

ESKİ VE YENİ CEZA YASALARIMIZ ÇERÇEVESİNDE “EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA” SUÇLARI BAĞLAMINDA ZAMANAŞIMI VE LEHE YASANIN BELİRLENMESİ SORUNLARI

*Kayıhan İÇEL**

ÖZET

Makalemizde,5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun 236. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçunu” nun 765 sayılı eski ceza yasasında ne şekilde düzenlendiği araştırılarak, bu suç yönünden hangi yasanın sanıkların lehine olduğu konusu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, lehe yasanın belirlenmesindeki esaslar ve zamanaşımı hükümlerinin bu konuya etkisi ele alınarak incelenmiştir. Makalemizde konular Yargıtay’ın yeni kararlarından örnekler verilerek açıklanmıştır.

Anahtar kelimeler: İhale, Edimin İfası,Devlet Alım-Satımı, Fesat Karıştırma, Memur, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi,Önceki ve Sonraki Ceza Yasaları, Zamanaşımı, Lehe Kanun

DETERMINATION OF BOTH “STATUTE OF LIMITATIONS” AND “LEX MITIOR” FOR THE CRIME OF “INVOLVEMENT IN FRAUDULENT ACT DURING FULFILLMENT OF OBLIGATIONS” WITHIN THE FRAMEWORK OF BOTH OLD AND NEW CRIMINAL CODES

ABSTRACT

In this article, the old version of “the involvement in the fraudulent act during fulfillment of obligations” crime which is regulated in the article 236 of the new code number 5237 is analysed and it is elaborated that which code is in favor of defenfants. In this context, the principles of determination of lex mitior and the effect of the statute of limitations to this issue are examined. The matters are explained in the article by giving examples from the case-law of the court of appeal.

Keywords: Auction, Fulfillment of obligation, Public Purchase and Sale, Fradulent Act, Public Servant, The legality of crime and punishment, Prior and Posterior Criminal Codes, Statute of Limitations, Lex Mitior

* Prof. Dr. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I- “EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA” KAVRAMI VE İNCELEME KONUSU İLE İLGİLİ HUKUKSAL SORUNLAR

Sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci sona ermektedir. Bundan sonraki aşama “edimin ifası süreci” olarak isimlendirilir. İhale sürecinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmasa dahi edimin ifasında ortaya çıkabilecek hukuka aykırı eylemlerle ayrıca mücadele edilmesi gerekir. Bu konuda mücadele araçlarından biri de suçların öngörülmesi ve cezalarının saptanmasıdır. 5237 sayılı yeni TCK. 236 maddesinde “Edimin İfasına Fesat Karıştırma” başlığı altında edimin ifası sürecindeki hukuka aykırı eylemleri kapsamlı bir biçimde cezalandırmıştır. Buna karşılık, 765 sayılı eski TCK.’da aynı kapsam ve netlikte bir hüküm bulunmamaktadır. Eski yasa döneminde bu tür hukuka aykırı eylemlerle ilgili savcılık iddianamelerinde çoğu kez “Devlet Alım-Satımına Fesat Karıştırma” başlığını taşıyan 205. Maddenin “sevk maddesi” olarak gösterildiği görülmektedir.

Eski yasa döneminde edimin ifasına fesat karıştırma iddiası ile açılmış olup halen görülmekte olan ceza davalarında yeni yasanın 236. Maddesi karşısında ne şekilde bir işlem yapılması gerektiği hukuksal sorunu ile karşılaşmaktadır. Özellikle, bu tür eylemler yönünden eski yasanın mı, yoksa yeni yasanın mı sanığın lehine olduğu ve hangi yasanın zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiği sorunları bulunmaktadır. Aşağıdaki incelemelerimizde eski ve yeni yasaların ilgili hükümleri karşılaştırılarak bu sorunların çözümlenmesi konusu üzerinde durulacaktır.

II- ESKİ TCK.’NUN 205 MADDESİNDE YERALAN SUÇUN YASAL UNSURLARI VE ÖZELLİKLE “FAİL” UNSURU

1-765 sayılı eski TCK.’nın “Devlet Alım-Satımına Fesat Karıştırma” başlığını taşıyan 205. Maddesi şöyledir: “Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eyleyse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasile cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir.”.

2- Belirtmemiz gerekir ki, eski yasanın 205.maddesinde öngörülen bu suçun unsurlarında belirlilik yoktur. Özellikle, bu suçun gerçekleşebilmesi için gerekli görülen “Türkiye Devleti hesabına olarak” yapılan bir alım - satım veya yapım işinin ne anlama geleceği açık değildir. Esasen bu nedendir ki, 205. maddenin yasanın benzer hükümlerine oranla uygulanma olanağı daima çok sınırlı kalmıştır.

3-ETCK.205.madde metninde suçun faili “bir kimse” olarak ifade edilmiş ise de, bu suçun “memur suçu” olduğu ve ancak memurlar tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu suçun Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar kapsamında Zimmet suçu ile birlikte düzenlenmiş olması ve bu fasıldaki tüm suçların memur suçu niteliğini taşıması bu görüşün en önemli gerekçesidir¹. Failin ayrıca, “Türkiye Devleti hesabına” alım, satım veya yapım işlerinde görevli ve yetkili olması, örneğin kurum ita amiri ya da alım- satım komisyonunun üyesi olması gerekir. Buna karşılık, örneğin mahalli idareler ve diğer kamu kuruluşları hesabına aynı işi yapmakla görevlendirilmiş olan kişilerin, kamu görevlisi sıfatını taşıyabilirler, söz konusu 205.madde hükmüne istinaden cezalandırılmaları kabul edilmemektedir².

4-Ceza Hukukunun bağlı bulunduğu “suçta ve cezada kanunilik ilkesine” ve suçları düzenleyen kanun maddelerinin “belirli olması” kuralına uygun düşmeyen³ 205. maddedeki suça benzer nitelikteki bir suça yeni ceza kanununda yer verilmemiştir. Aşağıda açıklayacağımız üzere, **5237 sayılı yeni kanunun 236. maddesindeki suçun eski 205. maddedeki suçla hiçbir ilgisi veya benzerliği bulunmuyor, yeni yasanın 236. maddesinin eski yasadaki karşılığı esas itibarıyla 362. maddedeki suçtur.** Esasen eski ve yeni ceza yasaları maddelerinin yayınlanan karşılaştırma listeleri incelendiğinde, yeni 236. maddenin eski yasadaki gerçek karşılığının 362. madde olduğu görülür⁴.

III-YENİ TCK.’NUN 236. MADDESİ İLE İLGİLİ HÜKUMET GEREKÇESİ VE MADDENİN ÖNGÖRDÜĞÜ YAPTIRIM

1-236. maddenin gerekçesi şöyledir: ”Bu maddede, edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanımlanmıştır.-Sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sona ermekte ve edimin ifası süreci başlamaktadır. Bu süreçte edimin ifasına fesat karıştırılması bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.- Söz konusu suç, kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt

¹ *Malkoç,İsmail*: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, sh.429; *Erem,Faruk - Toroslu,Nevzat*: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1999,sh.163; *Önder,Ayhan*: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1991,sh.103/104;*Döner,İsa*:İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara 2010, sh.22; yeni yasanın hazırlanmasında önemli katkıda bulunan ceza hukuku öğretim üyelerinden **Prof. Dr. İzzet Özgenç** de bu görüştedir: *Özgenç,İzzet*: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, sh.242-243.

² *Erman,Sahir - Özek,Çetin*: Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar,İstanbul 1992,sh.56-59; *Özgenç, İzzet*, sh.243.

³ Belirlilik kuralı için bkz.: *İçel,Kayhan-Donay,Süheyl*: Ceza Hukuku Genel Kısım,Beşinci Bası,İstanbul 2006, sh.81.

⁴ Karşılaştırma listeleri için bkz.: *İçel,Kayhan-Ünver,Yener*: Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 4. Bası, İstanbul 2005, sh.912.

altına girilen edimin ifasına fesat karıştırmak suretiyle işlenebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun uygulama alanı sadece kamu kurum veya kuruluşlarına karşı girişilen taahhütlerin yerine getirilmesiyle sınırlı tutulmamıştır.- Maddenin ikinci fıkrasında, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki hareketler sayılmıştır. Sayılan bütün bu hareketlerin ortak özelliği hileli davranışlar olmasıdır. Fıkra metninde beş bent olarak sayılan bu seçimlik hareketler yeterli açıklıkta tanımlandığı için ayrıca izaha gerek görülmemiştir.- Maddenin üçüncü fıkrasına göre edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlilerinin ve sair kişilerin bir menfaat temin etmiş olmaları gerekli değildir. Aksi takdirde, yani edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre ceza sorumluluğu cihetine gidilir.”. **Görüleceği üzere, yeni yasadaki bu suç eski yasanın 205. maddesinden farklı olarak bir “memur suçu” niteliğinde olmayıp, “herkes” bu suçun faili olabilir ve aşağıda açıklayacağımız üzere, bu yönden ve diğer yapısal unsurları açısından eski yasanın 362. maddesine girebilecek eylemleri kapsamına alır.**

2-Yeni yasanın 236. maddesindeki suçun yaptırımını üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır. Aşağıda ayrıca açıklayacağımız üzere, bu madde eski yasanın 362. maddesi ile karşılaştırıldığında, eski yasa hükmünün sanıkların açıkça lehine olduğu görülür.

IV-765 SAYILI ESKİ TCK.’NUN 362. MADDESİNDE YER ALAN SUÇUN YAPISAL UNSURLARI

1-765 sayılı eski ceza kanununun “**kamuya karşı taahhüdün yerine getirilmesinde hile yapma**” suçunu düzenleyen 362. maddesini kısaca inceleyecek olursak: Bu maddede tanımlanan suçtan söz edebilmek için, kişinin bir kamu kuruluşuna karşı belli mal veya hizmetleri sağlamak hususunda taahhüt altına girmiş olması gerekir. Bu taahhüdün konusu, maddenin 1.fıkrasında düzenlenmiş olan ağır şekilde “resmi bir daireye veya bir hizmeti amme ifasına yahut bir musibeti ammenin önünü almağa elzem olan erzak ve eşya”dır. Örneğin, bir kamu kurumunun faaliyeti için gerekli olan akaryakıtın sözleşmede belirlenen nev’inden veya niteliklerinden farklı bir petrol ürününün hileli bir takım tasarruflarla kamu kurumuna verilmesi durumunda bu suç oluşur. Aynı şekilde, taahhüt konusu eşyanın miktarının kuruma ibraz edilen belgede gerçekte teslim olunandan fazla gösterilmesi durumunda da bu suç oluşur.- **Maddenin 2. fıkrasında ise, taahhüt konusunun sair eşya veya hizmet olması halinde faile suçun temel şekline nazaran daha az ceza verileceği öngörülmüştür. Suçun bu basit şeklinin konusunun “resmi daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazım”dır. Bu itibarla suçun konusunun herhangi**

bir mal veya hizmet olması mümkündür. Örneğin, inşaat veya sair bir yapım işinin, geniş kapsamlı bu kavramlara dahil olduğu hususunda kuşku yoktur. Taahhüt olunan bu tür mal veya hizmetin ifasına “hile ve hud’a” karıştırılması, suçun bu basit şeklini oluşturur. - Suçun gerek temel şekli gerek basit şekli ancak kasten işlenebilir ⁵.

2- Maddenin ikinci fıkrasında, taahhüdün konusunun 1. fıkrada öngörülen ağır haller dışında kalan sair eşya veya hizmet olması durumunda, faile daha az ceza öngörülmüştür. Taahhüt olunan mal veya hizmetin ifasına “hile ve hud’a” karıştırılması suçunun maddenin 1. fıkrasında yer alan ağır şeklinin cezası “altı aydan beş seneye kadar “ hapis cezası iken, **2. fıkradaki basit şeklinin cezası “iki seneye kadar” hapis cezasıdır. Bu durumda hapis cezasının alt sınırı yedi gündür (ETCK.15/1).** Burada bir kez daha vurgulayalım ki, ETCK.205. maddesinde düzenlenmiş bulunan suç hükmü “memurlarla” ilgili olmasına karşılık 362. maddesinde öngörülen bu suçun faili “herkes” olabilir. Bu nedenle yeni TCK. ‘nun 236. maddesinin karşılığı kesinlikle 205. madde olmayıp, 362.maddedir. **Ceza .çyaptırımı yönünden eski 362. maddenin yeni 236. madde karşısında sanıkların lehine olduğu açıktır.**

V-İNCELEME KONUSU SUÇLARLA İLGİLİ OLARAK DAVA ZAMANAŞIMININ İRDELENMESİ

1-Bilindiği üzere, suç tarihinden itibaren yasada öngörülen belirli sürelerin geçmesi halinde, sanık hakkında kamu davası açılmaz, açılmış bulunan kamu davasına ise devam edilemez ve bu durumda davanın düşürülmesine karar verilmesi gerekir. - Karşılaştırmalı hukukta dava zamanaşımı sürelerinin saptanmasında farklı sistemler bulunmaktadır. Örneğin Anglo-Amerikan sisteminde suç türleri dikkate alınarak, ayrı ayrı zamanaşımı süreleri öngörülmektedir. Kara Avrupası’nda da bu sistemi Portekiz ve Yunanistan uygulamaktadır. Diğer bir sistemde ise, suç türlerinin gözönünde bulundurulması ile birlikte, cezanın ağırlığına göre de farklı süreler öngörülmektedir (Örneğin Fransa, Danimarka, Norveç Ceza Kanunları)⁶ . 765 sayılı eski TCK 102. maddesinde zamanaşımı süreleri belirlenirken suçların türü (cürüm-kabahat) dikkate alınmakla birlikte, esas itibariyle cezaların miktarına göre dava zamanaşımı süreleri saptanmıştır. 5237 sayılı yeni TCK’nun 66. maddesinde de ayı şekilde cezaların miktarı esas alınarak dava zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. **Ancak yeni yasa zamanaşımı sürelerini artırarak eski yasaya nazaran aleyhe bir durum yaratmıştır. İncelememizle ilgili olarak bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır.**

⁵ Özgenc, İzzet, sh.266-267.

⁶ İçel-Sokullu-Özgenc-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver: İÇEL Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, sh.352.

2-Zamanaşımı süresinin saptanmasında hangi cezanın esas alınacağı

sorunu: Bu konuda esas itibariyle soyut ve somut ceza sistemleri olarak anılan iki sistem bulunmaktadır. *Soyut ceza sistemi*'ne göre, yasada suç için öngörülen soyut ceza, şayet bu cezanın alt ve üst sınırları gösterilmişse, bu takdirde üst sınır dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde esas alınacaktır; ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler süre belirlenirken dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık *somut ceza sistemi*'ne göre ise, sanığa somut olayda ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler de gözetilerek verilecek somut ceza miktarı dava zamanaşımı süresinin hesaplanmasında göz önünde bulundurulur. - 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun dava zamanaşımını düzenleyen 102.maddesinde yer alan "...cezasını müstelzim cürümler" ibaresi bu konuda tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay'ımız maddenin lafzından hareketle, 07.05.1947 tarih ve 1947/3-15 sayılı içtihadı birleştirme kararında dava zamanaşımının hesaplanmasında soyut cezanın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşın, doktrinde somut ceza sistemini savunanlar olmuştur -Yeni Türk Ceza Kanunu'nun dava zamanaşımını öngören 66. maddesinin 4. fıkrasında ise soyut ceza sisteminin esas alındığı şu şekilde ifade edilmiştir: "... sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur.....".

3-Zamanaşımı süresi suçun gerçek niteliğine göre hesap edilir: Soyut ceza sistemi kabul edilse dahi, tüm deliller dikkate alınarak ve yasa hükümleri doğru bir şekilde yorumlanarak somut olayla ilgili suçun gerçek niteliğine göre zamanaşımı süresinin hesap edileceği hususunda kuşku yoktur. **Bu hesaplama yapılırken iddianamedeki sevk maddesi esas alınmayacağı gibi, mahkemelerin tavsif hataları sonucunda hükümlerine konu olan suçların da dava zamanaşımının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı açıktır**⁷ (Diğer bir ifade ile, zamanaşımı süresinin somut olayla ilgili suçun gerçek niteliği dikkate alınarak hesap edilmesi gerekir. **Bu nedenledir ki, örneğin iddianamede sevk maddesi olarak gösterilen eski TCK.'nun 205. maddesi ve mahkeme hükmüne konu olan yeni TCK.236. maddesi dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde esas alınmaz. Zira, yeni 236. maddenin eski yasadaki karşılığı olan 362. madde öngördüğü cezalar itibariyle sanıkların lehine olduğundan dava zamanaşımı süresinin bu maddedeki cezalara göre saptanması gerekir.**

4-765 sayılı eski Ceza Kanununun dava zamanaşımı ile ilgili hükümleri 5237 sayılı yeni Ceza Kanununun dava zamanaşımı hükümlerine nazaran sanıkla-

⁷ *Yargıtay C. Savcısı ve daha sonra Yargıtay Üyesi İsmail Malkoç zamanaşımı sürelerinin suçun gerçek niteliğine göre hesap edilmesi gerektiğini, bu konuda iddianamedeki sevk maddesinin dikkate alınmayacağı vurguladıktan sonra, uygulamada bazen iddianamedeki sevk maddelerine göre zamanaşımından düşme kararlarının verilmesini eleştirmektedir.*

rın lehine nitelik göstermektedir: Şöyle ki, yeni yasa beş yıla kadar olan hapis cezalarının zamanaşımı süresini beş yıldan sekiz yıla, beş yıldan fazla yirmi yıldan az hapis cezalarının zamanaşımı süresini on yıldan onbeş yıla çıkartmıştır. Yeni yasa diğer cezaların zamanaşımı sürelerini de artırmıştır. Bu itibarla, önceki-sonraki ceza yasalarının sanık lehine olarak uygulanışı sırasında dava zamanaşımı ile ilgili bu durumun da dikkate alınması ve ona göre uygulamanın yapılması gerekir.

VI-LEHE OLAN YASA HÜKÜMLERİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

1-Eski ve yeni ceza yasalarının sanıkların lehine olan hükümlerinin uygulanması yasa emri (Eski TCK.m2/2; Yeni TCK. m.7/2) olduğu içindir ki, öncelikle hangi yasa hükümlerinin sanıkların lehine olduğunun araştırılıp, belirlenmesi gerekir. Sanığın lehine olan kanunun saptanmasında somut olaya uygulanabilecek kanun hükümleri dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varılabilir. Böylece, eski ve yeni kanunların tüm hükümlerinin değil, fakat somut olayda sanık hakkında uygulanması olanağı bulunan hükümlerinin karşılaştırılması suretiyle hangi kanunun failin yararına olduğunun saptanması gerekir. Bu yönden, cezada yapılan değişikliklerin yanı sıra, sanıkların yararına sayılabilecek diğer değişikliklerin de göz önünde bulundurulması zorunludur. Örneğin, fail hakkında hükmedilen cezanın önceki kanuna göre ertelenmesi olanaksızken, sonraki kanun bu olanağı yaratmışsa, yeni kanunun ertelemeye ilişkin hükümleri geçmişe yönelik olarak uygulanabilecektir. Ya da, tam tersine, eski kanunda bulunan erteleme olanağını yeni kanun kaldırmışsa erteleme konusunda eski yasa hükümlerinin uygulanması gerekir⁸. Bunun gibi, **zamanaşımına ilişkin değişikliklerde de sanığın lehine olanlar uygulanır, aleyhine olanlar uygulanmaz. Bu bağlamda, yeni yasa bir suçun cezasında sanıkların lehine olacak değişiklikleri yaptığı halde, zamanaşımında sanıkların aleyhinde değişikliklere gitmişse, aleyhe değişikliklerin sanıklara uygulanmayacağı konusunda kuşku duyulamaz.**

2- Somut olaya ilişkin olarak lehe kanunun belirlenmesinde sadece belirli bir hükmün göz önünde bulundurulamayacağını, eski ve yeni yasa hükümlerinin olaya bir bütün olarak uygulanması suretiyle sanığın lehine olan yasanın belirlenmesi gerektiğine dair doktrin tarafından savunulan görüş⁹ yasaya girmiştir. Şöyle ki, yeni TCK. nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında 5252 sayılı Kanuna bu konuda özel hüküm konulmuştur.

⁸ *İçel-Donay*, sh.111-112.

⁹ *İçel-Donay*, sh.112-113; *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, sh.122.

3-5252 sayılı yasanın 9/3. maddesi şöyledir: “Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların karşılaştırılması suretiyle belirlenir. TCK.’nu Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı hakkında TBMM Adalet Komisyonu’nun 03.11.2004 tarihli ve E.1/592,K.64 sayılı raporunda, bu hükmün gerekçesi açıklanmıştır:

“Ceza hukukunun kişi hak ve hürriyetleri açısından güvence oluşturması amacıyla kabul edilen zaman bakımından uygulama kurallarına göre; fiili işlediği zaman yürürlükte olan kanunlara göre suç teşkil ediyorsa fail cezalandırılabilir. Bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanunda suç olarak tanımlanmışsa; bu kanun geçmişe yürütülerek fail cezalandırılmaz. Yeni suçlar ihdas eden bir kanun,ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiiller açısından uygulama kabiliyeti bulur. - Keza, bir suçun unsurlarında, cezasında, bir suçtan dolayı mahkumiyetin kanuni neticelerinde sonradan yürürlüğe giren bir kanunla failin aleyhine değişiklikler yapılması durumunda; bu kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller açısından uygulanamayacaktır. - Ancak, bu kuralın istisnası mevcuttur. Buna göre, bir fiil, bilahare yürürlüğe giren yeni bir kanunla suç olmaktan çıkarılmış ise, işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre suç oluşturmasına rağmen, fail cezalandırılmayacaktır. Yani, bu durumda sonradan yürürlüğe giren kanun, failin lehine sonuç doğurduğu için, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller açısından da (geçmişe yönelik olarak) uygulama kabiliyetine sahip olacaktır. Yine sonradan yürürlüğe giren kanun, bir suçun unsurlarında, cezasında, bu suçtan dolayı mahkumiyetin kanuni neticelerinde failin lehine değişiklikler yapması durumunda, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller açısından da uygulanabilecektir. - Zaman bakımından uygulamaya ilişkin bu ilkeler, sonradan yürürlüğe giren kanunla bir suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, cezasında ve hatta, güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapılması durumunda da, dikkate alınacaktır. - **Değiştiren kanunla değişikliğe uğrayan kanunlardan hangisinin lehe hükümler içerdiği, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümlerinin somut olaya uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların birbirleri ile karşılaştırılması suretiyle belirlenecektir.**”¹⁰

VII- ESKİ VE YENİ CEZA KANUNLARINDA YER ALAN ZAMANAŞIMI HÜKÜMLERİNİN SANIKLARIN LEHİNE UYGULANMASINA DAİR YARGITAY KARARLARI

1-Yargıtay Ceza Daireleri ve Ceza Genel Kurulu sanık lehine olan yasanın saptanması bakımından 5252 sayılı yasanın yukarıda açıkladığımız 9/3.

¹⁰ TBMM.Dönem 22,Yasa Yılı 3,Sıra Sayısı 675.

maddesinde öngörülen “*lehe yasanın belirlenmesi kriteri*” nin mahkemeler tarafından doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamak konusunda büyük özen göstermektedir. Çeşitli yönlerden lehe kanun sorununu çözümleneyen oldukça çok sayıda Yargıtay içtihadı bulunmaktadır. Bu bağlamda, zamanaşımı konusunda da eski ve yeni ceza yasaları arasındaki farktan doğan sorunları sanıklar lehine çözümleneyen yeni Yargıtay Kararları vardır. Aşağıda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun zamanaşımı konusunda 5252 sayılı kanunda öngörülen kriteri uygulayarak sanıklar lehine çözüm üreten iki önemli kararına değinilecektir.

2-Yargıtay Ceza Genel Kurulu, resmi belgede sahtecilik ile ilgili bir kararında özetle, “Suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası bütünüyle olaya uygulandığında, dava zamanaşımı gerçekleşmiş bulunduğu davanın düşürülmesi gerektiği, dolayısıyla 5237 sayılı Yasanın uygulanması suretiyle belirlenen bu sonucun sanıkların lehine olduğu saptanmıştır. O halde, her iki sanık hakkındaki kamu davalarının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilmelidir.” şeklinde, olayla ilgili olarak zamanaşımında lehe kanun sorununu çözümlenmiştir¹¹ (3-Yargıtay Ceza Genel Kurulu, silahlı tehdit suçuyla ilgili bir başka kararında ise, 5252 sayılı yasanın sanığın lehine kanunun saptanmasına ilişkine öngördüğü kriter paralelinde yaptığı inceleme sonucunda zamanaşımı hükümlerinin uygulanması açısından 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun sanıkların lehine olduğu sonucuna ulaşmış ve davanın düşürülmesine karar vermiştir. Yargıtay kararının özeti şöyledir: “Yerel mahkemece, hükmün tesis edildiği 13.07.2006 tarihinde, somut olaya, 765 sayılı Yasa hükümleri ile 5237 sayılı Yasa hükümleri bütünüyle uygulandığında, 27.11.1999 tarihinde gerçekleştirilen tehdit eylemi nedeniyle, 5237 sayılı Yasa hükümleri sonucu itibariyle sanıklar lehine ise de; 765 sayılı Yasa’nın 102/4 ve 104/2. Maddeleri uyarınca 7 yıl 6 aylık zamanaşımı süresine tabi bulunan eylemde, Özel Daire’ce incelemenin yapıldığı 19.09.2007 tarihinde, suç tarihi ile inceleme tarihi arasında 7 yıl 9 ay 22 günlük bir süre geçmiş, atılı eylemde 765 sayılı TCY’nin 102/4 ve 104/2. maddelerinde düzenlenmiş bulunan dava zamanaşımına ilişkin koşullar gerçekleşmiş bulunduğundan, bu aşamada, 765 sayılı TCY hükümleri sanıklar lehinedir kamu davasının gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verildi.”¹² .

4- Yargıtay’ımızın özetlediğimiz örnek kararlarından da anlaşılacağı üzere, 765 sayılı eski TCK ile 5237 sayılı yeni TCK.’nun sanıklar hakkında uygulanmasında lehe yasanın saptanması ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında 5252 sayılı Kanununun 9/3. maddesin-

¹¹ YCGK.15.11.2005,E.2005/6-100, K.2005/126) (MEŞE İctihat ve Mevzuat Bankası).

¹² YCGK.29.04.2008,E.2008/1-79,K.2008/90 (MEŞE İctihat ve Mevzuat Bankası).

deki esasların mutlaka dikkate alınması gerekir. Böylece, yasaların karşılaştırılması bir yönden değil, çok yönlü yapılmalı ve olaya uygulanması olasılığı bulunan tüm hükümlerin karşılaştırılıp sonuçta sanıkların lehine olan yasa belirlenmelidir. Yasalardan birinde düzenlenmiş bulunan suç için öngörülen cezanın diğer yasaya göre daha az olduğu sonucuna ulaşılsa dahi, bu durum tek başına o yasanın sanıklar lehine olduğunu göstermez. *Sözelimi, inceleme konumuzu oluşturan edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi, daha az ceza öngördüğü ileri sürülen yasa açısından dava zamanaşımı henüz gerçekleşmediği halde, diğer yasanın hükümlerine göre dava zamanaşımı gerçekleşmişse lehe olan yasa davanın zamanaşımının kapsamına girmesine olanak veren yasadır. Yukarıda özetini verdiğimiz YCGK.'nın 29.04.2008 tarihli kararında bu durum önemle vurgulanmaktadır. Kaldı ki, yeni yasanın "edimin ifasına fesat karıştırma" suçunu düzenleyen 236. maddesinin öngördüğü ceza, bu maddenin eski yasadaki karşılığı olan "kamu taahhütlerine hile karıştırma" suçunu içeren 362. maddesinde öngörülen cezadan fazla olduğu için, bu yönden de eski yasanın sanıkların lehine olduğu bizce kuşkusuzdur.*