulunmadığı,

5237 sayılı TCK'nın 235.maddesinde ‘ihaleye fesat karıştırma halleri’ yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasa'nın 2.maddesindeki “kanunilik ilkesi” ne 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 hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili kamu görevlileri, “d” bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da 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) 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, ‘fail olmadan şerik olunamayacağı’,

Husuları vurgulanmış, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

2- ‘İhaleye fesat karıştırma’ suçlarında ‘zincirleme suç’ hükümleri, ‘zarar kavramı’ ve ‘teşebbüs’ hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmiş,

Zincirleme suç ve teşebbüs hükümlerinin uygulama yeri bulunduğu, bu suçta benimsenen zarar'ın, gerçekleşmiş(somut) bir zarar olması gerektiği,

Hususları vurgulanmış, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

3- İcra Dairelerinde gerçekleştirilen ihalelerde yapılacak uygulama ve 'doğrudan temin usulü' ile yapılan mal ve hizmet alımlarında 'ihaleye fesat karıştırma' hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmiş olup,

İcra Müdürlükleri aracılığıyla yapılan ihalelerde İcra İflas Kanunu'nun 345/b maddesindeki düzenleme uyarınca sadece menfaat veya vaat karşılığı ihaleye katılmama, pey sürmeme şeklinde fiillerin söz konusu olması durumunda bu madde uyarınca yaptırıma bağlanması, diğer ihaleye fesat karıştırma hallerinin ise TCK'nın 235. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği,

Doğrudan temin yönteminin bir ihale usulü olmadığı, dolayısıyla bu usule göre yapılmış alımlarda TCK 235.maddesinin uygulama yeri olmadığı, ancak koşulları olduğu takdirde TCK'nın 257/1.maddesindeki suçu oluşturacağı,

Hususları üzerinde durulmuş, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

4- 'Zimmet suçu'nun nitelikli ve basit halleri, unsurları, fiil ve netice, özel görünüş şekilleri kapsamında teselsül-zincirleme suç hükümleri, değer azlığı, müsadere, etkin pişmanlık, ödeme iradesi, 'kullanma zimmeti'nde zimmet miktarının belirlenmesi, mahkûmiyet hükmünde TCK'nın 61. maddesine göre uygulama maddelerinin sıralaması görüşülmüş,

Bu bağlamda;

a- Zimmet suçunda TCK'nın 61/4-5 maddesindeki düzenlemeye uygun olarak aynı yasanın 247/1-2-3, 249, 35, 37, 38, 43, 32, 248, 62. maddelerinin bu sıra dâhilinde uygulanması gerektiği,

b- Birkaç yıla yayılmış olsa dahi, hukuki ve fiili kesintinin söz konusu olmadığı hallerde zincirleme zimmet fiillerinin tek suç olarak değerlendirilmesi gerektiği,

c- Zimmet suçlarında zimmete geçirilen malın değeri ve zincirleme suçun söz konusu olması durumunda kasıt yoğunluğu, suçu sürdürmekteki ısrar gibi hususlar gözetilerek TCK'nın 3 ve 61. maddeleri kapsamında hakkaniyete uygun, bireyselleştirme esaslarını taşıyan şekilde kararlar verilmesi gerektiği,

ç- Kullanma zimmetinde suçun konusunu oluşturan değer, zimmete geçirilen mal veya para değil, bundan elde edilen nema olduğu, buna bağlı olarak TCK'nın 249. maddesinin uygulamasında bu değer gözetilmesi ve etkin pişmanlıktan yararlanmak için hesaplanan nema miktarının ödenmesi gerektiği,

d- Derneğe ait malvarlığının mal edinilmesinin Dernekler Kanununun 32/f maddesindeki 'özel suç tipi'ne uyacağı,

Muhasebecinin müşteriye ait parayı mal edinmesinin 'hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma' suçunu oluşturacağı (5. CD. 2010/6228 - 2012/11048),

e- Kooperatif yönetim ve denetim kurulu üyelerinin işlediği suçlarda, kooperatiflerin ticaret sicil gazetesine tescil ile tüzel kişilik kazanacağı ve tasfiye işlemlerini gerçek anlamda tamamlanması halinde tüzel kişiliğinin sona ereceği, bu süre içerisindeki eylemlerinden dolayı memur gibi sorumlu olacakları, bu süreler dışındaki fiillerinin ise koşulları varsa diğer suçları oluşturabileceği,

Hususları vurgulanmış, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

5- "İrtikâp suçu", gerçekleşme şekilleri, unsurları, etkin pişmanlık ve değer azlığı, TCK'nın 35 ve 43 maddelerinin uygulanma şartları değerlendirilmiş olup;

- TCK'nın 250/4. maddesine göre istenen menfaatin değeri ile birlikte mağdurun ekonomik durumuna ilişkin olarak, her iki unsurun bir arada değerlendirilmesi ve mağdurun ekonomik durumuna göre suça konu menfaatin kendisini hangi oranda etkilediğinin göz önünde bulundurulması, buna göre indirim uygulanıp uygulanmayacağının tespit edilmesi,

- Birden fazla kişiye karşı değişik yer ve zamanlarda gerçekleştirilen irtikâp eylemlerinin, mağdur adedince suç oluşturacağı,
- TCK'nın 250/3. maddesi-fıkrasındaki 'hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp' fiillerinde kamu görevlisinin aktif hiçbir söz ve davranışının bulunmaması gerektiği ve bu suçun neticesi harekete bitişik özelliği gözetilerek 'teşebbüse elverişli olmadığı',
- Mağdur olarak görünen kişinin 'yasal olmayan bir zemin'de bulunması veya kamu görevlisinin baskısından kolayca kurtulma imkânının bulunduğu hallerde bu suçun oluşmayacağı, eylemin 'rüşvet' suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği,

Hususları üzerinde durulmuş, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

6- Rüşvet suçu, gerçekleşme şekilleri, unsurları, teşebbüs hükümleri (TCK m.252/4) uygulaması değerlendirilmiştir.

- TCK'nın 252/7. maddesinin, sınırlı şekilde sayılan kişilerin rüşvet alma fiiline uygulandığı, bu kişilere 'rüşvet verenler' hakkında ise bu fıkrada öngörülen ceza artırımının uygulama imkânı bulunmadığı,
- 6352 sayılı Kanun ile 05/07/2012 tarihinde yapılan değişiklikten önce işlenmiş rüşvet suçlarında koşulları varsa teşebbüs hükümleri uygulanırken TCK'nın 35/2 ve 252/4. maddelerindeki düzenlemeler kapsamında lehe yasa karşılaştırması yapılması gerektiği,
- Şarta bağlı rüşvet anlaşması olmayacağı,

Bu suç uygulamasında, bir tarafın gerçekte böyle bir niyeti olmadığı halde diğer kişiyi yakalatma amacıyla teklifi kabul etmiş gibi görüldüğü hallerde, 'fail' hakkında 'teşebbüs' hükümlerinin uygulanması ve diğer kişinin ise 'mağdur' olarak kabul edileceği,

- Rüşvet alma suçunun 05/07/2012 tarihine kadar 'özgü suç' olduğu, bu nedenle bu tarihe kadar işlenen fiillerde TCK'nın 40/2. maddesinin mutlaka gözetilmesi gerektiği, 'bu tarihten sonra' işlenen rüşvet alma suçlarının özgü suç niteliğinde olmadığı ve TCK'nın 252/5 maddesi uyarınca suça 'iştirak' eden kişilerin 'müşterek fail' gibi cezalandırılacakları,

-Bu suçla ilgili müsadere kararlarının TCK'nun 55/1. maddesi uyarınca verileceği,

Hususları üzerinde durulmuş, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

7- Görevi kötüye kullanma suçu, gerçekleşme şekilleri, unsurları, daire uygulaması gerekçeleri ile izah edilmiş;

- Zimmet, rüşvet, irtikâp veya ihaleye fesat karıştırma suçlaması ile açılan kamu davalarının yargılaması sırasında toplanan delillere göre son aşamada eylemin görevi kötüye kullanmaya dönüştüğü tespit edildiği takdirde yerleşmiş Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları uyarınca soruşturma izni yönünden durma kararı verilmemesi ve ek savunma hakkı tanındıktan sonra dosyanın bu şekilde karara bağlanması gerektiği,

- TCK'nın 257/2. maddesinde yer alan 'ihmali davranışla görevi kötüye kullanma' suçunun da ancak kasten işlenebileceği,

Hususları üzerinde durulmuş, konuya ilişkin Yargıtay kararları irdelenmiştir.

8- Grup çalışmamıza dâhil suçlar yönünden katılımcılarca uygulamada karşılaşıldığı belirtilen tereddütler, mevcut yasa maddeleri düzenlemelerinde daha etkin olabileceği düşünülen öneriler tartışılıp değerlendirilmiş;

Bu bağlamda, bazı katılımcılar tarafından,

- 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde öngörülen Ceza soruşturma ve kovuşturma usulünün, 4483 Sayılı Yasa ile uyumlu hale getirilmesi,

Yine, 'edimin ifasına fesat karıştırma' suçlarınının 3628 sayılı Kanunun 17. maddesinde açıkça ve sınırlı sayılan suçlar arasında bulunmayışı, 5237 sayılı TCK'da 'ihaleye fesat karıştırma' suçundan ayrı bir maddede düzenlenmiş olması da göz önüne alınarak, bu hususun bir yasal düzenleme ile giderilmesi gerektiği,

Görüşleri ileri sürülmüştür.