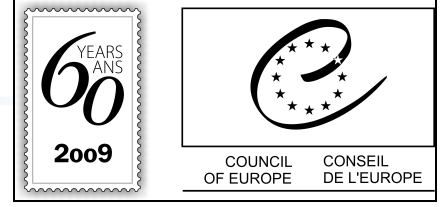




Groupe d'Etats contre la corruption
Group of States against corruption

İNSAN HAKLARI VE HUKUK İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
İZLEME DİREKTÖRLÜĞÜ



Strasbourg, 26 Mart 2010

Greco Eval III Rep (2009) 5E
Konu I

Üçüncü Aşama İncelemesi

Türkiye'de Suç Haline Getirme (ETS 173 ve 191, GPC 2) Değerlendirme Raporu (Tema I)

GRECO 46. Genel Kurulu
Tarafından Kabul Edilmiştir
(Strasbourg, 22-26 Mart 2010)

I. GİRİŞ

1. Türkiye GRECO'ya 2004'te katılmıştır. GRECO, Türkiye konusundaki Birinci ve İkinci Aşama Değerlendirme Ortak Raporunu (Greco Eval I Rep (2005) 3E) 27. Genel Kurulunda (10 Mart 2006) kabul etmiştir. Sözü edilen Değerlendirme Raporu ve buna ilişkin Uyum Raporu, GRECO'nun ana sayfasında bulunmaktadır (<http://www.coe.int/greco>).

2. GRECO'nun şimdiki Üçüncü Aşama İncelemesi (1 Ocak 2007'de başlatıldı) şu konuları ele almaktadır:

- **Konu I – Suç haline getirme:** Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 1a ve 1b, 2-12, 15-17. maddeleri ve 19. maddenin 1. fıkrası, Ek Protokolünün (ETS 191) 1-6. maddeleri ve Rehber İlkeler 2 (yolsuzluğun suç haline getirilmesi).

- **Konu II –Siyasi Partilerin Finansmanında şeffaflık:** Siyasi Partilerin ve Seçim Kampanyalarının Finansmanında Yolsuzluğa Karşı Ortak Kurallar Tavsiyesinin Rec(2003)4 8, 11, 12, 13b, 14 ve 16. maddeleri ve – daha genel olarak – Rehber İlke 15 (siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanı).

3. 19 ve 20 Ekim 2009'da Türkiye'ye bir yerinde ziyaret gerçekleştiren GRECO Konu I Değerlendirme Ekibi (bundan sonra GET olarak belirtilecektir) Sayın Adalet Bakanlığı Cezai Adalet Genel Müdürlüğü 1. Bürosuna bağlı Yargıç Fabrizio GANDINI (İtalya) ve Stockholm İstinaf Mahkemesi Hakimi Sayın Kazimir ABERG'den (İsveç) oluşmuştur. GET'e GRECO Sekreteryasından Sayın Michael JANSSEN tarafından eşlik edilmiştir. Ziyaret öncesinde GET'e Değerlendirme Soru formunun (Greco Eval III (2009) 6E, Tema I belgesi) kapsamlı cevapları ve ilgili mevzuat örnekleri temin edilmiştir.

4. GET şu hükümet organizasyonlarının görevlileriyle görüşmüştür: Adalet Bakanlığı, Ankara Başsavcılığı, Ankara Adliyesi (hakimler), Yargıtay (hakimler ve savcılar), Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Polis. GET, ayrıca Ankara Barosu ve Ankara Barolar Birliği, Ankara, İstanbul ve Konya Üniversiteleri (Hukuk Fakülteleri), ve Sivil Toplum Örgütlerinin (TEPAV-Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, TESEV-Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, Uluslararası Şeffaflık) temsilcileriyle de görüşmüştür.

5. Suç Haline Getirme konusundaki GRECO Üçüncü Aşama İncelemesi Konu I raporu, soru formuna verilen cevaplar ve yerinde ziyaret sırasında edinilen bilgiler doğrultusunda hazırlanmıştır. Bu raporun temel amacı 2. fıkrada belirtilen hükümlerden kaynaklanan gerekliliklere uymak için Türk yetkililer tarafından alınan tedbirleri değerlendirmektir. Rapor, durumun tanımı ardından eleştirel analizi içermektedir. Sonuç bölümü GRECO tarafından kabul edilen ve söz konusu hükümlere uyum seviyesini artırmak için Türkiye'ye yöneltilen bir tavsiyeler listesi içermektedir.

6. Konu II – Siyasi Partilerin Finansmanında Şeffaflık raporu Greco Eval III Rep (2009) 5E – Tema II'de ele alınmıştır.

II. SUÇ HALİNE GETİRME

Durumun tanımı

7. Türkiye, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'ni (ETS 173) 29 Mart 2004'te imzalamış ve Sözleşme Türkiye açısından 1 Temmuz 2004'te hiçbir çekince olmaksızın yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi Ek Protokolünü (ETS 191) imzalamamıştır.

8. Yeni Türk Ceza Kanunu (bundan sonra TCK) 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmiştir. 1926 tarihli eski TCK'ye kıyasla yabancı ve uluslararası kamu görevlilerine rüşvete özel bir hüküm de dahil olmak üzere tümüyle gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş rüşvet hükümleri (TCK 252. maddede) içermektedir. TCK'nın rüşvetle ilgili hükümlerinde yapılan son değişiklikler 2009'da getirilmiştir ve özellikle rüşvet suçları üzerinde yargı yetkisi¹ ve özel "etkin pişmanlık" savunmasıyla² ilgilidir.

Ulusal kamu görevlilerine rüşvet (ETS 193'ün 1-3 ve 19. maddeleri)

9. Türk ceza mevzuatı altındaki rüşvet suçları sistemi, basit ve nitelikli rüşvet arasındaki ayırım üzerine kurulmuştur. *Nitelikli rüşvet* kamu görevlisinin görev ihlalini gerektirir, TCK'nın 252. maddesinin 3. fıkrasına bakınız: "Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gerekliliklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için bir kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması olarak tanımlanmıştır". 1926 eski Ceza Kanunu'nun tersine yeni mevzuat bir kamu görevlisinin görevine aykırı olmadan bir işi yapması veya yapmaması gibi – *basit* – durumlara özgü belirli rüşvet hükümleri içermemektedir.

10. *Nitelikli* rüşvet durumunda, TCK 252. madde, 1. fıkra rüşvet alma ve verme suçunu düzenler – ki suç taraflar arasında rüşvet anlaşması veya rüşvet alma ya da verme şeklinde işlenebilir. Aynı maddenin 2. fıkrası belirli kamu görevlileri kategorilerine rüşveti ele almakta ve artırılmış yaptırımlar getirmektedir. 4. fıkra rüşvet suçunu kamu görevlisi olmayan belirli kişi kategorilerine genişletmekte; 5. fıkra yabancı ve uluslararası kamu görevlilerine rüşveti cezalandırmaktadır.

11. Yetkililer basit rüşvet almada, örneğin, Yargıtay'a göre kanunun yorumlanması için mahkemeler tarafından göz önünde bulundurulması gereken ilgili hükümlerin "Gerekçeleri"nde belirtildiği üzere³, "irtikap" (TCK 250. madde) veya "görevin kötüye kullanılması" (TCK 257. madde, 3. fıkra) hükümlerinin uygulandığını belirtmişlerdir. Kararları bağlayıcı olmayan ancak genel olarak diğer mahkemeler tarafından uyulan⁴ Yargıtay, bu yorumları bir çok kararıyla onaylamıştır.⁵ TCK'nın 252. maddesinin Gerekçesine göre "... izlenen suç politikası gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Çünkü bu gibi durumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en azından zamanında yapılmayacağı

¹ Aşağıdaki 52. Paragrafa bakınız.

² Aşağıdaki 54. Paragrafa bakınız

³ Meclis Adalet Komisyonu raporuna dayanan Ceza Daireleri Genel Kurulunun 30.05.2006 tarih ve 2006/5-147, 2006/1492529 sayılı kararına bakınız. Bu karar sadece TCK hükümlerinin açıklayıcı notlarına değinir, diğer kanunlarının açıklayıcı notlarına değinmez.

⁴ Sadece Yargıtay Genel Kurulunun birleştirici kararları kesinlikle bağlayıcıdır.

⁵ Örneğin Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin 21.02.2008 tarih ve 2005/18231E, 2008/1068 K sayılı kararı, 21.02.2008 tarih ve 2007/8583 E, 2008/1059 sayılı kararı, 28.02.2008 tarih ve 2005/18293, 2008/1276 sayılı kararı.

konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle, haklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması hâlinde, irtikap suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.” Dahası, TCK'nin 257. maddesinin Gerekçesi “... kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak irtikap suçu oluşur. Ancak, kişinin menfaat sağlamak amacıyla bir başkası tarafından icbar edildiği yönünde somut delilin bulunmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilir” şeklinde belirtilmektedir.

12. Basit rüşvet vermeye ilişkin olarak, yetkililer içtihadı göre kamu görevlilerine “hakaret”i cezalandıran TCK'nin 125. maddesinin 3a. fıkrasında kapsama alındığını belirtmişlerdir. Yargıtay tarafından düzenlenen içtihadı göre, TCK'nin 252. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen rüşvetin tanımı sadece nitelikli rüşveti içermektedir, fakat “haklı bir işin yapılmasını sağlamak için rüşvet teklif etme fiili, kamu görevlisinin onur ve itibarına saldırı olarak kabul edildiğinden TCK'nin 125/3. maddesi gereğince kamu görevlisine hakaret suçu oluşturur...”⁶

TCK 252. Madde: Rüşvet

(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

(5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.

⁶ Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin 16.02.2009 tarih ve 2007/12844 E, 2009/1635 K sayılı kararı; örneğin 18.02.2008 tarih ve 2007/14342-2008/963 sayılı kararı ve 19.03.2008 tarih ve 2008/1823-2008/2246 sayılı kararına da bakınız.

TCK 250. Madde: İrtikap

(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

TCK 257. Madde: Görevi Kötüye Kullanma

(...) (3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayarak kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

TCK 125. Madde: Hakaret

(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ... veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilât ederek işlenmesi gerekir.

(...)

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, (...)

İşlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

Suçun unsurları

“Ulusal kamu görevlileri”

13. Yukarıda belirtilen yerinde hükümler, TCK'nin 6. maddesinin 1c fıkrasında⁷ tanımlanan “kamu görevlisi” terimini içermektedir. Ayrıca, TCK'nin 252. maddesinin 2. fıkrasının nitelikli rüşvet hükmü, diğerleri arasında, TCK'nin 6. maddesinin 1d fıkrasında tanımlandığı üzere “yargı görevi yapan” kavramını da belirtmektedir. Yetkililerin açıklamalarına göre, TCK'nin 252. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ve “yargı görevi yapan kişileri”, hakemleri, uzman tanıkları, noterleri ve profesyonel mali müfettişleri de içeren kişi kategorileri kamu görevlisi kavramının alt kategorileridir.

TCK 6. Madde: Tanımlar

(1) Ceza kanunlarının uygulanmasında;

(...)

c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,

d) Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar, (...) anlaşılır.

14. Yetkililer “kamu görevlisi” kavramının – hukuki doktrin ve içtihat temelinde – kamu adına bir hizmetin yapılmasına iştirak eden ve kamu hukukuna göre örneğin seçilmiş temsilciler (muhtarlar, milletvekilleri, il veya ilçe meclisi üyeleri gibi), seçim kurulları görevlileri, tanıklar, uzmanlar ve çevirmenler dahil mahkemeler gibi yetkili kamu idareleri tarafından görevlendirilen bir kişi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir.

“Vaat etmek, teklif etmek veya vermek” (rüşvet verme)

15. Nitelikli rüşvet vermeyle ilgili olarak, TCK'nin 252. maddesinin 1. fıkrası sadece “vermek” kelimesini kullanır, ancak “rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur” ifadesini de ekler. 1926 tarihli eski Ceza Kanunu'nun 213. maddesinin tersine (tek taraflı) vaat etmek ve teklif etmekten söz edilmemiştir. Ancak, yetkililer Yargıtay tarafından düzenlenen içtihadı⁸ göre kamu görevlisi tarafından reddedilen bir vaat veya bir teklifin rüşvete teşebbüs kabul edildiğini ve TCK'nin 35. maddesiyle bağlantılı olarak TCK'nin 252. maddesinin 1. fıkrası gereğince cezalandırıldığını belirtmişlerdir. TCK'nin 35. maddesinin 2. fıkrası gereğince teşebbüs durumlarında ceza dörtte bir ile dörtte üç oranında azaltılmaktadır.

⁷ Raporda kamu görevlisi terimi kullanılmıştır ve bundan kamu memuru anlaşılmalıdır.

⁸ Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin 20.06.2007 tarih ve 2007/1416-2007/5069 sayılı kararı; 01.04.2008 tarih ve 2008/3303-3093 sayılı kararı; 02.07.2009 tarih ve 2008/3971-2009/8861 sayılı kararı.

TCK 35. Madde: Suça Teşebbüs

(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

TCK 36. Madde: Gönüllü Vazgeçme

(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

16. Basit rüşvet vermeye ilişkin olarak, TCK’de belirli bir hüküm yoktur. Yetkililer Yargıtay tarafından düzenlenen içtihadı göre bir rüşvet vaadi veya teklifinin “hakaret” suçu (TCK 125. madde, 3a fıkrası) tarafından kapsamakta olduğunu açıklamışlardır.⁹ Ayrıca, hukuki doktrine göre rüşvetin gerçekten de kamu görevlisine teslim edilmiş olması durumunda kamu görevlisinin “görevi kötüye kullanma” ve rüşvet verenin “görevi kötüye kullanma”ya iştirak (TCK 38/39. maddeleriyle bağlantılı olarak TCK 257. madde, 3. fıkrası) nedeniyle cezalandırılacaklarını belirtmişlerdir. Bu açıklamayı destekleyen içtihat/mahkeme kararı yoktur.

“Talep etme veya alma, teklifi veya vaadi kabul etme” (rüşvet alma)

17. Nitelikli rüşvet almaya ilişkin olarak, TCK’nin 252. maddesinin 1. fıkrası sadece “almak” kelimesini kullanır fakat “ tarafların rüşvet konusunda anlaşmaya varması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur” ifadesini de ekler. Yetkililer yukarıda belirtilen 01.04.2008 tarihli Yargıtay Kararı doğrultusunda rüşvet alma teşebbüslerinin TCK’nin 35. maddesiyle bağlantılı olarak TCK’nin 252. maddesinin 1. fıkrası kapsamında olduğunu ve kamu görevlisinin - rüşveti verecek kişi tarafından reddedilen - bir yarar talep etmesinin böyle bir teşebbüsü oluşturduğunu onaylamışlardır.

18. Basit rüşvet alma durumlarına ilişkin olarak, TCK’de belirli bir hüküm yoktur. Zorlayıcı nitelikteki talepler “irtikap” hükümleri (TCK 250. madde) kapsamındadır. Yetkililer hukuki doktrine göre, böyle bir talebin reddedilmesinin “irtikap”a teşebbüsü oluşturduğunu ve TCK 35. maddeye bağlantılı olarak TCK 250. madde gereğince cezalandırıldığını belirtmişlerdir. “kamu görevini kötüye kullanma” (TCK 257. madde, 3. fıkra) hakkındaki yerinde hüküm, görevlinin mali yarar “sağladığı”, örneğin aldığı ve/veya kabul ettiği, durumları kapsamaktadır. Gerçekleşmeyen bir teklif veya vadin kabul edilmesine ilişkin olarak, yetkililer bu tür durumların “kamu görevini kötüye

⁹ Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin 16.02.2009 tarih ve 2007/12844 E, 2009/1635 K sayılı kararı; ayrıca örneğin 18.02.2008 tarih ve 2007/14342-2008/963 sayılı kararı ve 19.03.2008 tarih ve 2008/1823-2008/2246 sayılı kararına bakınız.

kullanma”ya (TCK 35. maddeyle bağlantılı olarak TCK 257. madde, 3. fıkra) teşebbüs oluşturduğunu belirten hukuki doktrine atıfta bulunmuşlardır.

“Herhangi bir haksız yarar”

19. TCK’nin 252. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan nitelikli rüşvet – alma veya verme – “yarar” terimini içermektedir; “haksız” unsuru aktarılmamıştır. Yetkililer, kanunda yarar kavramının unsurları tanımının yapılmadığını ancak bunun akademisyenlere ve uygulayıcılara bırakıldığını, ve hukuki teoriye göre bu kavramın maddi olan ve olmayan yararları (ör., cinsel nitelikte olan, lüks bir otel odasında konaklatma) da içeren geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini; bir eşğin olmadığını, yararın miktarının önemli olmadığını açıklamışlardır. Yetkililer bu kuralın tek istisnasının uluslararası ilişkiler kapsamındaki hediyelerin kabul edilebileceğini öngören 3628 sayılı Yasa’nın 3. maddesi olduğunu, ancak belirli bir değeri geçmesi (on aylık asgari ücretten fazla) halinde hediyein yetkililere gönderilmesi gerektiğini; bu değer altındaki hediyelerin ise yine de Kamu Görevlileri Etik Kurulu’na bildirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

20. Basit rüşvet vermeye ilişkin olarak, TCK’nin 125. maddesi, yarar kavramına hiçbir şekilde değinmemektedir. Basit rüşvet almayla ilgili olarak, TCK 250. maddesindeki “irtikap” hükümleri ve TCK 257. madde, 3. fıkra hükmü rüşvet hükümleriyle aynı terimi (yarar) kullanmaktadır.

“Doğrudan veya dolaylı olarak”

21. Ne nitelikli rüşvet alma ve verme hükümleri ne de “irtikap”, “kamu görevinin kötüye kullanılması” ve “hakaret” hükümleri, eski Ceza Kanunu’nun rüşvet hükümlerinin tersine, suçun doğrudan veya dolaylı olarak işlenilip işlenemeyeceğini belirtmektedir. Yetkililer, bazı akademisyenlere göre, herhangi bir tarafın doğrudan veya dolaylı olarak talep veya teklif etmesinin ve bunları kabul etmesinin rüşvet suçunu oluşturmaya yeterli olduğunu belirtmişlerdir.

“Kendisi veya başkası için”

22. Eski Ceza Kanunu’nun tersine, yeni TCK’nin ilgili hükümlerinde “kendisi veya başkası için” terimleri açıkça belirtilmemiştir. Ancak, yetkililer kanun koyucuların bu detayı düzenleme ihtiyacı duymamış olmalarından dolayı yararın kamu görevlisinin kendisine veya bir başkasına sağlanabileceğini öngören doktrine ve bu nedenle genel iştirak hükümlerinin uygulandığı hususuna değinmişlerdir.

“görevlerinin ifasıyla ilgili bir işi yapma veya yapmaktan kaçınma”

23. TCK’nin 252. maddesi hem illegal – fiilleri hem ihmalleri içermektedir, 3. fıkra şöyle demektedir: “... bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.” Yetkililer bu hükümdeki “görev”in anlamının görevlinin yetkili olduğu kurumu yöneten ilgili kurallar (ör., kanunlar, yönetmelikler, emirler veya idari gelenekler) tarafından tanımlandığını açıklamışlardır. Tamamen veya kısmen görevlinin yetkileri dışında kalan fiiller ve ihmellere ilişkin olarak, TCK 255. maddeye değinmişlerdir.

TCK 255. Madde: Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağlama

(1) Görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

24. Basit rüşvet vermeyle ilgili olarak, TCK'nin 125. maddesi kamu görevlisinin görevlerinin ifasıyla ilgili bir işi yapma veya yapmaktan kaçınma konusuna hiç değinmemektedir. Basit rüşvet almayla ilgili olarak, TCK'nin 250. maddesindeki "irtikap" hükümleri "görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle" kelimelerini içermekte, ve TCK'nin 257. maddesinin 3. fıkrasındaki "görevi kötüye kullanma" hükmü "görevinin gereklerine uygun davranması için" terimlerini kullanmaktadır. İlgili hükümlerin gerekçelerine göre, bir kamu görevlisi tarafından bir işin yapılması ve yapılmaması TCK 250. madde ve 257. maddenin 3. fıkrası kapsamındadır.

"Kasten işlenen suç"

25. Hem rüşvet verme hem de rüşvet alma suçları sadece kasten işlenebilir. TCK'nin 21. maddesindeki kasıt hükmüne göre: "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır." (1. fıkra). Olası kasıt durumunda, ör., failin "suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi" hâlinde ceza üçte birden yarısına kadar indirilir (2. fıkra).

Yaptırımlar

26. Nitelikli rüşvet alma ve verme – kamu görevlisinin görevinin gereklerine uymamasına ilişkin durumlar – 4 ila 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılır. Rüşveti alan kişi "bir adli görevli", hakem, uzman tanık, noter veya profesyonel mali müfettiş ise uygulanacak ceza üçte bir ila yarı oranda artırılır. Bir rüşvet üzerinde anlaşmanın yanı sıra bir rüşvet alma ve vermenin tamamlanmış nitelikli rüşvet suçlarını oluşturduğu anımsanmalıdır. Buna karşın, yetkililere göre, teklif, vaat ve talep rüşvete teşebbüs olarak cezalandırılır. TCK 35. madde uyarınca, teşebbüs durumlarında ceza dörtte bir ila dörtte üç oranında azaltılır.

27. Basit rüşvet verme durumlarıyla ilgili olarak – kamu görevlisinin yasal fiil veya ihmali gösteren durumlarda – kamu görevlisine karşı işlenen "hakaret" suçları 1 ila 2 yıl hapis cezası gerektirir. Basit rüşvet almaya ilişkin olarak, "irtikap" suçları icbar durumunda 5 ila 10 yıl ve aldatma durumunda 3 ila 5 yıl (bir kişinin hatasından yararlanarak işlendiği takdirde 1 ila 3 yıl); görevi kötüye kullanma suçları 1 ila 3 yıl hapis cezası gerektirir.

28. Karşılaştırılabilir cezai suçlar için "ihaleye fesat karıştırma" (TCK 235. madde), "edimin ifasına fesat karıştırma" (TCK 236. madde) veya "zimmet" (TCK 247. madde) gibi benzer yaptırımlar da vardır.

29. TCK'nin 61. maddesine göre, mahkeme cezayı şu etmenleri göz önünde bulundurarak belirler: suçun işleniş biçimi; suçun işlenmesinde kullanılan araçlar; suçun işlendiği yer ve zaman; suç konusunun önemi ve değeri; zarar veya tehlikenin büyüklüğü; kasıt veya

dikkatsizliğe ilişkin hatanın derecesi ve failin amaç ve saiki. Suç olası kasıtlı işlendiği takdirde (ör., fail bir suçun hukuki tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bir fiil işlerse) ceza üçte bir ile yarı oranında azaltılır.¹⁰ Teşebbüs halinde ceza dörtte bir ile dörtte üç oranında azaltılır.¹¹ Yardım edenlere uygulanacak ceza yarı oranında azaltılır.¹² Ayrıca, takdiri indirim nedenleri olduğu takdirde mahkeme failin geçmişini, sosyal ilişkilerini, suçu işledikten sonraki ve mahkeme sırasındaki davranışlarını ve cezanın failin geleceği üzerindeki potansiyel etkilerini göz önünde bulundurarak cezayı altıda bir oranına kadar indirir.¹³

30. Yukarıda belirtilen cezalara ek olarak, “belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma” güvenlik tedbiri rüşvet suçunu işleyen kamu görevlilerinin milletvekili olmasını veya Devlet, bir il, belediye veya köy idaresinde görevlendirilen ya da bunlara atanan bir kamu görevlisi olarak veya onların kontrol ya da denetiminde olan bir kurum veya teşebbüste veya bunların hizmetinde çalışmalarını; oy kullanmalarını veya seçilmelerini ve diğer siyasi haklarını kullanmalarını; vasi olarak hareket etmelerini veya vesayet ve kayyım rolüne atanmalarını; vakıf, dernek, ticaret birliği, şirket, kooperatif veya siyasi parti gibi yasal bir kuruluşun idarecisi veya denetçisi olmalarını; ve mesleki bir organizasyonun (kamu kuruluşunun veya organizasyonunun yapısında olan) iznine tabi herhangi bir mesleği veya ticareti mesleki veya tüccar olarak kendi sorumlulukları altında yürütmelerini yasaklar (TCK 53. madde, 1. fıkrasına bakınız). Genel olarak, bu hüküm mahkumiyet süresinin tamamlanması süresince etkilidir; ancak, uygulanan mahkumiyet 1. fıkrada belirtilen hakların veya yetkilerin kötüye kullanılmasıyla ilgili bir suç nedeniyle verildiğinde failin bu haklarını uygulanan mahkumiyetin bir buçuk ile iki katı süre boyunca kullanması yasaklanır; bu, mahkumiyet bittikten sonra yürürlüğe girer.

Ulusal kamu meclisleri üyelerine rüşvet (ETS 173, 4. madde)

31. Yetkililer, ulusal kamu meclisleri üyelerinin TCK'nin 6. maddesinin 1c fıkrasında ör., “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanan “kamu görevlisi”ni içeren nitelikli rüşvet alma ve vermeyi suç haline getiren TCK'nin 252. maddesinde ele alındığını belirtmişlerdir. Basit rüşvet alma ve vermeye ilgili olarak, bir kamu görevlisine “hakaret” (TCK 125. madde, 3a fıkra), “irtikap” (TCK 250. madde) ve “kamu görevini kötüye kullanma” (TCK 257. madde, 3. fıkra) hükümleri de “kamu görevlisi” kavramına değinirler. Ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detayları verilen suçun unsurları ve uygulanabilir yaptırımlar aynı zamanda ulusal kamu meclisleri üyelerine rüşvet için de geçerlidir. Yetkililer, diğerleri arasında, belediye meclisleri ve belediye daimi encümeni üyelerine rüşvete ilişkin pek çok Yargıtay kararından alıntı yapmıştır.

¹⁰ TCK 21. madde

¹¹ TCK 35. madde

¹² TCK 39. madde

¹³ TCK 62. madde

Yabancı kamu görevlilerine rüşvet (ETS 173, 5. madde)

32. Yabancı kamu görevlilerine rüşvet – OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi gereklerine uyum sağlamak amacıyla – TCK'nin 252. maddesinin belirli hükmünde düzenlenmiştir fakat sadece uluslararası ticari işlemler kapsamındaki (basit veya nitelikli) rüşvet vermeye ilişkindir. Buna karşın, bu kapsam dışındaki rüşvet verme ve rüşvet alma ele alınmamıştır. Yetkililer TCK 252. madde, 5. fıkrasının ulusal rüşvet hükümlerinin genel gerekliliklerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvette geçerli olmaması yönüyle özerk olduğunu açıklamışlardır. Bu hüküm “haksız yarar” ve suçun dolaylı olarak işlenmesi kavramlarının yanı sıra bir yarar teklif etme, vaat etme veya vermeyi açıkça içerdiğinden 1 ila 4. fıkralardaki genel rüşvet hükümlerinden daha detaylıdır. “Yabancı kamu görevlisi” kavramı “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış meclis görevlisi, bir kamu kuruluşunun adli veya idari görevlerle görevlendirilmiş bir üyesi olan bir kişi, (...) veya yabancı bir ülkede uluslararası nitelikte bir görev yürüten herhangi bir kişi” şeklinde aktarılmıştır. Ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış uygulanabilir yaptırımlar yabancı kamu görevlisine rüşvette de geçerlidir. Yabancı kamu görevlisine rüşvete ilişkin içtihat/mahkeme kararı bulunmamaktadır.

TCK 252. Madde: Rüşvet

(...) (5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.

Yabancı kamu meclisleri üyelerine rüşvet (ETS 173, 6. madde)

33. Yetkililere göre, yabancı kamu meclisleri üyelerine rüşvet “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış meclis görevlisi, bir kamu kuruluşunun adli veya idari görevlerle görevlendirilmiş bir üyesi olan bir kişi, (...) veya yabancı bir ülkede uluslararası nitelikte bir görev yürüten herhangi bir kişi” kavramını içeren TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında ele alınmıştır. Ancak, bu hüküm sadece uluslararası ticari işlemler kapsamındaki (basit veya nitelikli) rüşvet verme durumlarında geçerlidir. Yabancı kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılan suç unsurları ve ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılan uygulanabilir yaptırımlar yabancı kamu meclisleri üyelerine rüşvette de geçerlidir. Yabancı kamu meclisleri üyelerine rüşvete ilişkin içtihat/mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Özel sektörde rüşvet (ETS 173, 7 ve 8. maddeler)

34. TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrası altında 1. fıkranın genel rüşvet hükmü kamu anonim şirketleri ve kısmen veya tamamen kamu mülkiyeti altındaki özel sektör şirketleri gibi özel sektörde iş yapan belirli teşekkül türleri için de uygulanır. Yetkililer bu hükmün bu teşekküller adına hareket eden kişilerin hem rüşvet almasını hem de rüşvet vermesini ele aldığını açıklamışlardır.

TCK 252. Madde: Rüşvet

(...) (4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

Suçun unsurları

35. Aşağıda detaylandırılan belirli unsurlar gereğince ulusal kamu görevlisine rüşvet altında tanımlanan unsurlar TCK 252. madde 4. fıkrasına da uygulanır - belirli yolsuzluk fiilleri hariçtir: tarafların bir yarar konusunda anlaşmış olmalarını ancak yararın verilmemiş olmasını içeren 1. fıkra genel rüşvet hükmünün tersine, TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrası rüşvet verenin yararı sağlamış olmasını gerektirir. Ancak, yetkililere göre, bir yararın vaat veya teklif edildiği ancak verilmediği, ya da bir vaat veya teklifin kabul edildiği durumlar rüşvete teşebbüsü oluşturmakta ve TCK 35. maddeyle bağlantılı olarak TCK 252. madde, 4. fıkra altında cezalandırılmaktadır.

“Herhangi bir görevde özel sektör teşekkülleri için çalışan ya da özel sektör teşekküllerini yöneten kişiler”

36. TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrası "kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu (kanunda kamu kuruluşu olarak sayılan), bir şirket (sözü edilen mesleki kuruluş, veya bir kamu kuruluşu veya bir kamu işletmesi iştirakiyle kurulmuş şirket, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar), kamu yararına çalışan bir dernek, bir kooperatif, ya da halka açık bir anonim şirket (...)" kelimelerini kullanmaktadır.

“İş faaliyeti esnasında”; “...görevin ihlali”

37. TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrası rüşvetin iş faaliyeti esnasında oluşmasını açıkça gerektirmemektedir, fakat özel sektör adına hareket eden kişi tarafından “görevin ihlali yoluyla” işlenmiş olmasını gerektirmektedir. Dahası, bu hüküm “bu tür teşekküllerle hukukî ilişki tesisi veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı için” yararın teşekküle aktarılmış olmasını gerektirmektedir.

Yaptırımlar

38. Ulusal kamu görevlilerine rüşvet altında detaylandırılan yaptırımlar, TCK 252. madde 4. fıkra kapsamına giren suçlar için de geçerlidir.

Uluslararası organizasyonların görevlilerine rüşvet (ETS 173, 9. madde)

39. Uluslararası organizasyonların görevlilerine rüşvet, “diğer bir uluslararası kamu teşekkülü, Devlet veya hükümet (yapısı ve faaliyetine bakılmaksızın) tarafından kurulan uluslararası bir organizasyonda çalışan bir kişi veya yabancı bir ülkede uluslararası nitelikte bir görev yürüten herhangi bir kişi” kavramını içeren TCK 252. maddesi 5. fıkrası hükmü (yukarıdaki 32. paragrafa bakınız) tarafından düzenlenmiştir. Yetkililer GET’e bu kavramın sözleşmeli çalışanları, destek personelini ve kamu görevlilerine karşılık gelen faaliyetleri yapan kişileri de kapsayacak genişlikte olduğunu belirtmişlerdir. Ancak, TCK’nin 252. maddesinin 5. fıkrası sadece uluslararası ticari işlemler kapsamındaki (basit veya nitelikli) rüşvet verme vakalarında geçerlidir. Buna karşın, bu kapsam dışındaki rüşvet verme ve rüşvet alma ele alınmamıştır. Yabancı kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış suç unsurları ve ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış uygulanabilir yaptırımlar uluslararası organizasyonların görevlilerine rüşvet için de geçerlidir. Uluslararası organizasyonların görevlilerine rüşvete ilişkin içtihat /mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Uluslararası parlamenter meclisleri üyelerine rüşvet (ETS 173, 10. madde)

40. Yetkililer uluslararası parlamenter meclisleri üyelerine rüşvetin TCK’nin 252. maddesinin 5. fıkrasında (yukarıdaki 32. paragrafa bakınız) ele alındığını fakat sadece uluslararası ticari işlemler kapsamındaki (basit veya nitelikli) rüşvet vermeye ilişkin olduğunu belirtmişlerdir. Yabancı kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış suç unsurları ve ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış uygulanabilir yaptırımlar yabancı parlamenter meclisleri üyelerine rüşvet için de geçerlidir. Yabancı parlamenter meclisleri üyelerine rüşvete ilişkin içtihat/mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Hakimlerin ve uluslararası mahkemelerin görevlilerine rüşvet (ETS 173, 11. madde)

41. Yetkililer hakimlerin ve uluslararası mahkemelerin görevlilerine rüşvetin TCK’nin 252. maddesinin 5. fıkrasında (yukarıdaki 30. paragrafa bakınız) suç haline getirildiğini fakat sadece uluslararası ticari işlemler kapsamındaki (basit veya nitelikli) rüşvet vermeye ilişkin olduğunu belirtmişlerdir. Yabancı kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış suç unsurları ve ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış uygulanabilir yaptırımlar hakimlerin ve uluslararası mahkemelerin görevlilerine rüşvet için de geçerlidir. Hakimlerin ve uluslararası mahkemelerin görevlilerine rüşvete ilişkin içtihat/mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Nüfuz Ticareti (ETS 173, 12. madde)

42. Yetkililere göre, nüfuz ticareti TCK’nin 158. maddesinin 2. fıkrasında sadece basit şekliyle suç haline getirilmiştir. TCK’nin 158. maddesi “dolandırıcılık”ın nitelikli şekillerini ele alır.

TCK 158. Madde: Nitelikli Dolandırıcılık

(1) Dolandırıcılık suçunun (...) işlenmesi hâlinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(2) Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

Suçun unsurları

“Karar almaya muktedir [kamu görevlileri] üzerinde bir etki yaratma yeteneğine sahip olduğunu belirtir veya teyit eder”

43. Bu kavram TCK'nin 158. maddesinin 2. fıkrasında “kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak” kelimeleri kullanılarak uygulanmıştır. Yetkililer nüfuzun uygulanıp uygulanmamasının veya amaçlanan sonuca götürüp götürmemesinin bir önemi olmadığını beyan etmişlerdir. Yargıtay¹⁴ bu konuda “dolandırıcılık suçunun oluşması için dolandırma fiilinin aldatıcı olması gerektiği”ni ve aldatma fiilinin diğer kişi tarafından hemen fark edilmesi halinde aldatıcı unsurun olmadığını belirtmiştir. “uygunsuz” terimi kullanılmamıştır ve TCK'nin 158. maddesinin 2. fıkrası hükmü nüfuz satıcısının (amaçlanan veya gerçek) fiillerinin veya ihmallerinin yasal olup olmaması açısından bir fark yaratmamaktadır.

Diğer yapıcı unsurlar

44. “haksız yarar” unsuru “kazanç” olarak aktarılmıştır. Yetkililer bu terimin rüşvet hükümlerinde kullanılan “yarar” terimiyle aynı, geniş anlamda anlaşılması gerektiğini, böylece hem maddi hem de maddi olmayan yararı içerdiğini belirtmişlerdir. Sadece bir yararın alınması ele alınmıştır, oysaki bir teklif veya vadin talep veya kabul edilmesinden söz edilmemiştir. TCK'nin 158. maddesinin 2. fıkrası suçun dolaylı olarak işlenmesine veya üçüncü taraf yararlanıcılara değinmemektedir.

Yaptırımlar

45. “Nitelikli dolandırıcılık” 2 ila 7 yıl arasında hapis cezası ve 5.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. TCK'nin 52. maddesi gereğince bir adli para cezası “beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.” Adli para cezasının günlük miktarı en az 20 YTL (9 Avro)¹⁵ ve en çok 100 YTL/46 Avrodur ve kişinin kişisel ve ekonomik şartlarına göre belirlenmektedir.

¹⁴ Yargıtay On Birinci Ceza Dairesinin 04.10.2007 tarih ve 2007/5434-6343 E/k sayılı kararı.

¹⁵ 7 Temmuz 2009 tarihi itibarıyla YTL-AUR döviz kuru.

Ulusal hakemlere rüşvet (ETS 191, 1. maddenin 1 ve 2. fıkraları ve 2 ve 3. maddeler)¹⁶

46. Ulusal hakemler TCK'nin 252. maddesinin 2. fıkrasında nitelikli rüşvet alma ve verme hükümlerinin uygulandığı ve artırılmış yaptırımlara tabi olan kişi kategorileri arasında açıkça belirtilmiştir. Buna karşın, basit rüşvet durumlarını kapsamı düşünülen “hakaret” (TCK 125. madde, 3a. fıkra), “irtikap” (TCK 250. madde) ve “görevi kötüye kullanma” (TCK 257. madde, 3. fıkra) hükümleri hakemlerden açıkça bahsetmemekte fakat basitçe TCK'nin 6. maddesinin 1c fıkrasında belirtildiği üzere “kamu görevlileri” kavramına değinmektedir. Yetkililer bu kavramın “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” tanımını içerdiğinden ulusal hakemleri de içerecek genişlikte olduğunu belirtmişlerdir (yukarıdaki 13. paragrafa bakınız). Hakemlik bağlayıcı bir karar vererek çatışmayı çözmek için her iki tarafın bir hakem görevlendirebileceğini öngören Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. maddelerinde düzenlenmiştir. Yetkililer, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yargı yetkisi verdiği için ve kararları yetkili mahkemeye gönderildiğinden ve temyiz edilebildiğinden ulusal hakemlerin TCK'nin 6. maddesinin 1c) fıkrası bağlamında bir kamu görevi yürüttüklerinin altını çizmişlerdir. Ulusal kamu görevlilerine rüşvet altında detaylandırılan suçun unsurları ve uygulanabilir yaptırımlar ulusal hakemlere rüşvet için de geçerlidir.

Yabancı hakemlere rüşvet (ETS 191, 4. madde)

47. Yetkililer yabancı hakemlerin “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının (yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun) devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlileri veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenler” kavramına değinen TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında ele alındığını belirtmişlerdir (yukarıdaki 32. paragrafa bakınız). Daha belirgin olarak, yetkililere göre, yabancı bir ülkede hakem görevi gören kişiler “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan (...) idarî veya adli bir görevi yürüten bir kamu kuruluşunun bir üyesi” terimiyle ve uluslararası bir organizasyonda hakem şeklinde veya uluslararası tahkim anlaşması temelinde bir görev yürüten kişiler “(yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun) devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlileri veya yabancı bir ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenler” terimiyle ele alınmışlardır. TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrası sadece uluslararası ticari işlemler kapsamındaki (basit veya nitelikli) rüşvet verme durumlarını suç haline getirmektedir. Buna karşın, bu kapsam dışındaki rüşvet verme ve rüşvet alma ele alınmamıştır. Yetkililere göre, yabancı kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılan suç unsurları ve ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılan uygulanabilir yaptırımlar yabancı hakemlere rüşvet için de geçerlidir. Yabancı hakemlere rüşvete ilişkin içtihat/mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Ulusal jüriye rüşvet (ETS 191, 1. maddenin 3. fıkrası ve 5. madde)

48. Yetkililer TCK'nin 6. maddesinin 1c) fıkrasında – ör., “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak – tanımlanan “kamu görevlisi” kavramının ulusal jürileri kapsamaya yetecek genişlikte olduğunu belirtmişlerdir. Yetkililere göre, ilgili suçların unsurları – “nitelikli rüşvet” (TCK 252. madde), “hakaret” (TCK 125. madde, 3a fıkrası), “irtikap” (TCK 250. madde) ve “görevi kötüye kullanma” (TCK 257. madde, 3. fıkra) –

¹⁶ Hakemlerin ve jürilerin rüşveti suçları konusunda Türkiye'nin ETS 191'e taraf olmadığı belirtilmelidir.

ve ulusal kamu görevlilerine rüşvet altında detaylandırılmış uygulanabilir yaptırımlar ulusal jüriye rüşvet için de geçerlidir. Ancak, Türk adalet sisteminde ulusal jürilerin olmadığını da belirtmişlerdir.

Yabancı jüriye rüşvet (ETS 191, 6. madde)

49. Yetkililer uluslararası ticari işlemler kapsamına giren yabancı jüriye (basit veya nitelikli) rüşvet vermenin, diğerlerinin yanı sıra, “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan (...) idarî veya adlî bir görevi yürüten bir kamu kuruluşunun bir üyesi” tanımını içeren TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında ele alındığını belirtmişlerdir. Buna karşın, uluslararası ticari işlemler kapsamı dışındaki rüşvet verme ve rüşvet alma TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında ele alınmamıştır. Yetkililere göre, yabancı kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış suç unsurları ve ulusal kamu görevlisine rüşvet altında detaylandırılmış uygulanabilir yaptırımlar yabancı jüriye rüşvet için de geçerlidir.

Diğer sorular

İştirak fiilleri

50. Yukarıda belirtilen tüm cezai suçların işlenmesine yardım ve yataklık Türk mevzuatında suç haline getirilmiştir. TCK'nin 38. maddesinin 1. fıkrasına göre, başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, genel olarak, işlenen suça uygun ceza ile cezalandırılır. TCK'nin 39. maddesinin 1. fıkrası gereğince bir suçun işlenmesine yardım eden kişinin cezası, genel olarak, sekiz yılı geçmemek kaydıyla, yarı oranında indirilir. Son olarak, TCK'nin 37. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de bir fail olarak sorumlu tutulduğu belirtilmelidir.

Yargı yetkisi

51. Tüm cezai suçlarda geçerli olan TCK'nin genel bölümündeki ilgili hükümlere göre yargı yetkisi, ilk olarak, Türk veya yabancı vatandaşlar tarafından tamamen veya kısmen Türkiye sınırlarında (bölgesellik ilkesi) işlenen fiiller için kurulmuştur, TCK'nin 8. maddesine bakınız.

TCK 8. Madde: Yer Bakımından Uygulama

(1) Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.

(2) Suç;

a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,

b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,

c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,

d) Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır.

52. Yurt dışında işlenen suçlarla ilgili olarak – yurt dışında suç işleyen ve Türkiye’de yakalanan Türk vatandaşları ve yabancılar üzerinde yargı yetkisi kuran, Adalet Bakanının talebi üzerine – 13. maddenin 1. fıkrasının h bendi 9 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren 26 Haziran 2009 tarihli Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırılmıştır. Yine de, yetkililer Türkiye’nin vatandaşları, kamu görevlileri veya ulusal kamu meclisleri üyeleri tarafından işlenen (TCK 10. maddenin 1. fıkrası ve 11. maddenin 1. fıkrası altında) veya aynı zamanda Türk vatandaşı olan kamu görevlilerinin veya kamu meclislerinin üyelerinin karıştığı (TCK 12. maddenin 1. fıkrası) rüşvet ve nüfuz ticareti suçları üzerinde yargı yetkisi kurduğunu belirtmişlerdir. Türk kamu görevlileri veya ulusal meclis üyeleri tarafından işlenen suçlara ilişkin olarak, yetkililer hukuki teoriye göre Türk vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın TCK’nin 10. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabileceğini belirtmişlerdir.

TCK 10. Madde: Görev Suçları

(1) Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.

TCK 11. Madde: Vatandaş Tarafından İşlenen Suç

(1) Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır.

(2) Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.

TCK 12. Madde: Yabancı Tarafından İşlenen Suç

(1) Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması hâlinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.

Zamanaşımı

53. Zamanaşımı süresi söz konusu suça uygulanabilecek yaptırımın ağırlığı tarafından belirlenmektedir.¹⁷ Bu temelde, kamu ve özel sektörde nitelikli “rüşvet” alma ve verme (TCK 252. madde), “nitelikli dolandırıcılık” (TCK 158. maddenin 2. fıkrası) ve “irtikap” (TCK 250. madde) suçları için öngörülen zamanaşımı süresi 15 yıldır. “Kamu görevini kötüye kullanma” (TCK 257. maddenin 3. fıkrası) ve kamu görevlisine “hakaret” (TCK 125. maddenin 3a fıkrası) suçları için zamanaşımı süresi 8 yıldır.

Savunmalar

54. TCK'nin 254. maddesi özel sektörde işlenen nitelikli rüşvet alma ve verme suçlarına (TCK 252. madde) uygulanabilen özel bir savunma sağlamaktadır - “etkin pişmanlık”. Rüşveti veren, alan veya rüşvet suçuna katılan bir başka kişi bir soruşturma başlatılmadan önce yetkili makamlara haber verirse cezadan muaf tutulmaktadır. Rüşvet alanın “etkin pişmanlığı” durumlarında kişi alınan rüşveti yetkililere teslim etmelidir; rüşvet verenin “etkin pişmanlığı” durumlarında rüşvet müsadere edilmekte ve rüşvet verene iade edilmektedir. Bu özel “etkin pişmanlık” savunması ne yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişiler¹⁸ ne de “irtikap”, “kamu görevini kötüye kullanma” ve “hakaret” suçlarının faileri için geçerlidir.

TCK 254. Madde: Etkin Pişmanlık

(1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

55. Ek olarak, TCK'de 28. maddenin 1. fıkrasında genel bir hüküm vardır. Buna göre, “karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu” cezai suç işleyen kimseye ceza verilmez.

¹⁷ TCK 66. maddeye bakınız.

¹⁸ 9 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren 26 Temmuz 2009 tarihli ve 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tarafından getirilen TCK'nin 254. maddesinin 4. fıkrasına bakınız.

İstatistikler

56. Yetkililer tarafından gönderilen istatistiklere göre 2007’de ceza mahkemelerine 1.325 sanığı içeren 554 “nitelikli rüşvet” suçları (TCK 252. madde) davası açılmıştır (2006’da 987 sanık ile 447 dava). 2007’de verilen kararlarla ilgili olarak, 1.119 sanıktan 662’si hüküm giymiştir (2006’da 1.307 sanıktan 782’si).

57. “Görevi kötüye kullanma” suçuna (belirli basit rüşvet alma suçları kapsamı düşünülen 3. fıkra da dahil TCK 257. madde) ilişkin olarak, 2007’de ceza mahkemelerine 11.590 dava açılmıştır (2006’da 12.004 dava); 2007’de 19.682 sanıktan 6.458’i hüküm giymiştir (2006’da 22.071 sanıktan 7.909’u). “Nitelikli dolandırıcılık”a ilişkin olarak (2. fıkradaki pasif nüfuz ticaretinin belirli şekilleri dahil TCK 158. madde), 2007’de ceza mahkemelerine 7.468 dava açılmıştır (2006’da 3.217 dava); 2007’de 17.571 sanıktan 6.343’ü hüküm giymiştir (2006’da 5.889 sanıktan 1.953’ü).

IV. ANALİZ

58. GET, Türkiye’de rüşvetin suç haline getirilmesinin yasal çerçevesini oldukça karmaşık bulmuştur. Rüşvete ilişkin temel hükümler 1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu’nun 252. maddesinde düzenlenmektedir. Önceden ayrı suçlar olan rüşvet alma ve verme, taraflar arasında anlaşmanın önemli bir unsur olduğu “anlaşma suçu” olarak rüşvet kavramından esinlenerek tek bir suç olarak birleştirilmiştir. Eski temel rüşvet suçlarının sadece bir yararı “verme” ve “alma”yı kapsadığını, oysa yeni suçun rüşvetin verilip verilmediğine bakılmaksızın rüşvet anlaşmasını suç haline getirdiğini belirtmek önemlidir. Ancak, aynı zamanda mevcut TCK’nin 252. maddesinin 3. fıkrasında “Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.” Şeklinde belirtildiği üzere şimdi rüşvet suçunun oluşması için her zaman anlaşma gerekmektedir. Bu tanım temelinde, aynı maddenin 1. Fıkrası genel rüşvet alma ve verme suçunu tesis etmektedir; 2. fıkra kamu görevlilerinin belirli kategorinin rüşvetini ele almakta, artırılmış cezalar sağlamaktadır; 4. fıkra rüşvet suçunu özel sektörde çalışan belirli kişi kategorilerine genişletmektedir. Ek olarak, 5. fıkra yabancı ve uluslararası kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunu 3. fıkradaki tanımın geçerli olmadığı özerk bir suç haline getirmektedir. Rüşvetin tanımının belirli özellikleri, yukarıda alıntılı olduğu üzere, taraflar arasında bir anlaşmanın gerekliliği ve kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmasıdır. Bu daha dar içerikten ortaya çıkan boşlukları ele almak için – ör., “teklif etmek”, “vaat etmek” ve “talep etmek” unsurları – diğer suçların yanı sıra teşebbüs ve iştirak konusundaki genel kurallara atıfta bulunulmuştur. GET tarafından görüşülen yetkililer ve diğer muhataplar bu konudaki yorumlarını ilgili hükümlerin altını çizen “gerekçeler” – örneğin, kanun koyucuların, Yargıtay’a¹⁹ göre, kanunun yorumlanması için mahkemeler tarafından göz önünde bulundurulması gereken açıklayıcı notları – Yargıtay’ın içtihadı (kararları bağlayıcı değildir ancak diğer mahkemeler tarafından genel olarak saygı görür²⁰) ve yasal doktrin üzerine kurmuşlardır. Türk yetkililer, bu ek açıklamaların ışığında, açıkça mevcut ceza kanununun rüşvet suçlarının kovuşturulması ve yargılanmasında yeterli temeli sağladığını düşünmektedirler. Ancak GET Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşme’sinin (ETS 173) (bundan böyle:

¹⁹ Meclis Hukuk Komisyonu raporuna dayanan Ceza Daireleri Genel Kurulunun 30.05.2006 tarih ve 2006/5-147, 2006/1492529 sayılı kararına bakınız. Bu karar sadece TCK hükümlerinin açıklayıcı notlarına değinir, diğer kanunlarının açıklayıcı notlarına değinmez.

²⁰ Sadece Yargıtay Genel Kurulunun birleştirici kararları kesinlikle bağlayıcıdır.

Sözleşme) gereklerine ilişkin aşağıda genel hatlarıyla belirtilen bir çok önemli eksiklik belirlemiştir.

59. İlk olarak, ulusal kamu görevlilerine rüşvetin taraflar arasında anlaşmayı gerektirmesinden dolayı, tek taraflı rüşvet fiilleri – yani (reddedilen) bir rüşvet teklifi, vaat veya talebi – doğrudan kapsamamıştır. Bunun aksine, TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrası yabancı ve uluslararası kamu görevlilerine rüşvet teklif etmeyi, vaat etmeyi ve vermeyi açıkça suç haline getirmiştir. Görüşmeler sırasında, bu hükmün OECD Uluslararası Ticari İşlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet ile Mücadele Sözleşmesi gerekleri örnek alınarak yapıldığı açıklanmıştır. GET ulusal ve yabancı rüşvette – bir ve aynı maddede düzenlenmiş olan - tamamen farklı sistematik yaklaşımlar ve ulusal rüşvetin dar kapsamı konusunda endişelidir. GET, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin şüpheye yer bırakmaksızın çeşitli yolsuzluk uygulaması türlerini kapsamak ve bu konuda açık bir sinyal göndermek için çok geniş bir rüşvet suçları kavramını benimsediğini hatırlatmak istemektedir. Bu nedenle, Sözleşme'de rüşvet alma ve verme suçları 2 ve 3. maddelerde birbirinden ayrı olarak, tek taraflı fiilleri açıkça kapsayacak ve taraflar arasında anlaşma gerektirmeyecek şekilde yorumlanmıştır.

60. Bu kapsamda, yetkililer, Yargıtay tarafından oluşturulan içtihadı göre, bu tek taraflı fiillerin rüşvete teşebbüs oluşturacağını, TCK'nin 252. maddesinin 1. fıkrası ile TCK'nin 35. maddesi uyarınca cezalandırılır olduğunu belirtmişlerdir. Ancak, GET ilgili içtihadın Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinde belirtilen tüm olası yolsuzluk hareketleri türlerinin yeterli şekilde suç haline getireceğini garanti ettiğine ikna olmamıştır. Uygulamada, belirli durumlarda, örneğin bir kişinin günlük küçük hizmetler için ya da geleceğe yönelik daha büyük proje veya sözleşmeler için görevlinin desteğini almak amacıyla yarar sağladığı ya da bir görevlinin- açık olmadan- rüşvet istemesi gibi durumlarda, rüşvet üzerinde anlaşmaya varma teşebbüsünü tespit ve ispat çok zor olacaktır. Ayrıca, GET, teşebbüsün sadece suçun, “kişinin (rüşvet verenin) kendi kontrolü dışındaki durumlar nedeniyle”²¹ tamamlanmadığı ve failin gönüllü olarak eylemini gerçekleştirmekten vazgeçmediği durumlarda²² cezalandırılabilmesinin altını çizmektedir. Bu koşullar kişinin teklifini (veya vaadi ya da talebi), örneğin rüşvetin alıcısı tarafından açıkça reddedilmeden önce, çekmesi durumlarında neredeyse kesin olarak yerine getirilmemiş olacaktır. Son olarak, teşebbüs durumunda cezada dörtte bir ile dörtte üç arasında indirim uygulandığının altı çizilmelidir. GET'in muhataplarının Türk Ceza Kanunu'nun 252. maddesinin 1. fıkrasındaki yüksek seviyedeki yaptırımları, yani dört ila on iki yıl arasında hapis cezasını, işaret etmelerine rağmen, GET'in yolsuzluk eylemlerinin bazı temel tipleri durumlarında önemli ceza indirimleri konusunda güçlü kaygıları vardır. Hepsinin ötesinde, GET, tek taraflı rüşvet eylemlerinin, açık olarak kınanması, bu eylemlerin rüşvet anlaşmaları ile aynı kurallara tabi tutmak ve yasal mevzuattaki muhtemel boşluklardan kaçınmak için açık şekilde cezalandırılması gerektiği görüşündedir. Bu önemli alanda rüşvet yasası net olmak zorundadır.

61. İkinci olarak, TCK'nin 252. maddesinin 1-4 fıkraları, kamu görevlisinin görevi ihlalini anlatarak sadece “nitelikli rüşveti” kapsarken, aynı maddenin 5. Fıkrası, yetkililerin belirttiğine göre, görev ihlali olsun veya olmasın yabancı ve uluslararası görevlilere rüşvet verilmesini cezalandırmaktadır. Yurtiçi bağlamında, görev ihlali olmayan “basit rüşvet” davaları başka suçlar altında ele alınmaktadır. Daha net olmak gerekirse, yetkililer, Yargıtay'a göre rüşvet vaadi ve teklifinin kamu görevlisinin onur ve saygınlığına saldırı olarak değerlendirildiğini ve dolayısıyla “hakaret” suçu kapsamında

²¹ TCK 35. madde, 1. fıkraya bakınız.

²² TCK 36. maddeye bakınız.

(TCK'nin 125. maddesinin 3a fıkrası) cezalandırıldığını; hukuki doktrine göre, rüşvet vermenin “görevi kötüye kullanma” eylemine iştirak teşkil ettiğini (TCK'nin 257. maddesinin 3. fıkrası ile beraber 38/39 maddeleri); kanun koyucunun açıklamasına ve Yargıtay'a göre, zorlama niteliğindeki taleplerin “irtikap” hükümleri tarafından kapsanmakta olduğunu (istek reddedildiğinde bu durumun “irtikap”a teşebbüs teşkil ettiğini); kanun koyucunun açıklamasına ve Yargıtay'a göre, bir teklif veya vaat ve zorlama niteliği taşımayan talebin kabul edilmesinin “görevi kötüye kullanma” suçunu teşkil ettiğini (doktrine göre, teklif, vaat veya talebin gerçekleşmediği durumların “görevi kötüye kullanmaya” teşebbüs teşkil ettiğini); anlatmışlar, kamu görevlisinin görevi dışındaki eylem ve eylemsizlikleri konusunda ise yetkililer “yetkisi dışındaki bir iş için yarar sağlama” suçuna atıfta bulunmuşlardır (TCK'nin 255. maddesi).

62. Bu bağlamda, GET, bir taraftan TCK'nin 252. maddesinin 1-4 fıkralarındaki, diğer taraftan da aynı maddenin 5. fıkrasındaki tamamıyla farklı sistematikteki yaklaşım ile ilgili endişelerini yinelemek zorundadır. Ayrıca, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinde atıfta bulunulan ve “görevi ihlal” unsurunu taşımayan yolsuzluk eylemlerinin belirli türlerinin “hakaret”, “irtikap” ve bazı başka suçlar gibi değerlendirilmesi kaygı vericidir. Bu suçlar, demokratik kurumların istikrarını ve toplumun ahlaki temellerini tehdit eden ve iyi yönetimi engelleyen bir suç olan yolsuzluğun belirgin karakterini yansıtmamaktadır. Ayrıca, GET'e göre birebir yansıtmadan Sözleşme'nin kapsadığı suçların yerine sayılan bu suçlardan bazıları için uygulanan yaptırımlar, özellikle “hakaret” suçu durumunda olmak üzere (en yüksek ceza iki yıl hapis cezası), kayda değer şekilde daha düşüktür. Ek olarak, GET yukarıda anlatılan sistemin oldukça karmaşık olduğunu düşünmektedir ve ilgili mahkeme kararları tarafından kısmen onaylanmış olduğundan GET'in, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri anlamında rüşvetin her durumunun bahsedilen bu suçlar tarafından tam olarak karşılanıp karşılanmadığına dair şüpheleri vardır. Örneğin, bir kamu görevlisi yetkisi dışında eylemde bulunduğu anda, GET, TCK'nin 255. maddesinin yalnızca “yarar sağlama” (alma) unsurunu içerdiğini ve yolsuzluğun diğer tiplerini içermediğini belirtir. Ayrıca, kamu görevlisinin yetkisinin kapsamı konusunda kandırmasını gerektirmektedir. Bunun aksine, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri bu tür sınırlamalar içermez.

63. Sonuç olarak, GET, Türk mevzuatının yolsuzlukla ilgili ortaya çıkması muhtemel eylemlerin önemli bir kısmını kapsamaya izin vermiş olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, teşebbüs ve iştirak ve diğer pek çok cezai suç ile ilgili genel kuralların kullanılmasını gerektiren rüşvet suçlarının karmaşık yapısı ve dar kavramı konusunda endişelidir. GET'in görüşüne göre, Türk mevzuatı ne tür bir davranışın rüşvet teşkil ettiğini açıkça belirleyememektedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerine uygun olarak açık ve öngörülebilir, uyumlu ve kapsamlı yasal çerçeve sağlamak ve kanunun uygulanmasında doğabilecek boşluklardan kaçınmak için mevzuatın baştanbaşa gözden geçirilmesi gerektiğini beyan etmektedir. Rüşvet kanununun yarar “teklifi” ve “talebi” gibi esas unsurlarının kapsanması içtihadı ve “hukuki doktrine” dayandırılmaz, tam olarak düzenlenmesi gerekir. Sonuç olarak, GET, **(i) rüşvet suçlarının kapsamlı, tutarlı ve açık tanımlarını sağlamak, ve (ii) (a) tarafların rüşvet üzerinde anlaşmaya varıp varmadıklarına bakılmaksızın rüşvet vaat, teklif ve talepleri, (b) görevi ihlal teşkil edip etmediğine ya da görevlinin yetki alanı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın kamu görevlisinin görevi sırasında yerine getirdiği veya getirmediği eylemlerin tamamını belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde tespit etmek için mevcut ceza kanununu gözden geçirmeyi tavsiye eder.**

64. GET, ne nitelikli rüşvet hakkındaki genel hükmün (TCK 252. madde, 1. fıkra) ne de basit rüşveti kapsadıkları düşünülen hükümlerin (TCK 125. madde, 3a fıkrası, 250. madde ve 257. madde, 3. fıkra) dolaylı olarak işlenen rüşvet suçunu, ör., aracılar yoluyla işlenen rüşveti, açık bir şekilde kapsadıklarına dikkat çeker. Yetkililer, akademisyenlerin hem doğrudan hem de dolaylı rüşvetin ilgili hükümler tarafından kapsandığını düşündüklerine işaret etmiş, görüşülen hukukçuların bazıları da TCK'nin 37-41 maddelerinde düzenlenen "suça iştirak" ile ilgili TCK'nin genel hükümlerine atıfta bulunmuşlardır. Ancak bu görüşü destekleyecek hiçbir içtihat mevcut değildir. Ayrıca, GET, yukarıdaki hükümlerin aksine, TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasının yabancı ve uluslararası kamu görevlilerinin rüşvet verme eylemini dolaylı olarak işlemlerini açıkça düzenleyip düzenlemediği konusunda endişelidir. GET, tutarlılık ve açıklık bakımından bütün yolsuzluk suçlarının aynı temel unsurları içermesinin ne kadar önemli olduğunu vurgulamak ister. Dolayısıyla, rüşvet olaylarında uygulanan mevzuatın hiç şüphe götürmeyecek şekilde yurtiçi rüşvet suçlarını dolaylı olarak işlemeyi de kapsamı için gözden geçirilmesi gerektiği fikrindedir.

65. Rüşvetin faydalanıcıları bakımından, ne nitelikli rüşvet hakkındaki hükümler, ne de basit rüşvet verme suçunu kapsadığı düşünülen "hakaret" suçu hakkındaki hükümler, yararın kamu görevlisinin kendisi için ya da aynı zamanda üçüncü şahıslar niyetine sağlanıp sağlanmadığını belirtmektedir. Yukarıdaki hükümlerin ifadeleri, rüşvetten faydalanan üçüncü şahıs olduğunda, örneğin görevli ya da çalışan yakınlarından biri, bir siyasi parti ya da bir şirket için yarar sağlıyorsa, rüşvet suçlarının cezalandırılıp cezalandırılmadığı konusunda ciddi şüpheler uyandırmaktadır. Yetkililer, kanun koyucunun bu detayı düzenlemeye gerek duymadıklarını ve hukuki teoriye göre bu durumların rüşvet hükümleri tarafından kapsanacağını belirtmişlerdir; üçüncü taraf faydalanıcılar ise, duruma göre, ya temel iştirak ya da yardım/yataklıktan cezalandırılabilir. Ancak, bu iddiaları destekleyecek mahkeme kararı sağlanamamış ve ziyaret sırasında görüşülen bazı hukukçular bu bağlamda birbiriyle çelişen görüşler ifade etmişlerdir. Ayrıca, GET, TCK'nin diğer bazı hükümlerinin- özellikle de 250. madde (irtikap) ve 257. Madde, 3. fıkra (görevi kötüye kullanma)- üçüncü faydalanıcı kavramını açık şekilde içerdiğine dikkat çeker. GET, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri tarafından gerekli kılınan kapsamı şüpheye yer vermeksizin sağlamak için rüşvetle ilgili hükümlerde üçüncü taraf faydalanıcılara açıkça değinmeye ihtiyaç olduğu konusunda güçlü izlenimlere sahiptir. Yukarıdaki paragraflar ışığında ve paragraf 62'de verilen tavsiyenin destekleyicisi olarak, GET, **rüşvet suçlarının, aracılar yoluyla işlenen rüşvet vakaları ile yararın görevlinin kendisi için değil de üçüncü taraf için sağlanmasının amaçlandığı durumları net olarak kapsayacak şekilde anlamlandırılmasının sağlanmasını** tavsiye eder.

66. Kamu sektörü rüşvet suçları kapsamındaki kişi kategorileri hakkında, yolsuzlukla ilgili bütün hükümler "kamu görevlisi" kelimesini kullanmaktadır. Bu terim TCK'nin 6. maddesinin 1c fıkrasında "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlamıştır. GET'e, bu kavramın çok geniş ve esnek olduğu ve Sözleşme'nin 4. maddesinde bahsedilen ulusal kamu meclisleri üyeleri de dahil olmak üzere Sözleşme'nin 1a maddesinde bahsedilen tüm kişi kategorilerini kapsadığı belirtilmiştir. Yetkililer, "kamu görevlisi" kavramının, hukuki doktrin ve içtihat temelinde, kamu adına hizmet yapan ve kamu hukukunda örneğin seçilmiş temsilciler (muhtar, milletvekili, belediye ve il meclisi üyesi gibi) veya memur statüsü olmayan kamu işçisini kapsayan kişi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir. Genel "kamu görevlisi" kavramına ek olarak, TCK'nin 252. maddesinin 2. fıkrasındaki nitelikli rüşvet suçu artırılmış yaptırımlara konu

olan belirli kişi kategorilerinden bahseder: TCK'nin 6. maddesinin 1d fıkrasında tanımlanan “yargı görevi yapan kişiler”, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavirler. GET'e bu kategorilerin “kamu görevlisi” kavramının alt kategorileri olduğu açıklanmıştır.

67. Yabancı ve uluslararası kamu görevlileri ulusal mevzuatı OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi gereklerine uyumlu hale getirmek amacıyla TCK'nin 252. maddesinin belirli bir fıkrası (5. fıkra) tarafından ele alınmıştır.²³ Bu hüküm, “Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere” rüşvet verilmesini suç haline getirir. Yetkililere göre, bu hüküm, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 5, 6, 9, 10 ve 11. maddelerine uygun olarak yabancı kamu görevlilerini, yabancı kamu meclisleri üyelerini, uluslararası kuruluş görevlilerini, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerini, uluslararası mahkeme hakimleri ve görevlilerini kapsayacak kadar geniştir. Yetkililer ayrıca TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasının yurt içi rüşvet hükümlerinin genel gerekliliklerinin uygulanmaması bakımından özerk olduğuna dikkat çekmişlerdir. Bu açıklamalara göre, ne bir anlaşma ne de görevi ihlal gerekmekte olup dolayısıyla basit ve nitelikli rüşvet vakaları bu şekilde kapsam içine alınmaktadır.

68. GET, TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasının nispeten geniş kapsamına dikkat çeker. Ancak, Sözleşme'nin Türk ceza hukukuna düzgün bir şekilde aktarımında halen birkaç büyük eksiklik mevcuttur. İlk olarak, bu hüküm sadece rüşvet verme eylemini ele almaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'de yabancı ve uluslararası kamu görevlilerinden rüşvet almak cezalandırılmamıştır. İkinci olarak, sadece uluslararası ticari faaliyetler kapsamında işlenen suçlar dahil edilmiştir. Bu iki sınırlandırma OECD Sözleşmesi'nin uygulanışı ile ilgilidir. GET, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin bu tür kısıtlamalar içermediğini vurgulamak ister. Ek olarak, GET'in Sözleşme tarafından ele alınan yabancı ve uluslararası tüm görevlilerin Türk mevzuatı tarafından etkin bir şekilde kapsanıp kapsanmadığına dair bazı şüpheleri vardır. Ziyaret sırasında, bu tür görevlilere rüşvet ile ilgili hiçbir mahkeme kararı mevcut olmayıp, dolayısıyla bu hükmün tam sınırını test etmek mümkün olmamıştır. Özellikle, TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrası sadece “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış kişi”ye atıfta bulunurken, TCK'nin 6. maddesinin 1c fıkrasında kamu görevlisinin genel tanımı dahilinde “atama veya seçilme yoluyla ya da *herhangi bir surette* katılan kişi” ifadesi yer almaktadır. GET, TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasının daha dar olan ifadesinin, yabancı bir ülke ya da uluslararası kuruluş için, ilgili ülke ya da kuruluş düzenlemelerine göre seçilmeden ya da atanmadan kamu görevi yürüten kişiler bakımından uygulamada boşluklara yol açabileceğini düşünmektedir. Dolayısıyla, yasal belirlilik ve açıklık açısından, GET, Sözleşme'nin 5, 6, 9, 10 ve 11. maddelerinde atıfta bulunulan kişi kategorilerinin şüphe götürmeyecek şekilde kapsanması için TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasında yapılması gereken yasal değişiklikler çerçevesinde uygun düzenlemelerin yapılmasını tavsiye eder. Bunların ışığında, GET, **uluslararası ticari faaliyetler dahilinde olsun ya da olmasın bütün yabancı kamu görevlilerinin, yabancı kamu meclisleri üyelerinin, uluslararası kuruluş görevlilerinin, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerinin, uluslararası mahkeme hakimleri ve görevlilerinin rüşvet verme ve aynı kişilerden rüşvet almasının, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 5, 6, 9, 10 ve 11. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasının sağlanmasını** tavsiye eder.

²³ Yetkililer benzer bir hükmün 02.01.2003 tarih ve 4782 sayılı Kanun tarafından eski Ceza Kanunu'na eklenmiş olduğunu belirtmişlerdir.

69. Sözleşme'nin Ek Protokolünde ele alınan yolsuzluk suçlarının faileri olarak jüriler ve hakemler konusunda, GET, ilk olarak, bu belgenin Türkiye tarafından imzalanmadığı veya onaylanmadığına dikkat çeker. İkinci olarak, bu kişi kategorileri ilgili ulusal mevzuat tarafından tamamıyla ele alınmamıştır. Bir yandan, yetkililer GET'e "kamu görevlisinin" TCK'nin 6. maddesinin 1c fıkrasındaki "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklindeki tanımının yerel jüri ve hakemleri (hakemlerden, ayrıca TCK'nin 252. maddesinin 2. fıkrasında da bahsedilmiştir) kapsayacak kadar geniş olduğunu ikna edici şekilde açıklamışlardır. Öte taraftan, yabancı jüri ve hakemler konusunda, yetkililer tekrar, uygulama kapsamı Ek Protokolün 4 ve 6. maddelerine ters olarak uluslararası ticari faaliyetler kapsamında işlenen rüşvet verme eylemiyle sınırlı olan TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasına atıfta bulunmuşlardır. Ayrıca, yabancı bir jüri veya hakemin TCK'nin 252. maddesinin 5. fıkrasındaki "*yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurumunun üyesi*" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Sonuç olarak, GET, **uluslararası ticari faaliyetlerin kapsamı içinde ya da dışındaki, yabancı jüri ve hakemlere rüşvet verilmesi ve rüşvet alınmasının Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi Ek Protokolünün (ETS 191) 4 ve 6. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasını ve bu belgenin en kısa sürede imzalanıp onaylanmasını sağlamayı** tavsiye eder.

70. Özel sektörde rüşvet, sadece özel sektörde eylemde bulunan çok sınırlı sayıdaki teşekküller, mesela kamu katılımlı veya kamu yararına hareket eden belli teşekküller bağlamında cezalandırılmıştır. Daha net olmak gerekirse, TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrası, 252-1'deki genel kamu sektörü rüşvet hükmünü "(kanunda kamu kurumu niteliğinde sayılan) meslek kuruluşları, (kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş) şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişi" olarak genişletmiştir. GET, sadece işletme teşekkülleri ile sınırlı kalmayıp çıkar amacı gütmeyen kuruluşları da kapsar gibi görünen bu kavramın Sözleşme'nin gereklerinin kısmen ötesine geçmekte olduğunu ekler. Ancak, öte taraftan, bu kavramın Sözleşme'nin 7 ve 8. maddelerinde gerekli kılınan (iş eyleminde bulunan) tüm özel sektör teşekküllerini kapsamazken²⁴ sadece kamuya açık ve kamunun yararına hareket edenleri kapsadığı açıktır. Ayrıca, GET, Sözleşme "her görevde özel sektör teşekkülleri için çalışan ya da bu teşekkülleri yöneten kişiler"e atıfta bulunurken, TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrasının sadece yukarıda bahsedilen teşekküller "adına" söz konusu teşekkül içerisinde bir dereceye kadar sorumluluk öngörerek hareket eden kişileri kapsadığını hatırlatmak ister. Dolayısıyla, özel sektörde rüşvet hakkında kapsamlı bir hükmün oluşturulması gerekli olacaktır. Böyle bir hüküm, TCK'nin 252. maddesinin 4. fıkrasının mevcut haliyle açık olarak karşılamadığı Sözleşme'nin 7 ve 8. maddelerindeki tüm unsurlarla tam uyumluluk sağlanması için dikkatli bir şekilde tasarlanmalıdır. Bu hüküm, yolsuzluk eylemlerinin farklı türlerine değil sadece "çıkara sağlama"ya değinmekte; ayrıca, araçlar yoluyla ya da üçüncü kişiler için alınan veya verilen rüşvetleri açık olarak düzenlememekte; ve de Sözleşme'de öngörülmemen hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde bu teşekküllere yarar sağlanması şeklinde bir sınırlama içermektedir. Yukarıdakilerin ışığında, GET, **Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 7 ve 8. maddelerine göre, özel sektör teşekküllerinde her görevde çalışan ya da bu teşekkülleri yöneten her kişiye uygulanabilir şekilde özel sektörde rüşvet almayı ve vermeyi cezalandırılmasını** tavsiye eder.

²⁴ Bireylerin yanı sıra tüzel kişilik taşımayan teşekkülleri dahi içerir – paragraf 54'teki Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporuna bakınız.

71. Nüfuz ticareti konusunda, yetkililer TCK'nin 158. maddesi 2. fıkrasında düzenlenen "nitelikli dolandırıcılık" hakkındaki hükme atıfta bulunmuşlardır. Ancak, GET'in görüşüne göre, bu suç türünün nüfuz ticareti ile pek ilgisi yoktur - ayrıca bu hüküm Türkiye'nin çekince koymadığı Sözleşme'nin 12. maddesindeki önemli ve belirli unsurları atlamaktadır²⁵. "Nitelikli dolandırıcılık"ın esası bu tür bir nüfuz satışı değil, nüfuz kullananın güç kullanma kabiliyeti konusunda aldatmasıdır. Yargıtay'a göre, "dolandırıcılık suçunun ortaya çıkması için hileli davranışların aldatmaya yönelik olması gerekir" ve bu unsur eğer diğer kişi aldatmaya yönelik davranışı anında kavrarsa ortadan kalkmaktadır.²⁶ Başka bir deyişle, kamu yetkilileri üzerinde nüfuz kullanma pozisyonunda bulunan ve bu nüfuzu kullanan kişi tarafından çıkar sağlanması TCK'nin 158. maddesinin 2. fıkrasında cezalandırılmamıştır. Bunun aksine, Sözleşme'nin 12. maddesi nüfuz ticaretini "nüfuzun kullanılıp kullanılmadığına ya da öngörülen nüfuzun niyet edilen sonuca neden olup olmadığına bakmaksızın" ele almaktadır. Görüşmeler sırasında, nüfuz ticaretinin belirli şekillerini cezalandırabilecek "yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama" (TCK 255. madde) ve "kamu görevlisinin ticareti" (TCK 259. madde) gibi başka çeşitli hükümlerden bahsedilmiştir. Ancak, GET, ilk olarak, görüşülen muhataplar arasında tam olarak hangi hükümlerin nüfuz ticareti olaylarına uygulanacağı konusunda anlayış birliği olmadığına dikkat çeker. İkinci olarak, yukarıda bahsedilen suçlar, Sözleşme'nin 12. maddesine göre kapsam olarak daha dardır. Bu hükümler de aldatma unsuru gerektirmekte (TCK 255. madde) ya da sadece kamu görevlisinin eylemlerini cezalandırıp kamu görevlisi üzerinde nüfuz iddia eden kişilerin eylemlerini cezalandırmamakta (TCK 255 ve 259. maddeler) ve nüfuz satışının sadece pasif formunu cezalandırmaktadır. GET, yukarıdakilerin ışığında, nüfuz ticaretinin Türkiye'de yeterli düzeyde cezalandırılmadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, GET, **Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 12. maddesine göre, nüfuz kullananın aldatıp aldatmamasına bakılmaksızın nüfuz ticaretinin cezalandırılmasını** tavsiye eder.

72. Sonuç olarak, Türk kanunlarında rüşvet suçları için var olan yaptırımlar, Sözleşme'nin 19. maddesinin 1. fıkrasındaki gerekliliklere uyum sağlıyor gibi görünmektedir. Aynı zamanda, yaptırımlar sistemi, önceki paragraflarda analiz edilen Türk rüşvet yasasının karmaşıklığını yansıtmaktadır. Cezaların seviyesi, suçun kamu görevlisinin görevi ihlal ettiği (nitelikli rüşvet) ya da etmediği (basit rüşvet) anlamına gelip gelmemesine göre değişmektedir. Nitelikli rüşvet alma ve verme 4 ila 12 yıl arası hapis cezası ile cezalandırılır. Eğer rüşvet alan "yargı görevi yapan", hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir ise uygulanacak ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır. Bunun aksine, rüşvete teşebbüs durumlarında, örneğin teklif, vaat ya da talebin reddi durumlarında, cezalar dörtte birinden dörtte üçe kadar indirilir. GET, yolsuzluk eylemlerinin temel türleri için yukarıda bahsedilen bu önemli yaptırım indirimleri (bakınız paragraf 60) konusundaki endişelerini ifade eder. Basit rüşvet alma ve verme eylemlerini kapsadığı düşünülen suçlar konusunda, GET, içtihat ve doktrinin atıfta bulunduğu çeşitli suçların farklı düzeylerde yaptırım sağladığına dikkat çeker ve "hakaret" için uygulanan nispeten daha düşük en yüksek cezalar konusundaki endişelerini yineler (bakınız paragraf 62). Kamu görevlilerine karşı işlenen "hakaret" suçu 1 ila 2 yıl arasında hapis cezası; irtikap, icbar durumunda 5 ila 10, aldatma durumunda 3 ila 5 arasında hapis cezası (kişinin

²⁵ TCK 158. madde, 2. fıkraya aktif nüfuz ticaretini hiç ele almamaktadır; sadece bir yararın "alınması" unsurunu kapsamakta fakat "talebi" veya "bir yararın teklif veya vadinin kabulü"nü ele almamaktadır; suçun dolaylı olarak işlenmesi veya üçüncü taraf yararlanıcılardan hiç söz edilmemiştir. Ek olarak, GET'in "kamu makamları" - nüfuz kullananın etkisi olduğunu iddia ettiği - kavramının Sözleşme'nin 2, 4-6 ve 9-11. maddelerinde sözü edilen örneğin yabancı kamu görevlileri ve uluslararası organizasyonların ve mahkemelerin görevlileri dahil kişi kategorilerinin tamamını kapsayıp kapsamadığı konusunda ciddi şüpheleri vardır.

²⁶ Yargıtay On Birinci Ceza Dairesinin 04.10.2007 tarih ve 2007/5434-6343 E/k sayılı Kararı.

hatasından yarar sağlama durumunda 1 ila 3 yıl arası); “görevi kötüye kullanma” ise 1 ila 3 yıl arası hapis cezası gerektirmektedir. Bu raporda düzenlendiği üzere Türk rüşvet kanununun revizyonu ile birlikte - basit ve nitelikli rüşvet durumlarını içine alacak şekilde - yaptırımlar sistemine ilişkin yukarıda sözü edilen endişelere cevap vermek için özen gösterilmelidir.

73. TCK'nin 254. maddesi hükümlerine göre, kamu sektöründe nitelikli rüşvet alma ve verme eylemlerini gerçekleştiren failer “etkin pişmanlık” durumunda cezasız bırakılmaktadırlar. Bu özel savunma, soruşturma başlamadan önce yetkili makamları bilgilendirmesi şartıyla sadece rüşvet veren tarafından değil, rüşvet alan veya rüşvet suçuna katılan üçüncü bir kişi tarafından dahi kullanılabilir. Rüşvet alanın “etkin pişmanlık” durumlarında, kişi aldığı rüşveti yetkililere teslim etmek zorundadır. GET, bu savunmanın otomatik yapısından endişe duymaktadır. Yetkili mahkeme tarafından, “etkin pişmanlık” duyan kişinin durumu ve saiklerinin gözden geçirilmesine imkan yoktur. Eğer kişi savcılık öğrenmeden önce suçu bildirirse, mahkeme kişi hakkında cezaya hükmetmez.²⁷ İlke olarak, bu savunmanın, örneğin rüşvet veren tarafından daha fazla yarar sağlamak için rüşvet alana baskı uygulanması gibi, kötüye kullanılması yoluyla çok ciddi yolsuzluk davaları tamamen cezasız kalabilir. Bu bağlamda, son hukuki değişikliklerin ardından “etkin pişmanlık” savunmasının artık yabancı kamu görevlileri için kullanılamayacağına altının çizilmesi gerekir.²⁸ GET, bu savunmanın yurt içindeki kamu görevlileri bağlamında neden sürdürülmesi gerektiğini anlayamamıştır ve TCK'nin 254. maddesinin bu halinin yolsuzlukla mücadeleye kattığı değer ne olduğu GET'e net olarak açıklanamamıştır. Ayrıca GET, rüşvet verenin, “etkin pişmanlık duyması” hâlinde, verdiği rüşvetin kendisine iade edileceğini düzenleyen TCK'nin 254. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün tartışmalı olduğu görüşündedir. Son olarak, GET tarafından görüşülen bazı hukukçular, savcı suçtan haberdar olmadığı ve davayı açmadığı sürece, bu savunmanın (özellikle merkezi ve yerel idarelerin teftişinden sorumlu Başbakanlık Teftiş Kurulunca gerçekleştirilenler olmak üzere) ön soruşturmaların başlatılmasından sonra da uygulanabileceğini iddia etmişlerdir. Böyle bir durum suçun tespit edildiği durumlarda bile muafiyete yol açabilir. Ziyaret sonrasında, yetkililer TCK'nin 254. maddesinin gerekçesine göre “etkin pişmanlık”ın bir kamu görevlisi hakkında soruşturmanın (idari olanlar dahil) başlatılmadığı durumlarla sınırlı olduğunu belirtmişlerdir. Ancak GET, kanunu uygulayan bazı uygulayıcıların ifade ettiği çelişkili görüşler hakkında endişesini sürdürür ve uygulamada hazırlık soruşturmalarının başlatılmasından sonra “etkin pişmanlık”ın kullanılamamasını sağlamak için gereken önlemlerin alınması gerektiğini düşünür. GET, yukarıdakilerin ışığında, (i) “**etkin pişmanlık**” durumlarında kamu sektöründe rüşvet alma ve verme suçunu işleyenlere sağlanan cezadan otomatik olarak ve neredeyse tamamen muaf olma durumunu analiz etmeyi ve buna göre gözden geçirmeyi, ve bu tür durumlarda rüşveti verene verdiği rüşvetin tazminini ortadan kaldırmayı (ii) kanunu uygulayan uygulayıcılar dahil herkese ön soruşturmanın başlamasından sonra “etkin pişmanlık”ın kullanılması durumlarında cezadan muaf tutulmanın uygulanmadığını açıklamayı tavsiye eder.

74. Mülkiyet ve vatandaşlık yargı yetkisi ilkeleri yolsuzlukla ilgili tüm suçlarda uygulanmaktadır. Türk kanunları ilk olarak kısmen ya da tamamen Türkiye'de işlenmiş

²⁷ Yerinde ziyarette yapılan görüşmeler sırasında, bazı hukukçular “etkin pişmanlık” şartlarının açıkça yerine getirilmesi durumunda savcının bir dava açmaktan ve bir suç duyurusunda bulunmaktan kaçınabileceğini iddia etmişlerdir. Ancak, yetkililer GET'e bu bilginin yanlış olduğunu TCK 254. maddeyi uygulamaya sadece mahkemelerin yetkili olduğunu belirtmişlerdir.

²⁸ 9 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren 26 Temmuz 2009 tarihli ve 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tarafından getirilen TCK'nin 254. maddesinin 4. fıkrasına bakınız.

veya neticesi Türkiye’de ortaya çıkmış suçlar için uygulanır (TCK’nin 8. maddesi). İkinci olarak, yurt dışında işlenen suçlar için, Türk “kamu görevlileri” (ulusal kamu meclisleri üyeleri de dahil – bakınız paragraf 66) tarafından ya da Türkiye tarafından özel görev verilmiş ve görevi sırasında suç işleyen kimse tarafından (TCK 10. madde); Türk vatandaşlar tarafından (TCK 11. madde); ve Türkiye’nin, vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişinin zararına Türk vatandaşı olmayan biri tarafından (TCK 12. madde)²⁹ işlenen ceza suçları konusundaki yargı yetkisi Türkiye’ye aittir. Yetkililer yukarıda belirtilen tüm hükümlerin TCK’nin 12. maddesinin 1. fıkrası dahil tüm yolsuzlukla ilişkili suçlara ve Türkiye’nin zararına olarak işlenen suçlar kapsamına (örneğin, yabancı bir kamu görevlisi tarafından işlenen ancak bir Türk kamu görevlisinin dahil olduğu rüşvet) uygulandığını belirtmişlerdir. Yurt dışında Türk kamu görevlileri veya ulusal kamu meclisleri üyeleri tarafından işlenen suçlarla ilgili olarak, yetkililer, TCK’nin 10. maddesinin 1. fıkrasının, söz konusu kişilerin Türk vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın uygulanabileceğini açıklamışlardır. TCK’nin 11. maddesinin 1. fıkrası ve 12. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç” koşulu, “irtikap”, “görevi kötüye kullanma” ve “hakaret” dahil olmak üzere yolsuzlukla ilgili tüm suçlar bağlamında yerine getirilmektedir. GET, yurtdışındaki vatandaşlar tarafından işlenen suçları kapsayan (Sözleşme’nin 17. maddesinin 1b fıkrası gereğince) ya da iki ülkede de suç sayılma gereğinin oluşmasına bakılmaksızın vatandaşları içine alan (Sözleşme’nin 17. maddesinin 1c fıkrasının gerektirdiği üzere) yukarıda bahsedilen yargılama yetkisi kurallarının geniş olmasını takdirle karşılar. Ancak, GET, TCK’nin 12. maddesinin 1. fıkrası altındaki vatandaş olmayanlar tarafından işlenen ancak Türk vatandaşlarının dahil olduğu suçların kovuşturulmasının ancak Adalet Bakanının talebi üzerine yapılabileceğinin endişeyle altını çizmektedir. Bu gereklilik Sözleşme tarafından öngörülmemen gereksiz bir sınırlamayı oluşturmaktadır. Ayrıca, - Türkiye’nin zararına işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisi kuran – TCK 12. madde, 1. fıkranın yurtdışında yabancılar tarafından işlenen fakat aynı zamanda Türk vatandaşı olan uluslararası organizasyonların görevlilerini, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerini ve uluslararası mahkemelerin hakimleri ve savcılarını içeren suçlara uygulanabilir olmadığı ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, GET sadece Türk mevzuatının Sözleşme’nin 17. maddesinin 1.c fıkrasıyla tam olarak uyumlu olmadığı sonucuna varabilmekte ve **(i) vatandaş olmayanlar tarafından işlenen ancak, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan Türk kamu görevlilerinin veya Türk meclisleri üyelerinin dahil olduğu yolsuzluk suçları fiillerinin kovuşturulmasının Adalet Bakanının talebi üzerine yapılabileceği (TCK 12. madde, 1. fıkra) şartının kaldırılmasını; ve (ii) yurt dışında yabancılar tarafından işlenen fakat, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan uluslararası organizasyonların görevlilerini, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerini ve uluslararası mahkemelerin hakimleri ve savcılarını içeren yolsuzluk suçları üzerinde yargı yetkisi tesis etmesini tavsiye etmektedir.**

V. SONUÇLAR

75. Rüşvet ve nüfuz ticaretinin suç haline getirilmesi konusunda Türk yasal çerçevesi oldukça karmaşık olup Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi (ETS 173) kapsamındaki gerekliliklerle ilgili bir çok eksiklik içermektedir. İlk ve en önemlisi, rüşvet suçlarının dar kavramının, kamu görevlisinin görevini ihlal etmeden ya da taraflar

²⁹ Yurtdışında rüşvet suçu işleyen ve Türkiye’de yakalanan Türk vatandaşları ve yabancılar üzerinde, fakat sadece Adalet Bakanının talebi üzerine, yargı yetkisi kuran – TCK 13. madde, 1. fıkra, h) bendinin 9 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren 26 Temmuz 2009 tarihli ve 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tarafından kaldırıldığı belirtilmelidir.

arasında bir anlaşma olmadan ortaya çıkan yolsuzluk eylemini dışarıda tutmasıdır. Dolayısıyla, kanun koyucunun açıklayıcı notları, hukuki doktrin ve Yargıtay'ın içtihadı, gereksiz ölçüde dar olan rüşvet suçlarını karşılaması için pek çok başka ceza hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Bu temelde, hukukçular bazı fark edilebilir boşlukları doldurabilir ve yolsuzluk nedeniyle ihmal edilemeyecek sayıdaki mahkumiyetleri güvence altına alabilirler. Ancak, mevcut sistem tam anlamıyla kapsamlı ve uyumlu olmayıp, kuşkusuz ne tür hareketlerin rüşvet teşkil edeceğinin açıkça belirlenmesi amacıyla Sözleşme'nin ilgili maddelerinin Türk ceza hukukuna tamamen aktarılmasının baştanbaşa gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ek olarak, yabancı ve uluslararası kamu görevlilerine rüşvet sadece verme anlamında ve uluslararası ticari faaliyetler kapsamında cezalandırılmıştır. Aynı boşluk, Türkiye'nin en kısa zamanda taraf olması gereken Yolsuzluğa Karşı Ceza Sözleşmesi Ek Protokolünde (ETS 191) tanımlanan jüri ve hakemlere rüşvet bağlamında da söz konusudur. Özel sektörde rüşvet, sadece "kamu yararına hareket eden" veya kamu katılımındaki sınırlı sayıdaki teşekkül bağlamında cezalandırılmaktadır. Nüfuz ticareti tahmin edildiği gibi- sadece alma şeklinde olmak üzere- Sözleşme'de belirtilen standartların gerisinde kalan "aldatma yoluyla nitelikli hırsızlık" suçu tarafından ele alınmaktadır. Son olarak, "etkin pişmanlık" özel savunmasının sağladığı soruşturma başlamadan önce suçu açıklayan rüşvet vereni cezadan muaf tutma ihtimalinin kötüye kullanılma risklerini sınırlamak için gözden geçirilmesi gerekmektedir.

76. GRECO, yukarıdakiler ışığında, Türkiye'ye şu tavsiyelerde bulunur:

- i. **(i) rüşvet suçlarının kapsamlı, tutarlı ve açık tanımlarını sağlamak, ve (ii) (a) tarafların rüşvet üzerinde anlaşmaya varıp varmadıklarına bakılmaksızın rüşvet vaat, teklif ve talepleri, (b) görevi ihlal teşkil edip etmediğine ya da görevlinin yetki alanı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın kamu görevlisinin görevi sırasında yerine getirdiği veya getirmediği eylemlerin tamamını belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde tespit etmek için mevcut ceza kanununu gözden geçirmeyi (paragraf 63);**
- ii. **rüşvet suçlarının, araçlar yoluyla işlenen rüşvet vakaları ile yararın görevlinin kendisi için değil de üçüncü taraf için sağlanmasının amaçlandığı durumları net olarak kapsayacak şekilde anlamlandırılmasının sağlanmasını (paragraf 65);**
- iii. **uluslararası ticari faaliyetler dahilinde olsun ya da olmasın bütün yabancı kamu görevlilerinin, yabancı kamu meclisleri üyelerinin, uluslararası kuruluş görevlilerinin, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerinin, uluslararası mahkeme hakimleri ve görevlilerinin rüşvet verme ve aynı kişilerden rüşvet almasının, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 5, 6, 9, 10 ve 11. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasının sağlanmasını (paragraf 68);**
- iv. **uluslararası ticari faaliyetlerin kapsamı içinde ya da dışındaki, yabancı jüri ve hakemlere rüşvet verilmesi ve rüşvet alınmasının Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi Ek Protokolünün (ETS 191) 4 ve 6. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasını ve bu belgenin en kısa sürede imzalanıp onaylanmasını sağlamayı (paragraf 69);**
- v. **Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 7 ve 8. maddelerine göre, özel sektör teşekküllerinde her görevde çalışan ya da bu**

teşekkülleri yöneten eden her kişiye uygulanabilir şekilde özel sektörde rüşvet almayı ve vermeyi cezalandırılmasını (paragraf 70);

- vi. **Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 12. maddesine göre, nüfuz kullananın aldatıp aldatmamasına bakılmaksızın nüfuz ticaretinin cezalandırılmasını (paragraf 71);**
- vii. **(i) “etkin pişmanlık” durumlarında kamu sektöründe rüşvet alma ve verme suçunu işleyenlere sağlanan cezadan otomatik olarak ve neredeyse tamamen muaf olma durumunu analiz etmeyi ve buna göre gözden geçirmeyi, ve bu tür durumlarda rüşveti verene verdiği rüşvetin tazminini ortadan kaldırmayı (ii) kanunu uygulayan uygulayıcılar dahil herkese ön soruşturmanın başlamasından sonra “etkin pişmanlık”ın kullanılması durumlarında cezadan muaf tutulmanın uygulanmadığını açıklamayı (paragraf 73);**
- viii. **(i) vatandaş olmayanlar tarafından işlenen ancak, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan Türk kamu görevlilerinin veya Türk meclisleri üyelerinin dahil olduğu yolsuzluk suçları fiillerinin kovuşturulmasının Adalet Bakanının talebi üzerine yapılabileceği (TCK 12. madde, 1. fıkra) şartının kaldırılmasını; ve (ii) yurt dışında yabancılar tarafından işlenen fakat, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan uluslararası organizasyonların görevlilerini, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerini ve uluslararası mahkemelerin hakimleri ve savcılarını içeren yolsuzluk suçları üzerinde yargı yetkisi tesis etmesini (paragraf 74).**

77. Usul Kurallarının 30.2 Kuralına uygun olarak, GRECO Türk makamlarını **30 Eylül 2011** tarihine kadar yukarıda geçen tavsiyelerin uygulanışına ilişkin rapor vermeye davet eder.

78. Son olarak, GRECO, Türk makamlarını mümkün olan en kısa sürede bu raporu yayınlama yetkisi vermeye, ulusal dillerine tercüme ettirmeye ve bu tercüme kamuyuna duyurmaya davet eder.