

# SERMAYE PİYASASI SUÇLARI AÇISINDAN ETKİN PİŞMANLIK\*

Avukat Evrim YILDIRIM\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Uzman Hukukçu. Sermaye Piyasası Kurulu / Hukuk İşleri Dairesi.



## ÖZ

*Etkin pişmanlık, failin suç nedeniyle meydana getirdiği neticenin etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik gönüllülük esaslı eylemleri dolayısıyla cezalandırılmamasını ya da cezasından indirim yapılmasını sağlayan bir kurumdur. 30.12.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda piyasa dolandırıcılığı ve güveni kötüye kullanma suçları açısından ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımı çerçevesinde etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelerde, suç tamamlandıktan sonra çeşitli aşamalarda gösterilen etkin pişmanlık eylemine farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bu bakımdan, söz konusu etkin pişmanlık hükümlerinin Kanun’un yürürlük tarihinden sonra işlenen suçlara nasıl uygulanacağını yanı sıra, bu tarih itibarıyla yargılaması devam eden ve kesinleşmiş kararlar bakımından da uygulanabilirliği ve uygulama sırasında karşılaşılabilecek sorunların değerlendirilmesi önem arz etmektedir.*

**Anahtar Sözcükler:** Etkin Pişmanlık, Uyarılma Yargılaması, İşlem Manipülasyonu Suçu, Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Yaklaşımı.



## EFFECTIVE REPENTANCE IN CAPITAL MARKET CRIMES

### ABSTRACT

*Effective repentance is a concept, arranged to lower the penalty of the criminal because of his willing acts to eliminate the results of the crime. Taking into account the notion that financial crimes should be sanctioned with financial penalties, Capital Markets Law, published in the Official Gazette on 30.12.2012, No 6362, has foreseen provisions regarding effective repentance on manipulation and abuse of confidence crimes. According to these provisions, there are different results of effective repentance actions that are implemented at different times by the criminal after the crime is committed. For this reason, it is important to analyze the applicability of these provisions to the acts which are committed after the enactment date of Law No 6362, and also whether these provisions are applicable to pending cases and to the final judgments in consideration of the enactment date.*

**Keywords:** Effective Repentance, Adjustment Judgement, Manipulation, Abuse of Confidence, The Notion Of Imposing Financial Punishments to The Financial Crimes.

## GİRİŞ

**S**uç tamamlandıktan sonra, failin suç nedeniyle meydana getirdiği neticenin etkilerini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik gönüllülük esaslı eylemleri dolayısıyla cezalandırılmamasını ya da cezasından indirim yapılmasını sağlayan bir kurum olan ve Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) bazı suçlar bakımından öngörülen etkin pişmanlık müessesesi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda<sup>[1]</sup> (SPKn) işlem manipülasyonu ve örtülü kazanç aktarımı suçları bakımından düzenlenmiş olup, bu suçların faillerine belli bir tutarın altında olmamak üzere Hazine'ye yapacakları ödeme karşılığında hapis ve adli para cezasından kurtulma ya da indirimden yararlanma yolunu açılmıştır.

SPKn'da yer alan etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelerde, suç tamamlandıktan sonra çeşitli aşamalarda gösterilen etkin pişmanlık eylemine farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bu bakımdan, SPKn'da yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin Kanun'un yürürlük tarihinden sonra işlenen suçlara nasıl uygulanacağını yanı sıra, bu tarih itibarıyla yargılaması devam eden ve kesinleşmiş kararlar bakımından da uygulanabilirliği önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, çalışmamızın konusunu SPKn ile işlem manipülasyonu ve örtülü kazanç aktarımı suçları bakımından getirilen etkin pişmanlık kurumunun değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Konu üç bölümde incelenmekte olup, çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak etkin pişmanlık kavramı, etkin pişmanlığın TCK'da düzenlenme gerekçesi ve düzenleniş biçimi ile benzer kavramlardan farkına değinilmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, SPKn'daki etkin pişmanlık hükümleri incelenmekte, bu hükümlerin mevcut durumda Kurul incelemesinde, soruşturma ve kovuşturma aşamasında bulunan suçlar bakımından uygulaması ele alınmaktadır. Ayrıca, SPKn'daki düzenlemenin, etkin pişmanlık öngörülen suçlara ilişkin olarak bu zamana kadar verilmiş ve kesinleşmiş kararlar bakımından ne gibi sonuçlar doğuracağı da bu bölümde incelenmektedir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, etkin pişmanlık hükümleri ile ilgili olarak uygulamada ortaya çıkması muhtemel bazı sorunlara değinilmektedir.

Son olarak, çalışmada yapılan tespit ve değerlendirmeler sonuç kısmında toplu halde sunulmaktadır.

[1] 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

## I. TÜRK CEZA KANUNU'NDA ETKİN PİŞMANLIK

### A. Suç ve Ceza Politikası Açısından Etkin Pişmanlık

Suç ve ceza politikası, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiği ve bunları gerçekleştiren kişiler hakkında ne tür yaptırımların uygulanması gerektiğine ilişkin esas ve prensiplerin belirlenmesinde izlenen yoldur<sup>[2]</sup>. Suç politikası ile güdülen amaç, TCK'nun "*Ceza Kanununun Amacı*" başlıklı 1 inci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, "... bireyin adalet ve güvenliğinin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi" dir. Bu amaca ulaşabilmek için suç işlemiş kişilere bir dönüş yolu sunulması ve bu kişilerin yeniden sosyalleştirilmesi ile toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesi önem arz etmektedir.

Suç işlemiş kişinin topluma kazandırılması noktasında, cezalandırma adaletinin sağlanması öne çıkmaktadır. Yani, kanun fiili ve fiil nedeniyle faili cezalandırırken adaleti tesis etmeli ve haksızlık içeriği az olan eylemlere daha az ceza, haksızlık içeriği yoğun eylemlere daha fazla ceza verilmesi yönünde düzenlemeler içermelidir. Yine, suçtan sonra suçun sebep olduğu haksızlığı gidermeye çalışan fail ile işlemiş olduğu suçtan pişmanlık duymayan fail aynı müeyyidelere maruz bırakılmayarak, hem fail hem mağdur gözetilmek suretiyle toplumda adalete olan güven ve ceza adaleti sağlanmalıdır. Nitekim, TCK md. 3/1'de suç işleyen kişi hakkında fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu hükmün gerekçesine göre, "... suçun ağırlığı ile orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir...". Anılan madde ile bu hususa açıkça yer verilerek Ceza Kanunu'nun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir. Bu çerçevede, TCK'da suçu tüm unsurlarıyla tamamladıktan sonra neden olduğu zararlı sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik eylemlerde bulunan failin cezalandırılmamasını ya da daha az ceza almasını sağlamak amacıyla getirilen etkin pişmanlık hükümleri, TCK'nun bireyin topluma kazandırılmasını sağlayan düzenlemelerinden olup, kanunun insan merkezli yönünü yansıtmaktadır.

Suç teşkil eden insan eylemlerini düzenleyen ceza hükümleri, esasen suçun tamamlanmasına kadar fail tarafından gerçekleştirilen eylemleri konu edinirler. Ancak fiil tamamlandıktan sonraki fail hareketleri, cezanın bireyselleştirilmesi, failin şahsına uygun olarak cezalandırılması, fiilin tespiti, ortaya çıkarılması, suç ortaklarının tespiti, aynı zamanda mağdurun kaybının da ortadan kaldırılması

[2] ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 33.

açılardan son derece önemlidir. Bu nedenle, failin suç tamamlandıktan sonra yapmış olduğu eylem, suçun sonuçlarını ortadan kaldırmaya ve azaltmaya yönelik ise ceza kanunları failin iyi niyetli eylemlerine de değer tanımaktadır. Zira, ceza suçluyu toplumdaki atmayı değil, suçluyu toplumla yeniden uyumlu hale getirme amacını izlemelidir<sup>[3]</sup>. Tüm bu amaçlarla TCK'nun ikinci kitabında yer alan bir kısım suçlar açısından etkin pişmanlık kurumu düzenlenmiştir.

## B. Etkin Pişmanlık Kavramı ve Şartları

### 1. Tanım

Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra failin gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle pişmanlık duyarak meydana getirdiği neticenin etkilerini ortadan kaldırmaya, azaltmaya, eski hale getirmeye veya suçun ve suç ortaklarının tespitine yönelik gönüllülük esaslı eylemleri dolayısıyla cezalandırılmamasını, cezasından indirim yapılmasını, hakkında açılmış kamu davasının düşürülmesini, hükmedilmiş cezanın ortadan kaldırılmasını sağlayan, cezayı kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak tanımlanabilir<sup>[4]</sup>.

Suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bazı şartların varlığı durumunda kişiye ya hiç ceza verilmemekte ya da cezasında indirim yapılmaktadır<sup>[5]</sup>. Bunlar cezayı kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak adlandırılmakta olup, suç tamamlandıktan sonra failin haksızlığın neticelerini mümkün olduğunca izale etmeye çalışarak gösterdiği etkin pişmanlık, cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebep olarak kabul edilmektedir<sup>[6]</sup>. Etkin pişmanlık halinde, fail tarafından işlenen suç ve gerçekleşen netice hiç olmamış gibi kabul

[3] CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 563.

[4] GÜNAY, Erhan, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Ankara, 2006, s. 15; EKER, Hüseyin, Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık, TBB Dergisi, Sayı:100, Ankara, 2012, s. 367; ÖZER, İbrahim, Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s. 6. ÖZER etkin pişmanlığın şahsi cezasızlık sebebi olduğu, ancak diğer şahsi cezasızlık sebeplerinden farklı olarak etkin pişmanlığın suçun icrasında failin şahsında mevcut olmadığı, suç tamamlandıktan sonra ortaya çıktığı görüşündedir.

[5] Şahsi cezasızlık sebepleri suçun icrası sırasında zaten mevcut olan sebeplerdir. Örneğin aralarında belli akrabalık ilişkisi olan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş buldukları hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık gibi suçlardan cezalandırılmaması halinde, aynı şekilde Anayasa'da cumhurbaşkanı ve milletvekilleri açısından kabul edilmiş olan mutlak dokunulmazlık halinde şahsi cezasızlık sebebi söz konusudur. Etkin pişmanlık ise failin şahsında önceden mevcut değildir. Bu nedenle cezayı kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmektedir.

[6] ÖZGENÇ, s. 545.

edilmemekte, eylem ve netice varlığını korumaktadır, fakat fail göstermiş olduğu pişmanlık gereği daha az cezalandırılmakta ya da cezalandırılmamaktadır<sup>[7]</sup>.

## 2. Şartları

Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi için kanunda öngörülme, suçun tamamlanması, failin belirli davranışları sergilemesi ve davranışın belli zaman diliminde yapılması şeklinde dört şartın meydana gelmesi aranmaktadır.

Etkin pişmanlık hükümleri ancak kanunda belirtilen suçlara uygulanabilmektedir. Bu nedenle, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için kanunda etkin pişmanlık hükmü öngörülen suçlardan birini işlemiş olması gerekmektedir.

İkinci olarak, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmış olması gerekmektedir. Somut olaya ve suçun nevine göre tamamlanma anı farklılık arz etmektedir. Her suç açısından suçun tamamlanma anı ayrı değerlendirilmelidir. Suçun tamamlanma aşamasının söz konusu olabilmesi için kanuni tipin gerektirdiği bütün unsurların suçun varlığı için yeterli olduğu kadariyle gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>[8]</sup>. Tamamlanmayan suç, failin iradesi ile yarıda kalırsa bu durumda gönüllü vazgeçme, failin iradesi dışında suçun yarıda kalması durumunda da teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır<sup>[9]</sup>.

Üçüncü olarak, failin sebep olduğu suç nedeniyle pişman olarak suçun neticelerini azaltmaya yönelik eylemlerde bulunması gerekmektedir. Etkin pişmanlık eylemleri, etkin pişmanlığa yer verilen özel hükümlerde her suç bakımından farklı farklı belirlenmiştir. Suçların konusuna ve niteliklerine göre etkin pişmanlık eylemleri değişmektedir<sup>[10]</sup>. Kanunda belirtilen eylemin

[7] Cezaya hiç hükmolunmamasını öngören düzenlemeleri içeren TCK maddeleri; 93/1, 184/5, 192/1-2-4, 201/1-2, 221/1-2-3-4. İlk cümle, 230/5, 254/1-2-3, 274/1, 275/2, 282/5, 316/2 Cezada muhtelif oranlarda indirim yapılmasını öngören düzenlemeleri içeren maddeler; 38/3, 93/2, 110, 168, 192/3, 221/4. İkinci cümle 248/1-2, 269/1-2-3-4, 274/2-3, 275/3, 281/3, 289/2, 293/1. Birinci cümle, 297/4.

[8] TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 248.

[9] EKER, s. 373; ÖZER, s. 21.

[10] ÖZER, s. 23. TCK'da öngörülen davranış biçimleri; "Resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vermek", "Suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına yardım etmek", "Soruşturmaya başlanmadan önce mağduru güvenli bir yerde serbest bırakmak", "Malı aynen geri vermek veya zararı tazmin etmek", "Yasalara aykırı olarak temin ettiği menfaati iade etmek", "Gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunu kabul etmek", "Teslim olmak", "Azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlamak", "İmar planına ve ruhsatına uygun hale getirmek", "Medeni nikâh yapmak", "Gerçeği söylemek", "Gizlenen delilleri teslim etmek", "Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlamak veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vermek", "Suç ittifakından çekilmek" şeklinde özetlenebilir.

fail tarafından iradi olarak ortaya konması, etkin pişmanlık hükümlerinin fail hakkında uygulanması için yeterlidir.

Son olarak, etkin pişmanlığın belirli bir zaman diliminde ortaya konulması gerekmektedir. Etkin pişmanlık hükmünün kanundaki düzenleniş biçimine göre, failin etkin pişmanlık eylemini soruşturmadan önce, soruşturma veya kovuşturma aşamalarından birinde göstermesi gerekmektedir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 2 nci maddesi çerçevesinde soruşturma aşaması; yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma aşaması ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Etkin pişmanlığın gösterildiği zamana göre failin cezasından indirim yapılma oranları değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla, kanun koyucu etkin pişmanlık düzenlemelerinde kısa sürede pişmanlık duyan faili daha sonra pişmanlık duyana göre daha fazla ödüllendirmektedir.

### C. Etkin Pişmanlığın TCK'da Düzenleniş Şekli

Mülga 765 sayılı TCK döneminde öğretilen etkin pişmanlık kavramına karşılık olarak “*faal nedamet*” ifadesi kullanılmaktaydı. Faal nedamet, “*icra hareketlerinin bitmesinden sonra failin neticenin gerçekleşmesine kendi ihtiyarında olan sebeplerle engel olması hali*” olarak kabul edilmiştir<sup>[11]</sup>. Oysa, 5237 sayılı TCK'da kabul edilen etkin pişmanlık hükümlerinde, suç netice de dâhil olmak üzere tüm unsurlarıyla meydana geldikten sonra failin ortaya çıkan zararlı sonucun etkilerini azaltmaya yönelik eylemlerine değer tanınmaktadır. İki kurum arasındaki en büyük fark, faal nedamet neticenin gerçekleşmesinden önce ortaya çıkması, etkin pişmanlığın ise netice dâhil suç tüm unsurlarıyla ortaya çıktıktan sonra meydana gelmesidir. Mülga 765 sayılı TCK'da faal nedamete ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde 765 sayılı TCK'nun 61 inci maddesinin ihtiyariyle vazgeçmeye ilişkin ikinci fıkrası hükümlerinin kıyas yolu ile bu durumda da uygulanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüştür<sup>[12]</sup>. Başka bir görüş de faal nedamet icranın bitmesinden sonra tam teşebbüs aşamasında söz konusu olacağı, bu itibarla fail icrayı bitirdikten sonra pişman olarak, neticenin meydana gelmesine ihtiyarıyla engel olsa dahi, yine de tamamlanmış veya tam teşebbüs aşamasında kalmış suçun cezasının verilmesi gerektiği yönündedir<sup>[13]</sup>.

[11] BAYRAKTAR, Köksal, Faal Nedamet, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 33, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s. 123.

[12] Gönüllü vazgeçme ile faal nedamet arasında nitelik farkı bulunmadığına ilişkin görüş için bkz. BAYRAKTAR, s. 137-139.

[13] DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*”, 8.bası, C.I., s. 522-523



5237 sayılı TCK'da ise etkin pişmanlık, tamamlanmış suçlar bakımından öngörölmüş olup, bu müessese kanununun genel hükümler kısmında düzenlenmediğinden<sup>[14]</sup>, yalnızca kanun koyucunun belirlemiş olduğu suçlar bakımından uygulanmaktadır. TCK'da etkin pişmanlık hükümleri etkin pişmanlık maddesi şeklinde ayrı bir madde olarak veya suçun düzenlendiği maddenin içinde ayrı fıkra olarak veyahut bölümün sonunda ayrı bir maddede bölümün suçları sayılmak suretiyle düzenlemiştir<sup>[15]</sup>. Etkin pişmanlık öngörölen suçların tamamı, taksirli iflas suçu hariç, kasten işlenebilen suçlardır.

#### D. Etkin Pişmanlığın Benzer Kavramlardan Farkı

##### 1. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, failin suçu tamamlama imkânı varken kendiliğinden icra hareketlerine son verip icrasına başladığı, ancak tamamlamadığı suç bakımından cezalandırılmamasıdır<sup>[16]</sup>. Ancak failin o ana kadar yaptığı hareketlerin başka bir suçu oluşturması halinde, bundan sorumluluğu devam edecektir<sup>[17]</sup>. Etkin pişmanlıkta ise fail icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra sonucun gerçekleşmesine engel olmaktadır. Gönüllü vazgeçmede failin pasif kalarak fiili tamamlamaması mümkündür; etkin pişmanlıkta ise fail suç tamamlandıktan sonra aktif olarak harekete geçmeli ve suçun neticelerini ortadan kaldırmaya yönelik eylemler yapmalıdır.

[14] 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda, suç politikaları düşünceleriyle etkin pişmanlık, 39. maddede "*Etkin Pişmanlık*" başlığı altında genel bir hüküm olarak düzenlenmişti. Buna göre, fail icra hareketlerini bitirdikten sonra, neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olmuşsa veya meydana gelmiş neticeyi tamamen ortadan kaldırmışsa, failin eksik teşebbüsün cezası ile cezalandırılması öngörölmüştür. Ancak daha sonra bu madde tasarı metninden çıkarılarak bazı suçlarla ilgili olarak özel hükümler halinde etkin pişmanlığa yer verilmiştir. Bkz. TCK md. 36 Gerekçesi.

[15] 5237 sayılı TCK'nunda etkin pişmanlık, Organ ve Doku Ticareti (md. 91), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (md. 109), Yağma, Hırsızlık, Mala Zarar Verme, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli İflas, Taksirli İflas ve Karşılıksız Yararlanma (md. 168), İmar Kirliliğine Neden Olma (md. 184/5), Uyuşturucu Madde İmal ve Ticareti, Uyuşturucu Madde Kullanma (md. 188, 191), Para Ve Kıymetli Damgalarda Sahtecilik (md. 197, 199), Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (md. 220), Evlenme Olmaksızın Dinsel Tören (md. 230/5), Banka Ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması (md. 245), Zimmet (md. 247), Rüşvet (md. 252), İftira (md. 267), Yalan Tanıklık (md. 272), Yalan Yere Yemin (md. 275), Suç Delillerini Gizleme (md. 281/3), Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama (md. 282/6), Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma (md. 289/2), Hükümlü Ve Tutuklunun Kaçması (md. 292), İnfaz Kurumuna Yasak Eşya Sokma veya Bulundurma (md. 297/4), Silahlı Örgüt Ve Silahlı Örgüte Silah Sağlama (md.314-315), Suç İşlemek İçin Anlaşma (md. 316/2) suçları bakımından düzenlenmiştir.

[16] GÜNAY, s. 167; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 476; ÖZGENÇ, s.428.

[17] GÜNAY, s. 167; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 477.

Gönüllü vazgeçme, suçun tamamlanması anından önceki aşamada söz konusu iken; etkin pişmanlık suç tamamlanmadan uygulanamaz, etkin pişmanlık hükümleri ancak tamamlanan suçlar açısından uygulanabilir. Dolayısıyla etkin pişmanlık ve gönüllü vazgeçme farklı zamanlarda ortaya çıkmaktadır.

Gönüllü vazgeçme, TCK'da genel hükümler içerisinde düzenlendiğinden tüm suçlar açısından uygulanabilir; fakat etkin pişmanlık hükümleri ancak kanunda öngörülen suçlar bakımından uygulanabilir.

Gönüllü vazgeçmede o ana kadar fail tarafından gerçekleştirilen icra hareketleri başka bir suç oluşturmuyorsa fail cezalandırılmaz, diğer bir deyişle suç oluşmamıştır. Etkin pişmanlıkta ise icra hareketleri tamamlandığı için suç varlığını korur, ancak pişmanlık nedeniyle fail cezalandırılmaz ya da cezadan indirim yapılır.

## 2. Uzlaşma

5271 sayılı CMK'nun 253 üncü maddesinde düzenlenen uzlaşma, belli suçlarda mağdur ile failin bir araya getirilerek yapılacak görüşmeler neticesinde mağduriyetin etkilerinin azaltılması veya suçtan doğan zararın mümkün olduğunca giderilmesi amacıyla yönelik olarak uzlaştırılmasını sağlayan müessesedir<sup>[18]</sup>. Uzlaşmanın temel amacı, mağdurun zararının giderilmesidir. Ancak etkin pişmanlık öngörülen tüm suçlarda mağdurun zarara uğraması söz konusu olmadığı gibi, etkin pişmanlıkta mağdur ile suçlu bir araya gelmemektedir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'da yer alan kasten yaralama, taksirle yaralama, konut dokunulmazlığının ihlali, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçları nedeniyle uzlaşma yoluna başvurulabilecektir. Ancak CMK md 253/2'de kanunda açık hüküm bulunması halinde diğer kanunlarda yer alan suçlar için de uzlaşma yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir.

Yukarıda yer verilen uzlaştırma yoluna başvurulabilecek suçlardan hiçbiri için ayrıca etkin pişmanlık hükmü öngörülmemiştir. Zira CMK md. 253/3'te, soruşturulması ya da kovuşturulması şikâyete bağlı olsa dahi etkin pişmanlığa yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar için uzlaşma yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, uzlaşmada yalnızca mağdurun rızasıyla fail tarafından mağdurun zararının giderilmesi şartı arandığı halde, etkin pişmanlıkta failin suçu tamamlandıktan sonra pişmanlık gösterip iradi olarak neticeyi ortadan kaldırmaya yönelik fiiller gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

[18] ÖZGENÇ, s.578-579.

## II. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA ETKİN PİŞMANLIK VE UYGULAMA ALANI

### A. Etkin Pişmanlık Düzenlemesinin Amacı

Yukarıda, “*Suç ve Ceza Politikası Açısından Etkin Pişmanlık*” başlığı altında yapılan değerlendirmelerde, TCK’da etkin pişmanlığın, suçun ve suçlunun ortaya çıkarılması ile suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi ve failin tekrar kazanılması amacıyla getirildiği ifade edilmiştir.

Sermaye piyasası hukukunda, sermaye piyasasına özgü ihtiyaç ve gereklilikleri içerecek şekilde düzenleme yapılmasının yanı sıra, düzenlemenin muhataplarının yapılan düzenlemelere uygun hareket edip etmediklerinin denetlenmesi ile denetim sonuçlarına göre etkin ve caydırıcı tedbir ve yaptırım uygulanması önem arz etmektedir. Bu nedenle SPK’nun Genel Gerekçesi’nde de belirtildiği üzere, Kanun’un hazırlanması aşamasında, mevcut yaptırım sistemi tümüyle gözden geçirilmiş olup, piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçları açısından ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımı çerçevesinde etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Ekonomik kayıpların doğmasına neden olan ve diğer sermaye piyasası suçlarına nazaran daha sık işlenen bu suçlar bakımından, belli bir tutarın altında olmamak üzere elde edilen menfaatin ödenmesi suretiyle hapis ve adli para cezasından kurtulma yolunun açılmış olması ile gerek bu suçlardan elde edilen menfaatin yeniden ekonomiye kazandırılması, gerekse soruşturma ve kovuşturma maliyetlerinin azaltılması amaçlanmaktadır.

### B. Etkin Pişmanlık Öngörülen Suçlar

Etkin pişmanlık hükümleri 6362 sayılı SPK’nda düzenlenen suçlar arasında 107 nci maddede “*Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*” başlığı altında düzenlenen işlem manipülasyonu<sup>[19]</sup> ve 110 uncu maddede “*Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik*” başlığı altında düzenlenen örtülü kazanç aktarımı<sup>[20]</sup> suçları bakımından öngörülmüştür. Etkin pişmanlık hükümlerinin nasıl uygulanacağını ortaya konulabilmesi için anılan maddelerin incelenmesi gerekmektedir.

[19] 6362 sayılı SPK’nda 107. maddede “*Piyasa Dolandırıcılığı*” başlığı altında düzenlenen işlem manipülasyonu ve bilgi manipülasyonu suçlarından, yalnızca işlem manipülasyonu suçu için etkin pişmanlık hükmü öngörüldüğünden çalışmamızda “*piyasa dolandırıcılığı suçu*” ifadesi yerine “*işlem manipülasyonu suçu*” ifadesi kullanılacaktır.

[20] 6362 sayılı SPK’nda 110. maddede “*Güveni kötüye kullanma suçu ve sahtecilik*” başlığı altında düzenlenen güveni kötüye kullanma ve örtülü kazanç aktarımı suçlarından yalnızca örtülü kazanç aktarımı suçu için etkin pişmanlık hükmü öngörüldüğünden çalışmamızda “*güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçu*” ifadesi yerine “*örtülü kazanç aktarımı suçu*” ifadesi kullanılacaktır.

### 1. İşlem Manipülasyonu Suçu

Mülga 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-2 maddesinde işlem manipülasyonu<sup>[21]</sup>, 47/A-3 maddesinde ise bilgi manipülasyonu<sup>[22]</sup> suçları ve bu suçlara ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir. 6362 sayılı SPKn'nunda, işlem manipülasyonu ve bilgi manipülasyonu müstakil bir madde altında birleştirilerek “*Piyasa Dolandırıcılığı*” olarak 107 nci maddede aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz<sup>[23]</sup>.”

....

(3) Birinci fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beşyüzbin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye;

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükümlenmez.

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir.

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.”

6362 sayılı SPKn'nun genel gerekçesinde belirtildiği üzere, “*Piyasa Dolandırıcılığı*” suçu 2003/6/EC sayılı İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Piyasa

[21] 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-2 maddesi, “...Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler... her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmünü amirdir.

[22] 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-3 maddesi, “...Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler... her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” hükmünü amirdir.

[23] 2499 sayılı SPKn'nun 47/son maddesinde “Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz.” düzenlemesi öngörülmüşken; 6362 sayılı SPKn'nunda yalnızca işlem manipülasyonu suçu için verilen adli para cezasının miktarının elde edilen menfaatten daha az olamayacağı öngörülmüştür.

Manipülasyonuna (Piyasanın Kötüye Kullanılması) İlişkin 28 Ocak 2003 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi dikkate alınarak kaleme alınmış, bu çerçevede sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının yanı sıra değerlerini ve yatırım kararlarını etkileyebilme hususları ile emir vermenin de ilgili suç kapsamında olduğu eklenmiştir.

SPKn'nun 107 nci maddesinde, yalnızca birinci fıkrada öngörülen işlem manipülasyonu suçu için etkin pişmanlık öngörülmüştür. Madde gerekçesinde piyasa dolandırıcılığında etkin pişmanlık hükmü öngörülerek bu suçla elde edilen ya da elde edilmesine sebep olunan menfaatin yeniden ekonomiye kazandırılmasının temin edildiği ifade edilmiştir. Buna göre, soruşturma başlamadan önce maddenin birinci fıkrasında düzenlenen piyasa dolandırıcılığı tanımına giren fiillerde bulunanların elde ettikleri menfaatin iki katını Hazine'ye ödemeleri halinde bu suçtan dolayı haklarında cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma başladıktan sonra Hazine'ye ödenmesi halinde ise verilecek cezanın yarısı indirilir. Kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödendiği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

Failin suç nedeniyle hiç menfaat elde edemediği, hatta zarar ettiği durumlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ise, etkin pişmanlık kurumunun işlenen suçun cezasının azaltılmasını/ortadan kaldırılmasını sağlayan bir işlevi olduğu dikkate alındığında, sadece menfaat elde edenlere bu indirim/cezasızlık imkânının tanınmasının ceza adaletine aykırı sonuçlar doğuracağı sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce maddede failin beşyüz bin Türk Lirasından aşağı olmamak üzere elde ettiği ya da elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı tutarı Hazine'ye yatıracağı ifade edilmekle, etkin pişmanlıktan yararlanmak için menfaate bakılmaksızın alt sınır beşyüz bin Türk Lirası olarak belirlenmiştir. Yani, fail hiç menfaat elde edemese, hatta zarar dahi etse etkin pişmanlıktan yararlanmak için en az beşyüz bin Türk Lirasını Hazine'ye yatırmalıdır.

Yapılan ödeme, genel gerekçede belirtildiği üzere ilgili hakkında suç duyurusu yapılmamasını değil, yapılan yargılama sonucunda cezaya hükmolunmamasını/cezada indirim yapılmasını sağlamaktadır. Madde gerekçesine göre, etkin pişmanlık düzenlemesiyle, söz konusu suçla etkin ve caydırıcı bir şekilde mücadele etmenin yolları genişletilmiş olmaktadır.

## 2. Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu

Mülga 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-5 maddesinde<sup>[24]</sup> ve TCK'nun 155 inci maddesinde<sup>[25]</sup> düzenlenen güveni kötüye kullanma suçları ile 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-6 maddesinde<sup>[26]</sup> düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçları 6362 sayılı SPKn'nda tek bir madde halinde “*Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik*” başlığı altında 110 uncu maddede aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“(1) Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda Türk Ceza Kanununun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz:

...

b) Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya malvarlığını azaltmak<sup>[27]</sup>,

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan

[24] 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-5 maddesi, “Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanunun 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorunlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluşuna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehmeden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve taşıyıcı eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri... her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmünü amirdir.

[25] TCK'nun 155. maddesi, “Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” hükmünü amirdir.

[26] 2499 sayılı SPKn'nun 47/A-6 maddesi, “Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler, her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmünü amirdir.

[27] Bu bentte yer alan “...gibi...” ibaresi, 23/11/2013 tarihli ve 28830 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 14/11/2013 tarihli ve E.: 2013/24, K.: 2013/133 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, sözkonusu ibarenin yürürlüğü yine Anayasa Mahkemesi’nin 14/11/2013 tarihli ve E.2013/24,K.2013/43 (Yürürlüğü Durdurma) Kararı ile İptal Kararının Resmi Gazete’de yayımlanacağı tarihe kadar durdurulmuştur.

veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticarî hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticarî uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek,

...

(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişinin, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye;

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,

c) Kovuşturma evresinde hüküm kesinleşinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.”

Madde gerekçesine göre, yatırım kuruluşları, fon kurulları ve teminat sorumlularının, güven ve itibar müesseseleri olmaları ve yatırımcılara ait sermaye piyasası araçlarının bu kuruluşlar tarafından suiistimalinin yoğun olarak gündeme gelmesi nedeniyle, TCK'da güveni kötüye kullanma suçu olarak müeyyide altına alınan filler, sermaye piyasasının özelliklerine uygun ve daha geniş kapsamlı bir biçimde tanımlanarak cezaî müeyyideye bağlanmıştır.

Maddede yalnızca örtülü kazanç aktarımı suçu için etkin pişmanlık öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, suç fiilini gerçekleştiren kişinin etkin pişmanlık göstererek SPKn'nun 21/4 hükmündeki ödemenin yanı sıra bunun iki katı tutarındaki parayı Hazine'ye ödemesi gereklidir. Kanun'un 21/4 maddesi,

“Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanunî faizi ile birlikte malvarlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanunî faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlâli ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukukî, cezaî ve idarî yaptırımlar saklıdır.”

hükmünü amirdir. Dolayısıyla, suçun faili etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için öncelikle Kanun'un 21 inci maddesinde öngörülen örtülü kazanç olarak aktarılan tutarı yasal faizi ile birlikte malvarlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iade etmek zorundadır. Daha sonra aktarılan tutarın iki katının soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödenmesi halinde bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma başladıktan sonra Hazine'ye ödenmesi halinde ise verilecek cezanın yarısı indirilir.



Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödendiği takdirde ise, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

### C. Etkin Pişmanlığın Uygulama Alanının Belirlenmesi

#### 1. Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasındaki Suçlar Bakımından Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanabilirliği

##### a. Soruşturma ve Kovuşturma Evreleri

6362 sayılı SPK'nun etkin pişmanlığa ilişkin hükümlerinin uygulama alanının belirlenebilmesi için soruşturma ve kovuşturma evrelerinin ne zaman başlayıp sona erdiğinin ortaya konması önem arz etmektedir. Zira, Kanun'da yer alan düzenlemelerde soruşturma öncesi, soruşturma ve kovuşturma aşamaları bakımından cezalarda farklı oranlarda indirim öngörülmektedir.

CMK'nun "Tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinin (e) fıkrasında soruşturmanın, "kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" ifade ettiği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde ise, "... Kamu davasında iki temel evre kabul edilmiş bulunmaktadır. Davanın hazırlanmasına ilişkin olup, işlenen suça ilk müdahaleden başlayarak iddianamenin mahkemeye verilmesine kadar geçen bütün işlemleri kapsayan evre, soruşturma olarak isimlendirilmiştir. Elbette ki bu evre içinde bir takım aşamalar da vardır." denilmek suretiyle tanıma açıklık getirilmiştir. Buna göre, soruşturma; suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başlamış olacak ve iddianamenin mahkemece kabulüne kadar geçen bütün işlemleri kapsayacaktır.

CMK'nun 158 inci maddesinde, suça ilişkin ihbar ve şikâyetin Cumhuriyet Başsavcılığına ve kolluk makamlarına yapılabileceği; Valilik ya da Kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar ve şikâyetin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderileceği; yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar ve şikâyetle bulunabileceği; bir kamu görevinin yürütülmesi ile bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar ve şikâyetin gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderileceği öngörülmektedir.

CMK'nun "Bir Suçun İşlendiğini Öğrenen Cumhuriyet Savcısının Görevi" başlığını taşıyan 160 ıncı maddesi, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." hükmünü içermektedir.



Tanımlarda, soruşturma evresinin suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenilmesi ile başlayacağı kabul edilmiş, ancak yetkili mercilerin kim olduğu hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Soruşturmayı yapacak merciin, kural olarak Cumhuriyet Savcısı olacağı yasada yer alan diğer hükümlerden açıkça anlaşılmaktadır<sup>[28]</sup>. Dolayısıyla, soruşturma evresinin, kural olarak Cumhuriyet Savcısının, bazı ayrıksı hallerde de, soruşturma yapmaya yetkili diğer yetkili makamların suç şüphesini öğrenmesiyle başlayacağı açıktır.

Bu durumda, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından yapılan suç duyurularından önceki denetim evresinin soruşturma evresi kapsamına dâhil olmayacağı, soruşturma evresinin Kurulca Cumhuriyet Savcılığına yapılan suç duyurusu tarihinde başlayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Suçun mağdurlarının Kurul tarafından inceleme yapılmadan doğrudan Savcılığa başvurmaları halinde ise soruşturma evresinin başlayıp başlamadığı, dolayısıyla failerin soruşturma öncesinde etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacakları hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. 6362 sayılı SPK'nın 115 inci maddesinde “*Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.*” hükmü yer almaktadır<sup>[29]</sup>. Uygulamada, bazı hallerde mağdurlar tarafından doğrudan Savcılığa başvurulması halinde, Savcılık tarafından soruşturma başlatıldığı ve bu soruşturma kapsamında SPK'ya müzekkere yazılarak konuya ilişkin olarak bir inceleme yapılıp yapılmadığı, yapıldıysa düzenlenen evrakların gönderilmesinin talep edildiği; bazı hallerdeyse Savcılık tarafından görevsizlik kararı verilerek konunun inceleme yapılmasını teminen SPK'ya intikal ettirildiği görülmektedir. Soruşturma yapılması, kanun düzenlemesine göre Kurulca suç duyurusunda bulunulmasına bağlı olduğu halde, Savcılık tarafından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, soruşturma açılması açıkça hukuka aykırıdır. Ayrıca, mağdurların Savcılığa başvurusuyla fiilen soruşturmanın başlatıldığı hallerde, 6362 sayılı SPK'da düzenlenen soruşturma öncesi etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak isteyen failerin bu imkânının kalmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, Savcılık

[28] Ancak ayrıksı durumlarda, askeri suçlarda askeri savcılarının veya memurların görevleri nedeniyle işledikleri suçlarda 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma iznini vermeye yetkili mercinin soruşturmayı başlatması olanağı bulunduğuundan, tanımlama yapılırken “*yetkili merciler*” den söz edilmiş olması yasama tekniğinin bir gereğidir (YCGK, 17.10.2006 tarih ve E.2006/5-165, K.2006/213).

[29] 6362 sayılı SPK ile mülga olan 2499 sayılı SPK'nın 49. maddesinde de benzer şekilde 47 nci madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olduğu, bu kanuna aykırı fiillerin işlendiğini bilgi edinen Cumhuriyet Savcılarının Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

tarafından görevsizlik kararı verilmeden soruşturma açılan hallerde, Kurulun inceleme yaptığı sırada failin etkin pişmanlıktan yararlanmayı istemesi halinde de, durumun Savcılığa bildirilmesi gerektiği, Savcılığın da faili soruşturma öncesi etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırarak takipsizlik kararı vermesi gerektiği düşünülmektedir.

Kovuşturma evresine ilişkin olarak, CMK'nun 174 üncü maddesinde, onbeş gün içinde iade edilmeyen iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı, 175 inci maddesinde de, iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı düzenlenmiştir. Bu bilgiler ışığında, Cumhuriyet Savcısı'nun iddianameyi mahkemeye gönderdiği tarihten itibaren 15 gün içinde Mahkeme tarafından iddianame Cumhuriyet Savcısına iade edilmez ise, bu iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı ve artık bu andan itibaren kovuşturma aşamasının başlayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

SPKn'nda etkin pişmanlık öngörülen hükümlere bakıldığında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlığın gösterilmesi halinde cezadan 1/3 oranında indirim yapılacağı düzenlendiği görülmektedir. 6362 sayılı SPKn'nun yasalaşma sürecinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurul görüşmelerinde Kanun'un 107 nci maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde yer alan "verilinceye" ifadesinin "kesinleşinceye" olarak değiştirilmesi yönünde önerge verilmiştir. Önergenin gerekçesi "Değişiklik ile hükmün kesinleşmesinin esas alınması amaçlanmıştır." şeklinde ifade edilmiştir. Ancak önerge TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmediği için madde "kovuşturma aşamasında hüküm verilinceye kadar" şeklinde yasalaşmıştır<sup>[30]</sup>. Bu durumda, Kanun'daki "hüküm verilinceye kadar" ifadesinden ilk derece mahkemesi hükmü mü yoksa kesinleşen hükmün mü anlaşılması gerektiği yönünde tereddüt doğmaktadır.

Benzer tereddüt TCK'daki suçlar bakımından da doğmuş olup, doktrinde farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, "hüküm verilmeden önce" ifadesi kararın kesinleşmesinden önceki son hüküm olarak anlaşılmalıdır<sup>[31]</sup>. Dosya, Yargıtay tarafından bozulup döndükten sonra iade veya tazminin yapılması durumunda failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır, dolayısıyla Yargıtay tarafından verilen bozma kararından sonra failin pişmanlık göstererek yapmış olduğu iade ve tazminde de etkin pişmanlık hükümleri uygulanır<sup>[32]</sup>. Çünkü ne madde

[30] [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak\\_B\\_SD.birlesim\\_baslangic?P4=21348&P5=H&page1=47&page2=47](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=21348&P5=H&page1=47&page2=47)

[31] EKER, s. 381; ÖZER, s. 27.

[32] Sanık hakkındaki 20.10.2005 tarihli hükmün, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 19.06.2006 tarihli kararıyla bozularak ortadan kalktığı ve yeni hüküm kurulmadan önce de yakınının zararının giderilerek etkin pişmanlık koşullarının sağlandığının anlaşılması karşısında, tebliğnamedeki eleştiri düşüncesi benimsenmemiştir. Yargıtay 6.CD, 03.11.2008 tarih, E.2007/24949, K.2008/18596, EKER, s. 381, dn. 62.

metninde ne de gerekçesinde “*hüküm verilmeden*” ifadesini, ilk hüküm olarak anlamaya yol açacak bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle, iade veya tazminin “*ilk hükmün verilmesinden önce*” yapılması gerektiği tarzındaki gibi bir yorum fail aleyhine sonuç doğuracaktır.

Diğer görüş ise, TCK’nın 168 inci maddesinde belirtilen iade veya tazminin “*ilk hükmün verilmesinden önce*” yapılması gerektiğini, Yargıtay’da dosya bozulup döndükten sonra yapılan iade ve tazmin durumunda bu hükmün uygulanamayacağını, zira artık failin etkin pişmanlığından değil sırf ceza indiriminden faydalanmak amacıyla iade veya tazmin yoluna başvurduğunu belirtmektedir.<sup>[33]</sup>

Yukarıda yer verilen tanımda ifade edildiği üzere, kovuşturmanın iddia-namenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade ettiği göz önünde bulundurulduğunda, Kanun’da “*hüküm verilinceye kadar*” ifadesi kullanılmak suretiyle kovuşturma aşamasında ilk derece mahkemesi hükmü verilinceye kadar etkin pişmanlıktan yararlanılabileceğinin özel olarak tercih edildiği, TBMM Genel Kurulu’nda “*hüküm kesinleşinceye kadar*” şeklinde verilen değişiklik önergesinin reddedilmesinin de kanun koyucunun bu yöndeki iradesini ortaya koyduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, kanaatimizce Kanun’daki düzenleme ile kovuşturma aşamasında hüküm kesinleşinceye kadar faile etkin pişmanlıktan yararlanma hakkı tanıdığıнын kabulü halinde, ilk derece mahkemesi kararı açıklandığında fail eğer ceza almışsa buna göre hükmü temyiz ederek etkin pişmanlıktan faydalanma hakkının sağlanacağı, bu noktada sanığa önce ilk derece mahkemesi kararını görme, sonra pişman olma imkânının getirilmiş olacağı düşünülmektedir.

Bilhassa piyasa dolandırıcılığı suçu için Kanun’da öngörülen ceza alt sınırının iki yıl olması sebebiyle, bu suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan faydalanabilecek olan fail, soruşturma öncesinde veya soruşturma sırasında etkin pişmanlık yoluna başvurmayıp, önce yargılanıp ilk derece mahkemesi kararını görecektir, iki yıldan fazla ceza almışsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan faydalanamayacağı için bu sefer hükmü temyiz ederek etkin pişmanlıktan faydalanmak isteyecektir. Bu çerçevede, Kanun’daki hüküm verilinceye kadar ifadesinin ilk derece mahkemesi hükmü olarak anlaşılmasının daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

[33] ESEN, Sinan, Malvarlığına Karşı ve Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanındaki Suçlar, Ankara, 2007, s. 434; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2007, s. 1136.

### **b. Lehe Kanun Uygulaması**

SPKn'nun yürürlük tarihinden<sup>[34]</sup> daha önceki bir tarihte işlenmiş bir piyasa dolandırıcılığı ya da örtülü kazanç aktarımı suçu söz konusu ise, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi açısından ceza hukukunun, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeleri önem arz etmektedir.

TCK'nun “*Zaman Bakımından Uygulama*” başlıklı 7 nci maddesi çerçevesinde ceza hukukunda kural olarak konusu suç teşkil eden bir fiil, işlendiği tarihte yürürlükte olan<sup>[35]</sup> kanuna göre cezalandırılır. Aynı maddeye göre, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkeler, sonradan yürürlüğe giren kanunla bir suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, suçun karşılığında öngörülen ceza hukuku yaptırımlarında ve bir cezaya mahkûm olmaya bağlı kanuni neticelerde bir değişiklik yapılması durumunda dikkate alınacaktır<sup>[36]</sup>.

Yargıtay'ın 23.2.1938 tarih ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda<sup>[37]</sup> “*Suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin farklı olması halinde, her iki yasanın birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı*” şeklinde, lehe yasanın tespitinde başvurulacak yöntem ana hatlarıyla belirtilmiştir.

Öğretide de anılan içtihadı birleştirme kararındaki ilkeler benimsenerek, uygulanma olanağı bulunan tüm yasaların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılmasının gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren yasanın belirlenip son hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür<sup>[38]</sup>.

[34] 30.12.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

[35] 23.5.1928 tarih ve 1322 sayılı “*Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun*” un 1. maddesi uyarınca, bir kanunun yürürlüğe girebilmesi için Resmi Gazete'de yayınlanması gerekmektedir. Bir kanunun yürürlüğe girdiği tarih genellikle Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihtir, ancak uygulama için hazırlık yapılabilmesi bakımından yürürlük tarihinin daha ileri bir tarih olarak belirlenmesi mümkündür. Nitekim, TCK'da bu usul uygulanmıştır. Hiçbir tarih belirtilmemişse, anılan Kanun'un 3. maddesi uyarınca, kanun Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihten itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girer.

[36] ÖZGENÇ, s. 119.

[37] www.kazanci.com

[38] Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, İstanbul, 1979, s. 167 vd.; DÖNMEZER, S., *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2003, s. 64 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, *Caner Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul, 2010, s. 221 vd.

Lehe kanunun belirlenmesinde, bir kanunun hüküm tesis edilinceye kadarki hükümlerini kendi içinde bir bütün olarak somut olaya uygulanmak gerekir. Buna karşılık, hüküm verildikten sonraki infaz aşamasında uygulanabilecek olan kanun hükümlerini ise, lehe kanunun belirlenmesinde ayrıca değerlendirmek gerekecektir. Böylece, çapraz uygulamanın yolu açılmıştır. Yani, lehe kanunun belirlenmesinde hükmün kurulması aşamasında uygulanması gereken düzenlemelerle hükmün infazına ilişkin düzenlemeleri birlikte değil, ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Dikkat edilmelidir ki, hükmün kurulması aşamasında uygulanması gereken düzenlemelerin münhasıran bir kanun kapsamında olması gerekmemektedir. Bu nedenle, lehe kanunun belirlenmesi bağlamında yapılan değerlendirmede sadece bir kanunu değil bir müesseseyeyle ilgili (tekerrür, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverme gibi) düzenlemelerin yer aldığı kanunları birlikte göz önünde bulundurmak gerekmektedir<sup>[39]</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, SPKn'nda yer alan etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelerin, Kanun yürürlüğe girmeden önce işlenen işlem manipülasyonu ve örtülü kazanç aktarımı suçlarının failleri bakımından lehe düzenleme olduğu ve Kanun'un yürürlük tarihi itibarıyla lehe düzenleme olmaları sebebiyle geçmişte işlenen bu suçlara uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, etkin pişmanlık hükümleri, etkin pişmanlığın soruşturmadan önce gösterilmesi halinde cezasızlığı, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde gösterilmesi halinde ise cezadan belli oranlarda indirimi öngörmektedir. Mülga 2499 sayılı SPKn'nun md. 47/A-2 hükmünde düzenlenen manipülasyon ve md. 47/A-6 hükmünde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçları için iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası öngörüldüğü göz önünde bulundurulduğunda, 6362 sayılı SPKn ile gelen düzenleme bu suçlar bakımından her durumda failin lehine bir düzenleme olup, geçmişe uygulanması gerekmektedir.

[39] ÖZGENÇ, s.122; Yargıtay içtihatları da yeni ceza hukuku mevzuatının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren aynı yönde gelişmiştir. Buna göre, "...lehe yasa belirlenmesi yöntemi; sabit kabul edilen olaya her iki yasanın ilgili tüm hükümlerinin birbirine karıştırılmaksızın uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sonuçlar belirlenmesini ve bunların karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Lehe yasanın saptanması için, maddi olaya suç tarihinde yürürlükte bulunan yasalar ile sonradan yürürlüğe giren yasaların hiçbir hükmü karıştırılmadan bir bütün halinde uygulanmasını ve uygulama sonucunda ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak bu karşılaştırmada, hükmün tesisi aşamasında uygulanması gereken normlarla, hükmün infazına ilişkin normlar birlikte değil, ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu değerlendirmede hükmün tesisi aşamasında uygulanması gereken düzenlemelerin aynı yasa kapsamında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, sadece bir yasa değil bir müesseseyeyle ilgili düzenlemelerin yer aldığı yasalar birlikte değerlendirilecektir..." (YCGK, 17.07.2007, 2007/1-168, 2007/173; YCGK, 17.07.2007, 2007/1-157, 2007/168, www.kazanci.com )

Ancak hatırdı tutulmalıdır ki, önceki bölümdeki açıklamalarımız çerçevesinde, lehe kanun uygulamasının, yargılama sırasında sanık hakkında ilk derece mahkemesi hükmü verilinceye kadar gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır.

***c. Kanun'un Yürürlük Tarihi İtibarıyla Kurul İncelemesi, Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Olan Suçlar Bakımından Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanması***

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin yukarıdaki açıklamalardan yola çıkılarak, SPKn'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş ve bu tarihte SPK'nun incelemesinde ya da soruşturma evresinde ya da kovuşturma evresinde yargılanması devam eden suçlar bakımından yeni kanunun getirdiği etkin pişmanlık hükümlerinin uygulamasının değerlendirilmesinde fayda vardır.

Öncelikle, SPKn yürürlüğe girmeden önce işlenmiş bir suçla ilgili olarak Kanun yürürlüğe girdikten sonra Kurul incelemesi yapıldığı esnada, suçun faili lehe kanun uygulamasıyla etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğinde, soruşturma öncesinde bu iradeyi göstermiş olması nedeniyle hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, soruşturma evresi kural olarak suçun Cumhuriyet Savcısı tarafından öğrenilmesiyle başladığından ve Kurul incelemesi aşamasında Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığı'na yapılmış bir suç duyurusu söz konusu olmadığından, soruşturma öncesi evrede etkin pişmanlık gösteren failin ceza almaması gerektiği düşünülmektedir.

SPKn yürürlüğe girdikten sonra soruşturma aşamasında olan bir suçun faili etkin pişmanlıktan yararlanmak istediğinde, Kanun'da öngörülen hangi aşamanın uygulanacağına tespiti önem arz etmektedir. Zira Kanun'da soruşturma öncesinde etkin pişmanlık gösterildiği takdirde cezaya hükümlenmeyeceği, soruşturma sırasında etkin pişmanlık gösterildiğinde cezanın yarısının indirileceği düzenlenmiştir. Yeni kanun fail lehine olduğu için uygulanacaktır, ancak hangi aşamadan hüküm tesis edileceği konusunda Kanun'da bir geçiş hükmü de bulunmadığından tartışmalı bir durum söz konusudur.

Zira, fail suçu işlediğinde Kanun'da etkin pişmanlığa ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Dolayısıyla failin eski kanun döneminde soruşturma başlamadan önce etkin pişmanlıktan yararlanma imkânı da bulunmamaktaydı. Ancak o dönemde böyle bir düzenleme bulunsaydı belki de fail, hakkında soruşturma başlamadan gerekli miktarı ödeyecek ve ceza almaktan tamamen kurtulacaktı. Oysa, Kanun yürürlüğe girdiği tarihte soruşturma başladığı için Kanun doğrudan uygulanırsa fail etkin pişmanlıktan yararlanmak istediğinde cezasının yarısı oranında indirim yapılacaktır.

Ne var ki, Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, failin soruşturmadan önce bu tür bir pişmanlık içerisinde olduğunu, o dönemde ödeme yapmaya

hazır olduğu yönündeki iradesini ya da ödeme yapmış olduğunu ispat etmesi halinde, soruşturma öncesi etkin pişmanlıktan söz edilerek hakkında cezaya hükmolunmaması mümkün olabilecektir<sup>[40]</sup>.

Yine, Yargıtay uygulamasına göre kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk derece mahkemesinde yargılama aşamasında olan bir suçun faili etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediği takdirde, soruşturma öncesi ve soruşturma sırasındaki pişmanlık iradesini ispatlayamadığı sürece Kanun'un kovuşturma aşaması için öngörmüş olduğu indirimden faydalanacaktır<sup>[41]</sup>.

[40] Yargıtay benzer bir davada, “*Saniğin katılan kurumun zararını iddianamenin düzenlendiği 12.9.2002 tarihinden sonra, kovuşturma aşaması başladıktan ancak henüz hüküm verilmeden önce ödemiş olması karşısında, zararının henüz soruşturma başlamadan giderilmesi halinde verilecek cezadan yapılacak indirimi öngören 5411 sayılı Kanununun 160. maddesinin 4. fıkrasının sanık hakkında uygulanma olasılığı bulunmamaktadır. Her ne kadar suç tarihinde yürürlükte bulunan 4389 sayılı Yasada zararın soruşturma başlamadan giderilmesi halinde, verilecek cezadan indirimi düzenleyen bir hükmün bulunmadığı, dolayısıyla bu şekilde bir düzenleme bulunsa idi saniğin, katılan kurumun zararını, hakkında soruşturma başlamadan önce ödeyeceği ve zararın ödenmesi sebebiyle verilecek cezadan daha fazla oranda indirim yapılacağı ileri sürülebilir ise de daha önce katılan kurum zararını ödeme konusunda herhangi bir irade ortaya koymayan saniğin, katılan kurumun zararını verilecek cezadan daha fazla oranda indirimi öngören kovuşturma aşamasından önce değil de, kovuşturmanın başlaması başladıktan ancak hüküm verilmeden önce ödemiş olması karşısında, bu düşüncenin kabulü olanaklı değildir.*” gerekçesiyle, saniğa ancak hüküm verilmeden önceki evre için öngörülen oranda ceza indirimi uygulanabileceğini hükme bağlamıştır YCGK, 9.11.2010, E.2010/7-190, K.2010/219, www.kazanci.com

[41] “...*Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, sanıkların Abdullah B..’a yönelik yağma suçunda, etkin pişmanlığın gerçekleştiği aşamanın saptanması ile buna bağlı olarak 5237 sayılı TCY’nin 168. maddesi uyarınca yapılacak indirim oranının belirlenmesine ilişkindir. 5271 sayılı CMK’nın 2. maddesinde, soruşturma aşamasının, iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, kovuşturma aşamasının ise iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade ettiği belirtilmiş, aynı Yasanın 174. maddesinde onbeş gün içinde iade edilmeyen iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı, 175. maddesinde iddianamenin kabulü ile kamu davasının açılacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı hükümlerine yer verilmiştir. Mal varlığına yönelik bir kısım suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 168. maddesinin 3. fıkrasında ise, yağma suçlarında, etkin pişmanlığın soruşturma aşamasında gerçekleşmesi halinde cezanın yarısına kadar, kovuşturma aşamasında gerçekleşmesi halinde üçte birine kadarının indirileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı CMK’nın 2, 174, 175 ve 5237 sayılı TCK’nın 168. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, yağma suçlarında, iddianamenin kabulü kararı verildiği takdirde, bu tarihten itibaren, iddianamenin kabulü kararı verilmediği abvalde ise yasadaki öngörülen azami onbeş günlük sürenin sonunda, gerçekleştirilen etkin pişmanlıkta kovuşturma aşamasına geçilmesi nedeniyle hükmedilecek cezadan üçte birine kadar indirim yapılabilir. Sanıklar Umut Ç... ve Sercan Ö...’in, 29.09.2006 günü saat 12.30 sıralarında mağdur Abdullah B...’ya karşı gerçekleştirdikleri yağma suçu nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 37/1. maddesi yollanmasıyla, 149/1-a-c, 31/3 ve 63. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle düzenlenen iddianame üzerine, Bakırköy 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesince 13.10.2006 gün ve 293-293 sayı ile iddianamenin kabulüne karar verilmek suretiyle kovuşturma aşamasına geçilmiştir. Mağdurdan yağmalanan cep telefonunun yenisinin alınarak mağdura verilerek suretiyle iade ve tazminin sağlandığı tarihin ise 22.10.2006 olması nedeniyle, etkin pişmanlık kovuşturma aşamasında*



Bir kişi, işlediği bir suçtan dolayı yürürlükte olan kanun hükümlerine göre ilk derece mahkemesince yargılanıp mahkûm edilmiş ve hüküm kesinleşmeden önce anılan suça ilişkin sanık lehine etkin pişmanlık öngören yeni bir kanuni düzenleme yürürlüğe girmişse, temyiz mercii sadece bu nedenle sanık hakkında yeniden bir yargılama yapılarak yeni bir karar verilmesi için yerel mahkeme kararını bozmaktadır<sup>[42]</sup>.

Bu çerçevede, 6362 sayılı SPKn yürürlüğe girmeden önce, sanığın yerel mahkemede yargılandığı ilk davada hüküm verilinceye kadar, etkin pişmanlık iradesinin gösterilmesi konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır, çünkü belirtilen aşamada anılan suç için etkin pişmanlık hükmü öngören bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak, 6362 sayılı SPKn'nun yürürlük tarihinden itibaren, yerel mahkeme tarafından verilen ilk mahkûmiyet kararı temyiz mercii tarafından bozulup, dosya yeni düzenleme de dikkate alınarak yeni bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine geri gönderilecektir<sup>[43]</sup>.

## **2. Kesinleşmiş Kararlar Bakımından Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanabilirliği**

### **a. Uyarılma Yargılaması Kavramı**

İşlendiği tarihteki kanunlara göre suç teşkil eden bir fiil sonradan yürürlüğe giren yeni kanunla suç olmaktan çıkarılmış ya da suçun unsurlarında veya cezasında failin lehine değişiklikler yapılmış ise; fail hakkında bu yeni kanun hükümleri uygulanacaktır<sup>[44]</sup>. Lehe olan kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş olan ve fakat henüz kesinleşmemiş olan mahkûmiyet kararları hakkında da uygulama kabiliyeti bulacaktır<sup>[45]</sup>. Ancak, lehe olan kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiillerle ilgili olarak verilmiş olan

*gerçekleşmiştir...*” Yargıtay C.G.K.2006/6-24 E. 2010/49 K. ve 09/03/2010 tarihli kararı, ÖZER, s. 26, dn. 66.

[42] “...Bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucu, hükümlünün 30.01.2006 havale tarihli dilekçe içeriği ve ekindeki 18.01.2006 günlü bankanın alacağıın bulunmadığına dair cevabı karşısında; karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı Yasanın 168/2. maddeleri ile ilk kez lehe kabul olunan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı araştırılıp, tartışılmadan 5237 Sayılı Yasanın aleyhe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 11.CD, 31.01.2007, 2006/8218-2007/435 EKER,s. 382-383, dn.68.

[43] “...Hükümlü müdafinin, 22.05.2006 havale tarihli temyiz layihasında mağdurun zararının giderildiğini bildirilip, dilekçesi ekinde buna ilişkin 20.03.2006 günlü 1668 nolu alındı belgesinin fotokopisini ibraz ettiği anlaşıldığından 5237 Sayılı Yasanın 168/2. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıın tartışılıp sonucuna göre lehe yasanın tespiti ile hükümlünün hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması...” Yargıtay 11.CD, 21.03.2007, 2007/313-2007/1996, EKER, s. 382, dn. 66.

[44] ÖZGENÇ, s.130.

[45] ÖZGENÇ, s. 131



hüküm kesinleşmiş ise, lehe olan kanunun bu kesinleşmiş kararlar üzerinde bir etkisinin olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.

TCK'da kabul edilen sisteme göre; lehe olan kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet kararları hakkında, ceza infaz edilmiş olsa bile, uygulama kabiliyetini haiz olacaktır<sup>[46]</sup>. 1982 Anayasası'nın md. 38/2 hükmünde, zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkelerin ceza mahkûmiyetinin kanuni neticeleri bakımından da uygulama kabiliyetine sahip olduğunun ifade edilmesiyle, aynı sistem benimsenmiştir. Başka bir deyişle, lehe olan kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet kararları hakkında, ceza infaz edilmiş olsa bile, mahkûmun bir hukuki yararı bulunduğu sürece, uygulama kabiliyetine sahip olacaktır. Yani, sanık hakkında verilen ceza kesinleşmiş ve/veya infazına başlanmış olsa, bu aşamada, anılan suçla ilişkin lehe düzenleme öngören yeni bir kanuni düzenleme yürürlüğe girmişse; sanığın hükmü veren yerel mahkemeye müracaat ederek, lehine olan hükümlerin tespiti ile hakkında yeni karar verilmesini talep etme imkânı bulunmaktadır<sup>[47]</sup>.

Nitekim, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Mahkûmiyet Hükümünün Yorumunda Veya Çektirilecek Cezanın Hesabında Duraksama*" başlıklı 98 inci maddesinde, "*Mahkûmiyet hükümünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar isteneceği; bu fıkralar uyarınca yapılan başvuruların cezanın infazını ertelemeyeceği, ancak mahkemenin olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebileceği*" hükme bağlanmıştır. Her ne kadar anılan kanun hükmünde, bu aşamada yapılacak yargılama hakkında herhangi bir isimlendirme yapılmamışsa da, Yargıtay kararlarında bu aşamada yapılan yargılamaya "*uyarlama yargılaması*" adı verilmektedir<sup>[48]</sup>.

[46] EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997, s. 149. Lehe kanunun kesinleşmiş hükme etkisinin olmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul, 1999, s. 98.

[47] GÜNAY, Erhan, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2006, s. 175; YURTCAN, Erdener, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu, İstanbul, 2005, s. 122; EKER, s. 382.

[48] "...Somut olayda; hükmün verilmesinden önce yapılmış bir ödeme söz konusu olmamakla birlikte, hükmün verildiği tarihte "başkasına ait kredi kartını kötüye kullanma suçlarıyla" ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 168. maddesinin uygulanma olasılığı bulunmadığından, anılan suçun "etkin pişmanlığa konu edilebilecek suçlar arasına alınmasından sonra ihdas edilen lehe durum nedeniyle uyarılama yargılaması yapılmasına ve yargılama sonunda verilecek hükümden önce gerçekleştirilecek ödemelerin bu kapsamda değerlendirilmesine engel sebep bulunmamaktadır..." YCGK 27.5.2008, 2008/11-127, 2008/147; YCGK 04.07.2006, 128/177; YCGK,

Bu çerçevede, 6362 sayılı SPKn döneminde, manipülasyon ve örtülü kazanç aktarımı suçları nedeniyle haklarında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan kişilerin mahkemeye müracaat ederek, lehlerine olan hükmün tespiti ile haklarında yeni bir karar verilmesini isteme hakları mevcuttur. Bu durumda yapılacak yeni yargılama ile kovuşturma evresi yeniden başlamış olacağından, Kanun'un "kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar" olan süreç için öngördüğü indirim oranının uygulanacağı kanaatindeyiz.

### ***b. Uyarılama Yargılaması Usulü***

Mülga 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde uyarılama yargılaması usulünü düzenleyen yasa hükmü bulunmazken, 5237 sayılı TCK döneminde 4.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (5252 sayılı Kanun)<sup>[49]</sup> 9 uncu maddesinde ve 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'nın (5275 sayılı Kanun) 98 ve devamı maddelerinde uyarılama yargılamasını düzenleyen hükümler getirilmiştir.<sup>[50]</sup>

5275 sayılı Kanun'un 98 inci maddesi, herhangi bir ceza normunun hükmün kesinleşmesinden sonra değişmesi halinde yapılacak uyarılama yargılamasına ilişkin genel bir düzenlemeyi içermektedir. 5252 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinde ise; 1.6.2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, TCK'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebileceği; bu fıkra hükmünün 1.6.2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanacağı, lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

5252 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinde yer alan hükümler değerlendirildiğinde, anılan maddenin sadece 1.6.2005 tarihinden önce kesinleşmiş mahkumiyet hükümlerinde ve münhasıran 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğe

20.06.2006, 124/165; YCGK, 20.06.2006 tarih ve 124/165 sayılı kararları, www.kazanci.com.

[49] Yürürlük yasaları, suç tarihinde yürürlükte bulunan yasa ile sonradan kabul olunan yasalar arasındaki uyum sorunlarını gidermek için kabul olunan geçici yasalar olup, 5252 sayılı Yasa da, 765 ve 5237 sayılı Yasalar arasındaki uyumu sağlayabilmek için kabul edilmiş bulunan, geçici, süreli ve özel bir Yasa'dır (YCGK, 9.5.2006, E. 2006/9-138, K. 2006/137, www.kazanci.com).

[50] 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde, yerleşmiş yargısal uygulama doğrultusunda bu yargılama, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun mahkumiyet hükmünün yorumunda doğan tereddüdün giderilmesi bakımından hâkimden karar istenmesi yöntemini düzenleyen 402. maddeye göre gerçekleştirilmekteydi.

girmesi nedeniyle hükümde bir değişiklik yargılaması yapılması gerektiğinde uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, bu düzenleme 5237 sayılı TCK dışında başka herhangi bir yasanın yürürlüğe girmesi ve lehe hüküm içermesi halinde yapılacak incelemeyi kapsamamaktadır.

Yargıtay'a göre, sonraki lehe yasa nedeniyle mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılamasını düzenleyen bu iki farklı yasadaki biri genel nitelikte, diğeri ise sınırlı uygulama alanına sahip özel nitelikte bir düzenlemeyi içermektedir. Bu itibarla, sonradan yürürlüğe giren ve lehe hüküm içeren yasanın 5237 sayılı TCK olması ve mahkûmiyet hükmünün de 1.6.2005 tarihinden önce kesinleşmiş olması halinde, uyarılama yargılaması özel düzenlemeyi içeren 5252 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinde öngörülen usule göre gerçekleştirilmeli, bu iki koşulun birden oluşmadığı hallerde ise, genel düzenleme getiren 5275 sayılı Kanun'un 98 ve devamı maddelerindeki yöntem uygulanmalıdır<sup>[51]</sup>.

Dolayısıyla, 6362 sayılı SPKn döneminde hakkında mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin yapacağı başvuru sonrasında gerçekleştirilecek olan uyarılama yargılamasında, 5252 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinde öngörülen usul değil, 5275 sayılı yasanın 98 ve devamı maddelerindeki usul uygulanacaktır.

5275 sayılı Kanun'un 98 inci maddesinde; "... *sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehine olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir.*" hükmü yer almakta olup, birden fazla hükümdeki cezaların toplanması için mahkemeden karar istenmesi 99 uncu maddede düzenlenmiş, 101 inci maddesinde ise bu kararların duruşma yapılmaksızın verileceği belirtilerek yetkili mahkemeler gösterilmiştir. Anılan Yasa'nın 98 inci maddesinin 1 inci fıkrasının uygulanma koşulları ise, madde gerekçesinde; "*Madde ile infazı söz konusu olabilen yani kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının yorumunda, içeriğinin belirlenmesinde veya çektirilecek cezanın hesabında tereddüt edilirse yahut hükümlünün adının yanlış yazılması gibi bir nedenle cezanın infaz olunmayacağı ileri sürülürse veya sonradan yürürlüğe giren kanun lehe ise yerine getirilecek cezanın belirlenmesi veya tereddütün giderilmesi için, bir karar alınmak üzere yargılama makamına başvurulması hususları düzenlenmiştir.*" şeklinde açıklanmıştır.

5275 sayılı Kanun'un 98 inci maddesi uyarınca duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi yönünden hükmü veren mahkemeden bir karar istenmektedir. Dosya üzerinde verilen karara karşı yerel mahkeme hükmü olduğu için itiraz yoluna gidilebilecektir<sup>[52]</sup>. Yapılan başvuru cezanın infazını ertelemeyecektir, ancak mahkeme olayın özelliğine

[51] YCGK, 24.1.2006, E.2005/11-136, K.2006/3, www.kazanci.com.

[52] GÜNAY, s. 176.

göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir<sup>[53]</sup>. Başka bir deyişle, erteleme halinde hükümlü cezaevine alınmayacak, durdurma halinde ise cezaevinden tahliye edilecektir.

### III. ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ İLE İLGİLİ UYGULAMA SORUNLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Pişmanlık Unsurunun Tespitindeki Sorunlar

SPKn'ndaki etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelere bakıldığında, 107 nci maddede işlem manipülasyonu suçu için öngörülen hükümde; “*Birinci fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek...*”, 110 uncu maddede örtülü kazanç aktarımı suçu için öngörülen hükümde; “*Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişinin, etkin pişmanlık göstererek...*” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Suçların birinde neden “*pişmanlık gösterilmesi*”, diğerinde ise “*etkin pişmanlık gösterilmesi*” ifadelerinin kullanıldığı konusunda madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama bulunmamakta olup, her iki suçta da aynı ifadenin kullanılmasının muhtemel tereddütlerin önüne geçilmesi açısından daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Bu noktada, pişmanlık gösterme konusunda samimiliğin aranıp aranmayacağı hususunun değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Etkin pişmanlığa ilişkin davranışların gösterilmesi gönüllülük esası ile yapılıyorsa bu durumda failin kendi iradesine bağlı sebepler söz konusu iken, samimiyet esasında failin gerçekten içten gelen bir eylemi söz konusu olacaktır<sup>[54]</sup>. Samimiyette, fail sadece ve tamamıyla kendi düşünceleri ile dışarıdan hiçbir etki altında kalmaksızın kendi iç dünyasından kaynaklanan saiklerle davranışlar sergilemekte, gönüllülükte ise pişmanlığa ilişkin iç saiklerle değil, fakat üzerinde hiçbir etki bulunmaksızın özgür iradesiyle davranışlarını gerçekleştirmektedir.

Bu husus, TCK'daki etkin pişmanlık hükümleri bakımından da doktrinde tartışmalı olup, pişmanlıkta gönüllüğü yeterli gören görüşe göre; suçun sonuçlarını önlemede samimilik aranacak olursa insan davranışlarının iç dürtülerini araştırma faaliyeti ister istemez yapılacak, samimiliğin varlığı da ne fail tarafından doğrulanabilecek, ne de yargıç tarafından tespit edilebilecektir<sup>[55]</sup>. İnsan davranışlarının iç dürtüleri ceza adaletini ilgilendirmediklerinden<sup>[56]</sup>, failin iç dürtüleri değil sadece sergilediği davranışlar değerlendirilmelidir.

[53] YURTCAN, s. 122; GÜNAY, s. 176.

[54] BAYRAKTAR, s. 148.

[55] BAYRAKTAR, s. 148.

[56] 1889 İtalyan Ceza Yasası Zanardelli Raporu, BAYRAKTAR, s. 148.

Diğer görüşe göre ise, suç sonrası etkin pişmanlık, iç ve dış etkenlerle olabilir. Ancak bu konuda failin içten olması, pişmanlık duyması aranmaz. Fail, inancına göre uğursuzluk saydığı bir olay nedeniyle, mağdurun yalvarması, acıma, vicdan azabı, utanma, üzülmeye gibi ahlaki bir dürtüyle de zararı gidermiş ya da yeni bir suçun işlenmesini engellemiş olabilir. Ancak bu dürtüler ve etkenler zorunlu değildir; önemsizdir. Hatta fail pişmanlık duymak yerine, suç sonrasında böyle bir davranışta bulunduğu için üzülmüş dahi olabilir. Bu tür davranışlar failin özgür iradesiyle, baskı olmaksızın gerçekleşmesi yeterlidir. Etkin pişmanlıkta suçun faili, suç sonrası zararı gidermeyi, engellemeyi, düzeltmeyi ya da potansiyel zararı önlemeyi iradi/gönüllü olarak yapmalıdır. İradiliğin kapsamı ve varlığı belirlenirken failin iç dünyası, dürtüleri değil, sadece sergilediği davranışlar değerlendirilecektir<sup>[57]</sup>.

Etkin pişmanlıkta samimiliğin de olmasını savunan görüşlere göre ise; etkin pişmanlığın temelinde tam bir pişmanlık olması gerektiği belirtilmiştir. Etkin pişmanlıkta içtenliğin esas tutulması savunulmuştur<sup>[58]</sup>.

Yargıtay eski tarihli kararlarında, malın geri verilerek ya da ödenerek zararın giderilmesini, pişmanlık ya da vicdan azabı duyulmasa bile, özgür iradeyle gerçekleşen etkin pişmanlık olarak benimsemiştir<sup>[59]</sup>. Buna karşılık son kararlarında Yargıtay içtihadını değiştirme yoluna giderek “*bizzat pişmanlık duyma*” gibi öznel koşullar aramaya başlamıştır<sup>[60]</sup>.

[57] SELÇUK, TCK'daki adlandırılmada “*pişmanlık*” sözcüğüne yer verilmesinin kurumun özüne, varlık nedenine ve temel mantığına ters düştüğü gibi, yanlış algılara, ayartıcı yorumlara, abartılı uygulamalara yol açacak nitelikte olduğu, bu nedenle doğru adlandırmanın “*suç sonrası etkin cayma*” olması gerektiği görüşündedir. SELÇUK, Sami, <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-2—233383.htm>, Erişim Tarihi 8/8/2012.

[58] EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1976, s. 354.

[59] İBK 29.6.1955, 10/16-6; CGK 29.2.1988, 31/60; 1.4.1991, 41/105, <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-2—233383.htm>

[60] Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında “... 5237 sayılı Yasanın 168. maddesi, 765 sayılı Yasanın 523. maddesinden farklı olarak “*pişmanlıktan*” kaynaklanan iade ve tazminini” esas aldığından, iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu eşyanın ele geçirilmesi, arama neticesinde saklanan şeyin bulunması gibi hallerde 765 sayılı Yasanın 523. maddesinin uygulanma olasılığı olabileceksen, bu durumlarda failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden 5237 sayılı Yasanın 168. maddesi uyarınca uygulama yapılamayacaktır. Burada karşımıza çıkan durum şudur: Hükmün kesinleşmesinden önceki yargılama sırasında sanığın “*pişman olduğu*” bellidir, ancak bu pişmanlık “*zararı giderme*” şeklinde tezahür etmemiştir. Uyarılama yargılaması aşamasında ise, bizzat sanığın girişimleriyle, fakat sanığın cezaevinde olması nedeniyle ailesi tarafından ödeme yapılmıştır. Ödemenin yapılmasında, cezadan kurtulma saikinin de etkili olduğunda kuşku bulunmasa bile, önemli olan diğer saiklerin ne olduğu değil, zararın giderilmesinde etken olan saiklerden birisinin de “*bizzat duyulan pişmanlık*” olmasıdır.

SPKn'nun ilgili hükümlerinde açıkça failin pişmanlık göstermesinin arandığı görülmekte olup, Kanun'un lafzından yola çıkılarak yorum yapılacak olursa, "soruşturma başlamadan önce", "soruşturma evresinde" "kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar" olan evrelerin tamamında suçu işleyen kişinin işlediği suçtan pişman olduğu iradesinin anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yani, sadece anılan maddede belirtilen tutarın belirlenen yerlere ödenmesi etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulması için yeterli olmamakta, anılan suçu işleyen kişinin, o suçu işlemekten dolayı pişman olduğunu da ortaya koyması gerekmektedir.

Ne var ki, gerek düzenlemenin amacı, gerekse doktrinindeki görüşler değerlendirildiğinde, manipülasyon ya da örtülü kazanç aktarımı suçunu işleyen failin gerçekten pişman olup olmadığı konusundaki samimiyetinin araştırılmasının ve tespitinin çok güç olduğu, ayrıca Kanun'daki düzenlemelerin Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımı altında yapıldığı düşünüldüğünde, 6362 sayılı SPKn'nda düzenlenen etkin pişmanlık kurumunun işletilmesinde failin gerçekten pişman olmasının bir öneminin olmadığı, kendi iradesiyle gönüllü olarak elde ettiği menfaatin iki katını Hazine'ye ödemesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz. Zira, fail samimi bir pişmanlık duymadan bu ödemeyi yapmış olsa dahi, hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması için Kanun'da da, gerekçede de açık bir ifade bulunmamaktadır. Fail çeşitli sebeplerle, örneğin, adının ceza yargılamasına karışmasını istememesi, ceza almaktan korkması ya da pişman olması nedeniyle bu ödemeyi yapabilir, ancak bu noktada etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için önem arz eden husus failin suç işlediği için içten bir pişmanlık göstermesi değil, Kanun'un öngördüğü tutardaki ödemeyi Hazine'ye yapmasıdır.

---

Şu durumda, yargılama boyunca gerek sözleriyle, gerekse bir takım davranışlarıyla pişmanlığını ortaya koymuş ancak herhangi bir ödemede bulunmamış olan hükümlünün, 5237 sayılı Yasanın 245. maddesinde 19.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 11. maddesiyle yapılan değişiklik nedeniyle hakkında 5237 sayılı Yasanın 168. maddesindeki "etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olasılığının ortaya çıkması üzerine, ailesini harekete geçirmek suretiyle ödemenin yapılmasını sağladığı anlaşılmalı, hükümlü hakkında 5237 sayılı Yasanın 168. maddesinde düzenlenmiş bulunan "etkin pişmanlık hükümlerinin" uygulanmasına bir engel bulunmadığı..." sonucuna varmıştır. YCGK, 27.5.2008 tarih ve E.2008/11-127, K.2008/147, www.kazanci.com.

## B. Soruşturma Öncesi Etkin Pişmanlık Halinde Suç Duyurusunda Bulunulmasına İlişkin Sorun

6362 sayılı SPKn’ndaki etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelerde para ödemesinin soruşturma başlamadan önce yapılması halinde fail hakkında cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiş olup, Kanun’un genel gerekçesinde bu durumda suç duyurusunda bulunulması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, SPK tarafından manipülasyon ya da örtülü kazanç aktarımı suçuyla ilgili olarak denetim yapıldığı sırada ya da denetim tamamlandıktan fakat henüz Savcılığa suç duyurusunda bulunulmadan önce, fail tarafından etkin pişmanlık gösterilerek Kanun’un ilgili maddelerinde düzenlenen tutarların Hazine’ye yatırılması halinde, Kurulca yine de suç duyurusunda bulunulacaktır.

## C. Soruşturma Öncesinde Etkin Pişmanlık Halinde Savcının Dava Açıp Açmamasına İlişkin Sorunlar

6362 sayılı SPKn’ndaki etkin pişmanlık düzenlemelerinde soruşturma öncesinde fail tarafından Hazine’ye ödeme yapıldığı takdirde fail hakkında “*cezaya hükmolunmayacağı*” düzenlenmiştir. Anılan hükümlerde “*dava açılmaz*” ifadesi yerine “*cezaya hükmolunmaz*” ifadesi kullanıldığı için, soruşturma öncesinde gösterilen etkin pişmanlık hallerinde Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davası açılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>[61]</sup>.

Kamu davası açmada takdir yetkisi, Cumhuriyet Savcısı’nın kanunda sınırları belirlenmiş olan durumlarda kamu davası açmak için kanunda belirtilen dava açma koşulları gerçekleşse bile kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisine sahip kılınmasıdır<sup>[62]</sup>. CMK’nun 171 inci maddesinde konu, “*Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Anılan maddenin Cumhuriyet Savcısı’na, takdir hakkı mı vermekte yoksa, dava açmaması yönünde emredici hüküm niteliği mi taşımakta olduğu hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada tersine bir bağlı yetki söz konusu olup, Cumhuriyet Savcısı dava açamayacaktır<sup>[63]</sup>. Diğer görüşe göre ise, kanunda

[61] SPKn’nda soruşturma aşamasında etkin pişmanlık gösterildiği takdirde sanığın cezasından indirim yapılacağı düzenlendiğinden, bu durumda Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davasının açılması zorunluluğu bulunduğu açıktır.

[62] ÖZEN, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, S. 3, Ankara, 2009, s. 20.

[63] FEYZİOĞLU, Metin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, TBB Dergisi, S. 62, 2006, s. 40 vd.



tek tek sayılan durumlarda, Cumhuriyet Savcısı dava açmayabilecektir<sup>[64]</sup>. Yani Cumhuriyet Savcısı durumu değerlendirerek ya dava açacak ya da takdir yetkisini kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verme yönünde kullanabilecektir.

Hükmün lafzına bakıldığında, kanunun dava açıp açmama konusunda Cumhuriyet Savcısı'na takdir yetkisi verdiği sonucuna ulaşılmakla birlikte, SPK'daki hükümler bakımından uygulamada soruşturma öncesinde etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak isteyen bir fail hakkında Cumhuriyet Savcısı'nın takdir hakkını dava açma yönünde kullanma ihtimalinin düşük olduğu kanaatindeyiz.

İşlem manipülasyonu ve örtülü kazanç aktarımı suçları bakımından etkin pişmanlık durumu varsa faillerin kanunda öngörülen tutarları ödemiş olmaları yeterli olacak ve Savcı'nın bu durumda dava açma yönünde takdir hakkını kullanması gereken bir durum söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, Savcı'nın yapacağı değerlendirme yalnızca fail tarafından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için gerekli tutarların ödenip ödenmediği yönünde olacaktır. Bu tutarlar fail tarafından ödenmişse CMK md. 171'de belirtilen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı gerçekleşmiş olduğundan, Savcı'nın dava açma konusunda artık takdir yetkisini kullanmasına gerek olmadığı, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Cumhuriyet Savcısı sanığın suçsuz olduğu, dolayısıyla etkin pişmanlık nedeniyle soruşturma öncesinde yapmış olduğu ödemenin haksız olduğu sonucuna da ulaşabilir. Bu durumda kanatımızca Cumhuriyet Savcısı'nın takipsizlik ve failin yapmış olduğu ödemenin iadesi kararı vermesi gerekmektedir.

#### **D. Etkin Pişmanlık ve İştirak İlişkisi**

TCK'da düzenlenen mala karşı işlenen suçlarda, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, faillerden birisi veya birkaçı iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirirse, diğer suç ortakları bu yerine getirmeye karşı çıkmadıkları takdirde o kimselerin de, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmektedir<sup>[65]</sup>. Etkin pişmanlık cezayı kaldıran ya da cezadan indirim yapılmasını sağlayan şahsi sebep olmakla birlikte, iştirak halinde işlenen suçlarda, fail veya suç ortaklarından birisinin geri verme veya tazmini gerçekleştirilmesi, diğerlerinin bu maddeden yararlanma olanağını fiilen kaldırmaktadır. Örneğin, faillerden birinin mağdurdan yağmaladıkları telefonu aynen geri vermesi durumunda diğer fail için iade edecek bir mal söz konusu olmayacak, mağdura telefonun bedelini vermesi durumunda ise mağdura iki kez ödemedede bulunmuş olacaktır.

[64] ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 86.

[65] EKER, s. 374.



Yargıtay'ın son zamanlardaki uygulamalarında, ortaklardan birisinin zararı gidermesi halinde diğerlerinin de etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandığı gözlemlenmektedir<sup>[66]</sup>. Zira, aksi bir düşünüş tarzında suça iştirak etmiş ortaklardan birisinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandığı durumlarda, diğerlerinin yararlanamaması gibi bir durum ortaya çıkar ki, bu hususun adalet anlayışıyla ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır<sup>[67]</sup>. Böyle bir durumun varlığının tespit edilmesi halinde zararın tamamını karşılayan faille diğer failer tarafından ödeme yapılması gerektiği yönünde görüş belirtilmiştir<sup>[68]</sup>.

SPKn'daki manipülasyon suçu için yapılan düzenlemede, failin beşyüz bin Türk Lirasından aşağı olmamak üzere elde ettiği ya da elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı tutarı Hazine'ye yatıracığı ifade edilmekte olup, bu ödemede aslında suçun mağdurunun somut zararının fail tarafından tazmin edilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, manipülasyon suçunda şeriklerden birinin parayı yatırması durumunda diğerlerinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanma imkanı ortadan kalkmamaktadır, zira ortada yapılan ödemeye tek bir kişi tarafından tazmin edilen somut bir zarar yoktur. Aksine, manipülasyona ilişkin düzenlemelerde, bu suçları işleyen kişilerin kanun koyucu tarafından belirlenen bir miktar parayı devlete yatırarak ceza almamaları ya da cezalarında yapılacak bir indirimden yararlanmaları söz konusudur.

Dolayısıyla, SPKn'da iştirak halinde işlenen manipülasyon suçunda her bir failin Kanun'un ilgili maddelerinde belirtilen tutarda parayı Hazine'ye yatırmak suretiyle etkin pişmanlık hükümlerinden ayrı ayrı faydalanabileceği, bu parayı yatırmayan şerikin diğer şerikler yatırsa dahi etkin pişmanlıktan yararlanamayacağı şeklinde düzenleme yapıldığı kanaatindeyiz.

Örtülü kazanç aktarımı suçu için yapılan düzenlemede ise, failin Kanun'un md. 21/4 hükmündeki ödemenin yanı sıra bunun iki katı tutarı Hazine'ye yatıracığı ifade edilmekte olup, SPKn md. 21/4 uyarınca yapılacak ödeme ile Şirket'in uğramış olduğu zarar fail tarafından Şirket'e iade edilmektedir. Bu durumda, birden fazla yönetim kurulu üyesinin sorumlu olduğu bir örtülü kazanç aktarımı suçunda Şirket'in zararının nasıl giderileceği ve etkin pişmanlık hükümlerinin nasıl uygulanacağı önem arz etmektedir.

SPKn'daki düzenlemede örtülü kazanç aktarımı suçunu işleyen failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için md. 21/4'teki ödemenin yanı sıra bunun iki katı tutarındaki parayı Hazineye ödemesi gerektiği belirtilmiştir. Kanunun

[66] “Yağma suçu nedeniyle zararın soruşturma aşamasında diğer sanık Osman'ın ailesi tarafından karşılandığının anlaşılması karşısında, sanık Bilal hakkında da TCK 168/3 madde gereğince 1/2 oranında indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde indirim yapılarak fazla ceza tayini...” Yargıtay 1.CD, 20.1.2011, 2011/465-2011/19, EKER, s. 375, dn. 33.

[67] EKER, s. 375; ÖZER, s. 12.

[68] ÖZER, s. 12.

düzenlemesinden, örtülü kazanç aktarımının beş kişilik bir yönetim kurulu tarafından gerçekleştirildiği varsayımında, tek bir üyenin etkin pişmanlıktan faydalanmayı istemesi durumunda, bu kişinin öncelikle Şirket'in tüm zararını ödemesi gerektiği, daha sonra bu zararın iki katı tutarı Hazine'ye ödeyerek etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda Şirket'in zararı tek bir fail tarafından karşılandığı için, bu failin diğer faillerle birlikte neden olduğu zarar dolayısıyla diğer faillere rücu hakkının doğacağı kanaatindeyiz. Birden fazla failin etkin pişmanlıktan yararlanmak istemesi halinde ise, bu faillerin hep birlikte Şirketin zararını karşılamaları gerektiği, etkin pişmanlıktan faydalanmayan başka failler varsa zararı karşılayan faillerin bunlara genel hükümler uyarınca rücu haklarının bulunduğu, bundan başka Şirketin toplam zararının iki katı tutarında parayı her birinin ayrı ayrı Hazineye ödemeleri gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Şirketin zararının tamamının tek bir fail tarafından karşılandıktan sonra, başka bir failin bu tutarın iki katını Hazineye ödeyerek etkin pişmanlıktan faydalanmak istemesi durumunda, bu fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun'un lafzına bakıldığında, Kanun failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için öncelikle SPKn md. 21/4'teki ödemeyi gerçekleştirmesini daha sonra bu tutarın iki katını Hazineye ödemesini aramaktadır. Ancak kanaatimizce, Kanun'un bu düzenlemeyle amacının öncelikle Şirket zararının karşılanmasını sağlamak olduğu, bu zarar tek bir fail tarafından karşılandıktan sonra artık diğer faillerin bu zararı karşılama imkânının ortadan kalkmış olması nedeniyle bu kişilerin Şirket zararının iki katı tutarı Hazineye ödeyerek etkin pişmanlıktan faydalanma imkânının ellerinden alınmasının hakkaniyete uygun olmadığı şeklinde amaçsal yorum yapılması daha uygun olacaktır. Dolayısıyla, tek bir fail tarafından Şirket zararı karşılandıktan sonra diğer failler tarafından bu zararın iki katı tutarın Hazineye yatırılması halinde, Şirketin zararını ödemiş olan failin diğerlerine rücu hakkı kendi iç ilişkileriyle ilgili olup, Şirket zararını ödemiş olan failler de etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmalıdır.

### **E. Tekerrür Halinde Etkin Pişmanlık Uygulaması**

Suç işlemede tekerrür hali; kişinin diğer suçlulara nazaran toplum açısından daha fazla tehlikeli olduğunu ortaya çıkarmaktadır<sup>[69]</sup>. Tekerrür, daha önce işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesin bir hükümlle mahkûm olmuş bir kimsenin, bu mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra kanunla öngörülen süre geçmeden

[69] ÖZGENÇ, s. 710.

yeni bir suç işlemesi halidir<sup>[70]</sup>. Bu nedenle tekrerrür, TCK'da 58 inci maddenin gerekçesinde, “*kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen suç işlemede gösterdiği kararlılıkla toplum açısından tehlikeliliğinin ifadesi*” olarak açıklanmıştır.

TCK md. 58 uyarınca, tekrerrürden söz edilebilmesi için daha önce suçu işlemiş olmanın yanı sıra fail hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunması gerekmektedir. Önceki mahkûmiyet beş yıldan fazla hapis cezası ise tekrerrür süresi beş yıl, önceki mahkûmiyet beş veya daha az süreli hapis cezası veya miktarı ne olursa olsun adli para cezası ise tekrerrür süresi üç yıl olarak belirlenmiştir.

TCK'da tekrerrür halinde sonraki suçun cezasının artırılması kabul edilmiştir. Tekerrür halinde sonraki suça ilişkin hükümde hapis cezası ile adli para cezası seçimlik olarak öngörülmüş ise hapis cezasına hükmolunur. Tekerrürün bunun dışındaki sonuçları infazla ilgilidir. Tekerrür halinde hükmolunan ceza mükerirlerle özgü infaz rejimine göre çekilir<sup>[71]</sup>.

TCK'daki etkin pişmanlık düzenlemelerine bakıldığında, etkin pişmanlık hükümlerinin birden fazla uygulanmayacağına ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir<sup>[72]</sup>. Buradan ulaşılan sonuç TCK'da etkin pişmanlık öngörülen suçlar tekrar işlendiğinde, TCK'nın tekrerrüre ilişkin genel hükmü olan TCK md. 58'in uygulanacağıdır. Ancak yukarıda da yer verildiği üzere tekrerrürden söz edilebilmesi için fail hakkında kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetinin söz konusu olması gerekmektedir. Etkin pişmanlıkla ilgili TCK'daki düzenlemelere bakıldığında bir çok suç için soruşturma başlamadan önce etkin pişmanlık gösterildiği takdirde cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde, SPKn'daki etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelerde de soruşturma aşamasından önce paranın ödenmesi halinde cezaya hükmolunmayacağı düzenlemesi yer almaktadır. Bu durumda fail tarafından müteaddit defalar manipülasyon ya da örtülü kazanç aktarımı suçunun işlendiği takdirde hakkında soruşturma başlamadan önce paranın ödenmesi halinde ceza almaktan kurtulacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

[70] ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 609.

[71] Bknz. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 108.

[72] TCK md. 221/5 hükmüne suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile ilgili olarak etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan sanık hakkında, şayet cezaya hükmolunmayacaksa mahkemeye bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verileceği, bu sürenin üç yıla kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda failin denetimli serbestlik süresince denetimli serbestlik kurumunun koşullarına uymaması halinde, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 105/A-4 hükmü gereğince cezası infaz olunacaktır. ÖZER, TCK md. 221/5 hükmünün etkin pişmanlık hükmünün birden fazla uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm olduğu görüşündedir. ÖZER, s. 7.

Failin soruşturma ya da kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık göstermesi durumunda ise cezasından yalnızca indirim yapılacağı için hakkında kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti söz konusu olacak ve süresi içerisinde tekrar aynı suç işlemesi halinde TCK md. 58'de düzenlenen tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

## SONUÇ

**E**tkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra failin meydana getirdiği neticenin etkilerini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik gönüllülük esaslı eylemleri dolayısıyla cezalandırılmamasını veya cezasından indirim yapılmasını sağlayan şahsi sebep olarak tanımlanabilir. Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi için kanunda öngörülme, suçun tamamlanması, failin belirli davranışları sergilemesi ve davranışın belli zaman diliminde yapılması şeklinde dört şartın meydana gelmesi aranmaktadır. TCK'nun ikinci kitabında yer alan bir kısım suçlar açısından etkin pişmanlık kurumu düzenlenirken, SPKn'da işlem manipülasyonu ve örtülü kazanç aktarımı suçları açısından ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımı çerçevesinde etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

SPKn'daki düzenlemelere göre, piyasa dolandırıcılığı tanımına giren fiillerde bulunanların elde ettikleri menfaatin iki katını soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödemeleri halinde bu suçtan dolayı haklarından cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma başladıktan sonra Hazine'ye ödenmesi halinde ise verilecek cezanın yarısı indirilir. Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödendiği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir. Örtülü kazanç aktarımı suçunun faili ise etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için öncelikle Kanun'un 21 inci maddesinde öngörülen örtülü kazanç olarak aktarılan tutarı yasal faizi ile birlikte malvarlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iade etmek zorundadır. Daha sonra aktarılan tutarın iki katının soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödenmesi halinde bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma başladıktan sonra Hazine'ye ödenmesi halinde ise verilecek cezanın yarısı indirilir. Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödendiği takdirde ise, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

SPKn'daki etkin pişmanlık hükümlerinin zaman bakımından uygulaması değerlendirilecek olursa, SPKn yürürlüğe girmeden önce işlenmiş bir suçla ilgili olarak Kanun yürürlüğe girdikten sonra Kurul incelemesi yapıldığı esnada, suçun faili lehe kanun uygulamasıyla etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğinde soruşturma öncesinde bu iradeyi göstermiş olması nedeniyle hakkında cezaya hükmedilmeyecektir.

Bununla birlikte, SPKn yürürlüğe girdikten sonra soruşturma aşamasında olan bir suçun faili etkin pişmanlıktan yararlanmak istediğinde, kanunda öngörülen hangi aşamanın uygulanacağını tespiti önem arz etmektedir. Zira, kanunda bu konuda bir geçiş hükmü bulunmadığından tartışmalı bir durum söz konusudur. Mevcut durumda, failin soruşturma öncesinde etkin pişmanlık gösterme iradesinin olduğunun ispatı neredeyse imkânsız olduğu için, soruşturma evresindeki etkin pişmanlık aşamasının uygulanması konusunda tereddüt doğacağı kanaatindeyiz. Ne var ki, Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, failin soruşturmadan önce bu tür bir pişmanlık içerisinde olduğunu, o dönemde ödeme yapmaya hazır olduğu yönündeki iradesini ya da ödeme yapmış olduğunu ispat etmesi halinde, soruşturma öncesi etkin pişmanlıktan söz edilerek hakkında cezaya hükmolünmaması mümkün olabilecektir.

Yine, Yargıtay uygulamasına göre, kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk derece mahkemesinde yargılama aşamasında olan bir suçun faili etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğinde aynı şekilde soruşturma öncesi ve soruşturma sırasındaki pişmanlık iradesini ispatlayamadığı sürece kanunun kovuşturma aşaması için öngörmüş olduğu indirimden faydalanacaktır.

Diğer taraftan, bir kişi, işlediği bir suçtan dolayı yürürlükte olan kanun hükümlerine göre ilk derece mahkemesince yargılanıp mahkûm edilmiş ve hüküm kesinleşmeden önce anılan suça ilişkin sanık lehine etkin pişmanlık öngören yeni bir kanuni düzenleme yürürlüğe girmişse, temyiz merciinin, sadece bu nedenle, sanık hakkında yeniden bir yargılama yapılarak yeni bir karar verilmesi için yerel mahkeme kararını bozması gerekmektedir. Bu aşamada soruşturma evresi çoktan tamamlandığından *“kovuşturma aşamasında hüküm verilinceye kadar olan”* evre için etkin pişmanlık öngören hüküm çerçevesinde sanığın cezasından indirim yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Kesinleşmiş kararlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulaması değerlendirildiğinde, 6362 sayılı SPKn döneminde manipülasyon ve örtülü kazanç aktarımı suçları nedeniyle haklarında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan kişilerin mahkemeye müracaat ederek lehlerine olan hükmün tespiti ile haklarında yeni bir karar verilmesini isteme hakları mevcut olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira, işlendiği tarihteki kanunlara göre suç teşkil eden bir fiil sonradan yürürlüğe giren yeni kanunla suç olmaktan çıkarılmış ya da suçun unsurlarında veya cezasında failin lehine değişiklikler yapılmış ise; fail hakkında bu yeni kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda yapılacak olan yeni yargılama Yargıtay tarafından uyarlama yargılaması olarak adlandırılmakta olup, bu aşamada kovuşturma evresi yeniden başlamış olduğundan Kanun’un *“kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar”* olan süreç için öngördüğü indirim oranının uygulanacağı kanaatindeyiz. Uyarlama yargılamasında, 5252

sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinde öngörülen usul değil, 5275 sayılı Yasa'nın 98 ve devamı maddelerindeki usul uygulanacaktır.

Çalışmamızda, SPKn'da yer alan etkin pişmanlık hükümleriyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek muhtemel uygulama sorunları da değerlendirilmiş olup, bunlardan ilki failin pişmanlığının tespitine ilişkindir. Gerek SPKn'daki düzenlemenin amacı, gerekse doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde, manipülasyon ya da örtülü kazanç aktarımı suçunu işleyen failin gerçekten pişman olup olmadığı konusundaki samimiyetinin araştırılmasının ve tespitinin çok güç olduğu, ayrıca kanundaki düzenlemelerin kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımı altında yapıldığı düşünüldüğünde; SPKn'da düzenlenen etkin pişmanlık kurumunun işletilmesinde failin kendi iradesiyle gönüllü olarak elde ettiği menfaatin iki katını Hazine'ye ödemesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Failin soruşturma öncesinde etkin pişmanlık göstermesi halinde suç duyurusunda bulunulup bulunulmayacağı sorununa ilişkin olarak ise, SPK tarafından manipülasyon ya da örtülü kazanç aktarımı suçuyla ilgili olarak denetim yapıldığı sırada ya da denetim tamamlandıktan fakat henüz Savcılığa suç duyurusunda bulunulmadan önce, fail tarafından etkin pişmanlık gösterilerek Kanun'un ilgili maddelerinde düzenlenen tutarların Hazine'ye yatırılması halinde, Kurulca yine de suç duyurusunda bulunulacağı düşünülmektedir.

Diğer taraftan, soruşturma öncesinde etkin pişmanlık gösterilmesi halinde Cumhuriyet Savcısı'nın dava açıp açmayacağı sorununun da değerlendirilmesi gerekmektedir. SPKn'daki etkin pişmanlık düzenlemelerinde soruşturma öncesinde fail tarafından Hazine'ye ödeme yapıldığı takdirde fail hakkında cezaya hükmolünmeyeceği düzenlenmiştir. Bu noktada, Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davası açılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmalı olup, CMK md. 171'deki hükmün lafzına bakıldığında, kanunun dava açıp açmama konusunda Cumhuriyet Savcısı'na takdir yetkisi verdiği sonucuna ulaşılmakla birlikte SPKn'daki hükümler bakımından uygulamada soruşturma öncesinde etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak isteyen bir fail hakkında Cumhuriyet Savcısı'nın takdir hakkını dava açma yönünde kullanma ihtimalinin düşük olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Manipülasyon ve örtülü kazanç aktarımı suçlarının iştirak halinde işlenmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin nasıl uygulanacağına ilişkin olarak bir uygulama sorununun da ortaya çıkması muhtemeldir. İşlem manipülasyonu suçunda şeriklerden birinin etkin pişmanlıktan yararlanmak için Hazine'ye ödeme yapması halinde diğerlerinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanma imkânının ortadan kalkmaması nedeniyle, her bir failin Kanun'un ilgili maddelerinde belirtilen tutarda parayı Hazine'ye yatırmak suretiyle etkin pişmanlık hükümlerinden ayrı ayrı faydalanabileceği, bu parayı yatırmayan şerikin diğer

şerikler yatırırsa dahi etkin pişmanlıktan yararlanamayacağı kanaatindeyiz. Örtülü kazanç aktarımı suçu için yapılan düzenlemede ise, failin Kanun'un md. 21/4 hükmündeki ödemenin yanı sıra bunun iki katı tutarı Hazine'ye yatıracağı ifade edilmekte olup, SPKn md. 21/4 uyarınca yapılacak ödeme ile Şirket'in uğramış olduğu zarar fail tarafından Şirket'e iade edilmektedir. Etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen faillerin hep birlikte Şirketin zararını karşılamaları gerektiği, etkin pişmanlıktan faydalanmayan başka failler varsa zararı karşılayan faillerin bunlara genel hükümler uyarınca rücu haklarının bulunduğu, bundan başka Şirketin toplam zararının iki katı tutarında parayı her birinin ayrı ayrı Hazineye ödemeleri gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır

Öte yandan, çalışmamızda SPKn'da etkin pişmanlık hükümlerinin öngörüldüğü suçların tekerrürü halinde failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma imkânının olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Tekerrürden söz edilebilmesi için fail hakkında kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetinin söz konusu olması gerekmektedir. SPKn'daki etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemelerde, soruşturma aşamasından önce paranın ödenmesi halinde cezaya hükmolünmeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda fail tarafından müteaddit defalar manipülasyon ya da örtülü kazanç aktarımı suçunun işlendiği takdirde hakkında soruşturma başlamadan önce paranın ödenmesi halinde ceza almaktan kurtulacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Failin soruşturma ya da kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık göstermesi durumunda ise cezasından yalnızca indirim yapılacağı için hakkında kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti söz konusu olacak ve süresi içerisinde tekrar aynı suçu işlemesi halinde TCK md. 58'de düzenlenen tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

## KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara, 2010.
- BAYRAKTAR, Köksal; Faal Nedamet, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 3-4, İstanbul, 1964.
- CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005.
- DÖNMEZER, Sulhi; Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul, 1979.
- EKER, Hüseyin; Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık, TBB Dergisi, S.100, Ankara, 2012.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997.
- ESEN, Sinan; Malvarlığına Karşı ve Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanındaki Suçlar, Ankara, 2007.
- FEYZİOĞLU, Metin; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, TBB Dergisi, S. 62, 2006.
- GÜNAY, Erhan; Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Ankara, 2006.
- GÜNAY, Erhan; Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2006.
- İÇEL, Kayhan/DONAY, Süheyil; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul, 1999.
- MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2007.
- ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Ankara, 2006.
- ÖZEN, Mustafa; Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 3, Ankara, 2009.
- ÖZER, İbrahim; Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- YURTCAN, Erdener; Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu, İstanbul, 2005.

## İNTERNET KAYNAKLARI

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

<http://www.stargazete.com/gazete/yazar/sami-selcuk/suc-sonrasi-etkin-cayma-2—233383.htm>

<http://www.tbmm.gov.tr>