

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. İzzet Özgenç

I. Mevzuatımızda, vergiyi doğuran olay esas alınarak, **gümrük kaçakçılığı** fiilleri ayrı bir kanunda (5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, m. 3, 4) **vergi kaçakçılığı** fiilleri ise ayrı bir kanunda (213 s. Vergi Usul Kanunu, m. 359) suç olarak tanımlanmıştır. İki ayrı kanunda yer alan bu suç tanımlarında arz ettikleri özellikler bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Gümrük kaçakçılığı fiilleri **zarar suçu** olarak tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle, gümrük mevzuatına aykırı bir şekilde ithalat veya ihracat gerçekleştirilerek ödenmesi gereken verginin hiç ödenmemesi veya ödenmesi gereken miktardan daha az miktarda vergi ödenmesi suretiyle Devlet bakımından **vergi ziyayı** sonucunun doğması gerekmektedir. Bu itibarla, gümrük kaçakçılığı suçları, neticeli suçlardır.

Buna karşılık, 213 s. Kanun, m. 359'da tanımlanan vergi kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için, devlet bakımından vergi geliri kaybına ("vergi ziyayına") sebebiyet verilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, devletin gelir kaybına sebebiyet vermeden de vergi kaçakçılığı suçu işlenebilmektedir. Kanundaki tanımlaması itibarıyla vergi kaçakçılığı suçu belgede sahtecilik suçunun özel bir türünü oluşturmaktadır.

Gümrük kaçakçılığı suçlarının işlenmesi halinde, 5607 s. Kanundaki hapis ve adli para cezalarına hükmedilmesi ve suçun konusunu oluşturan eşyanın müsadere edilmesi gerekmektedir. Bu durumda ayrıca Gümrük Kanunundaki idari para cezaları uygulanmamaktadır. Bu yönü itibarıyla, gümrük kaçakçılığı suçları bakımından non bis in idem kuralına sadık kalmıştır.

Buna karşılık vergi kaçakçılığı suçlarında, kaçakçılık fiilinin işlenmesiyle devlet bakımından vergi geliri kaybına ("vergi ziyayına") sebebiyet verilmiş ise, hem bu suçtan dolayı **hapis cezasına** hükmedilecek, hem de ziyayına sebebiyet verilen verginin tahsilinin yanı sıra, üç katı kadar "**vergi cezası** kesilecektir" (213 s. K, m. 344, f. 2).

Bir fiilden dolayı hem **adli cezaya** hükmedilmesinin hem de **idari ceza** verilebilmesinin bir örneğini oluşturan bu durum, aynı fiil nedeniyle mükerrenen cezalandırmayı yasaklayan non bis in idem kuralı ile çelişmektedir.

Non bis in idem kuralı, Türkiye'nin de taraf olduğu "**11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol**"ün 4. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Anayasa, m. 90, f. 5 hükmü karşısında, aynı fiil nedeniyle mükerreren cezalandırmayı yasaklayan non bis in idem kuralı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için, uygulamada 213 s. Kanun, m. 344, f. 2 ve m. 359, f. 3 hükümleri yerine, söz konusu Protokol, m. 4 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Ancak, halen süregelen uygulamamız karşısında, bu yönde bir beklentide olmak, gerçekçi gözükmemektedir.

213 s. Kanunun söz konusu düzenlemeleri karşısında, aynı fiil, bir yandan vergi uyumsuzluğu dolayısıyla Vergi Mahkemesinde dava konusu edilebilmekte, öte yandan vergi kaçakçılığının oluşturduğu iddiasıyla ceza davasının konusunu oluşturabilmektedir. Açılan bu davaların temelini oluşturan olay aynıdır. Ceza yargılamasında olduğu gibi, vergi yargılaması faaliyetinde de önce maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Doktrinde, maddi gerçeğin tespiti zımnında her iki yargılama faaliyetinde birbirinden farklı sonuçlara ulaşılabilmesi ihtimali karşısında, bu yargılama faaliyetlerinden birinde diğerinin bekletici sorun olarak kabul edilmesi gereğine işaret edilmektedir. Ancak, bu yargılamalardan hangisinin bekletici sorun yapılacağı konusunda birbirlerinden çok farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bu sorun ve tartışma, esas itibarıyla, vergi kaçakçılığı suçunun bir zarar suçu olarak tanımlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Bütün bu sorunların giderilebilmesi için kanun değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu değişiklikte, vergi kaçakçılığı fiillerini, gümrük kaçakçılığı fiilleri gibi zarar suçu olarak tanımlamak gerekir. Yani, vergi kaçakçılığı suçunun tamamlanabilmesi için, devlet bakımından vergi geliri kaybına ("vergi ziyana") sebebiyet verilmiş olmasını bir unsur olarak aramak gerekir. Bu suç tanımında, hapis cezasının yanı sıra, devletin uğradığı vergi geliri kaybının giderilmesi amacına yönelik olarak adli para cezasına da yer vermek gerekir.

Yürürlükteki mevzuatımızda birbirinden tamamen farklı konseptte düzenlenmiş olan gümrük kaçakçılığı ve vergi kaçakçılığı suçları ile ilgili olarak öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinde de bir ahenksizlik mevcuttur (5607 s. K., m. 5; 213 s. K., m. 359, f. 2 yollamasıyla m. 371).

Kanun değişikliğinde, gümrük kaçakçılığı ve vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili olarak birbirine paralellik arz edecek şekilde etkin pişmanlık düzenlemesi yapılması gerekmektedir. Bu değişiklikte önce maddi gerçeğin, yani

devletin vergi geliri kaybına neden olan olayın açıklığa kavuşturulmasına yönelik bilgi verilmesini, kişinin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde lehine olarak dikkate alınmasını sağlayan düzenleme yapılmalıdır. Keza, kişinin sebebiyet verdiği vergi ziyasını belli bir miktar ziyadesiyle birlikte karşılmasını, bunun soruşturma başlamadan önce, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde gerçekleşmesine göre, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde lehine olarak dikkate alınmasını sağlayan etkin pişmanlık düzenlemesi yapılmalıdır. Hatta, vergi ve gümrük kaçakçılığı suçları bağlamında hüküm kesinleştikten sonra da etkin pişmanlık yolu açılmalıdır. Buna göre, sebebiyet verilen vergi geliri kaybının belirli bir miktar ziyadesiyle birlikte hüküm kesinleştikten sonra tazmin edilmesinin, mahkum olunan hapis cezasının infazı sureti bakımından hükümlü lehine olarak dikkate alınmasını sağlamak gerekir. Ancak, önemle belirtilmelidir ki, hüküm kesinleştikten sonra etkin pişmanlık halinde kesinleşen hükme herhangi bir müdahalede bulunulmamalıdır.

Gümrük ve vergi kaçakçılığı suçlarından dolayı adli para cezasına hükmederken, sebebiyet verilen vergi geliri kaybı göz önünde bulundurulur. Ancak, bunun için sebebiyet verilen vergi geliri kaybının tam olarak belirlenmesine ve hesaplanmasına gerek bulunmamaktadır.

Sebebiyet verilen vergi geliri kaybının miktarının tam olarak hesaplanması, tazmin bakımından önem taşımaktadır.

Tazmin sorumluluğu ile ceza sorumluluğu arasında non bis in idem kuralının uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Ancak, aynı fiil sebebiyle adli ve idari ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması bağlamında non bis in idem kuralını dikkate almak gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İHAS'ne Ek 7 No'lu Protokol hükümlerinin uygulanması bağlamında verdiği kararlar da bu yöndedir. Kabahatler Kanunu, m. 15, f. 3 hükmü söz konusu Ek 7. Protokol hükümleri dikkate alınarak Kanuna konulmuştur.

Bu itibarla, kaçakçılık suçunun işlenmesiyle devlet bakımından oluşturulmuş olan vergi geliri kaybının ("vergi ziyasının") miktarı ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlık elbette ki vergi mahkemelerinin görev alanına giren bir husus olacaktır. Ceza mahkemesinin, vergi ziyası miktarı ile ilgili uyuşmazlık bağlamında vergi mahkemesinde görülmekte olan davayı bekletici sorun olarak dikkate alması da söz konusu olamaz.

II. Sermaye Piyasası Kanununda işlem suretiyle piyasa dolandırıcılığı suçu ile bilgi yayma suretiyle piyasa dolandırıcılığı suçu arasında, birincisinin tehlike suçu, ikincisinin ise zarar suçu olarak tanımlanmasıyla, fark oluşturulmuştur. Keza 6362 s. Sermaye Piyasası Kanununda, bir tehlike suçu olarak tanımlanmış olan işlem suretiyle piyasa dolandırıcılığı suçu ile

ilgili olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmesi ve buna karşılık, zarar suçuna dönüştürülen bilgi yayma suretiyle piyasa dolandırıcılığı suçu ile ilgili olarak etkin pişmanlık hükmünün öngörülmemiş olması, diğer bir çelişkiye işaret etmektedir.

Ayrıca, 6362 s. Kanunda **örtülü kazanç aktarımı** fiilleriyle ilgili olarak Türk Ceza Kanununun güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmasına rağmen, içeriği itibarıyla sorunlu olan özel bir etkin pişmanlık hükmüne yer verilmesi doğru olmamıştır. Bu itibarla, 6362 s. Kanunda örtülü kazanç aktarımı fiilleriyle ilgili olarak da TCK'nın güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanabilirliğini sağlamaya yönelik değişiklik yapılmasını önermekteyiz.

Yapılması önerilen kanun değişikliği ile, sermaye piyasası rejimine tabi şirketler, kuruluşlar bünyesinde tutulan defter ve kayıtlarla ilgili olarak sahtecilik suçunun yeknesak bir düzenlemeye tabi tutulması ve bu suçun oluşabilmesi için, defter ve kayıtlar ibaresinin bilişim sistemi üzerinden tutulanları da kapsadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Sermaye Piyasası Kanunundaki bu çelişkili ve sorunlu hükümlerin giderilmesine yönelik Hukuk sistemimizde değişiklik yapılmasının gerekli olduğu değerlendirilmiştir.

Hukuk sistemimiz bakımından, kanuni düzenlemeler yanında, uygulamadan kaynaklanan sorunlar da söz konusudur. Sermaye piyasası bakımından temel prensip, bu piyasaya güvenin tesis edilmesi ve duyulan güvenin korunmasıdır. Özellikle Sermaye Piyasası Kurulu ve yargı kararları ile bu güveni sarsacak uygulamalardan kaçınılmasını sağlamak gerekir. Hukuk sistemimiz bakımından, bir uygulama sorunu olarak, yargı uygulamamızda başvurulan "*bilirkişi adaleti*" yöntemiyle, bazı somut olaylarda esasen suç oluşturan fiillerin yaptırımsız bırakıldığı; buna karşılık, sermaye piyasası rejiminin siyasi otorite tarafından bazı müteşebbisler üzerinde bir baskı aracı olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir.

III. Özellikle uluslararası alanda para transferlerinin denetlenmesine ilişkin olarak, Türk hukukunda, Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alınmak suretiyle gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, bu alandaki mevzuatımız ile Avrupa Birliği düzenlemeleri arasında bazı uyumsuzluklar bulunmaktadır. Avrupa Birliği bünyesinde bu alanda çıkarılan yeni tüzük ve direktiflerle ihdas edilen hükümler dikkate alınarak mevzuatımızda gerekli değişikliklerin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

IV. Mevzuatımızda, özellikle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklanma ve terörizmin finansmanı suçları bakımından önleyici tedbir ola-

rak, belirli iş ve işlemler bağlamında kimlik tespitine ve kimliğin bildirilmesine yönelik yükümlülükler ihdas edilmiştir (5549 s. Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, m. 3, f. 1).

Ancak işaret etmek gerekir ki, belirli iş ve işlemler bağlamında kimlik tespitine ilişkin yükümlülüğün ihlali dolayısıyla uygulanacak hükümler bakımından mevzuatımızda bir ahenksizlik mevcuttur. Şöyle ki, 5549 s. Kanunda, bu yükümlülüğün ihlali, yani nezdinde parasal yönü bulunan iş ve işlem gerçekleştirilen kuruluş veya işletme yetkililerinin söz konusu işlemler bağlamında ilgili kişilerin kimlik tespitini yapmaması, suç değil, **kabahat** olarak tanımlanmıştır. Kimlik tespitinin ihmal edilmesi, nezdinde işlem gerçekleştirilen kuruluş veya işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişiye **idari para cezası** uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Bu yaptırıma karar vermeye MASAK Başkanlığı yetkili kılınmıştır (5549 s. K, m. 13, f. 1).

Buna karşılık, 5411 s. Bankacılık Kanununda bankaların kimlik tespiti yapmadan bankacılık işlemi yapmaları yasaklanmış ve bu yasağın ihlali dolayısıyla uygulanacak yaptırım bağlamında 2.4.1998 tarihli ve 4358 sayılı Kanunun 5. maddesine¹ atıfta bulunulmuştur (5411 s. Kanun, m. 76, f. 3). Bu itibarla, bankacılık işlemleri bağlamında kimlik tespitine ilişkin yükümlülük ihlali, **hem kabahat hem de suç** olarak yaptırım uygulanmasını gerektirmektedir. Yasama faaliyetiyle mevzuatımızda mevcut olan birbirleriyle çelişkili olan bu hükümlerin yeniden düzenlemeleri gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kimlik tespiti bağlamında, nezdinde işlem gerçekleştirilen kuruluş veya işletme yetkililerine kimliğiyle ilgili olarak gerçeğe aykırı bilgi veren kişinin ceza hukuku sorumluluğunun bir sorun olduğu düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, kimlik tespitini gerekli kılan iş ve işlemler bağlamında belge düzenlenmesi söz konusu olduğu için, gerçeğe aykırı kimlik bilgileriyle bu belgeyi imzalayan kişinin TCK'nın belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacağı kuşkusuzdur.

¹ 4358 sayılı Vergi Kimlik Numarası Kullanımının Yaygınlaştırılması Ve Noterlik Kanunu, İcra Ve İflas Kanunu, Tapu Kanunu, Karayolları trafik kanunu, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, Bankalar Kanunu, Posta Kanunu İle Pasaport Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun "ceza hükümleri" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir: "Özel kanunlar veya bu Kanun hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından getirilen vergi kimlik numarasını tespit etmek, belge, hesap ve kayıtlarında göstermek zorunluluğuna uymayanlar hakkında 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 7'nci bendinde yazılı özel usulsüzlük cezası kesilir ve ayrıca, özel kanunlarında daha ağır bir ceza öngörülmediği takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası hükmolünür. Şu kadar ki kamu idarelerince yapılan işlemlerde bu cezanın muhatabı, ilgili mevzuata göre belgeleri düzenlerken, hesap ve kayıtları tutarken vergi kimlik numarasını tespit ve kaydetmekle yetkili ve görevli olanlardır. // Bu Kanuna aykırı olarak vergi kimlik numaralarını gizleyen veya bilerek bu konuda gerçeğe aykırı beyanda bulunan veya sahte veya yanıltıcı belgeler ibraz edenler hakkında üç aydan on aya kadar hapis cezasına hükmolünür."

5549 s. Kanunda, belirli kuruluş ve işletmeler nezdinde gerçekleştirilmek istenen parasal yönü olan **şüpheli işlemler**le ilgili olarak MASAK Başkanlığına **bildirimde** bulunma yükümlülüğü getirilmiştir (m. 4, f. 1). Söz konusu bildirim yükümlülüğünün varlığı için, “*yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması*” gerekmektedir.

“Şüpheli işlem, yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, bu kapsamda terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halidir.”²

Ancak, belirtmek gerekir ki, nezdinde işlem gerçekleştirilen kuruluş veya işletme yetkililerinin yapılan işlem bağlamında hangi koşulların varlığı halinde “şüpheli işlem” bildiriminde bulunacakları hususu, önemli bir sorun teşkil etmektedir. Zira, nezdinde iş ve işlem yapılan kuruluş veya işletme yetkililerinden sağlıklı bir şüpheli işlem değerlendirmesi yapmalarını beklememek gerekir. Bu konuda belirli objektif ölçütler belirlenerek, ancak bu ölçütler çerçevesinde yapılan iş ve işlemlerle ilgili olarak bildirim yükümlülüğünü kabul etmek gerekir. Bu itibarla, örneğin işlem konusu malvarlığının parasal değerinin belirli bir meblağın üzerinde olması, işlemin yapıldığı kuruluş veya işletme ile sürekli müşterilik ilişkisinin bulunmaması, işlemin yurt dışıyla veya yabancı bir kişiyle ilişkisinin olması gibi ölçütler, bildirim yükümlülüğü bağlamında dikkate alınmalıdır.³

Her ne kadar 5549 sayılı Kanuna 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanunla eklenen 19/A maddesine göre, şüpheli işlem olarak, bildirim konusu iş ve işlemle ilgili **tedbir** kararı almaya **Bakan** (Hazine ve Maliye Bakanı) yetkili kılınmış ise de, bu düzenlemenin sağlıklı bir işlevinin olacağından söz etmek mümkün değildir.

“(1) Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılmaya teşebbüs edilen ya da hâlihazırda devam eden işlemleri, işleme konu malvarlığının aklama veya terörün finansmanı suçu ile ilişkili olduğuna dair şüphe bulunması üzerine; Başkanlıkça şüpheliyi teyit etmek, işlemi analiz etmek ya da ge-

² 10.12.2007 tarihli ve 2007/1302 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilen “**Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik**”, m. 27, f. 1.

³ Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilen “*Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik*”, m. 27, f. 5 hükmüyle, MASAK, “**şüpheli işlem tipleri**”ni belirlemekle yetkili kılınmıştır.

reklam görüldüğünde analiz sonuçlarını yetkili makamlara intikal ettirmek amacıyla yedi iş günü süreyle askıya almaya veya bu işlemlerin aynı süreyle gerçekleşmesine izin vermemeye Bakan yetkilidir.

(2) Bu yetki, yabancı bir muadil kuruluşun işlemin askıya alınması veya gerçekleşmesine izin verilmemesi yönündeki gerekçeli talebinde yer alan işlemler hakkında da Başkanlıkça aklama veya terörün finansmanı suçu ile ilişkili olduğuna dair şüphe görülmesi şartıyla müteakabiliyet ilkesi gözetilerek kullanılabilir.”⁴

Bu düzenleme bakımından sorun, şüpheli işlem bildirimünün yanı sıra işlemin yapılmasının ertelenmesi talebinde bulunulmasıdır. “Yükümlüler” tarafından “şüpheli işlem” olarak bildirimde bulunulurken hangi esaslar dikkate alınarak ayrıca işlemin yapılmasının ertelenmesi talebinde bulunulacağı hususu belirsizdir. Bu itibarla, söz konusu düzenleme son derece keyfiliğe müsaittir.

Söz konusu bildirim Cumhuriyet başsavcılığına değil, MASAK’a yapılması gerekmektedir. MASAK’a gerekli bildirimde bulunulduktan sonra, kanımızca, ayrıca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına gerek yoktur.

Bu bildirim yükümlülüğünün ihlali, **idari para cezasını** gerektiren bir **kabahat** olarak tanımlanmıştır. Bu idari para cezasına karar verme hususunda MASAK Başkanlığı yetkili kılınmıştır (5549 s. K, m. 13, f. 1).

İşaret etmek gerekir ki, işleme konu malvarlığı değerinin bir suçtan elde edildiğinin veya yapılan işlem bağlamında bir suçun işlendiğinin anlaşılmasına rağmen MASAK’a bildirimde ve Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmaması, TCK, m. 278’de tanımlanan **suçu bildirme-**

⁴ Keza, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan “**Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelenmesine Dair Yönetmelik**” (RG: 29 Temmuz.2016 / 29785), m. 4 hükmüne göre;

“(1) Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılmaya teşebbüs edilen ya da halihazırda devam eden işleme konu malvarlığının aklama veya terörizmin finansmanı suçu ile ilişkili olduğuna dair şüpheli destekleyen belge veya ciddi emare bulunması durumunda, yükümlüler **şüpheli işlem bildirimini** Başkanlığa gerekçeleri ile birlikte **işlemin ertelenmesi talebi ile** gönderirler.

(2) Erteleme talepli şüpheli işlem bildirimlerine konu işlemin olağandışı nitelikli olması, çeşitli veri tabanlarından ya da diğer kaynaklardan yapılan kontroller sonucunda işlemi yapan kişi ya da kişilerin suçla ilgili olduğunun veya olabileceğinin anlaşılması, işlemin tamamlanmasının terörizmin finansmanı ile ilgili olduğu düşünülen fonlara ya da suçtan elde edilen gelirlere el koymayı engelleyeceğine veya zorlaştıracığına ilişkin tehlikeli bir halin bulunması gibi göstergelere (doğru olan ifade, “göstergeleri”) haiz olması gerekmektedir.

(3) Şüpheli işlem bildirimlerini işlemin ertelenmesi talebi ile Başkanlığa gönderen **yükümlüler, işlem hakkında Bakan tarafından verilecek karar Başkanlıkça kendilerine tebliğ edilinceye kadar, işlemi gerçekleştirmekten imtina ederler. İşlemlerin ertelenmesi, yükümlü tarafından şüpheli işlem bildiriminde bulunulan tarihten itibaren yedi iş gününü geçemez.**

(4) Erteleme talebi ile gönderilecek şüpheli işlem bildirimlerine ilişkin usul ve esaslar şüpheli işlem bildirim rehberlerinde belirlenir.”

me suçunu oluşturur. Bu durumda, sadece TCK, m. 278 hükümlerine istinaden cezaya hükmolunmalıdır; ayrıca 5549 s. K, m. 13, f. 1 hükmüne istinaden idari para cezasına karar verilmemelidir (Kabahatler K, m. 15, f. 3). Bu bilgiye rağmen, talep konusu işlemin yapılmasının ayrıca TCK, m. 282’de tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu oluşturabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Uygulamamız bakımından, bu bildirim yükümlülüğünün özellikle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya terörizmin finansmanı suçlarının önlenmesi bağlamında önemli bir tedbir fonksiyonu gördüğünü söylemek mümkün görünmemektedir. Örneğin MASAK’a yapılan şüpheli işlem bildirim sayısı 2017 yılında **176.411**, 2018 yılında **222.743** iken⁵,

a) bu bildirimlerden ne kadarı ile ilgili olarak ayrıca, işlemin ertelenmesi talebinde bulunulduğuna,

b) işlemin ertelenmesi taleplerinin ne kadarıyla ilgili olarak Bakan tarafından erteleme kararı verildiğine,

c) bu bildirimlerden ne kadarı ile ilgili olarak adli soruşturma ve kovuşturma başlatıldığına ve yapıldığına,

dair elimizde herhangi bir istatistiki bilgi mevcut değildir.

TCK, m. 282’de ve 6415 s. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, m. 4’te tanımlanan suçlarla ilgili mahkûmiyet sayılarındaki azlık, bu alandaki denetimin etkin olmadığının açık kanıtıdır.

V. Türk Ceza Kanununun sistemi, suçun konusunu oluşturmayan, suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olmayan malvarlığı değerinin müsaderesine imkan tanımamaktadır. Zira, TCK’nın yaptırım sisteminin oluşturulmasında iki temel prensip esas alınmıştır: **Suç işlemek bir kazanç kaynağı olarak görülemez ve suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kâr olarak kalmaz.**

Ancak belirtmek gerekir ki, bilahare, 1.2.2018 tarihli ve **7076 sayılı Kanunla** (RG: 8 Mart 2018/30354 Mükerrer) kanunlaştırılan 687 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin (RG: 9 Şubat 2017/29974) 1. maddesi hükmü⁶, sadece müsaderesine hükmedilen şirket

⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığı 2018 Yılı Faaliyet Raporu, sh. 105.

⁶ “4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133’üncü maddesi uyarınca kayyım atanmasına karar verilip 10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 19’uncu maddesine göre **kayyımlik yetkisi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından kullanılan şirketler, ortaklık payları ve varlıkların** 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve

ortaklık paylarının ne suretle tasfiye edileceğini değil, dolaylı bir şekilde, **Türk Ceza Kanununun müsadere hükümlerinin uygulama alanını** da Anayasa'nın 38. maddesi hükümlerine aykırı olarak **genişletmektedir**.

Söz konusu düzenlemeye göre, örneğin 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsüne ilişkin birtakım hazırlıklar, bir şirket bünyesinde ve bu şirketin faaliyeti çerçevesinde icra edilmiş ise, şirket ortaklarının ortaklık paylarının da müsadereye hükmedilebilecektir. Bu durumda şirket ortaklık paylarının müsadereye hükmedilebilmesi için, bu payların sahibi olan şirket ortaklarının da söz konusu suçun işlenişine iştirak etmesi gerektiği kuşkusuzdur. Söz konusu istisnai düzenlemeye gerek olmadan da, TCK hükümlerine göre bu durumda şirket ortaklık paylarının müsadereye hükmedilebileceği izahat varestedir.

Ancak söz konusu düzenleme, örneğin terörizmin finansmanı suçunun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde de, bu şirkete ilişkin ortaklık paylarının müsadereye hükmedilmesinin yolunu açmaktadır.

Bir terör faaliyetinde kullanılacağını bilerek (doğrudan kastla) ve bu amaçla teröre ve terörizme finansman sağlayan kişinin, sağlanan fon somut bir terör suçunun işlenmesinde henüz kullanılmış olmasa bile, cezalandırılması gerektiği, izahat varestedir.

Ancak uygulamamız bakımından iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, **sağlanan fonun bir terör faaliyetinin ve herhangi bir suçun icrasında kullanılacağı hususundaki bilinç ve amaç sorunudur**.

İkinci sorun ise, **bu fonun bir şirket üzerinden sağlanması halinde, şirket ortaklarının ortaklık paylarının müsadere edilebilirliği sorunudur**.

Şayet bir şirket terör örgütü mensupları tarafından kurulmuş ve sermayesi terör örgütünün kaynaklarından sağlanmış ise; şayet bir şirket, parasal kaynakları ve faaliyetleri itibarıyla teröre ve terör örgütüne **tahsis** edilmiş ise, bu durumda söz konusu şirketin bütün malvarlığının ve dolayısıyla, görünüşte "ortakları"nın "ortaklık payları"nın da müsadere edilmesi gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Bunun için TCK'nın müsadereye ilişkin hükümlerinin alanının genişletmeye gerek bulunmamaktadır.

Ancak, 7076 s. Kanunla, bu koşullar aranmadan da şirket ortaklık paylarının müsadereye hükmedilmesinin yolu açılmak suretiyle, **hukuk dışına çıkmıştır**.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile 7/2/2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun İkinci Bölümü kapsamına giren suçlardan dolayı müsadereye karar verilmesi halinde müsadere kararı; bu şirket, ortaklık payları ve varlıkların Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından satış ve tasfiye edilmesi suretiyle yerine getirilir. Satış ve tasfiye sürecinde şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetiminin 6758 sayılı Kanunun 19'uncu maddesine göre atanan yöneticiler tarafından yürütülmesine devam edilir. Satış veya tasfiyeden elde edilen gelirler Hazineye irat kaydedilir."

VI. Bir siyasi partinin banka ortağı olmasının, demokratik toplum düzeyinde kabul edilebilir bir durum olmadığı, izahtan varestedir (Anayasa, m. 69, f. 2). Buna rağmen, ülkemizde halen bir siyasi partinin bir banka ile doğrudan ve bu bankanın iştiraki olan şirketlerle dolayısıyla ortaklık ilişkisinin devam ettiği bir gerçektir. Anayasaya da aykırılık oluşturan bu antidemokratik durumun yasama faaliyetiyle bir an önce sonlandırılması gerekmektedir.

Ancak bu durum, siyasilerin ilgili bankanın güvenilirliğine ve itibarına zarar verecek şekilde topluma mesajlar vermesine haklılık kazandırmaz. Zira, kitle iletişim araçları üzerinden bir bankanın güvenilirliğine ve itibarına zarar verecek mahiyette açıklama yapılması, yayın yapılması, Bankacılık Kanununda yasaklanmaktadır (5411 s. Bankacılık Kanunu, m. 74).

Bankaların kimlik tespiti yapmadan bankacılık işlemi yapmaları yasaklanmıştır (5411 s. Kanun, m. 76, f. 3). Bu düzenleme ile 5549 s. Kanunun belirli iş ve işlemler bağlamında kimlik tespitine ilişkin düzenlemesi arasında bir paralellik mevcuttur. Ancak, bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla uygulanacak ceza hukuku yaptırımları bakımından mevzuatta bir çelişki bulunmaktadır.

Gerekli faaliyet izinleri alınmaksızın banka gibi faaliyet göstermek ya da mevduat kabul etmek yahut katılım fonu toplamak, suç olarak tanımlanmıştır. Kesintisiz suç mahiyeti taşıyan söz konusu suç ile, TCK'nın tefecilik suçu arasında bir çatışma ve çelişki bulunmamaktadır. Mevduat toplamak ve kredi kullanılmak, temel bankacılık işlemleri olmakla birlikte, bu işlemler ayırık tutulmak suretiyle de bankacılık faaliyeti icra edilebilir. Uygulamada bunun örnekleri bulunmaktadır. Keza, mevduat toplamanın veya kredi kullanmanın mutlaka faiz unsurunu taşıması gerekmemektedir. Ancak bazı durumlarda, aynı fiil hem tefecilik suçunu (TCK, m. 241) hem de izinsiz olarak bazı finansal faaliyetlerde bulunma suçunu (örneğin 5411 s. Kanun, m. 150, f. 1; 6361 s. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, m. 46, f. 1) oluşturabilir. Bu gibi durumlarda sorunun farklı neviden fikri içtima hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bankacılık Kanununda, **suçta kanunilik ilkesiyle** bağdaşmayan ve Anayasanın 38'inci maddesine aykırılık oluşturan suç tanımına yer verilmiştir:

“Bu Kanunun 68, 69 ve 70'inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14'üncü maddesine göre, Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada belirtilen önlemleri almamak, bankanın nitelikli paya sahip ortaklarına veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak ama-

cıyla yapıldığı takdirde dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilir.”

Söz konusu Kanunun “*Düzeltilici önlemler*” başlıklı 68’inci maddesine göre; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, bu maddede belirlenen tedbirlerden “*bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plân dâhilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister.*”

Keza aynı Kanunun “*İyileştirici önlemler*” başlıklı 69’uncu maddesine göre; Kurul, bu maddede belirlenen tedbirlerden başka “*uygun göreceği her türlü tedbirin, onaylayacağı bir plân çerçevesinde alınmasını ve uygulanmasını bankadan ister.*”

Aynı şekilde Kanunun “*Kısıtlayıcı önlemler*” başlıklı 70’inci maddesine göre; Kurul, bankadan bu maddede belirlenen tedbirlerden “*bir ya da birkaçının veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister.*”

Dikkat edilmelidir ki, bu maddelerde söz konusu tedbirler tahdidi olarak gösterilmemiştir. Bu tedbirler, genel düzenleyici işlemle de belirlenmemektedir. Bu tedbirler, ilgili bankanın içinde bulunduğu şartlar göz önünde bulundurulmak suretiyle Kurum başkanı veya diğer görevlileri tarafından belirlenmektedir. Başka bir deyişle, bu tedbirlerin belirlenmesi hususunda Kurumun karar organı olan Kurul da, münhasıran yetkili kılınmamıştır. Bu yönü itibarıyla, Bankacılık Kanununda yer alan söz konusu suç tanımının (m. 152), Anayasanın suçta kanunilik ilkesini de güvence altına alan 38’inci maddesine aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Bankacılık Kanununa göre, “**banka kaynaklarının istismarı**” olarak nitelendirilen tasarruflar olarak; “*bankaların hâkim ortaklarının ve yöneticilerinin; yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle, banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnetmek, teminat göstermek, açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikâr bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi ve yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkalarını lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılır.*” (m. 108, f. 2)

Ancak, Kanunda **bankacılık zimmeti** suçunun oluşabilmesi bakımından, uygulamada esneklik oluşturmaya ve hatta, keyfiliğe yol açmaya müsait hükümlere yer verilmiştir. İlgili bankanın faaliyet izninin kaldırılmış veya Fona devredilmiş olması halinde, bankacılık zimmeti suçunun oluşu-

mu bakımından koşullar, suçun temel şekline nazaran, zimmet kastının varlığına gerek duyulmayacak şekilde son derece esnetilmekte (5411 s. Kanun, m. 160, f. 3) ve buna karşılık; faaliyeti devam eden ve Fona devredilmemiş bankalar bakımından ise, zimmet suçunun oluşum koşulları son derece daraltılmaktadır (5411 s. Kanun, m. 160, f. 4)⁷.

Bankacılık zimmeti suçuyla ilgili olarak Kanunda yer verilen **etkin pişmanlık** hükmünden yararlanabilmek için, zimmete geçirilen malvarlığı değerinin “aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi” gerekmektedir. Kısmen iade veya tazminin etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınmamaktadır. Kanımızca, kısmen iade ve tazminde de, failin veya ilgili suç ortağının etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılabilmesinin yolunu açmak ve az bir miktarda da olsa, göreceli bir şekilde cezasında indirim yapılabilmesi hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanımak gerekir.

Bankacılık zimmeti suçunda, TCK’da tanımlanan zimmet suçunda olduğu gibi, etkin pişmanlığın soruşturma başlamadan önce, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde gerçekleşmesine göre, cezada belli oranlarda indirim yapılmaktadır. Mevcut düzenlemelere ilave olarak, hüküm kesinleştikten sonra da etkin pişmanlık yolunu açmak gerekir. Buna göre, zimmete geçirilen malvarlığı değerinin iadesinin veya zararın tazmininin hüküm kesinleştikten sonra gerçekleşmesini, mahkûm olunan hapis cezasının infazı sureti bakımından hükümlü lehine olarak dikkate alınmasını sağlamak gerekir. Ancak, hüküm kesinleştikten sonra etkin pişmanlık halinde kesinleşen hükme herhangi bir müdahalede bulunulmamalıdır. Başka bir ifadeyle, hüküm kesinleştikten sonra etkin pişmanlığın sadece cezanın infazı bakımından dikkate alınmasını sağlamak gerekir.

Bankacılık zimmeti suçundan “*dolayı mahkûm olanlar, Fona veya Hazineye olan borçları ve tazminatları ödemediği veya bu borçlar ve tazminatlar mal varlıklarından tahsil olunamadığı sürece, bunlar hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.*” (5411 s. Kanun, m. 167).

İşaret etmemiz gerekir ki, söz konusu hüküm ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bir ceza infaz kurumu olan koşullu salıverilmeden yararlanabilmenin, özel hukuk hükümlerine göre tahsil edilmesi gereken bir alacağın tahsiline bağlı kılınması; cezalandırmakla güdülen amaçla bağdaşmamaktadır.

⁷ Bankacılık Kanununun 160. maddesinin **suç olmaktan çıkarmaya** yönelik dördüncü fıkrası, **2.1.2017** tarihli ve **687** sayılı **Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesiyle** (m. 4), madde metnine eklenmiştir. Bu KHK hükmü, bilahare, **1.2.2018** tarihli ve 7076 sayılı Kanunla (m. 4) aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

VII. TCK'nın sisteminde özel sektördeki ilişkiler bağlamında da rüşvet suçunun işlenebileceği kabul edilmekle birlikte, uygulamayı görebilmek amacıyla bunun alanı oldukça sınırlı tutulmuştur. Türkiye'de işbu sempozyum programının icra edildiği tarihe kadar, özel sektör alanında rüşvetle ilgili olarak bir soruşturma ve kovuşturma örneğine rastlanmamıştır.

Özel sektör ilişkilerinde rüşvet suçu;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da 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 taşımadıkları-na bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi” hallerinde işlenmiş kabul edilmektedir TCK, m. 252, f. 8). Buna karşılık, kanunun mevcut düzenlemesi itibarıyla özel sektörde rüşvete ilişkin hükümler,

Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı⁸,

Yunus Emre Vakfı⁹,

Türkiye Maarif Vakfı¹⁰,

gibi kanunla kurulmuş olan vakıfların, “*kamu kurum veya kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar*” (TCK, m. 252, f. 8, bent c) olarak nitelendirilmesi gerektiği izahtan varestedir. Keza, kuruluşu özel bir kanunla gerçekleşmemiş ve genel olarak Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olsalar bile, örneğin **Türk Silahlı Kuvvetleri Mehmetçik Vakfı** ve **Türkiye Diyanet Vakfı** da, TCK'daki ifadeyle, “*kamu kurum veya kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıf*” statüsündedirler (TCK, m. 252, f. 8, bent c). Bu nedenle, TCK'nın özel sektörde rüşvete ilişkin hükümleri söz konusu vakıflarla ilgili olarak uygulanabilecektir.

⁸ 17.6.1987 tarihli ve 3388 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı Kanunu.

⁹ 5.5.2007 tarihli ve 5653 sayılı Yunus Emre Vakfı Kanunu.

¹⁰ 17.6.2016 tarihli ve 6721 sayılı Türkiye Maarif Vakfı Kanunu.

Türkiye Kızılay Derneği¹¹, kamuya yararlı bir dernek olduğu için, özel sektörde rüşvet suçuna ilişkin hükümler bu dernekle ilgili olarak da uygulanabilecektir.

Ancak, özel kanunla kurulmuş olsun veya olmasın, söz konusu vakıfların, Türkiye Kızılay Derneğinin ve bunların iştiraki şirketlerin kaynaklarının zimmete geçirilmesi halinde, TCK'nın mevcut düzenlemesi itibarıyla zimmet suçuna ilişkin hükümlerini uygulama imkanı bulunmamaktadır. Bu itibarla, söz konusu vakıfların ve Türkiye Kızılay Derneğinin ve bunların iştiraki şirketlerin kaynaklarının zimmete geçirilmesi halinde de, kişilerin kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, TCK'nın zimmet suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanmasını sağlamaya yönelik olarak kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Aynı sorun spor kulüpleri ve bunların oluşturduğu federasyonlar bakımından da söz konusudur. Her ne kadar bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına menfaat temini, rüşvet suçundan ayrı bir suç ("şike suçu") olarak tanımlanmış (6222 s. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, m. 11) ise de; örneğin belirli bir alandaki spor müsabakalarında takımların eşleştirilmesinde karar merciini oluşturan federasyon yetkililerine menfaat temininin de TCK'nın mevcut düzenlemesi itibarıyla, rüşvet olarak nitelendirilmesine imkan bulunmamaktadır. Keza spor kulüplerinin ve özellikle federasyonların malvarlıklarının zimmete geçirilmesi halinde, mevcut düzenlemesi itibarıyla TCK'nın zimmet suçuna ilişkin hükümlerini uygulama imkanı bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, kanuni düzenleme yaparak, spor kulüplerinin ve bunların oluşturduğu federasyonların kaynaklarının zimmete geçirilmesi halinde de, kişilerin kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, TCK'nın zimmet suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanmasını sağlamak gerekir.

VIII. Zimmet, irtikap, rüşvet ve hatta resmî belgede sahtecilik suçları bakımından sorunlu olan bir diğer alanı, **Organize Sanayi Bölgeleri** oluşturmaktadır.

12.4.2000 tarihli ve 4562 sayılı **Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu** hükümlerine göre, "özel hukuk tüzel kişiliği"ne sahip olan (m. 5) "OSB (Organize Sanayi Bölgesi) ve OSBÜK (Organize Sanayi Bölgeleri Üst Kurulu) organ üyeleri ile personeli, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunlar, para ve para hükmündeki evrak ve senetler ile bilanço, tutanak, rapor, defter ve belgeler üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar." (m. 22, f. 2).

¹¹ Türkiye Kızılay Derneğinin hukuki statüsü için bkz. Bakanlar Kurulu'nun 2.2.2009 tarihli ve 2009/14633 sayılı Kararı ile kabul edilen Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü (RG: 19 Şubat 2009 /27146).

Bu itibarla, OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personeli, **OSB'nin malvarlığına yönelik olarak işlenen suçlar** bakımından **kamu görevlisi** sayılmıştır.

Buna göre OSB'ye ait malvarlığının zimmete geçirilmesi halinde, OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personeli, kamu görevlisi kabul edilecek ve TCK'nın **zimm**et suçuna ilişkin hükümlerine istinaden cezai sorumlulukları cihetine gidilecektir.

Buna karşılık, 4562 s. Kanunun söz konusu hükmü, örneğin **rüşvet** ve **irtikâp** suçları bakımından OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personelinin alelittlak kamu görevlisi sıfatını haiz olmalarını sağlamamaktadır.

Keza, söz konusu 22. madde hükmü, OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personelinin **görevi kötüye kullanma** suçunun faili olup olamayacakları konusunda bir açıklık taşımamaktadır.

Buna karşılık, OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personeli **bu görevi bağlamında işledikleri belgede sahtecilik suçları** bakımından **kamu görevlisi** olarak sorumlu tutulacaklardır (4562 s. Kanun, m. 22). Ancak bu hüküm sadece **resmi belgede sahtecilik** suçu bakımından TCK, m. 204, f. 2 hükmü bağlamında uygulama kabiliyeti bulabilir. Buna göre, söz konusu hükümler karşısında, OSB yöneticisinin göreviyle bağlantılı olarak örneğin kambiyo senetlerinde, çekte sahtecilik suçunu işlemesi halinde, kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir. Ancak, bu hükümlerden, OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personelinin görevleriyle bağlantılı olarak düzenlediği bütün belgelerin, OSB'ye ait bilanço, tutanak, defter ve belgelerin tamamının resmi belge hüviyetini haiz olduğu sonucu çıkarılamaz.

Kanunla OSB yönetimine **arsa tahsisi**, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, işyeri açma izni gibi *"tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemler"* olarak, *"idari işlem"* yapma yetkisi verilmiştir (4562 s. Kanun, m. 4, f. 14; m. 18, f. 1). Başka bir ifadeyle, OSB karar ve yönetim organlarının karar ve işlemlerinin tamamının değil, sadece bir kısmının, yani **arsa tahsis kararlarının, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni işlemlerinin, yapı tatil tutanağının, işyeri açma ve çalışma ruhsatı düzenleme işlemlerinin** idari işlem niteliğinde olduğu, yani *"kamusal nitelik taşıdığı"* kabul edilmiştir. Bu itibarla, TCK, m. 6, f. 1, bent c hükmü de dikkate alınarak, OSB karar ve yönetim organlarının üyelerinin söz konusu karar ve işlemler bağlamında bir **kamusal faaliyet** icra ettiklerini ve **kamu görevlisi** sıfatını haiz olduklarını e dolayısıyla, **irtikap**, **rüşvet** (alma) ve **görevi kötüye kul-**

lanma suçlarının faili olabileceğini, keza düzenlediği belgelerin **resmi belge** niteliğini haiz olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, 4562 s. Kanun hükümleri itibarıyla OSB denetim kurulu üyeleri bakımından aynı yönde değerlendirme yapabilme imkanı bulunmamaktadır

Bu nedenle, söz konusu hükümler, OSB karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile yönetici ve sair personelinin, bu görevleriyle bağlantılı olarak gerçekleştirdikleri bütün iş ve işlemler bağlamında kamu görevlisi olarak kabul edilmelerini gerektirmemektedir.

Bu durum karşısında, uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri giderilemek için, kanaatimizce, 4562 s. Kanunda değişiklik yapılarak, OSB ve OSBÜK karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile sair personelinin görevleriyle bağlantılı olarak gerçekleştirdikleri bütün iş ve işlemler bağlamında kamu görevlisi sıfatını haiz olduklarına dair bir hükmün kanuna konmasının gerekli olduğu değerlendirilmiştir.

Aynı yönde değerlendirmeler, belgede sahtecilik suçu bakımından da geçerlidir. 4562 s. Kanunun mevcut hükümlerine göre, onaylı OSB **imar ve parselasyon planlarının, arsa tahsisi kararının, yapı ruhsatıyesinin, yapı kullanma izninin, işyeri açma ve çalıştırma ruhsatının, yapı tatil tutanağının resmî belge**; buna karşılık, örneğin ticari defter ve kayıtlar ile sair yazışma belgelerinin ise, **özel belge** niteliğini haiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu durum karşısında, kanaatimizce, 4562 s. Kanunda değişiklik yapılarak, OSB ve OSBÜK faaliyeti çerçevesinde karar, yönetim ve denetim organları üyeleri ile sair personeli tarafından görevleriyle bağlantılı olarak elektronik olanlar da dahil düzenlenen bütün belgelerin ve tutulan bütün kayıtların, resmî belge niteliğini haiz olduklarına dair bir hükmün kanuna konmasının gereklilik arz ettiği değerlendirilmiştir.

Keza, 4562 s. Kanunda bu alanda yapılması önerilen düzenlemelere paralel olarak, 9.1.2002 tarihli ve 4737 sayılı **Endüstri Bölgeleri Kanununda** da değişiklikler yapılmasının gerekli olduğu mütalaa edilmiştir.

IX. 3.1.1961 tarihli ve 205 sayılı Kanunla (Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu) kurulmuş olan, özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği haiz **Ordu Yardımlaşma Kurumu'nun (OYAK)** karar, yönetim ve denetim organlarında görev yapan kişilerin, yönetici ve sair personelinin bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi statüsünü haiz olup olmadıkları da bir sorun oluşturmaktadır.

OYAK, "*Milli Savunma Bakanlığına bağlı olmak ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına (205 sayılı) Kanunda yazılı (çeşitli) sosyal yardımları sağlamak ... üzere*" kurulmuştur (205 s. Kanun, m. 1).

Kurumun başlıca gelir kaynağını, belirli asker ve sivil kamu görevlilerinin maaşlarından veya ücretlerinden belirli bir oranda yapılan kesintiler oluşturmaktadır (205 s. Kanun, m. 18).

Söz konusu Kurum, başta kurumlar vergisi ve gelir vergisi olmak üzere, çeşitli vergilerden muaf tutulmuştur (205 s. Kanun, m. 35).

Kurum, söz konusu Kanunun verdiği yetkiye istinaden (m. 33, bent b), önemli iştiraklere sahip bulunmaktadır.

Söz konusu Kanuna göre, “Kurumun her çeşit malları ile gelir ve alacakları, Devlet malları hak ve rüçhanlığını haizdir. Bunlara karşı suç işleyenler, Devlet mallarına suç işleyenler gibi takibata tabi tutulurlar.” (m. 37).

Hukuk uygulamamızda söz konusu hükme istinaden, Kurum karar, yönetim ve denetim organlarında görev yapan kişilerin, yönetici ve sair personelinin sadece kurumun malvarlığına karşı işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi olarak ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilmektedir¹².

Bu itibarla, önemli bir mali kaynağa sahip bulunan söz konusu Kurumun ve hatta iştiraklerinin;

- a) sahibi oldukları veya uhdesinde bulunan malvarlığı değerlerinin tamamının, kamu kaynaklı olsun veya olmasın, **kamu (Devlet) malı** sayılmasını,
- b) karar, yönetim ve denetim organlarında, yönetiminde görev yapan kişilerin bu görevleriyle bağlantılı olarak gerçekleştirdikleri işlem ve tasarruflar bağlamında **kamu görevlisi** sayılmalarını,

¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.2010 tarihli ve E. 2010/11-175, K. 2010/212 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; OYAK'ta çalışan ve fiilen mutemetlik görevini yürütmekte olan üye cari hesapları görevlisi S, bu görevi çerçevesinde Ziraat Bankası nezdindeki OYAK'a ait hesaptan muhtelif tarihlerde çekmiş bulunduğu meblağları kendisine mal edinir; keza, OYAK'a ait bir adet çeki doldurup yetkililer yerine sahte olarak imzalayıp karşılığını ilgili banka hesabından çekerek zimmetine geçirir.

İlk derece mahkemesi olarak Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi, bu olayda S hakkında zincirleme şekilde işlemiş olduğu **zimmet** suçundan mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, S'nin zimmet suçunun yanı sıra belgede sahtecilik suçundan dolayı da mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 5237 s. TCK'nın yürürlüğe girmesi üzerine, bozma kararına uyarak, S hakkında zimmet suçundan dolayı yeniden bu Kanun hükümlerine göre mahkûmiyet hükmü kurmuş ve fakat, “*zimmetin unsuru olması sebebiyle*” ayrıca belgede sahtecilik suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmamıştır.

Yargıtay Ceza genel Kurulu ise, sorunun maddi ceza hukuku yönüne temas etmeden sadece usul hükümlerine istinaden, ilk derece mahkemesinin vermiş bulunduğu bu ikinci mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu olayda mercilerin kararlarında, kurumun malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından OYAK personelinin, kamu görevlisi sıfatını haiz olduğu ve TCK'nın zimmet suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir.

c) faaliyeti çerçevesinde tutulan kayıtların ve düzenlenen belgelerin, elektronik ortamda da olsa, **resmi belge** sayılmasını,

ç) faaliyeti çerçevesinde tutulan kayıtların ve düzenlenen belgelerin, kamu kurumlarındaki belgelerin saklanma rejimine tabi tutulmasını,

ve ayrıca,

d) faaliyetlerinin yıllık periyotlarla kamu adına efektif olarak denetlenebilmesini ve denetim sonuçlarının kamuya paylaşılmasını,

sağlama yönünde kanuni düzenleme yapılmasına acil ihtiyaç bulunmaktadır.

X. “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ”, “Türkiye Varlık Fonu”nu yönetmek üzere Kanunla kurulmuştur (19.8.2016 tarihli ve 6741 s. Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 2, f. 1, 2). Söz konusu Kanunla ayrıca “Türkiye Varlık Fonu” adıyla bir Fon kurulmuş ve bu Fona “bağlı” olarak alt fonlar kurulmasına imkan sağlanmıştır (6741 s. Kanun, m. 3, f. 1).

Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ'nin amacı “*sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek*” olarak belirlenmiştir (6741 sayılı Kanun, m. 1).

Söz konusu şirket, özel hukuk hükümlerine tabi kılınmıştır (6741 s. Kanun, m. 2, f. 1). Ancak, Şirketin **kuruluş sermayesinin tamamı, kamuya aittir** (6741 s. Kanun, m. 2, f. 5).

Söz konusu Şirket, “Türkiye Varlık Fonu”nun ve bu Fona bağlı olarak kurulan alt fonların kaynağını oluşturan malvarlığı değerleri üzerinde “*sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek*” amacıyla (6741 s. Kanun, m. 1) çeşitli tasarruflarda bulunmak yetkisiyle donatılmıştır (6741 s. Kanun, m. 2, f. 3)¹³.

¹³ Buna göre, söz konusu “Şirket; stratejik yatırım planında belirtilen hedefler ile likidite, yatırım, risk ve getiri tercihlerini dikkate alarak;

a) Yerli ve yabancı şirketlerin paylarının, Türkiye’de ve yurt dışında kurulan ihraççılara ait payların ve borçlanma araçlarının, kıymetli madenler ve emtiaya dayalı olarak ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının, fon katılma paylarının, türev araçlarının, kira sertifikalarının, gayrimenkul sertifikalarının, özel tasarlanmış yabancı yatırım araçlarının ve diğer araçların alım satımını,

b) Her türlü para piyasası işlemlerini,

c) Gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı haklar ile her türlü gayri maddi hakların değerlendirilmesini,

Sınırlı bir alanda tüzel kişiliği haiz olan (6741 s. Kanun, m. 5) “**Türkiye Varlık Fonu**”nun kaynaklarından önemli bir kısmını,

a) Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından; özelleştirme kapsam ve programında bulunan ve Türkiye Varlık Fonuna devrine karar verilen kuruluş ve varlıklar ile Özelleştirme Fonundan Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına karar verilen nakit fazlası...,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklardan; Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilenler...,

...

d) İktisadi devlet teşekküllerinden, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıkları ve iştiraklerindeki kamu paylarından, sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası Devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu paylarından, sermayesinin tamamı kamuya ait olan ticari amaçlı kuruluşların sahip olduğu hisse ve varlıklardan, Devletin diğer iştiraklerindeki kamu paylarından ve Hazineye ait paylardan Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilenler...,”

oluşturmaktadır (6741 s. Kanun, m. 4, f. 1)¹⁴. Dikkat edilmelidir ki, bu malvarlığı değerlerinin yönetim yetkisi söz konusu Şirkete verilmekle birlikte, mülkiyeti bu Şirkete ait değildir (6741 s. Kanun, m. 7).

Bütün bu özelliklerine rağmen, Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin faaliyetleri ile Türkiye Varlık Fonu ve bu Fon bünyesinde kurulan alt fonlar “*kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat*” hükümlerine tabi tutulmamıştır (6741 s. Kanun, m. 8, f. 4). Bu hususa daha fazla açıklık getirmek için, **çeşitli kanun ve sair mevzuat hükümlerinin Tür-**

ç) Her türlü proje geliştirme, projeye dayalı kaynak yaratma, dış proje kredisi sağlama ve diğer yöntemlerle kaynak temini işlemlerini,

d) Her türlü ticari ve finansal faaliyetleri,

ulusal ve uluslararası birincil ve ikincil piyasalarda gerçekleştirilir. Şirket tarafından, ulusal yatırımlar ile uluslararası alanlarda diğer devletler ve/veya yabancı şirketlerce yapılacak yatırımlara iştirak edilebilir.”

¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Bakanlar Kurulu’nun 17.10.2016 tarihli ve 2016/9429 sayılı Kararıyla kabul edilen “*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar*” (RG: 9 Kasım 2016/29883), m. 20, f. 1.

kiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketler ile bunların yönetim organlarında görev yapan kişiler bakımından uygulanamayacağı tek tek sayma yöntemiyle belirlenmiştir (6741 s. Kanun, m. 8, f. 5). Bu mevzuatın konumuz bakımından önemli olanları şunlardır:

- a) 6085 s. **Sayıştay Kanunu**,
- b) 6362 s. **Sermaye Piyasası Kanunu** ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan ikincil mevzuat,
- c) 233 s. **Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**,
- ç) 657 s. Devlet Memurları Kanunu,
- d) 6245 s. Harcırah Kanunu,
- e) 3346 s. **Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun**,
- f) 4734 s. **Kamu İhale Kanunu**,
- g) 4735 s. **Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**,
- ğ) 2886 s. **Devlet İhale Kanunu**,
- h) 237 s. Taşıt Kanunu,
- i) 2946 s. Kamu Konutları Kanunu,
- j) 195 s. Basın-İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun,
- k) 4054 s. **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**,
- l) 4046 s. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler.

Bu düzenlemelere göre, mülkiyeti kamuya ait olan bir kuruluş, tesis veya gayrimenkulün kullanımı, herhangi bir kurala tabi olmaksızın, herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın, herhangi bir kişiye devredilebilir. Bu itibarla, mülkiyeti kamuya ait bir kuruluş, tesis veya gayrimenkulün kullanımını belli bir kişinin istifadesine sunulmak isteniyorsa, "*objektif iyi niyet, özen ve basiret ilkeleri*"¹⁵ ile "*adil ve dürüst*"lük¹⁶ dışında hiçbir ölçüte tabi olmaksızın, bunun önce Fona devredilmesi ve oradan da ilgili kişinin istifadesine sunulması sağlanabilir.

¹⁵ "Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar", m. 5, f. 1.

¹⁶ "Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar", m. 9, f. 1.

Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketler, kamuya ait kaynakların kullanılması suretiyle elde edilen gelirleri harcama hususunda kamu hukuku alanında geçerli olan herhangi bir kurala tabi tutulmamıştır.

Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin yönetim organlarında görev yapan kişilerin, bu şirketlerin yönetimine vaziyet ettikleri kamu kaynaklı malvarlığı değerlerini zimmete geçirmeleri halinde, **kamu görevlisi olarak ceza hukuku sorumlulukları** yoluna gitme imkânı **bulunmamaktadır**¹⁷.

Söz konusu Şirketin yönetim kurulu başkanının Sayın Cumhurbaşkanı olması, yönetim kurulu başkan vekili ve diğer yönetim kurulu üyeleri ile genel müdürünün Cumhurbaşkanı tarafından atanması¹⁸, bu durumu değiştirmemektedir¹⁹.

Söz konusu şirketler nezdinde alınan kararların ve düzenlenen belgelerin saklama süresi²⁰, bunların faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilen tasarrufların, efektif olarak denetlenme imkanını bakımından büyük bir risk oluşturmaktadır.

Kuruluş Kanununda, Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ'nin ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin faaliyetleri ile Türkiye Varlık Fonu ve bu Fon bünyesinde kurulan alt fonlar hakkında kamunun ve başta Türkiye Büyük Millet Meclisi olmak üzere ilgili kamu otoritelerinin yeterince bilgilendirilmesine imkân tanıyan düzenlemeler mevcut değildir.

¹⁷ Belirtmek gerekir ki, “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar” da yer verilen aşağıdaki hükümlerin, söz konusu kişilerin **kamu görevlisi sıfatıyla ceza hukuku sorumluluğu bakımından hiçbir önemi bulunmamaktadır**.

- “Fon yöneticileri portföyler için yapılan bir yatırım işleminden dolayı kendi veya üçüncü kişiler lehine komisyon, iskonto ve benzeri menfaat sağlayamaz” (m. 5, f. 1, bent c),

- “Şirket ve şirket çalışanları portföyde yer alan varlıklar üzerinde, portföy yönetimi amacı dışında, kendi veya üçüncü şahıslar lehine herhangi bir hukuki tasarrufta bulunamaz” (m. 5, f. 1, bent ç),

- “Şirket, herhangi bir şekilde yanında çalışan kişilerin, olağan hizmet ilişkisi dışında Şirketin veya TVF'nin imkânlarından yararlanmak suretiyle kendi nam ve hesaplarına işlem yapmalarını önleyici tedbirleri alır” (m. 5, f. 1, bent d),

- “Şirket, yatırıma yönelik araştırma sonuçlarının ve fon yönetimi sırasında elde ettiği bilgilerin fonlardan önce Şirket veya üçüncü şahıslar lehine kullanılmasını önleyici tedbirleri alır” (m. 5, f. 1, bent e).

¹⁸ 11 Eylül 2018 tarihli ve 2018/162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (RG: 12 Eylül 2018/30533) ile değiştirilen “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar”, m. 13, f. 2.

¹⁹ Seven tarafından yapılan Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ yöneticilerinin ceza hukuku sorumluluğu bağlamındaki açıklamalar, büyük ölçüde sorunludur (SEVEN, Vural: *Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Hukuki Durumu ve Denetimi*, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, sayı 157-158, Eylül-Ekim 2017, sh. 135 vd.).

²⁰ **5 yıl** (“Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar”, m. 5, f. 1, bent a. Oysa tacirler, ticari defter ve sair kayıtları ilgili takvim yılının bitişine itibarıyla **10 yıl** süreyle saklamakla yükümlü kılınmışlardır (6102 s. Türk Ticaret Kanunu, m. 82, f. 5).

Her ne kadar Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ'nin ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin faaliyetleri ile Türkiye Varlık Fonu ve bu Fon bünyesinde kurulan alt fonlar "*bağımsız denetime tabi*" kılınmış ise de (6741 s. Kanun, m. 6, f. 1), bu denetimin ceza hukuku sorumluluğu bakımından efektif bir yönü bulunmamaktadır. Keza Kanunda, her ne kadar Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketler ile Türkiye Varlık Fonu ve bu Fon bünyesinde kurulan alt fonlar üzerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonuna "denetim" yetkisi verilmiş ise de, bu denetim şekli olmaktan öteye geçecek bir mahiyet taşımamaktadır. Zira bu "denetim", ancak bağımsız denetçiler tarafından hazırlanan ve "*Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderilen denetim raporları üzerinden görüşülerek*" yapılabilecektir (6741 s. Kanun, m. 6, f. 3)

Sonuç itibarıyla, Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ve bu Şirket tarafından kurulan şirketlerin faaliyetlerinin kamu adına, özellikle Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından efektif olarak denetlenmesi imkânı mevcut değildir.

Her ne kadar "Türkiye Varlık Fonu" nun ve bu Fona bağlı olarak kurulan alt fonların kaynağını oluşturan malvarlığı değerlerinin teminat olarak gösterilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği ve bu değerler üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı kabul edilmiş ise de²¹; bir mevzuat manipülasyonu mahiyeti taşıyan bu "yasak"ın esasında bir YETKİ ifade ettiğini belirtmek gerekir. Şöyle ki, söz konusu düzenlemelere göre, "*Türkiye Varlık Fonunun mal varlığı, Türkiye Varlık Fonu hesabına olması şartıyla para ve sermaye piyasalarından finansman temin etmek dâhil Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların yapmaya yetkili olduğu faaliyetlere ilişkin iş ve işlemler*" **bağlamında teminat olarak gösterilebilir, rehnedilebilir ve hatta, bunların üzerine ihtiyati tedbir de konulabilir.**

Nitekim,

*"TVF, her türlü yurt içi ve yurt dışı sermaye ve para piyasalarından, ilgili mevzuat kapsamında yer alan izin ve onaylar aranmaksızın finansman ve kaynak sağlayabilir."*²²

*"Finansman sağlanırken TVF portföyü üzerinde TEMİNAT, REHİN, KEFALET VE İPOTEK TESİS EDİLEBİLİR."*²³

²¹ 6741 s. Kanun, m. 7; "*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar*", m. 20, f. 2.

²² "*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar*", m. 24, f. 1.

²³ "*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar*", m. 24, f. 3.

Sonuç itibarıyla, bu durum karşısında,

a) “**Türkiye Varlık Fonu**” ile alt fonları oluşturan malvarlığı değerlerinin tamamının, kamu kaynaklı olsun veya olmasın, **kamu (Devlet) mali** sayılmasını,

b) “**Türkiye Varlık Fonu**” ile alt fonları yönetmek üzere kurulan “**Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ**”nin ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin yönetim ve denetim organlarında, yönetiminde görev yapan kişilerin bu görevleriyle bağlantılı olarak gerçekleştirdikleri işlem ve tasarruflar bağlamında **kamu görevlisi** sayılmalarını,

c) “**Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ**”nin ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin faaliyeti çerçevesinde tutulan kayıtların ve düzenlenen belgelerin, elektronik ortamda da olsa, **resmi belge** sayılmasını,

ç) “**Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ**”nin ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin faaliyeti çerçevesinde tutulan kayıtların ve düzenlenen belgelerin, kamu kurumlarındaki belgelerin saklanma rejimine tabi tutulmasını,

ve ayrıca,

d) “**Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ**”nin ve bu Şirket tarafından kurulan diğer şirketlerin faaliyetlerinin yıllık periyotlarla kamu adına efektif olarak denetlenebilmesini ve denetim sonuçlarının kamuya paylaşılmasını,

sağlama yönünde kanuni düzenleme yapılmasına acil ihtiyaç bulunmaktadır.

XI. Özellikle kısıtlı mali imkanlara sahip bulunan kişilerin malvarlığı edinme yönündeki umutları çoğu kere istismar edilmektedir. Bu umut istismarı için başvuru yolu, kumar ve bahis gibi şans oyunlarıdır. Bu olgunun toplumda önemli sosyolojik ve ekonomik tahribata sebebiyet verdiği tartışmasızdır.

Şans oyunlarının en önemli özelliği, kişinin yeteneğinden, becerisinden, bilgisinden ve dikkat ve özeninden ziyade, tek başına veya büyük ölçüde tesadüfe bağlı olarak kazanç elde etmesine yönelik oyunlar olmasıdır. Bir oyunun kazanılması veya kaybedilmesini tamamen veya büyük oranda tesadüfün belirlediği hallerde şans oyunu vardır. Bazı şans oyunlarında kişinin bilgi, beceri ve dikkati oyunun sonucunun öngörülmesine bir ölçüde katkı sağlayabilir. Ancak bu durum, oyunun sonucunun talihe bağlı olarak gerçekleştiği olgusunu değiştirmemektedir.

Şahin/Kılıç’ın ve *Koca*’nın tebliğlerinde belirtildiği gibi, devletler çeşitli şans oyunlarının kazanç elde etmek amacıyla oynatılmasına kamunun gözetimi altında ve belirli koşullarda izin vermektedirler. Bu yöndeki düzenlemelerden, bu sektörün suç örgütlerinin eline geçmesini ve kişilerin ekonomik yönden

sömürülmesini önlenmek ve özellikle devlet bakımından önemli bir gelir kaynağı oluşturması amacının egemen olduğu müşahede edilmektedir.

Şans ve bahis oyunlarının aleliltlak yasaklanmasından yana olmayan ülkelerin çoğunda, devlet bu oyunlarla ilgili olarak,

- özellikle çocukların korunması,
 - suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması yöntemi olarak kullanılmasının önlenmesi,
 - yüksek miktarda oyun harcamalarının engellenmesi,
 - suç örgütlerinin gelir kaynağı olarak istismarının önlenmesi,
 - elde edilen gelirin vergisiz bırakılmasının önlenmesi,
- gibi amaçlarla, sınırlayıcı tedbirler almaktadır.

Ülkemizde de çeşitli şans oyunlarının kazanç elde etmek amacıyla oynanmasına devletin gözetim ve denetimi altında izin verilmektedir. Ancak, devletin gözetim ve denetimi altında icra edilen şans oyunlarının her birinin farklı mevzuatı bulunmaktadır. *Koca'nın* işaret ettiği üzere, bu konudaki mevzuat farklılığı, özellikle ilgili suç tanımları bakımından bir ahenksizlik ortaya çıkarmıştır.

Belirtmek gerekir ki, ülkemizde devletin gözetim ve denetimi altında icra edilen söz konusu oyunlar devlet bakımından önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır²⁴.

Hukukun ilgi alanına giren şans oyunları, kazanç sağlamak amacıyla oynananlardır. Özel hukuk alanında söz konusu olan, bu oyunları oynayanların oyun bağlamında birbirlerine karşı taahhüt ettikleri parasal değeri olan edimin ifa edilebilirliği ile ilgili hususlardır.

Ceza hukukunun ilgi alanına giren kumar veya şans oyunları, organize edenleri bakımından büyük bir kazanç kaynağı oluşturan ve buna bağlı olarak, kişilerin ekonomik bakımdan istismarına elverişli olanlardır. Bu oyunlar bakımından, oyunu oynayanlar ile, organize edenler, oynanmasına yer veya sair surette imkan sağlayanlar arasında ayırım gözetilmiştir. Kumar veya şans oyunlarını organize eden, bunların oynanmasına yer veya sair surette imkan sağlayan kişilerin fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Bunlardan spor müsabakalarına bağlı olarak ve at yarışları bağlamında oynanan şans oyunlarının organize edilmesi, bunların oynanmasına yer veya

²⁴ Bu bağlamda, 14.3.2007 tarihli ve 5602 sayılı "Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun" hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

sair surette imkan sağlanması, ilgili kanunlarda özel suçlar olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede, 29.4.1959 tarihli ve 7258 sayılı “Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun”, m. 5’de²⁵ ve 10.7.1953 tarihli ve 6132 sayılı “At Yarışları Hakkında Kanun”, m. 7’de²⁶ yer alan suç tanımları göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁵ Madde 5- (1) Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın;

a) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

b) Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

c) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

ç) Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

d) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarını oynayanlar mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından beş bin liradan yirmi bin liraya kadar idari para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu madde kapsamına giren suçlarla bağlantılı olarak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarının oynanmasına tahsis edilen veya oynanmasında kullanılan ya da suçun konusunu oluşturan eşya ile bu oyunların oynanması için ortaya konulan veya oynanması suretiyle elde edilen her türlü mal varlığı değeri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerine göre müsadere edilir.

(3) Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.

(4) Bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun erişimin engellenmesine ilişkin hükümleri uygulanır.

(5) Bu madde kapsamına giren suçların işlendiği işyerleri mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından ihtarda bulunmaksızın üç ay süreyle mühürlenerek kapatılır. İş yeri açma ve çalışma ruhsatına sahip işyerlerinin ruhsatları mahallin en büyük mülki idare amirinin bildirim üzerine ruhsat vermeye yetkili idare tarafından beş iş günü içinde iptal edilir.

(6) Birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde düzenlenen suçlar ile 5237 sayılı Kanunun 228’inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen suç bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun;

a) 128’inci maddesinde yer alan taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma,

b) 135’inci maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması,

c) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın 139’uncu maddesinde yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi,

ç) 140’inci maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme,

tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir.

²⁶ MADDE 7- (1) Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak her şekil ve surette müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim edenler ve bunlara ait her türlü evrakı matbaa, teksir, daktilo, fotokopi ve sair suretlerde düzenleyenler ve düzenletenler, satanlar, dağıtanlar, sattıranlar veya dağıttıranlar, üç aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.

Bu özel suçlar bakımından özellik arz eden husus, ilişkin oldukları şans oyunlarının devletin gözetim ve denetimi altında oynanmasına izin verilmesidir. Bu itibarla, devletin ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak verdiği yetkiye istinaden, bu yetki kapsamına giren şans oyunlarının tertip edilmesi, suç oluşturmayacaktır.

Keza, 4.4.1988 tarihli ve 320 sayılı “Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” hükümleri çerçevesinde, herhangi bir spor müsabakasıyla ilgili olmaksızın, çeşitli şans oyunları tertip edilebilmektedir. Söz konusu KHK kapsamına giren şans oyunlarının izinsiz olarak organize edilmesi, bu oyunların oynanması bakımından yer veya sair surette imkan sağlanması, özel bir suç olarak tanımlanmıştır (m. 52)²⁷. Dikkat edilmelidir ki, söz konusu **suç tanımı kanun hükmünde kararname ile yapılmıştır** ve bu KHK henüz kanunlaştırılmamıştır. Belirtmek gerekir ki, 320 sayılı KHK’nın 52. maddesi hükmü henüz yürürlüğe girmemiştir. Zira, söz konusu madde, bu KHK’nın “*kanunlaştığı tarihte, ... yürürlüğe*” girecektir (320 s. KHK, m. 59)²⁸.

Henüz kanunlaşmamış olması dolayısıyla söz konusu hükmün uygulanamaması, ceza sorumluluğu bakımından bir boşluk meydana getirmez. Belirtmek gerekir ki, TCK’nın kumar suçuna ilişkin hükümleri (m. 228) ile söz konusu kanunlardaki özel suç tanımları arasındaki ilişki, **genel norm - özel norm ilişkisi** mahiyetindedir. 320 s. KHK, m. 52 hükmünün henüz kanunlaşmamış olması dolayısıyla “**özel normun önceliği kuralı**”nın uy-

(2) Suçun; at sahibi, antrenör, jockey, jockey yamağı, seyis ve sair yarış hizmetlileri ile birlikte işlenmesi halinde, verilecek hapis cezası altı aydan az olamaz. Haklarında bu nedenle soruşturma ve kovuşturma başlatılan bu kişilerin Komiserler Kurulu kararı ile yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmeleri yasaklanır. Komiserler Kurulunca yarış yerlerine girmeleri yasaklanan kimselerin isimleri ve kimlikleri yarış müessesesi ve mahalli mülki amirlere yazılı olarak bildirilir.

²⁷ MADDE 52– (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 41’nci maddesinde tertip ve çekiliş düzenleme hakkı münhasıran İdareye tanınmış olan oyunları tertipleyenlerle, aynı maddenin ikinci fıkrası hükmünü ihlal edenler veya bu fıkra hükmüne göre gerekli izni almakla birlikte çekilişleri yapmayanlar veya çekiliş sonuçlarını ilan etmeyenler veya taahhütlerini yerine getirmeyenler ile talih oyunlarının oynanmasına mahsus oyun makina, araç ve gereçlerini bozanlar veya bunları bozuk olmasına rağmen kullandıranlar veya talih oyunları ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun hile yapanlar hakkında yüz bin liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ve iki aydan iki seneye kadar hapis cezası hükmolunur.

(2) Biletlerin üzerinde yazılı kıymetlerden daha yüksek fiyatla satılması yasaktır. Bu hükme aykırı hareket edenler yüksek fiyatla sattıkları beher bilet için bilet bedelinin on katı tutarında para cezasına mahkum edilirler.

²⁸ Henüz yürürlüğe girmemiş olan bir hükümle ilgili olarak Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmaz.

Nitekim Burdur Asliye Ceza Mahkemesinin, “*İdareden izin olmaksızın eşya piyangosu düzenleme*” suçundan dolayı açılan bir kamu davasında, söz konusu madde hükmünün suçta kanunilik ilkesine ve Anayasaya aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesine bulunduğu iptal başvurusunda; Anayasa Mahkemesi, bu maddenin henüz yürürlüğe girmemiş olması dolayısıyla, mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanabilirliği olmadığı için, bu talebi reddetmiştir (Anayasa Mahkemesi, 28.5.2002, E. 2001/15, K. 2002/52).

gulanamayacağı durumlarda, genel norma istinaden cezaya hükmetmek gerekecektir.

Zira, 320 s. KHK'nin konusunu oluşturan oyunların tamamı, birer **şans, talih oyunudur**. Bu husus, 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 283 ve devamı maddeleri hükümlerinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde, şans ve talih oyunları ibareleri tanımlandıktan sonra, birer şans oyunu türünü oluşturan çeşitli oyunlarla ilgili olarak farklı tanımlar yapılmıştır. Buna göre,

“Şans oyunları” ibaresi, *“karşılığı nakit olmak üzere oynatılan piyango, sayısal oyunlar, hemen-kazan ve benzeri oyunları”* (m. 284, f. 1, bent i),

“Talih oyunları” ibaresi, *“beceri veya şansa dayanan fiş, jeton veya para ile oyun araç ve gereçleriyle bir kasaya karşı veya oyun makinalarında oynanan oyunları”* (m. 284, f. 1, bent j),

“Hemen-Kazan” ibaresi, *“belirli ikramiyeleri ihtiva eden özel biletlerin üzeri kapalı kısımlarının kazınarak ikramiyeyi gösteren sayı veya işaretin çıkarılması suretiyle oynanan şans oyununu”* (m. 284, f. 1, bent e),

“Piyango” ibaresi, *“bastırılmış numaralı biletlerin satılarak, adet ve tutarları önceden belirlenmiş ikramiyeleri kazanacak numaraların belirli günde çekilecek kura ile saptanması esasına dayanan şans oyununu”* (m. 284, f. 1, bent h),

“Sayısal Loto” ibaresi, *“belirli bir rakam grubu içinden çekilecek kura sonunda saptanan adetlerde rakamların bilinmesi halinde ikramiye verilmesi esasına dayanılarak tertiplenen şans oyununu”* (m. 284, f. 1, bent ı),

ifade etmektedir.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle, esasen aynı anlama gelen “şans oyunları” ve “talih oyunları” ibareleri arasında sun’i bir ayırım oluşturulmaya çalışılmıştır.

Görüldüğü üzere, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde, “şans oyunları” ibaresi tanımlanırken, “ve benzeri oyunlar” ibaresine yer verilerek, birer şans oyunu türü olarak tanımlanan oyunların tahdidi olarak belirlenmediğine işaret edilmiştir.

Bütün bu oyunların ortak özelliklerine, TCK, m. 228, f. 6’da yapılan “kumar” tanımında işaret edilmiştir. Söz konusu tanıma göre, *“Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın*

talihe bağlı olduğu oyunlardır." (TCK, m. 228, f. 6). Kumar tanımındaki oyunun "*kazanç amacıyla icra edilmesi*" ve kazancın "*talihe bağlı olması*" unsurları bakımından 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde tanımlanan oyunlar ile kumar arasında müştereklik bulunmaktadır. Bütün bu oyunlar, **kazanç amacıyla icra edilen, oynatılan ve oynanan, kazanmanın ve kaybetmenin talihe bağlı olduğu oyunlardır.** Sonuç olarak, bu oyunların her birinin ilgili kamu otoritesinden ("*Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü*" [4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 284, f. 1, bent f; m. 285]) izin alınmaksızın "*tertiplenmesi*", TCK, m. 228'de tanımlanan kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu oluşturacaktır.