**CGK
Tarih**:2006
**Esas No**:2006/5-165
**Karar No**:2006/213
**Kaynak**:Uyap mevzuat
**İlgili Maddeler**:5237 SK 247, 5237 SK 248, 5237 SK 43, 765 SK 202, 765 SK 219, 765 SK 80
**İlgili Kavramlar**:ETKİN PİŞMANLIK, SORUŞTURMA AŞAMASININ BAŞLANGICI

Nitelikli zimmet suçundan sanık Ş... Sönmez'in, 765 sayılı TCY.nın 202/2, 80, 202/3, 59 ve 219/4. maddeleri uyarınca sonuç olarak 5 yıl 10 ay ağır hapis ve 21.691.871.000 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, müebbeten memuriyetten mahrumiyetine ve hakkında TCY.nın 33. maddesinin uygulanmasına karar verilmiş, karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

5237 sayılı TCY.nın yürürlüğe girmesi üzerine Yerel Mahkemece hükümlünün durumu re'sen dikkate alınmış ve duruşma açılarak yapılan yargılama sonucunda 07.11.2005 tarihinde ek karar ile;

"765 sayılı TCK.na göre kesinleşen ceza miktarı ile 5237 sayılı TCK.nuna göre belirlenen ceza miktarları yönünden yapılan kişiselleştirmeler sonucunda;

Yeni TCK.nunda zimmet suçu önceki ceza kanunundan farklı olarak tek madde halinde düzenlenmiş, 247/1 fıkradaki temel ceza üzerinden zimmetin nitelikli olması halinde 1/2 oranında artırım yapılacağı, 2. fıkrada öngörülmüş bulunmaktadır.

Aynı şekilde müteselsilen işlenmesi halinde de TCK.nun 43/1. maddesinde 1/4 oranında artırım yapılacağı düzenlenmiş, bu oranlar uyarınca artırım yapıldığında sonuç cezanın yine de sanık lehine olduğu görülmüş, soruşturma aşamasında sanık zimmete konu miktarı yatırdığından verilen ceza azami oranda indirilerek sanığın cezası tespit edilmiştir" gerekçesiyle 5237 sayılı TCY.nın 247/1-2, 43/1, 248/1. maddeleri uyarınca sonuçta 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına, 53/1. maddenin a, b, c, d ve e bentlerindeki haklardan aynı maddenin 2. fıkrasındaki süreler dikkate alınarak yoksun bırakılmasına karar verilmiştir. Hükümlü müdafiinin temyizi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 08.03.2006 gün ve 736-1572 sayı ile;

"Soruşturmanın, 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesi uyarınca C.Başsavcılığına veya kolluk kuvvetlerine ihbar veya şikayetin yapıldığı anda başlayacağı gözetildiğinde tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre hükümlü müdafiinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Özgü suçlardan olan zimmet suçundan 5237 sayılı TCK lehe kabul edilerek hüküm kurulduğu halde, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmayı düzenleyen 53. maddenin 5. fıkrasının da uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi" isabetsizliğinden hükmün oyçokluğuyla bozulmasına karar verilmiş, Daire Başkanı H.Cevheroğlu ile Üyelerden A.İlhan ise;

"Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevleri" başlığı altında düzenlenen CMK.nun 160. maddesi, içerik olarak; olaya müdahale edecek olan Cumhuriyet savcısının bu tahkikatla ilgili görev ve yetkilerini zikretmekte, soruşturmanın başlama safahatını salt bir şekilde öngörmemektedir.

5237 sayılı TCK.nun rüşveti düzenleyen 254. maddesinin gerekçesinde; "Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kamu görevlisi hakkında, idari de olsa, herhangi bir soruşturmaya girişilmemiş bulunmasının gerekeceği" belirtilmektedir.

Bu durum karşısında; "soruşturma safahatının" zimmet suçlarında Cumhuriyet savcılığına, rüşvet suçlarında ise olayın idari mercilere intikaliyle başlayacağı gibi farklı değerlendirmelere ve sonuçlara gidilebileceği,

Diğer taraftan; 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre, idari mercilerce yapılan tahkikat işlemlerinin kanun metinlerine "soruşturma" olarak dercedilmesi karşısında,

Ödemenin kovuşturma başlamadan önce yapıldığı ve sanık hakkında TCK.nun 248/2. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden ceza indiriminin 248/1. maddesine göre yapılması suretiyle eksik ceza tayininin kanuna aykırı bulunduğu, infaz aşamasında hükümlü lehine yapılan hatalı uygulamanın kazanılmış hak doğurmayacağı da dikkate alınarak, verilen hükmün bu nedenle de bozulması gerektiği düşünce ve kanaatiyle sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 26.05.2006 gün ve 4138 sayı ile;

"Zimmet suçlarında etkin pişmanlık hali 765 sayılı ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK.nun 202. maddesinin 3. fıkrası "Zararın, kovuşturma yapılamadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise, üçte biri indirilir" şeklindedir.

Buna karşılık 5237 sayılı TCK.nun aynı konudaki düzenlemeyi öngören 248. maddesi ise şöyledir;

"(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."

Görüldüğü üzere, her iki düzenlemede de etkin pişmanlığın esaslı unsurlarında bir değişiklik söz konusu değildir. Ancak, 202. maddenin 3. fıkrasında zararın kovuşturma yapılmadan önce ve hükümden önce ödenmesi şeklinde ikili bir düzenleme yapılmış iken, 5237 sayılı Kanunun 248. maddesi, kovuşturma öncesini ikiye ayırmış ve bir yenilik olarak, zimmete geçirilen malın soruşturma başlamadan önce aynen iadesi veya zararın tamamen tazmin edilmesi halinde cezanın üçte ikisinin indirilmesini öngörmüştür.

Problemin çözümü bakımından, "soruşturma"nın ne zaman başlamış sayılacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (e) fıkrasında soruşturma, "kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre" olarak tarif edilmiştir. Madde gerekçesinde ise, "... Kamu davasında iki temel evre kabul edilmiş bulunmaktadır. Davanın hazırlanmasına ilişkin olup, işlenen suça ilk müdahaleden başlayarak iddianamenin mahkemeye verilmesine kadar geçen bütün işlemleri kapsayan evre, soruşturma olarak isimlendirilmiştir. Elbetteki bu evre içinde bir takım aşamalar da vardır" denilmek suretiyle tanıma açıklık getirilmiştir. Buna göre, soruşturma suça ilk müdahaleden itibaren başlamış olacak ve iddianamenin mahkemeye verilmesine kadar geçen bütün işlemleri kapsayacaktır.

Aynı Kanunun "soruşturma işlemleri" başlıklı bölümü altında yer alan 160. maddesinde Cumhuriyet savcılarının suçun işlenmesini öğrendikten sonra yapacakları işlemlerin sayılmış olması, soruşturmanın Cumhuriyet savcılarının suçun işlenmesini öğrenmeleri ile başladığı anlamını taşımamaktadır.

CMK.nun 158. maddesinin 1. fıkrası, suça ilişkin ihbar ve şikayetin Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceğini,

İkinci fıkra, Valilik veya Kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar ve şikayetin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceğini,

Üçüncü fıkra, yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikayette bulunulabileceğini,

Dördüncü fıkra ise, bir kamu görevinin yürütülmesi ile bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar ve şikayetin gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceğini öngörmektedir. Maddenin 4. fıkrası yukarıda açıklanan CMK.nun 2. maddesi ile birlikte değerlendirilmeli, soruşturmanın "bir kamu görevinin yürütülmesi ile bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar ve şikayetle" de başladığı kabul edilmelidir.

Kaldı ki, rüşvet suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen 254. maddenin gerekçesinde yer alan "etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için kamu görevlisi hakkında idari de olsa herhangi bir soruşturmaya girişilmemiş olması gerekir" cümlesi de bu görüşü doğrulamaktadır.

Öte yandan, 5237 sayılı TCK.ndaki yeni düzenlemenin, zimmet suçunun failini işlediği suçu, hakkında hiçbir resmi işlem veya takip söz konusu değilken yetkili merciye haber vererek ve iade veya tazmini gerçekleştirerek daha fazla ceza indiriminden yararlanmaya teşvik etmeyi amaçladığı da açıktır.

Olayımızı buna göre değerlendirirsek;

Ç... Belediyesi Su Otobüs İşletme Müdürlüğünde tahsildar olan hükümlü, 2000-2003 yılları arasında vatandaşlardan topladığı su paralarından 17.691.296.571 lirayı zimmetine geçirmiştir. Bu durum, su tahsilat şefi tarafından tespit edilmiş ve 14.11.2003 günlü yazı ile Personel Müdürü ile Muhasebe Müdürünü iddiaları incelemeleri için görevlendirmiş, bu işlem devam ederken sanık 13.02.2004 tarihinde zimmete geçirdiği meblağı belediyeye tamamen ödemiştir.

16.02.2004 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunulmuş, kamu davası ise 02.03.2004 tarihinde açılmıştır.

Görüldüğü gibi, ödemenin, hükümlünün görev yaptığı kurum idaresinin suça ilk müdahalesinden sonra, ancak iddianamenin mahkemeye verilmesinden önce yapıldığı anlaşılmakta olup, sanık hakkındaki ceza indiriminin 5237 sayılı TCK.nun 248/2. maddesi uyarınca yapılması gerekmektedir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve hükmün bu gerekçeyle de bozulmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Nitelikli zimmet suçundan hükümlü Ş... hakkında, kesinleşmiş hükümde değişiklik yargılaması yapılarak hakkında 5237 sayılı TCY. hükümlerinin uygulandığı olayda, Özel Daire ile Yargıtay C:Başsavcılığı arasındaki hukuki uyuşmazlık, zimmete geçirdiği miktarı, C.savcılığına suç duyurusunda bulunulmadan önce belediyece yürütülen idari soruşturma evresinde ödeyen hükümlü hakkında, sonradan yürürlüğe giren ve etkin pişmanlık nedeniyle lehte olduğu için uygulanması gereken 5237 sayılı TCY.nın 248. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca mı, yoksa 2. fıkrası uyarınca mı cezasından indirim yapılacağının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Hukuki uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir sonuca ulaşmak için, konuyla ilgili yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

5237 sayılı TCY.nın 248. maddesi;

"(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." hükmünü taşımaktadır.

Görüldüğü gibi, etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasında hangi indirim oranının uygulanacağının belirlenmesi için, soruşturma evresinin başlangıç zamanının saptanması gerekmektedir. Soruşturma evresinin başlangıç zamanı ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasına göre belirlenecektir.

5271 sayılı CMY.nın, "Tanımlar" başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde;

"Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder" hükmü;

"İhbar ve şikayet" başlığını taşıyan 158. maddesinde;

"(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

(2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir.

(4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.

(6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur." hükmü;

"Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi" başlığını taşıyan 160. maddesinde ise;

"(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Tanımlarda, soruşturma evresinin suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenilmesi ile başlayacağı kabul edilmiş, ancak yetkili mercilerin kim olduğu hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Soruşturmayı yapacak mercinin, ilke olarak C.savcısı olacağı Yasada yer alan diğer hükümlerden açıkça anlaşılmaktadır. Ancak ayrıksı durumlarda, askeri suçlarda askeri savcıların veya memurların görevleri nedeniyle işledikleri suçlarda 4483 sayılı Yasa uyarınca soruşturma iznini vermeye yetkili mercinin soruşturmayı başlatması olanağı bulunduğundan, tanımlama yapılırken "yetkili merciler"den söz edilmiş olması, yasama tekniğinin bir gereğidir. Nitekim, 160. maddede C.savcısının suçun işlendiğini öğrenmesi halinden söz edilmiş ve bu durumda C.savcısına, kamu davasının açılıp açılmayacağı hususunda araştırma yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Yargılama hukukumuzda kovuşturma zorunluluğu ilkesi geçerli olduğundan, soruşturma yapılması bir zorunluluk olarak düzenlenmiş ve bu görev C.savcısına verilmiştir. Öğretide de bu konuda benzer açıklamalar yapılarak aynı esaslara yer verilmiştir. (Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, sh.686 vd.; Doç.Dr. Veli Özer Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, sh. 685 vd.)

Öte yandan, 158. maddede suça ilişkin ihbar ve şikayetlerin kural olarak Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği kabul edilmiş, ayrıksı hallerde valilik, kaymakamlık, elçilik veya konsolosluk gibi makamlara da yapılabileceği kabul edilmekle birlikte, bu şikayet veya ihbarın C.savcılığına iletilmesi kurala bağlanmıştır. Hatta bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikayetin gecikmeksizin C.savcılığına gönderilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme de soruşturma evresinin, C.savcısının suç şüphesini öğrenmesiyle başlayacağını ortaya koymaktadır.

O halde "soruşturma evresi" suç şüphesinin C.savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağından, 5237 sayılı TCY.nın 248. maddesi uyarınca "etkin pişmanlık" nedeniyle indirim yapılacak hallerde, ödemenin, olay C.savcılığınca öğrenilmesi ve soruşturma işlemlerine başlanmasından önce yapılması halinde 1. fıkranın, diğer hallerde ise 2. fıkranın uygulanması gerekmektedir. Nitekim, öğretide de aynı esas kabul edilmiştir. (Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sh. 553; Tezcan, Erdem, Önok, Ceza Özel Hukuku, sh.674 vd.)

Özel Daire azınlık görüşü ile Yargıtay C.Başsavcılığı itirazında ileri sürüldüğü üzere; 5237 sayılı TCY.nın 254. maddesinde rüşvet suçları için öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinin, zimmet suçunda kıyasen uygulanmasına da olanak bulunmamaktadır. Zira, "maddi ceza hukukunda kıyas yapılamayacağı biçiminde" tanımlanan ve yeni TCY.nın 2. maddesi 3. fıkrasında da açıkça ifadesini bulan temel ilke uyarınca yasaların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı tartışmasız bir kuraldır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde;

Ç... Belediyesi Su Otobüs İşletme Müdürlüğü Tahsilat Şefi tarafından 14.11.2003 günlü yazı ile 5 nolu veznede yapılan işlemlerde usulsüzlük saptandığı, bunun zimmet amacıyla yapıldığının düşünüldüğü hususu aynı yer Muhasebe Müdürlüğüne iletilmiş, Muhasebe Müdürlüğü 17.11.2003 tarihli yazı ile Belediye Başkanına, usulsüzlüklerin hükümlü Ş... Sönmez tarafından yapıldığının belirlendiğini bildirmiş ve yazı altına adı geçenin açığa alınarak hakkında tahkikat yapılmasının uygun olduğu şerhi düşülmüştür.

İdari soruşturmanın sürdüğü aşamada hükümlü Ş... 13.02.2004 tarihinde Ç... Belediyesi hesabına 17 milyar 691 milyon 296 bin 071 lira yatırmıştır.

Olay 16.02.2004 tarihli yazı ile C.savcılığına ihbar edilmiş ve 02.03.3004 tarihinde hükümlü Ş... hakkında zimmet suçundan iddianame düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, zimmet suçuna ilişkin olarak C.savcılığına ihbar yapılmadan önce zimmet miktarı iade edilmiştir. O halde, Yerel Mahkemece hükümlü hakkında 5237 sayılı Yasanın 248/1. maddesinin uygulanması ve Özel Daire çoğunluğunca bu hususun bozma nedeni sayılmaması isabetli ve yasaya uygundur.

Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 17.10.2006 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.