Örtülü Kazanç mı, Güveni Kötüye mi?

MAHKEME	KARAR TARİHİ	SONUÇ
Yargıtay Ceza Genel Kurulu	14.10.2021	Bozma

ESAS NO	KARAR NO	İLGİLİ HÜKÜMLER
2019/140	2021/477	TCK 155/2, SPKn 110/1-b, CMK 253, CMK 223/8

ÖZET

Halka açık şirket yöneticileri fabrikayı grup şirketine kiralayıp kirayı tahsil etmedi ve bu şirkete veresiye mal sattı. CGK, emsale göre bariz fiyat farkı olmadığından örtülü kazanç suçunun oluşmadığını, eylemin TCK 155/2 olduğunu ve uzlaştırma gerektiğini belirterek bozdu.

Bu kararın özeti ve değerlendirmesi
savun.av.tr/ortulu-kazanc-mi-guveni-kotuye-kullanma-mi-cgk-2021-477/ →

Karar metni

Yargıtay Karar Arama sisteminde yayımlandığı hâliyle, değiştirilmeden aktarılmıştır. Taraf adları kaynakta anonimdir.

Ceza Genel Kurulu 2019/140 E. , 2021/477 K.

"İçtihat Metni"

Sanıklar ..., ... ve ... hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sırasında eylemin mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na muhalefet (örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık) suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle Kadıköy (Kapatılan) 2. Asliye Ceza Mahkemesince 04.10.2011 tarih ve 1566-641 sayı ile verilen görevsizlik kararı üzerine dosyanın gönderildiği İstanbul 13. Asliye Ceza Mahkemesince 11.05.2012 tarih ve 552-327 sayı ile; "Suçun işlendiği yer itibarıyla görevli ve yetkili mahkemenin Kadıköy Asliye Ceza Mahkemesi olduğu, 2499 sayılı Kanun'un 47/6 maddesi gereğince yargılama yapılabilmesi için aynı Kanun'un 49. maddesi gereğince yargılama şartı olan SPK'nın C. Savcılığına yazılı şikâyet ve başvurusunun olması gerektiği, olayda ise bunun olmadığı, bu hususta davanın açılmadığı, bu şart gerçekleşmeden yargılama yapılamayacağı, bu nedenle Kadıköy Asliye Ceza mahkemesinin görevsizlik kararının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle karşı görevsizlik kararı verilmesi üzerine ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlığı Yargıtay 5. Ceza Dairesince 08.10.2012 tarih ve 10940-9909 sayı ile; "İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Kadıköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen İstanbul 13. Asliye Ceza

Mahkemesinin 11.05.2012 tarihli ve 552-327 sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına" karar verilmek suretiyle çözümlenmiştir.

Görevsizlik kararı kaldırılan İstanbul 13. Asliye Ceza Mahkemesince 21.12.2012 tarih ve 1539-1398 sayı ile; sanıkların hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan beraatlerine karar verilmiş, hükümlerin katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 19. Ceza Dairesince 25.10.2016 tarih ve 11171-21824 sayı ile;

“2499 sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu’nun 1. maddesinde; Kanun'un konusu ve amacının, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek olduğuna yer verilmiştir.

Yürürlükte bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde de benzer şekilde olmak üzere Kanun'un amacının; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi olduğu hususu açıkça belirtilmiştir.

Söz edilen yasal düzenlemelerde de açıkça ifade edildiği üzere, tasarrufların etkin ve verimli biçimde milli ekonomiye aktarımının sağlanarak bu yolla iktisadi kalkınmanın sağlanması hedefine ancak sağlıklı işleyen bir sermaye piyasası sistemine sahip olmakla ulaşılabileceği kuşkusuzdur. Bu itibarla ülkelerin kalkınmasında etkin, verimli, şeffaf ve güvenilir biçimde işleyen bir sermaye piyasası sisteminin önemi tartışmasızdır. Bu bağlamda tüm Dünya'da olduğu gibi Ülkemizde de sermaye piyasalarının sağlıklı işlemesine ayrı bir önem verilmiş; piyasaların idari denetim ve gözetimini (regülasyon) gerçekleştirme konusunda öncelikle bağımsız düzenleyici kuruluş sıfatıyla Sermaye Piyasası Kurulu yetkili kılınmıştır. Öte yandan kanun koyucu anılan piyasaların sağlıklı işlemesine verdiği hayati önem sebebiyle belirtilen amacı ihlale yönelik bazı önemli fiilleri ortadan kaldırma gayesine yönelik olmak üzere son çare (ultima ratio) olmak üzere ceza hukuku araçlarına başvurarak bazı fiilleri de suç olarak tanımlamıştır. Bu anlamda, halka açık ortaklıklarda yatırımcıların haklarının yönetimsel fiillerle zarara uğratılması riskini önlemeye özel bir önem atfedilmiştir.

Nitekim, Türk Ceza Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suçu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kurallar dışında 'örtülü kazanç aktarımı yasağı' adı altında özel normlar getirilerek anılan fiillere karşı yatırımcıların korunması ve dolayısıyla sermaye piyasası sisteminin sağlıklı şekilde işlemesi, özel bir suç tipiyle sağlanan cezai korumayla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun örtülü kazanç aktarımını yasaklayan hükümleri, söz edilen amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Halka açık anonim ortaklıklarda kontrolü elinde bulunduran kişi veya grubun dışında kalan pay sahiplerinin haklarını ve menfaatlerini zedeleyen, anonim ortaklığın karlarını veya malvarlıklarını azaltan veya artmasını engelleyen özel yönetimsel uygulamalara

işlemlere karşı, şirket-yatırımcı pay sahipleri söz edilen normlarla korunmaktadır (doktrindeki bir esere atıf).

Türk hukuk sisteminde sermaye piyasalarının etkin, verimli, şeffaf ve güvenilir biçimde işlemesini sağlamaya yönelik somut düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim 2499 sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15/son maddesinde 'Halka açık anonim ortaklıklar; 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 ... örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz' hükmü bulunmaktadır. 'Örtülü kazanç aktarımı yasağı' olarak adlandırılan bu fiil, aynı Kanunun 47/A-6 maddesiyle de suç olarak tanımlanmıştır. Anılan normla 'Bu Kanun'un 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler...'in cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Yürürlükte bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 21. maddesinde de 2499 sayılı (mülga) Kanun'daki söz edilen düzenlemeye benzer biçimde 'örtülü kazanç aktarımı yasağı' yer almaktadır. Gerçekten Kanun anılan maddesinde örtülü kazanç aktarımı yasağına yer vererek bu konuda temel ilkeleri belirlemiş; 110/1-b ve c maddelerinde bu fiili tanımlayarak seçimlik hareketlerine yer vermiştir. Anılan fiillerin Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturacağı belirtilerek örtülü kazanç aktarım yasağını ihlal eden fiillerin yaptırımı belirlenmiştir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/1-b ve c maddelerinde suç olarak tanımlanan seçimlik hareketler şunlardır:

'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 (...) örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek'

Yer verilen normda açıkça görüldüğü üzere 6362 sayılı Kanun'un 110/1-b maddesi mülga 2499 sayılı Kanun'un 15/son maddesinin aynen tekrarından ibarettir. Bir diğer anlatımla örtülü kazanç yasağı aktarımını oluşturan seçimlik hareketler her iki suç tipi yönünden de birebir aynıdır.

Söz edilen normlar çerçevesinde somut uyuşmazlıkta halka açık ortaklık olan ... Tekstil AŞ'nin yönetim kurulu başkanı ve üyeleri olan sanıkların yargılama konusu fiillerinin örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesine gelince;

1) Halka açık ortaklık statüsünde olan ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ 2003 yılında sahibi olduğu fabrika binasını 5 yıl süreyle grup şirketlerinden doğrudan ilişkili şirket olan ... Tekstil Pazarlama Dış

Ticaret AŞ'ye kiralamıştır. ... AŞ bu sözleşmeye ilişkin olarak İstanbul Menkul Kıymetler Borsası aracılığıyla kamuoyuna sunduğu 6.11.2003 tarihli Özel Durum Açıklamasında 'fason üretimden ve kiradan elde edilecek gelirlerle şirket borçlarının ödenmesinin planlandığını' bildirmiştir. Ancak bu sözleşme henüz beş yıllık süre sona ermeden 29.03.2006 tarihinde '... AŞ'nin kira borçlarını zamanında ödemediği gerekçesiyle' ... AŞ tarafından tek taraflı olarak feshedilmiştir. Aynı tarihte akdedilen sözleşme ile aynı fabrika binası bu defa grup şirketi olan ...Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye kiralanmıştır.

2) ... AŞ'nin hâkim ortağı sanık ... olup, yönetim kurulu üyeleri de sanıklar ... ve ...'dır. ... Tekstil AŞ ve grup şirketlerine hâkim ortak olan sanık ..., ... AŞ ve ...AŞ'nin de kurucu ortaklarındandır. ...'ın söz konusu şirketler nezdindeki paylarını devrettikten sonra, grup şirketleri bünyesinde görev almış kişileri bu şirketlere ortak veya yönetici yaparak belirtilen şirketlerdeki kontrolünü sürdürdüğü belirlenmiştir. Bu anlamda ...AŞ'nin tüm genel kurul toplantılarının ... Holding'in Acıbadem/İstanbul adresindeki merkezinde gerçekleştirildiği hususu sabittir. Öte yandan 10.03.2006 tarihli ...AŞ genel kurul toplantısına ... Holding Genel Müdürü Aykut Kayralı ve Muhasebe Müdürü Orhan Scvil'in vekaleten katıldığı tespit edilmiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi Başkanlığının 11.01.2008 tarihli ve XXI-18/9-1 sayılı Denetleme Raporu ve Kurul Karar Organının 02.05.2008 tarihli kararı ile ... AŞ'nin 2003 yılı içinde emsallerine göre düşük faiz oranı ile grup şirketlerine ve hâkim ortak konumunda olan ...'a şirket kaynaklarından fon kullandırıldığı belirlenmiş olup, eksik tahakkuk ettirildiği saptanan 447.240 YTL faiz tutarını ödemeleri ... AŞ'den istenmiştir. Bunun üzerine şirket tarafından ...'dan istenilen faiz tutarı tahsil edilerek ... AŞ hesabına geçirilmiştir.

Açıklanan yönetim ve ortaklık bağları ile ... AŞ tarafından sanık ...'a ve diğer grup şirketlerine emsallerine göre düşük faizle borç vermek suretiyle şirket kaynaklarının bu kişi veya kuruluşlara kullandırılması şeklinde gerçekleşen olgular birlikte değerlendirildiğinde ... AŞ ve ...AŞ'nin ... AŞ ile 'ilişkili ortaklık' olduğu ortaya çıkmaktadır.

3) ... AŞ kira borçlarını ödememesine rağmen, bu firmaya ... AŞ tarafından 31.03.2007 tarihinde 1.562.000 YTL tutarında mal satışı gerçekleştirilmiştir. Bu satış sonrasında ... AŞ'nin ... AŞ'den alacağı 5.702.387,51 YTL'ye yani şirket aktifinin yaklaşık dörtte birine yükselmiştir. ... AŞ'den mevcut birikmiş alacaklar dahi tahsil edilmezken bu firmaya mal satışı yapılarak halka açık ortaklığın risklerinin (alacaklarının) arttırılması ticari hayatın teamüllerine uygun olmadığı gibi şirket çıkarlarına da açıkça aykırıdır.

4) ... AŞ, kira borçlarını ödemeyen ... AŞ'ye karşı SPK tarafından 11.01.2008 tarihli denetleme raporu düzenlenene yani ilişkili şirket ile mevcut durum denetim sonucu ortaya çıkana kadar bu şirket hakkında yasal takibatta bulunulmamıştır. ... AŞ ancak denetim tarihinden sonra 11.06.2008 tarihinde ... AŞ aleyhine mevcut borcu olan 2.298.459,16 YTL'nin tahsili amacıyla icra takibi başlatmıştır. Böylelikle halka açık ortaklık lehine olarak 2003 yılında doğan ve sonrasında artarak devam eden bir para alacağının yasal takibine ancak durumun resmî mercilerce denetim sonucunda ortaya çıkarılması üzerine ve beş yıl sonra girişilmiştir. Bu olgunun da ticari hayatın teamüllerine uygun olmadığı ve şirket çıkarlarına aykırı olduğu apaçık ortadadır.

Bu itibarla, halka açık ortaklık olan ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'de yönetim kurulu başkanı ve üyeleri olarak görev yapan sanıklar ..., ... ve ...'ın Türk Ceza Kanunu'na göre ve Sermaye Piyasası Kanunu'na göre suç oluşturan hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmak suretiyle şirket tüzel kişiliği ve pay sahiplerinin müşterek menfaatlerini gözeterek şirketi yönetmek ve şirketin ticari çıkarları doğrultusunda hareket etmek yerine yöneticisi oldukları şirkete olan mevcut kira borcunu ödemeyen doğrudan ilişkili şirket ... AŞ hakkında yaklaşık beş yıl süreyle yasal takibe dahi başlamadıkları gibi bu şirkete ayrıca mal satışı yapmak şeklinde örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklığın malvarlığını azaltmak fiillerinin; 2499 sayılı Kanun'un 15/son maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 47/6. maddesi ve 6362 sayılı Kanun'un 21. maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 110/1-b-c maddelerindeki suçu oluşturduğu hususunun dosya kapsamındaki tüm delillerle sübuta erdiği gözetilerek sanıkların TCK'nın 7/2. maddesi gereğince lehe olan 2499 sayılı Kanun'un 47/6. maddesi gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği hâlde yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmaya uyan Yerel Mahkemece 21.02.2018 tarih ve 34-92 sayı ile; sanıklar ..., ... ve ...'ın mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na muhalefet suçundan aynı Kanun'un 15/son maddesi delaletiyle 47/6, TCK'nın 62/1, 52/2 ve 52/4. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis ve 100.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına ve taksitlendirmeye karar verilmiştir.

Hükümlerin sanık ... ve müdafisi, sanık ... müdafisi ile sanık ... tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 19. Ceza Dairesince 28.01.2019 tarih ve 6083-1014 sayı ile onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 11.03.2019 tarih ve 44335 sayı ile;

"İddianamede sanıklara atfedilen eylem, yüklü miktarda kira alacağı olunan bağlantılı şirket Tempa'ya 31.03.2007 tarihinde 1.562.000 TL veresiye (tekstil) mal satışı yaparak halka açık ... Tekstil şirketi zararına 'örtülü kazanç aktarımı' suçunu işlemek.

Suç tarihinin tespiti: Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olan 'örtülü kazanç aktarımı' suçu somut tehlike suçudur. Yatırımcıların zarara uğramaları veya failin haksız kazanç sağlamasının suçun oluşumu bakımından önemi yoktur. TCK'nın 35. maddesi uyarınca teşebbüs ve 37. maddesi uyarınca suça iştirak mümkündür. Neticesi harekete bitişik bir suçtur. Alım-satım hareketleri tamamlandığında suç oluşur.

Bu tespite göre suç tarihi veresiye alım-satım işleminin yapıldığı 31.03.2007'dir. İddianamede de bu tarih gösterilmiştir. Her ne kadar mahkûmiyet hükmünün tesis edildiği Yerel Mahkeme hükmünde suç tarihi '31.03.2007-10.06.2008' şeklinde gösterilmiş ise de bir suçta suç tarihi iki farklı tarih olamaz. Yalnızca müteselsil ve mütemadi suçlarda teselsülün ya da temadinin bittiği tarih (ki o da tek bir tarihtir) suç tarihi olur. Mahkemenin hüküm başlığında gösterdiği 10.06.2008 tarihi, alacak hakkında dair icra takibinin başlatıldığı 11.06.2008 tarihinden bir önceki gündür. Halbuki temadi eden suç olarak kabul edilseydi dahi icra takibinin başlatılması temadiyi kesmez. Alacağın tam ve eksiksiz tahsili veya en geç temadinin hukuki kesintiye uğradığı iddianame tarihi kabul edilmeliydi. Oysa suçun temadi eden suçlardan olduğuna dair bir kabul mevcut değildir. Yüksek Yargıtay 19. Ceza Dairesi de bu dosyaya dair 25.10.2016 tarih ve 2016/21824 karar sayılı

kararında suç tarihini '31.03.2007, 10.06.2008' şeklinde göstermiş olmasına karşın 28.01.2019 tarihli 2019/1014 karar sayılı onama kararında '31.03.2007' şeklinde göstermiştir. Dosya incelendiğinde 10.06.2008 tarihinde halka açık şirketi zarara uğratıcı mahiyette bir işlem yapılmamıştır. Neticesi harekete bitişik yargılamaya konu suçta suç tarihi, halka açık ... Tekstil şirketini zarara uğratıcı işlemin yapıldığı 31.03.2007 tarihidir.
Bu tarih yalnızca zamanaşımı hesaplaması yönünden değil, aynı zamanda TCK'nın 7. maddesi kapsamında lehe kanun maddesinin tespiti açısından da önem arz etmektedir. Zira suç tarihinde yürürlükte olan 15.12.1999 tarihli ve 4487 sayılı Resmî Gazete'nin 18.12.1999 tarihli ve 23910 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe giren 25. maddesi ile değişik 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin ilgili ceza içeren hükmü şu şekildedir: '2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyara kadar ağır para cezası ile cezalandırılır' (2005 yılında paradan altı sıfır atılınca, miktar kendiliğinden 10.000 TL ve 25.000 TL şeklinde olmuştur).

Uygulama maddesinde suç tarihinden sonra 23.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 372. maddesi ile yapılan değişiklik ile adli para cezası miktarı '5.000 günden 10.000 güne kadar adli para cezası' şeklinde düzenlenmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı SPK'nın 21-110/1. maddesi ile de eylemin yaptırımı TCK'nın 155/2 maddesine göre tayin edilir, fakat hapis cezasının üç yıldan az olamayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık imkânı getirilmiştir.

Yerel Mahkeme her üç kanuna göre hüküm kurup sonuçlarını karşılaştırmadan 'takdiren teşdiden hürriyeti bağlayıcı cezaya ek olarak 6.000 gün adli para cezasına, TCK 62 maddesi uygulamasıyla 5.000 gün adli para cezasına, TCK 52 uygulamasıyla günlüğü 20 TL kabulüyle sonuç olarak 100.000 TL adli para cezasına hükmetmiştir.

Hürriyeti bağlayıcı ceza eşit iken hükmedilen sonuç adli para cezası suç tarihinde yürürlükte olan kanun maddesinin öngördüğü azami miktarın üzerindedir.

Ayrıca suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı SPK'nın 21. maddesi örtülü kazanç aktarımı suçunu düzenlemiş, ceza düzenlemesini 110. maddede yapmıştır. 21. madde de 110. maddeye atıf yapmıştır. Kanun'un 110/3. maddesi ve fıkrası da kademeli cezalandırmayı öngörmüştür. Örneğin örtülü kazanç aktarımının yapılması ile suç oluşur, soruşturma başlamadan önce ödenirse cezaya hükmolunmaz (suç oluşmaz değil, cezaya hükmolunmaz), soruşturma evresinde ödendiği taktirde ceza yarısı oranında indirilir, kovuşturma evresinde hüküm tesisinden önce ödendiği taktirde ceza üçte biri oranında indirilir. Sanıklar savunmalarında suça konu miktarın öncelikle doğru hesaplanmadığını, şirket hesaplarına göre oluşan miktarın da icra yolu ile tahsil edildiğini savunmuşlardır. Bu savunmanın mahkemesince araştırılarak sanıkların her üç kanuna göre hukuki durumlarının ayrı ayrı tespiti gerektiği düşünülmemiştir.

Yüksek Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 17.02.2016 tarihli ve 2016/2102 karar sayılı kararında da değindiği üzere 'Hükümden sonra, 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 30.12.2012 gün ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılıp 6362 sayılı Kanun'la suç teşkil eden eylemlerin unsurlarının ve yaptırımlarının yeniden

düzenlendiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesi uyarınca 2499 sayılı ve 6362 sayılı Kanunların bütün hükümleri ayrı ayrı olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle denetime olanak sağlayacak biçimde lehe olan yasa hükmünün belirlenmesinden sonra sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde hükümler kurulması,' usul ve yasalara aykırı bulunmuştur. Dairenin 10.02.2016 gün ve 2016/1560 karar sayılı kararı da aynı yöndedir.

Yukarıdan itibaren yapılan açıklamalarda ayrıntısına değinildiği üzere;

Etkin pişmanlık hususu araştırılarak TCK'nın 7/2. madde ve fıkrası kapsamında üç farklı Kanun ile ayrı ayrı hüküm kurulup sonuçları karşılaştırıldıktan sonra hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi ve kabule göre de suç tarihinde yürürlükte olan Kanun'un öngördüğü hapis cezası aynı iken, suç tarihinde yürürlükte olan Kanun'un öngördüğü adli para cezasından fazlasına hükmedilmek suretiyle yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü içeren Yerel Mahkeme hükmü usul ve yasalara aykırıdır.” görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay (Kapatılan) 19. Ceza Dairesince 14.03.2019 tarih ve 21994-5708 sayı ile itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar; suç tarihi tespitinin doğru yapılıp yapılmadığı ve buna bağlı olarak lehe kanun değerlendirmesinin usulüne uygun yapılmaksızın sanıklar hakkında 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'la değişik mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerinin uygulanmasının isabetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkin ise de Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 27. maddesi uyarınca öncelikle;

1- Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/1-b maddesinde yer alan “gibi” ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarihli ve 24-133 sayılı kararıyla iptal edilmesinin sanıkların hukuki durumunu etkileyip etkilemeyeceği,

2- Buna bağlı olarak somut olayda;

a-) Sanıklar tarafından gerçekleştirilen ticari işlemlerde “emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel” uygulamasının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda suç tarihinde yürürlükte bulunan mülga 2499 sayılı Kanun'un 15/son maddesi delaletiyle 47/A-6 maddesi ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanun'un 110. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen suçun unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığı,

b-) 6362 (mülga 2499) sayılı Kanun’a muhalefet suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığının kabulü hâlinde sanıkların eylemlerinin iddianamede nitelendirildiği gibi TCK'nın 155/2. maddesinde

düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı,

Hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ön sorunlara ilişkin uyuşmazlık konularının görüşülmesi sırasında; Ceza Genel Kurulunca ön soruna ilişkin uyuşmazlıklar; suç tarihinde yürürlükte bulunan mülga 2499 sayılı Kanun'un 15/son maddesi delaletiyle 47/A-6 maddesi ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanun'un 110. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığı, anılan suçun unsurları itibarıyla oluşmadığının kabulü hâlinde sanıkların eylemlerinin iddianamede nitelendirildiği gibi TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı şeklinde değiştirilip yeniden belirlenerek ön soruna ilişkin uyuşmazlık konularının öncelikle ve birlikte değerlendirilmesi; sanıkların eylemlerinin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulü hâlinde ise CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu sanıklara atılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamında kalıp kalmadığı hususunun da oylanması gerektiği kabul edilmiş olup anılan uyuşmazlık konuları bu doğrultuda değerlendirilmiştir.
İncelenen dosya kapsamından;

Sermaye Piyasası Kurulunun 11.01.2008 tarihli ve XXI-18/9-1 sayılı denetleme raporunda;

... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin, pamuk ipliği üretimi ve çeşitli tekstil dokuma ürünleri imalatı ile bunların yurt içi ve yurt dışında satışını yapan bir şirket olduğu, merkezi İstanbul'da olan şirketin fabrikasının Gaziantep'te bulunduğu, şirketin yaşadığı mali sıkıntılar nedeni ile 05.11.2003 tarihinde, Gaziantep'te bulunan İplik Dokuma ve Boya Entegre Tesisleri ile idari bölümlerden oluşan mülkiyetindeki fabrika binasını makine, ekipman ve demirbaşları ile birlikte 5 yıllığına ... Tekstil Pazarlama Dış Tic. AŞ'ye kiralandığı, sözleşme süresi 5 yıl olmasına rağmen, ...'nın borçlarını ödememesi nedeniyle kira sözleşmesi şirket tarafından 29.03.2006 tarihinde tek taraflı olarak feshedildiği ve aynı yıl içerisinde fabrika binası ...Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye yıllığı 960.000 YTL'ye kiralandığı, 30.06.2006 tarihi itibarıyla şirketin %48,39'u halka açık olup şirketin en büyük ortağının %25,45 pay ile ... Holding AŞ olduğu,

Sanık ...'ın 11.04.2003 tarihinden itibaren ve hâlen şirketin yönetim kurulu başkanlığını yaptığı, sanık ...'un 27.05.2004-15.06.2005 tarihleri arasında ve 29.06.2006 tarihinden itibaren ve hâlen, sanık ...'ın 29.06.2006 tarihinden itibaren ve hâlen şirket yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı,

... Tekstil'le ticari ilişki içerisinde olan ... Ambalaj AŞ vekili Av. ... tarafından Kurula iletilen şikâyet dilekçelerinde; ... Tekstil'e sattıkları kâğıt bobin patronları sebebiyle 170.000 TL civarında alacaklı olduklarının, ... Tekstil'in borcu ödememesi sebebiyle Gaziantep 3. İcra Müdürlüğünün 2003/7450 ve 2003/9256 sayılı iki dosyası ile ilamsız takip yapıldığının, her iki icra takibine ... Tekstil'in itiraz ettiğinin, kendilerinin de itirazın iptali davası açtıklarının, Gaziantep 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 23.03.2004 tarihli ve 1021-114 sayılı kararı ile itirazın iptaline karar verildiğinin, bu kararın Yargıtay 19. Hukuk Dairesince 23.02.2005 tarih ve 7239-1769 sayı ile onanarak kesinleştiğinin, fabrika içerisinde bulunan mamul ve ham maddelerin haczinin önüne geçebilmek için fabrika binasının ...

Tekstil'e kiralandığının, İcra Mahkemesince aldırılan bilirkişi raporunda da tespit edildiği üzere kira sözleşmesinin muvazaalı olduğunun belirtildiği,

... Tekstil'in fabrika binasını kiralamasından sonra fason üretime devam ettiği, fason üretilen malların büyük kısmının ... Tekstil'e satıldığı, 2003 yılında 1.756.349 YTL, 2004 yılında 1.903.177 YTL, 2005 yılında 1.863.094 YTL, 2007 yılında ise 1.563.227 YTL olmak üzere toplam 7.085.847 YTL tutarında mal satışının ... Tekstil'e yapıldığı,

... Tekstil alıcılar hesabının muavin kayıtları incelendiğinde; ... Tekstil tarafından işletildiği dönemde elektrik ve su faturalarının ... Tekstil tarafından ödenmediği, abone olarak ... Tekstil göründüğü için faturaların ... Tekstil adına geldiği, bu fatura tutarlarının daha sonra ... alıcılar hesabına borç kaydedilmek suretiyle ... Tekstil cari hesabına yansıtıldığının tespit edildiği, bu çerçevede şirketin ... Tekstil'den olan alacaklarının içerisinde, ... Tekstil'in ödemediği elektrik ve su faturalarına ilişkin bedellerinin de bulunduğu, mal satışı ve kira sebebiyle cari hesapta oluşan borca karşılık, ... Tekstil'in çeşitli tarihlerde ... Tekstil'e, ... Tekstil'in borçlu olduğu firmalara ... Tekstil adına ödemeler yaptığı, ... Tekstil'in kamu borçlarının bir kısmını ödediği, bu ödemelerin düzenli olmadığı,

Diğer taraftan, kira alacağına ve taraflar arasındaki ticari ilişkilerden doğan alacaklara karşılık ...'dan çeşitli tarihlerde senet alındığı, taraflar arasındaki genel uygulama uyarınca ... Tekstil'in gelecek aylardaki kira borçlarına karşılık olarak ... Tekstil'e büyük tutarlarda (10 aylık kira bedeli gibi) senetler verdiği, ... Tekstil'den kira borçları karşılığı alınan senetler, kira günlerinde ... Tekstil alıcılar hesabı borçlandırılmak suretiyle ...'ya geri iade edildiği, ... Tekstil alıcılar hesabı üzerinde yapılan incelemede, kira tutarlarının hiçbirinin ...'dan nakit olarak tahsil edilmediği, kira günlerinde ... alıcılar hesabına kira tutarı kadar borç kaydı yapıldığı,

... Tekstil'den olan alacak tutarı 2005 yılına kadar arttığı, 2005 yılında 4.441.755 YTL'ye ulaşan toplam alacak miktarı, 2006 yılında 500.000 YTL'ye gerilediği, 2007 yılı içerisinde tekrar artarak 31.05.2007 tarihi itibarıyla 5.696.491 YTL'ye ulaştığı, 5 milyonluk dikkat çekici artış sebebiyle yapılan incelemede; kira sözleşmesinin feshedildiği 29.03.2006 tarihinden önce, ... Tekstil alıcılar hesabına borç kaydı yapılmak suretiyle, toplam 4.800.000 YTL tutarındaki alacak senedinin ... Tekstil'e iade edildiği, senet iadeleri sonucunda 31.10.2006 tarihi itibarıyla 3.333.734,19 YTL'ye ulaşan hesabın borç bakiyesinin, 3.340.811,8 YTL'sinin aynı tarihte ... Tekstil'in yeni kiracısı olan ...Tekstil'in alıcılar hesabına devredildiği, söz konusu tutarın 31.03.2007 tarihinde yapılan ters kayıt işlemi ile tekrar ... Tekstil alıcılar hesabına devredildiği, bu işlem sonrasında ... alıcılar hesabının borç bakiyesinin 5.701.937,51 YTL'ye ulaştığı, şirketin ...'dan olan alacaklarında 2006 yılındaki azalmanın alacağın tahsilinden değil, ...'nın borçlarını şirketin yeni kiracısı ...Tekstil'e aktarmasından kaynaklandığı, bu devir işleminin ...Tekstil'in ... Tekstil'e olan borcuna mahsuben gerçekleştirildiği,

... Tekstil'in ... Tekstil'e olan 3.333.734,19 YTL tutarındaki borcunun 31.12.2006 tarihinde ...Tekstil'e devredilmesine ilişkin olarak ...Tekstil ve ... Tekstil'den açıklama alındığı, ...Tekstil'in 03.10.2007 tarihli yazısında, belirtilen dönemde ... Tekstil'le ticari ilişki içerisinde olunduğu, söz konusu tutarın bu sebeple devralındığının ifade edildiği, konuya ilişkin olarak ... Tekstil'in 18.10.2007 tarihli yazısının 5. maddesinde ise; taraflar arasındaki ticari ilişki sebebiyle ... Tekstil'in,

...Tekstil'e borcunun olduğu, bu sebeple tarafların hesaplar arasındaki virman işlemini kabul ettiğinin ifade edildiği,

... Tekstil kira borçlarını ödemediği için kira sözleşmesi feshedilmiş olmasına rağmen, 31.03.2007 tarihinde cari hesaba mahsuben ...'ya 1.562.000 YTL tutarında mal satışının gerçekleştirildiği, söz konusu satış sonrasında ...'dan olan alacağın 5.702.387,51 YTL'ye (şirket aktifinin yaklaşık dörtte birine) ulaştığı, konuya ilişkin ... Tekstil'den açıklama alındığı, Şirket'in 18.10.2007 tarihli yazısında; ... Tekstil'in elindeki serisi bozulmuş stoklarının değerlendirilmesi ve borcun tahsiline imkân tanınması amacıyla kendilerine belli oranda mal satışının gerçekleştirildiği hususlarının ifade edildiği, mevcut alacaklar tahsil edilemezken cari hesaba mahsuben ...'ya mal satışı gerçekleştirilerek alacak tutarının artırılmasının ticari bir mantığının bulunmadığı, bu nedenle şirket açıklamalarının dikkate alınmaması gerektiği,

... Tekstil'in 30.06.2007 tarihli mali tabloları üzerinde yapılan incelemede; şirketin bu dönemde yaklaşık 5.000 YTL tutarında satış gerçekleştirdiği, dönem net zararının yaklaşık 18.000 YTL civarında olduğu, 50.000 YTL sermayesi olan şirketin öz kaynak tutarının -1.319.612,41 YTL'ye gerilediği, ...'nın sermayesinin tamamının karşılıksız kaldığı, satış rakamlarının düşüklüğü ve şirkete ait bir telefon numarasının bulunmamasından anlaşılacağı üzere kira sözleşmesi feshedildikten sonra şirketin faal olmadığı, ...'nın mali durumu dikkate alındığında, ... Tekstil'in alacaklarının tahsil edilmesinin güç olduğu, ...'dan olan alacak miktarının 5 milyon YTL'yi aşmış olmasına rağmen, bu alacağın tahsili için kanuni yollardan takibin yapılmadığının tespit edilmesi üzerine şirketten yapılan açıklamada; alacağın tahsili için ... ile görüşmelere devam edildiğinin belirtildiği, ...'nın mali sıkıntı içerisinde olmasına ve alacak miktarının 31.05.2007 tarihi itibarıyla 5.696.491 YTL'ye (şirket aktifinin yaklaşık dörtte birine) ulaşmış olmasına rağmen, bu tutarların tahsili için hukuki takip yapılmamasının ticari bir mantığının da bulunmadığı,

... Tekstil ile kira sözleşmesi feshedildikten sonra 80.000 YTL aylık bedel karşılığında fabrika binasının ...Tekstil'e kiralandığı, ... Tekstil ile benzer şekilde kira ödemeleri karşılığında senetler alındığı, nakit ödeme yapılmadığı, kira tutarı kadar cari hesabın borçlandırıldığı, ...Tekstil'den kira borçları karşılığında alınan senetler daha sonra cari hesap ilişkisi içerisinde kira ödemeleri gerçekleştikçe ...Tekstil'e iade edildiği, 31.12.2006 tarihi itibarıyla şirketin ...Tekstil'den 3.814.190 YTL tutarında alacağı bulunduğu, şirketin ... Tekstil ile olan ticari ilişkileri ...Tekstil'le olan ticari ilişkileri arasında fark olmadığı, sistemin eskisi gibi devam ettiği ve ... Tekstil'in yerini ...Tekstil'in aldığı,

... ve ...Tekstil'in yönetim ve ortaklık yapısına ilişkin yapılan incelemede; ... Tekstil'in sanık ..., ...,..., ...ve ... tarafından 19.02.2003 tarihli Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilerek kurulduğu, ... ve ...'nun şirketin kuruluşundan bu yana şirket ortağı olduğu, şirketin en büyük ortağının ... olduğu, sanık ...'ın ...'nın ilk yönetim kurulu başkanı olduğu, ...'ın yaklaşık 7 ay boyunca ... Tekstil yönetim kurulu başkanlığı ile ... Tekstil yönetim kurulu üyeliklerini beraber yürüttüğü, ... Tekstil yönetim kurulu başkanı ... ve yönetim kurulu üyesi ...'ın ...'nın kurucu ortakları arasında yer aldığı, söz konusu kişilerin kiralama işlemi gerçekleşmeden önce ellerindeki ... hisse senetlerini sattıkları, ... ile kira sözleşmesi yapılmadan önce ... yönetim kurulu üyelerinin tamamının değiştirildiği ve yeni yönetim kurulunun, ..., ..., ... ve ...'ten oluştuğu, ...'ın 10.10.2003 ve 25.05.2005 tarihleri arasında, ...'nun ise

25.05.2005-09.07.2007 tarihleri arasında ... Tekstil Yönetim Kurulu Başkanlığı görevini yürüttüğü, ... ile kira sözleşmesinin imzalandığı dönemde ...'nın yönetim kurulu başkanı olan ...'ın, aynı dönemde ... Tekstil'de de yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı, ...'ın, ... Tekstil yönetim kurulu üyeliğinden ayrıldığı 27.05.2004 tarihine kadar yaklaşık 7 ay boyunca her iki görevi birlikte yürüttüğü, ... Tekstil'de, 16.10.2003-25.05.2005 tarihleri arasında Yönetim Kurulu üyesi, 25.05.2002 - 09.07.2007 tarihleri arasında ise yönetim kurulu başkanı olarak görev yapmış olan ...'nun, ...'da yönetim kurulu başkanlığı yaptığı, 28.06.2005 -16.03.2006 döneminde, ... Tekstil'in bir sonraki kiracısı olan ...Tekstil'de de Yönetim Kurulu Başkanlığı görevinde bulunduğu, ...'nun fabrika binası ...Tekstil'e kiralanmadan hemen önce ...Tekstil'de yürüttüğü yönetim kurulu başkanlığı görevinden ayrıldığı, 27.05.2004-29.06.2006 tarihleri arasında ... Tekstil'de yönetim kurulu üyeliğinde bulunan ...'ün, 28.06.2005-16.03.2006 tarihleri arasında (fabrika binası henüz ...Tekstil'e kiralanmadan önce) ...Tekstil'de de Yönetim Kurulu Üyeliğinde bulunduğu, bu çerçevede ...'ün yaklaşık 15 ay boyunca hem ... Tekstil'de hem de ...Tekstil'de yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunduğu, ...'ün fabrika binası kiralanmadan hemen önce ...Tekstil'deki Yönetim Kurulu üyeliği görevinden ayrıldığı, ...'la birlikte ...'nın kurucuları arasında yer alan ...'in, 28.06.2005 tarihine kadar ...Tekstil'de yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunduğu, 28.06.2005 tarihine kadar ...Tekstil Yönetim Kurulu başkanı olarak görev yapan ...'in, 16.03.2004-25.05.2005 tarihleri arasında ... Tekstil'de de yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunduğu, 2005 yılı içerisinde ...'nın ortakları arasında yer alan Abdülkadir Adabağ'ın, 01.01.2005-16.03.2006 tarihleri arasında ...Tekstil'de yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunduğu,

...Tekstil'in ...Beton ve Çimento ismiyle sanık ..., Bekir ..., ... Holding AŞ, ..., ...ve ... tarafından kurulup 1996 yılında mevcut ismini aldığı, 2006 yılına kadar şirketin en büyük ortağının aynı zamanda ... Tekstil'in yönetim kurulu başkanı olan ...olduğu, fabrika binasının ...Tekstil'e kiralanmasından 1 ay önce ...Tekstil'in yönetim kurulu üyelerinin tamamının değiştirildiği, ...Tekstil ortakları ve yönetim kurulu üyelerinden bazılarının ... ve/veya ... Tekstil'in ortakları ve/veya yönetim kurulu üyeleri arasında olduğu, 10.03.2006 tarihli ...Tekstil genel kurul toplantısında yönetim kurulu üyeleri ...'ı ... Tekstil'de de bir dönem yönetim kurulu üyeliği yapan ve ... Holding Genel Müdürü ... tarafından, ... ve ...'ın ise ... Holding muhasebe müdürü Orhan Sevil tarafından vekaleten temsil edildiği, ...Tekstil genel kurul toplantılarının tamamının ... Holding'in merkezinde gerçekleştirildiği şeklinde yapılan tespitler dikkate alındığında; ... Tekstil ve ...Tekstil'in ... Grubunun sevk ve idaresi altında olduğunun, sanık ...'ın anılan şirketlerdeki paylarını devrettikten sonra kendisine yakın olan şahısları şirketlere ortak veya yönetici yaparak şirketler nezdindeki vesayetini devam ettirdiğinin anlaşıldığı, ... Tekstil ve ...Tekstil'in dolaylı olarak ... grubunun vesayeti altında olduğu sonucuna ulaşıldığı,

... Tekstil fabrika binasını kiralayan ... Tekstil'in sanık ... tarafından kurulması, sanık ...'ın ... Tekstil'i kurup kiralama işleminden hemen önce paylarını devretmesi, ... Tekstil yönetim kurulu üyeliğini yapan ...'ın aynı dönemde ... Tekstil'in yönetim kurulu başkanlığını yürütmesi, kira sözleşmesi sona erdikten sonra ... Tekstil'in üretim faaliyetlerini sona erdirmesi, kiralama işleminden hemen önce ... Tekstil yönetim kurulu üyeleri ve ortaklarının değiştirilmesi, alacaklar tahsil edilmezken mal satışı yapılarak ticari hayatın gerekliliklerine aykırı hareket edilmesi, ... Tekstil'in kuruluş süreci, ortaklık yapısı, payların devir şekli ve ... Tekstil ile ... Tekstil arasındaki ticari ilişkilerin niteliği hep birlikte

değerlendirildiğinde, ... Tekstil'in ... Tekstil fabrika binasını kiralamak amacıyla kurulmuş paravan bir şirket olduğu sonucuna varıldığı,

... Tekstil'in kendisi üretim yapmaktan vazgeçerek şirket fabrikasını kiraladığı, yapılan özel durum açıklamalarında da kira gelirleri ve fason üretimden elde edilecek gelirlerle şirketin borçlarının ödenmesinin planlandığı belirtilmesine rağmen, kira alacakları için şirketin hukuki takip başlatmadığı, kira tutarlarının nakit olarak tahsil edilmediği, cari hesapta ... Tekstil'in borçlandırılması ile yetinildiği, 2006 yılında ise ... Tekstil'e kira alacağını tahsil edemediğini belirterek kira sözleşmesini feshetmesine rağmen ... Tekstil'e 1.5 milyon tutarında mal satışı yaptığı, 3 yılda şirketin tahsil etmesi gereken kira gelirinin 4.5 milyon YTL, ... Tekstil'in cari hesapta ...'dan alacak tutarı ise 31.05.2007 tarihi itibarıyla 5.696.491 YTL olduğu, bu rakamlara göre şirket fabrika binasının sadece cari hesaba yapılan borç kaydı karşılığında ... Tekstil'e kullandırıldığının tespit edildiği,

Şirketin ekonomik faaliyetlerine devam etmesinin kira gelirlerinden ve fason mal satışından gelecek nakit girişine bağlı olduğu dikkate alındığında, ... Tekstil'den olan alacakların nakit tahsil edilmemesinin ve ... Tekstil'den olan alacakların takibinin yapılmamasının şirket tüzel kişiliğinin ve şirket ortaklarının menfaatleri aleyhine bir uygulama olduğu, ... Grubu, ... Tekstil ve ...Tekstil'in dolaylı olarak yönetimini elinde bulundurduğundan yapılan kira sözleşmelerinin muvazaalı olduğu, bu hususun Gaziantep 1. İcra Mahkemesi tarafından yaptırılan bilirkişi raporuyla da tespit edildiği, bilirkişi raporu sonuçlarını dikkate alan Mahkemenin 14.03.2006 tarihli kararında ...'yı tazminat ödemeye mahkûm ettiği, ... ile olan kira sözleşmesinin feshedilme sebebinin de söz konusu Mahkeme kararı olduğunun düşünüldüğü,

Bu çerçevede konu ile ilgili olarak; mevcut alacaklar tahsil edilemezken 31.03.2007 tarihinde cari hesaba mahsuben ... Tekstil'e 1.562.000 YTL mal satışı gerçekleştirilmesi ve ... Tekstil'den olan alacakların takibinin yapılmaması sebebiyle ... Tekstil yönetim kurulu üyeleri sanıklar ..., ... ve ... hakkında TCK'nın 155. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulmasının ve ... Tekstil'den olan toplam alacak tutarının tahsili için gerekli hukuki takibin başlatılmasının ... Tekstil'den istenilmesinin yerinde olacağı,

Şeklinde değerlendirmeler yapıldığı,

Sermaye Piyasası Kurulunca 02.05.2008 tarih ve 13-510 sayı ile; ... Tekstil hakkındaki iddiaların incelenmesi sonucunda; ticari ilişki içerisinde bulunulan ... Tekstil'den olan mevcut alacaklar tahsil edilememesine rağmen 31.03.2007 tarihinde cari hesaba mahsuben ... Tekstil'e 1.562.000 YTL tutarında mal satışı gerçekleştirilmesine ve söz konusu şirketten olan alacakların takibinin yapılmamasına ilişkin olarak ... Tekstil Yönetim Kurulu Üyeleri, sanıklar ..., ... ve ... hakkında, TCK'nın 155 ve SPK'nın 48. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere suç duyurusunda bulunulmasına, SPK'nın 46. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, ... Tekstil'den olan toplam alacak tutarının tahsili için gerekli hukuki takibatın başlatılmasının ... Tekstil'den istenmesine karar verildiği,
Sermaye Piyasası Kurulunun 14.07.2008 tarihli ve B.02.1.SPK.0.61-5081-11705 sayılı suç duyurusunda;

...isimli yatırımcının ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin grup şirketleri ile olan borç-alacak ilişkilerine, verileri sipariş avanslarına ve stoklarına ilişkin iddialarının ve Şirket'in Gaziantep'teki fabrika binasının kiralanmasına ilişkin Av. ...'ın dilekçesinde belirtilen hususların 2499 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenmesi neticesinde 11.01.2008 tarihli ve XXI-18/9-1 sayılı denetleme raporu hazırlandığı,

Anılan denetleme raporunda belirtilen hususlar dikkate alındığında; ... Tekstil ile olan kira sözleşmesinin ...'nın borçlarını ödemediği için ... Tekstil tarafından tek taraflı olarak feshedildiği ve mevcut alacakların tahsilinde güçlük yaşanmasına rağmen, 2007 yılı içerisinde ...'ya mal satışı yapılmaya devam edildiği, ... alıcılar hesabının 2007 yılı kayıtları incelendiğinde, 31.03.2007 tarihinde cari hesaba mahsuben ...'ya 1.562.000 YTL tutarında mal satışının gerçekleştirildiği ve bu satış sonucunda ... alıcılar hesabının borç bakiyesinin 5.702.387,51 YTL'ye ulaştığı, ... Tekstil'den olan alacaklar tahsil edilmediği için kira sözleşmesi fesih edilmiş olmasına rağmen, cari hesaba mahsuben 1.5 milyon YTL tutarında mal satışı gerçekleştirilmesinin ticari bir mantığının olmadığı, öte yandan, ...'dan olan alacak miktarı 5 milyon YTL'yi aşmış olmasına rağmen, bu alacağın tahsili için kanuni yollardan takibin yapılmadığı, alacak takibinin yapılmama gerekçesine ilişkin ... Tekstil'den açıklama istendiği, şirket'in 18.10.2007 tarihli açıklama yazısının 7. maddesinde; alacağın tahsili için ... ile görüşmelere devam edildiğinin belirtildiği, şirket mali sıkıntı içerisinde olmasına ve ...'dan olan alacak miktarı (31.05.2007 tarihi itibarıyla) 5.696.491 YTL'ye (22.589.610 YTL tutarındaki şirket aktifinin yaklaşık dörtte birine) ulaşmış olmasına rağmen, bu tutarların tahsili için hukuki takibin yapılmamasının ticari bir mantığının bulunmadığı,

... Tekstil'in mali durumuna ilişkin olarak yapılan incelemede ise, şirketin faal olarak çalışmadığı ve sermayesinin tamamının karşılıksız kaldığı, bu çerçevede tahsil edilebilmesinin çok güç olduğu bilindiği hâlde, cari hesaba mahsuben ... Tekstil'e mal satışı gerçekleştirilmesinin, ... Tekstil'den olan 5 milyon YTL tutarındaki alacağın tahsili için herhangi bir girişimde bulunulmamasının herhangi bir ticari mantığının olmadığı, 3 yılda şirketin tahsil etmesi gereken kira geliri tutarı 4.5 milyon YTL, ... Tekstil'in cari hesapta ...'dan alacak tutarı ise 31.05.2007 tarihi itibarıyla 5.696.491 YTL olduğu, söz konusu rakamlar dikkate alındığında, şirket fabrika binasının sadece cari hesaba yapılan borç kaydı karşılığında ... Tekstil'e kullandırıldığı, şirket'in ekonomik faaliyetlerine devam etmesinin kira gelirlerinden ve fason mal satışından gelecek nakit girişine bağlı olduğu dikkate alındığında, ... Tekstil'den olan alacakların nakit tahsil edilmemesinin ve ... Tekstil'den olan alacakların takibinin yapılmamasının şirket tüzel kişiliğinin ve şirket ortaklarının menfaatleri aleyhine bir uygulama olduğu, ... Tekstil'in mali durumunun iyi olmaması sebebi ile ilerleyen dönemlerde bu tutarların tahsil edilememesi hâlinde, şirket tüzel kişiliğinin ve ortaklarının zararının realize olacağı,

Ticari hayatın gereklerine uygun hareket edildiği ve şirket ortaklarının menfaatleri gözetildiği sürece, fabrika binasının kiralanmasında herhangi bir sakıncanın bulunmadığı, Kurul uzmanlarınca hazırlanan denetleme raporunda, ... Tekstil'den olan alacakların tahsil edilmediği, tahsil edilemeyen tutarlar için faiz tahakkukunun yapılmadığı, belirtilen tutarları tahsil etmek için hukuki herhangi bir girişimde bulunulmadığının tespit edildiği, ... Tekstil'in üretim faaliyetlerini devam

ettirmediği dikkate alındığında, 31.05.2007 tarihi itibarıyla ... Tekstil'den olan 5.696.491 YTL tutarındaki alacağın tahsil edilebilmesinin de güç olduğu,

TTK'nın ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca; bir anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin şirketi idare ederken görevlerini özen ve dikkatle yapmak zorunda oldukları, şirket genel kurulunda yapılan seçimle belirlenen şirket yönetim kuruluna, şirketin tüm mal varlığının şirketin faaliyet konusu ve amacına uygun olarak ve tüm şirket ortaklarının ortak çıkarları (kazanç) doğrultusunda kullanılmak üzere zımni olarak tevdi edildiği, bu çerçevede şirketi zarara uğratan usulsüz işlemlerde sorumluluğun şirket yönetim kurulu üyeleri üzerinde olduğu, somut olayda Şirket yönetiminin TTK ve Borçlar Kanunu uyarınca üzerine düşen görevi yerine getirmede özenli davranmadığı, TCK'nın 155. maddesinde tanımlanan güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluştuğu,

Şirketin tüm mal varlığının, şirket genel kurulunda yapılan seçimle belirlenen yönetim kuruluna rızaen tevdi edildiği, TTK'nın ve Borçlar Kanunu'nun hükümleri uyarınca şirket yönetim kurulunun da şirketin tüm mal varlığını, şirketin faaliyet konusuna ve amacına uygun olarak ve tüm şirket ortaklarının ortak çıkarları (kazanç) doğrultusunda özen ve dikkatle kullanmaları gerektiği, şirketin mal varlığı şirket ortaklarınca bu güven ilişkisi içerisinde şirket yönetimine tevdi edildiği, eğer şirket yönetimince kendisine tevdi ve teslim edilen mal varlığı, şirketin hâkim ortaklarının, yöneticilerinin veya üçüncü kişilerin yararına; şirketin küçük pay sahiplerinin ve/veya şirket tüzel kişiliğinin zararına yönelik olarak kullanılırsa, hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunun meydana geleceği, suçun oluşması için zarar tehlikesinin varlığı yeterli olup suçun takibi için şirket ortaklarının ve/veya diğer mağdurların şikâyetine gerek bulunmadığı,

Sonuç olarak, mevcut alacaklar tahsil edilemezken cari hesaba mahsuben ...'ya 1.5 milyon YTL tutarında mal satışı gerçekleştirilmesinin ve ...'dan olan 5 milyon YTL tutarındaki alacağın tahsili için gerekli hukuki girişimlerin yapılmamasının, şirket tüzel kişiliğinin ve şirket ortaklarının menfaatlerine aykırı olduğu, ...'nın mali durumu göz önünde bulundurulduğunda bu tutarların tahsil edilebilmesinin de güç olduğu, bu çerçevede TCK'nın 155. maddesinde tanımlanan güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının somut olayda gerçekleştiği,

Ticari ilişki içerisinde bulunulan ... Tekstil'den olan mevcut alacaklar tahsil edilememesine rağmen 31.03.2007 tarihinde cari hesaba mahsuben ... Tekstil'e 1.562.000 YTL tutarında mal satışı gerçekleştirilmesine ve söz konusu şirketten olan alacakların takibinin yapılmamasına ilişkin olarak 02.05.2008 tarihli ve 13-510 sayılı kararı ile, ... Tekstil yönetim kurulu üyeleri olan sanıklar ..., ... ve ... hakkında, TCK'nın 155. maddesi ve SPK'nın 48. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere ilgili yer Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi sebebiyle adı geçen şahıslar hakkında, TCK'nın 155. maddesi ve SPK'nın 48. maddesi uyarınca kovuşturmaya geçilmesini ve sanıklar hakkında verilecek mahkûmiyet kararında TCK'nın 53. maddesinin uygulanmasının talep edildiği,

Sermaye Piyasası Kurulunun 12.08.2008 tarihli ve XXI-13/15-6 sayılı denetleme raporunda;

Kurulun 02.05.2008 tarihli toplantısında, ... Tekstil'den olan alacağın tahsili için Şirkete 2 ay süre tanınmasına karar verildiği, şirketin 03.07.2008 tarihli yazısında ... Tekstil'den olan 2.298.459,16

YTL'lik alacağın tahsili için Gaziantep 4. İcra Dairesinin 2008/8692 numaralı icra dosyası üzerinden takibe başlandığının bildirildiği, gönderilen belgeler incelendiğinde bu hususun doğru olduğu ve alacağın tahsili için ilamsız takibe başlanıldığı, 20.05.2008 tarihi itibarıyla Şirket'in ... Tekstil'den toplam 2.298.459,16 YTL tutarında alacağı bulunmakta olup söz konusu tutarın tamamı için karşılık ayrıldığı ve şüpheli ticari alacaklar hesabında takip edilmeye başlandığı, bu nedenle takibe başlanması yönünde Kurul kararının gerekleri yerine getirildiği anlaşıldığından konuya ilişkin olarak Kurulca yapılacak herhangi bir işlemin olmadığının belirtildiği,

... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin 30.06.2006 tarihinde yapılan olağan genel kurulu toplantı tutanağına göre; şirketin yönetim kurulu üyeliklerine sanık ..., ... Holding AŞ'yi temsilen sanık ..., ..., sanık ... ve ...'in seçildiği, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin 07.09.2007 tarihinde yapılan olağan genel kurulu toplantı tutanağına göre; şirketin yönetim kurulu üyeliklerine sanık ..., ..., ... Holding AŞ'yi temsilen sanık ..., ... ve ...'in seçildiği, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin 29.08.2008 tarihinde yapılan olağan genel kurulu toplantı tutanağına göre; şirketin yönetim kurulu üyeliklerine ...AŞ'yi temsilen sanık ..., İhlas Madencilik AŞ'yi temsilen Yavuz Özgün, Ceyhan Aral, Abdullah Turalı ve Mahmut Kemal Aydın'ın seçildiği,

05.11.2003 tarihli kira sözleşmesine göre; ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye ait fabrika binası ve eklentilerinin aylık 125.000 TL kira karşılığında 5 yıl süreyle ... Tekstil Pazarlama Dış Ticaret AŞ'ye kiralandığı,

29.03.2006 tarihli kira sözleşmesine göre; ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye ait fabrika binası ve eklentilerinin aylık 80.000 TL kira karşılığında 1 yıl süreyle ...Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye kiralandığı,

Tedaş AŞ'nin 31.12.2004 tarihli ve 005049 sayılı yazısı ile; ... Tekstil'e elektriğin kesileceği hususunun bildirildiği, Tedaş Gaziantep Müessese Müdürlüğünce 14.01.2005 tarihinde ... Tekstil'e gönderilen ihtarnameye göre; 7176 elektrik abonesinin kurulu bulunduğu ... Tekstil'e ait fabrikayı kiralanması sebebiyle 10.03.2004 tarihli dilekçeye istinaden abonelik talebinin kabul edildiği, abonelik işlemleri için Tedaş'a başvurulması gerektiği, kiralama tarihi olan 05.11.2003 tarihinden 14.01.2005 tarihine kadar birikmiş borcun ana para ve gecikme zammı dahil 2.591.155,03 YTL olduğu, abonelik sözleşmesi imzalamaya gelinmemesi ve borcun ödenmemesi durumunda elektrik enerjisi verilmeye başlanılmayacağı hususlarının ihtar edildiği,

Gaziantep 2. İdare Mahkemesinin 06.06.2005 tarihli ve 86-464 sayılı kararı ile; Tedaş'ın 31.12.2004 tarihli ve 005049 sayılı işleminin iptaline karar verildiği, Danıştay 13. Dairesinin 14.11.2008 tarihli ve 7423-7307 sayılı kararı ile; Gaziantep 2. İdare Mahkemesinin 06.06.2005 tarihli ve 86-464 sayılı kararının onanmasına karar verildiği,

Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27.02.2006 tarihli ve 271-65 sayılı kararı ile; Tedaş'ın ... Tekstil aleyhine açtığı alacak davasının kabulüne, taleple bağlı kalınarak 2.102.226 YTL asıl alacak, 495.288,57 YTL gecikme cezası ve 89.151,94 YTL KDV olmak üzere toplamda 2.686.666,51 YTL davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verildiği,

... Tekstil tarafından ... Tekstil'e kesilen 31.03.2007 tarihli ve 0468906 sayılı 1.060.702 TL'lik fatura ile aynı tarihli ve 0468905 sayılı 502.525,27 TL'lik faturalarda pamuk ve iplik satışına ait bilgilerin bulunduğu,

05.11.2003 tarihli fiili zilyetlik teslim tutanağına göre; Gaziantep 1. Organize Sanayi Bölgesinde kurulu ... Tekstil'e ait fabrikayı ... Tekstil'in ... Tekstil'e teslim ettiği,

31.03.2006 tarihli fiili zilyetlik teslim tutanağına göre; Gaziantep 1. Organize Sanayi Bölgesinde kurulu ... Tekstil'e ait fabrikayı ... Tekstil'in ... Tekstil'e teslim ettiği,

... Tekstil tarafından ... Tekstil aleyhine Gaziantep 4. İcra Müdürlüğünün 2008/8692 sayılı dosyasında 2.298.459,16 TL'lik ilamsız takip yapıldığı,

... Tekstil yönetim kurulu üyeleri olan sanıklar tarafından dosyaya sunulan ödeme belgelerinde; Gaziantep 4. İcra Müdürlüğünün 2008/8692 sayılı takip dosyasındaki alacağa mahsuben ve haricen 27.08.2008 tarihinde 9.446,36 TL (İSOT İnşaat AŞ'ye olan borcun aktarımı) ve 1.095.903,50 TL (Gaziantep SSK İl Müdürlüğüne olan borcun ödenmesi), 28.08.2008 tarihinde 672.274,38 TL (Gaziantep SSK İl Müdürlüğüne olan borcun ödenmesi), 02.09.2008 tarihinde 37.278,11 TL (İstanbul SSK İl Müdürlüğüne olan borcun ödenmesi) ve 51.153 TL (Gaziantep Şehitkamil Vergi Dairesine olan borcun ödenmesi), 01.07.2008 tarihinde 39.813,52 TL (Güven İş Hizmet Org. Ltd. Şti'ne olan borcun ödenmesi), 03.09.2008 tarihinde 393.792,69 TL (...Tekstil'e olan borcun ödenmesi), 31.10.2008 tarihinde 128.330,55 TL (Akyürek Tekstil'e olan borcun ödenmesi) olmak üzere toplamda 2.427.992,11 TL ödemenin yapılması için muvafakat edildiği, bu ödemelerin ise ... Tekstil'in ... Tekstil'de bulunan cari hesabına borç kaydedildiği,

Görevsizlik kararı veren Kadıköy (Kapatılan) 2. Asliye Ceza Mahkemesince alınan ve Prof. Dr. ...., B.Y.B. Murakıbı ve Y.M. ...., bankacı ve Y.M. Müşavir .... tarafından hazırlanan 05.04.2011 tarihli bilirkişi kurulu raporuna göre;

1- Sermaye Piyasası Kurulu vekilinin 14.07.2008 tarihlî şikâyet dilekçesi üzerine Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığının 05.10.2009 tarihli ve 2009/8266 numaralı iddianamesinin 14.10.2009 günü kabulü ile açılan 2009/1566 E. sayılı dosyada, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun 31.03.2007 tarihinde ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ Yönetim Kurulu Üyeleri olan sanıklar ..., ..., ... tarafından işlendiği iddiasının dava konusu olduğu,

2- ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ ile ... Tekstil Pazarlama Dış Ticaret AŞ arasında Gaziantep'teki fabrika binası ve eklentilerinin kira sözleşmesi 05.11.2003 tarihinde düzenlenmiş ve fiili zilyetlik teslim tutanağı ile aynı tarihte teslim edildiği, kira sözleşmesinin 29.03.2006 tarihinde sona erdiği ve fiili zilyetlik teslim tutanağı ile 31.03.2006 tarihinde teslim edildiği,

3- ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ nezdindeki ... Tekstil Pazarlama Dış Ticaret AŞ'ye ait muavin defter cari hesabı (01.01.2007-07.11.2008) incelendiğinde;

a-) 31.03.2007 tarihinde toplam 1.563.227,27 YTL ... Tekstil Pazarlama Dış Ticaret AŞ'ye faturalı ticari mal satışı yapıldığı,

b-) 31.03.2007 tarihinde ...Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye ait ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ nezdindeki cari hesabının 3.733.367,11 YTL borç bakiyesi, ... Tekstil cari hesabına aktarılarak hesabın borç bakiyesi 5.701.977,51 YTL olduğu, söz konusu işlemler ... Tekstil AŞ tarafından mahsup yolu ile tek taraflı olarak icra edildiği,

c-) 03.07.2007 tarihinde 221.603,70 YTL ... Tekstil'e ticari mal satışı yapılmış ve cari hesabın borç bakiyesi 5.921.233,29 YTL'ye ulaştığı,

d-) ... Tekstil cari hesabına alacak şeklinde oluşan tahsilatların ise;

- 30.11.2007 tarihinde 2.102.226,00 YTL ve 31.03.2008 tarihinde 410.570,99 YTL Tedaş faturası ve elektrik bedeli şeklinde yapılan tahsil işleminin, 2007 yılından önce ... Tekstil cari hesabına borç kaydının bulunması gerekmekte olup Tedaş'a elektrik bedeli olarak ödeme yapılmadığı ve davaların derdest olduğunun açıklandığı,

- 01.05.2008 tarihinde toplam 1.130.912,56 YTL ... Tekstil'den mal alımı şeklinde tahsilat sağlandığı,

- 03.09.2008 tarihinde 393.792,69 YTL ... Tekstil'in borcu ...Tekstil'e aktarılarak tahsilat sağlandığı,

- 07.11.2008 tarihinde ... Tekstil cari hesap borç bakiyesinin kapanmasında, ... Tekstil'in 2.307,31 YTL ...'a olan borcunun ödenmesi şeklinde tahsilat sağlandığı,

4- Sermaye Piyasası Kurulu Karar Organının 02.05.2008 tarihli kararının 05.05.2008 tarihli yazı ile ... Tekstil'e 12.05.2008 tarihinde duyurulduğu, ... Tekstil tarafından 11.06.2008 tarihinde Gaziantep 4. İcra Dairesi 2008/8692 esas sayılı dosyada, ... Tekstil aleyhine 2.298.459,16 YTL asıl alacak üzerinden takip başlatıldığı, İcra Dairesince Mahkeme'ye gönderilen 08.06.2010 tarihli yazısında "Dosyamızda herhangi bir ödeme yoktur." denildiği,

Bu durumda; oluşumları yukarıda açıklanmış şekliyle ... Tekstil tarafından icra edilen işlemlerin, SPK'yı dolayısıyla kamuyu zarara uğratan işlemler mahiyetinde olmadıkları, ticari şirketler arasında fabrika kiralanmasından kaynaklanan özel borç-alacak ilişkilerinden kaynaklanan özel hukuk ilişkileri olduğu,

Gaziantep 4. İcra Dairesinin 2008/8692 esas sayılı dosyası üzerinden yazdığı 05.02.2010 tarihli yazısında; asıl borcun 2.298.459,16 TL olmak üzere toplamda 3.356.089,59 TL olduğunun ve dosyaya herhangi bir ödeme yapılmadığının, 08.06.2010 tarihli yazısında ise toplam borcun 3.542.477,65 TL olduğunun ve dosyaya herhangi bir ödeme yapılmadığının belirtildiği,

Gaziantep 1. İcra Mahkemesinin 14.03.2006 tarihli ve 285-101 sayılı kararı ile; ... Ambalaj San. AŞ'nin davacı, ... Tekstil'in davalı olduğu tazminat davasında; ... Tekstil'in ... Ambalaj isimli şirkete olan borcu sebebiyle başlatılan icra takibi sırasında ... Tekstil'e 1. haciz ihbarnamesi çıkarıldığında davalının kira bedellerini peşin olarak ödediğini belirterek itiraz etmesi üzerine bu itirazın doğru olmadığını ileri süren davacı ... Ambalaj'ın tazminat davası açtığı, bilirkişi raporu doğrultusunda peşin kira ödemesi yapıldığına dair herhangi bir belgeye rastlanılmadığı anlaşıldığından ... Tekstil ve ... Tekstil arasında olan kira sözleşmesinin muvazaalı olduğu tespit edilerek ... Tekstil'in tazminat ödemesine hükmedildiği,

Savunma kapsamında dosyaya sunulan izahat isimli belgede; ... Tekstil'in 05.11.2003 tarihinde Organize Sanayi Bölgesi Başpınar/Gaziantep'te bulunan komple fabrika ve eklentilerini ... Tekstil'e kiraya verdiğini, kira sözleşmesinin 4. maddesine göre elektrik tüketim bedelinin ... Tekstil tarafından ödeneceği, ... Tekstil'in Tedaş AŞ'ye elektrik aboneliği müracaatını yapmış olmasına rağmen Tedaş tarafından Nisan/2005 ayına kadar abonelik verilmediğini, Tedaş'ın Kasım/2003 tarihinden Nisan/2005 tarihine kadar bütün faturaları ... Tekstil'e fatura ettiğini, ... Tekstil'in, Tedaş'tan almış olduğu faturaları muhasebe kayıtlarına girerek ilgili gider hesabına borç, Tedaş'a alacak kaydı yaptığını, gerçek üretimi ve elektrik tüketimini kiracı durumundaki ... Tekstil'e aynı tutarda fatura ederek ilgili muhasebe hesabına alacak ... Tekstil'e borç kaydı düzenlendiğini, Tedaş'a alacak kaydı, ... Tekstil'e borç kaydının yapıldığı Kasım/2003 dönemi ile Ocak/2005 dönemini kapsayan muhasebe fişlerinin ekte sunulduğunu, bu fişlerin toplam tutarının 2.102.226,00 TL olduğunu, bilirkişi raporu ve mahkeme kararına göre asıl elektrik tüketimini kiracı ... Tekstil'in yapması nedeniyle gerçek borçlunun ... Tekstil değil ... Tekstil olduğunun karar verilmesi üzerine, ... Tekstil muhasebe kaydını daha önce yapmış olduğu kayıtların ters mahsubu ile düzeltme yaptığı, bu kayıt Kasım/2003 tarihinden Ocak/2005 tarihini kapsayan toplam fatura tutarı olan 2.102.226,00 TL'nin Tedaş'a borç kaydı, ... Tekstil'e alacak kaydı yapıldığı, ... Tekstil'in söz konusu Tedaş'ın bu alacağından dolayı herhangi bir ödeme yapmadığını, ... Tekstil de bu elektrik borcunu ödemediği ve taksitlendirme talebinde bulunacağı, ... Tekstil'in 29.03.2006 tarihinde ... Tekstil'in borçlarını zamanında ödeyememesi nedeniyle kira sözleşmesini tek taraflı feshettiği, 29.03.2006 tarihinde ... Tekstil ile ...Tekstil arasında kira sözleşmesi yapıldığı, ... Tekstil'in borç bakiyesinin devri 31.10.2006 tarihinde 3.340.811,80 TL ve 02.12.2006 tarihinde 678.360 TL olmak üzere 4.019.171,80 TL olarak ... Tekstil'e alacak ...Tekstil AŞ'ye borç kaydı yapıldığı, bu borcun ...Tekstil'e dekont edilmesinin sebebinin ... AŞ'nin 31.10.2006 tarihi itibarıyla 4.088.389,95 TL ...Tekstil'den alacaklı olması olduğu, bu sebeple ...Tekstil'in ... Tekstil'e olan borcunu ödemiş olacağı, ... Tekstil'in de üretim yapan, satış yapan, gelir elde eden ...Tekstil'den alacağını garantiye almış olduğu, ...Tekstil'in, ... Tekstil'in ... Tekstil'e olan borç dekontunu kabul ettiğinden ...Tekstil'in, ... Tekstil'e borçlu duruma düştüğü şeklinde açıklamaların bulunduğu,

Anlaşılmaktadır.

Katılan vekilleri aşamalarda; şikâyet dilekçesini tekrar ettiklerini, davaya müdahil olarak katılmak istediklerini, her ne kadar Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanan özel bir suç söz konusu değilse de sanıkların yetkilisi oldukları şirketin halka açık olması nedeniyle alacağın tahsil edilmemesi ve alacaklı bulunulmasına rağmen mal satışı yapılması nedeni ile 2 ayrı eylemle şirket hissedarları ve ülke ekonomisinin zarara uğratıldığını, bilirkişi raporunu kabul etmediklerini, bilirkişi kurulunun sadece muhasebe kayıtlarını değerlendirdiğini, Kurulun raporunda belirtilen işlemlerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususunun değerlendirilmediğini, Yargıtay içtihatlarına göre sermaye piyasasına ilişkin raporların Maliye, Ceza ve Ticaret Hukuku konusunda uzman kişiler tarafından düzenlenmesi gerektiğini, bu nedenle bilirkişi raporunun eksik ve yetersiz olduğunu, yeniden rapor alınması gerektiğini, sanık müdafisinin görevsizlik iddiasını kabul etmediklerini, davanın TCK'nın 155/2. maddesinden açıldığını, Kadıköy (Kapatılan) Asliye Ceza Mahkemelerinin görevli olduğunu, yargılamanın İstanbul Asliye Ceza Mahkemelerinde yapılmaya başlanması üzerine ise farklı olarak İstanbul Asliye Ceza Mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğunu, olayda halka açık şirketin

alacakları usulüne uygun olarak tahsil edilmeyerek bilerek zarara uğratıldığını, dosyanın tamamlandığını ifade etmişlerdir.

Sanık ... aşamalarda; 2008 yılına kadar yaklaşık 10-15 yıl ... Tekstil'in yönetim kurulu üyesi ve başkanı olarak görev yaptığını, 2008 yılında ise yönetim kurulundan istifa ettiğini, Gaziantep'te şirkete ait tekstil fabrikası olduğunu, ekonomik kriz nedeni ile ... Tekstil firmasının pazar payının daraldığını, ... Tekstil'in ise geniş pazar payı bulunduğunu bu nedenle fabrika binasını ve üretimde kullanılan bütün malzemeleri ... Tekstil'e kiraladıklarını, işçilerden ayrılanların tazminatlarını ödediklerini, ayrılmayanların ise ... Tekstil ile çalışmaya devam ettiklerini, sözleşme tarihinin 2003 olabileceğini, sözleşmenin 1 yıllık olduğunu, aralarında cari bir hesap açtıklarını, zaman zaman kira borcunun ödendiğini, ödenmediği zamanlarda da cari hesaba borç yazıldığını, 3 yıl kadar aralarındaki kira sözleşmesinin devam ettiğini, kira bedelleri ödenmeyince sözleşmeyi feshettiklerini, kiracının da fabrikayı içindeki malzemelerle teslim edip çıktıklarını, bu firmadan kira alacaklarını olduğunu, bu kira alacakları için icraya verdiklerini, 31.03.2007 tarihinde aralarındaki cari hesaba mahsuben ... firmasına 1.562.000 TL'lik bir mal satışı yaptıklarını, belli bir süre sonra bu parayı ... firmasından tahsil ettiklerini, yine icra yolu ile tüm alacaklarını tahsil ettiklerini, ...'dan alacakları kalmadığını, Kurulun iddialarını kabul etmediğini, SPK'nın 14.07.2008 tarihli şikâyetine konu raporu yazan Denetmenin 12.08.2008 tarihli raporunda ... Tekstil'in söz konusu alacağın tahsili için icra takibi başlattıklarını, bu nedenle Kurulun yapacağı bir şey kalmadığını belirttiği, Kurulun da şikâyetten vazgeçtiğini, suçun unsurlarının oluşmadığını, ... Tekstil ile hiçbir ilişkisi olmadığını, bu şirketin hissedarı ve kurucusu olmadığını, ticari hayatta alacaklarını önce iyi ilişkilerle tahsil etmeye çalıştıklarını, bu sebeple ... ile de ilişkilerini hemen bozmayıp görüşmeler yaptıklarını, zaman zaman tahsilat yapınca da icraya başvurmadıklarını ancak tahsilatlar da aksama ve gecikme olunca mecburen icra takibine giriştiklerini, basiretli bir tacir gibi davrandıklarını, şikâyetçi SPK'nın müdahale talebini kabul etmediklerini, davanın TCK'ya dayandığını, SPK'ya dayanan bir dava olmadığını, Kurulun uğradığı bir zarar olmadığını, icra dairesine ödeme yapılmadığını, tahsilatın haricen yapılıp icra dairesine bildirilmediğini, buna ilişkin makbuzları ve cari hesap ekstrelerini sunduklarını ancak buna rağmen tereddüt varsa her iki şirket defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılabileceğini, SPK tarafından ilk denetleme yapıldığında ... firmasından şirketin tüm alacağının miktarının yanlış tespit edildiğini, daha sonra SPK'nın ek bir rapor düzenlediğini, bu raporda alacak miktarının daha düşük olduğunu ve bu miktarın da icra takibine konu edilmesi sebebiyle kurul kararlarının yerine getirildiğinden yapılacak başka bir işlemin bulunmadığının belirtildiğini, bu ek rapora göre takipsizlik kararı verilmesi gerekirken zamanaşımı gerekçesine dayanılarak takipsizlik kararı verildiğini, bu takipsizlik kararı kaldırılarak bu davanın açıldığını, ortada bir suç ve zararın olmadığını, bilirkişi raporunun savunmasını doğruladığını, bu raporun doğru olduğunu, ortada ne bir zarar ne de bir zarar tehlikesi olduğunu, kaldı ki böyle bir sorun olsa hukuk davasına konu olacağını, buna ilişkin hiçbir hukuk davası olmadığını, SPK suçu yönünden suç duyurusu, kurul kararı ve başvuru olmadığını, bunların yargılama şartı olduğunu, ... Tekstil'in ... Tekstil'e borcunun hiçbir zaman 5.702.387,51 TL'ye ulaşmadığını, Tedaş'ın ... Tekstil'e kiralanan fabrikada elektrik aboneliği vermemesi sebebiyle elektriğin ... Tekstil adına kullanıldığını, ... Tekstil'in Tedaş aleyhine İdare Mahkemesinde dava açtığını, Tedaş'ın da ... Tekstil aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açıp davayı kazandığını

ve icra takibine başlandığını, talep edilen elektrik borcunun 2.591.155 TL olduğunu, şirket kayıtlarında bulunan ancak ...'nın elektrik borcunun ... Tekstil tarafından ödenmemesi sebebiyle ... Tekstil'in ... Tekstil'e elektrikten kaynaklanan böyle bir borcun olmadığını, ...'nın ... Tekstil'e olan borcu icra dosyasında 2.427.992,11 TL olarak nakden tahsil edildiğini, atılı suçu kabul etmediğini,

Sanık ... aşamalarda; ... Tekstil'in hukuk işlerini takip ettiğini, aynı zamanda 2006 tarihinden 2008 tarihine kadar da 2 yıl yönetim kurulu üyesi olduğunu, Gaziantep'teki fabrikanın ... Tekstil'e kiralama aşamasında olmadığını, 29.03.2006 tarihinde bu kira sözleşmesinin feshedildiği dönemde de yönetim kurulu üyesi olmadığını, 30.06.2006 tarihinde yönetim kurulu üyesi olduğunu, fesihten sonra kira alacağının ve yine başka alacakların da olduğunun bildirilmesi üzerine 11.06.2008 tarihinde Gaziantep 4. İcra Dairesinin 2008/8692 esas sayılı dosyasında ... Tekstil adına ... Tekstil AŞ aleyhine icra takibi başlattıklarını, takibin ana alacağının 2.298.459 YTL olduğunu ancak bu takip sırasında fazlaya ilişkin haklarını da saklı tuttuklarını, bu takibe konu alacağın 2008 yılı Ağustos ayından Ekim ayına kadar peyderpey ödendiğini ve takip konusu tüm alacaklar ödenerek takibin kapandığını, daha sonra bu soruşturma başlayınca ...'dan yapılan ödeme miktarının 3.973.305,47 TL olduğunu, hesabın bu şekilde kapatıldığını, böylece hem kira alacağı hem de yapılan ticari satışlardan kaynaklanan alacakların tümünün tahsil edildiğini, ... Tekstil'in 05.11.2003 tarihinde 10 aylık kira tutarı olan 1.250.000.000 TL tutarında senedi ...'dan aldığını, günü gelen kira alacağı tahsil edildiğinde de senetlerin iade edildiğini, fabrikayı ... AŞ'ye kiraladıklarında fabrikanın elektrik aboneliğinin ... Tekstil'in üzerinde olduğunu, bu aboneliği uzun süre ...'nın kendi adına devralmadığını, daha doğrusu ... AŞ elektrik aboneliğini devralmak için müracaat ettiği hâlde Tedaş'ın ...'ya aboneliği devretmediğini, bu nedenle bu elektrik aboneliğinden kaynaklanan elektrik borçları da ... Tekstil adına tahsil edildiğini, ... Tekstil'den ... Tekstil AŞ'ye yansıttıklarını, bunun miktarı da 2.102.000 TL civarında olduğunu, her ne kadar bu husus bilançoda yer alıyor ise de Tedaş'a ödeme yapmadıkları için ... Tekstil'den böyle bir alacakları olmadığını, Tedaş'ın da ... Tekstil aleyhine herhangi bir icra takibine geçmediğini, ...'ya dava açtığını, kendisinin icraya verdiği alacak kapsamında söz konusu elektrik bedeli olmadığını, icra takibine konu alacağın sadece kira alacağı ve mal satışından kaynaklanan cari alacaklar olduğunu, onları da tahsil ettiklerini, SPK tarafından suç ihbarı yapılmadan önce Haziran ayında icra takibine başlandığını, suç ihbarının ise 14.07.2008 olduğunu, haklarında verilen ve daha sonra kaldırılan takipsizlik kararının sonucu doğru ise de gerekçesinin yanlış olduğunu, bütün alacağını ... firmasından tahsil ettiklerini, herhangi bir alacakları kalmadığını, Kurul tarafından herhangi bir zararın bulunmadığını ve SPK'ya muhalefetten açılmış bir dava bulunmadığını, mal satışının 31.03.2007 tarihinde, icra takibinin ise 2008'de yapıldığını, uzun süre geçmediğini, karşı tarafla görüşmeler devam ettiği için hemen icra takibine girişilmediğini, kiracı ... Tekstil'e şirketin daha evvel imal edip de elinde bulunan ve satımdan dolayı geri iade edilen bir kısım ipliklerin ... şirketine satıldığını, burada 2499 sayılı Yasa'nın 15-son fıkrasında bahsi geçen hiçbir fiilin işlenmediğini, emsallerine daha az bedelle bir satım veya kiraya verme işlemi olmadığını, tamamen iki şirket arasında ticarete dayalı bir alım satım gerçekleştirildiğini, ... Tekstil'in bir zararı da olmadığını, birikmiş alacaklarını dahi bu şirketten tahsil edip ve aynı zamanda da borçlarını kapattıklarını, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince önceki dönemlere ait sorumluluğunun bulunmadığını, bilirkişi raporunda sermaye piyasası anlamında herhangi bir zarara uğratma işlemi olmadığının

belirtildiğini, zarar oluştuğunun kabulü hâlinde ise zarar miktarının bilirkişiler tarafından belirlenmesi gerektiği, SPK'nın da 12.08.2008 tarihli raporunda borcun 2.298.459 YTL tutarında olduğunu ve icra takibine başlanıldığını, Kurulca yapılacak başka bir işlem olmadığının ifade edildiğini, bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulanmadığını, atılı suçu kabul etmediğini,

Sanık ... aşamalarda; ... Tekstil'de 2006 yılında yönetim kurulu üyeliğine seçildiğini, 2008'de ise bu görevden ayrıldığını, ... AŞ'ye Gaziantep'deki fabrikayı ve tekstilde kullanılan ürünleri kiraladıklarını, daha sonra ise bu firma ile yaptıkları kira sözleşmesini iptal ettiklerini, ilk anda kira alacakları zamanında ödenmemiş ise de icra takibi sonucu kira alacaklarının tümünü tahsil ettiklerini, herhangi bir alacakları kalmadığını, yine ... AŞ'ye sattıkları malın bedelini de tahsil ettiklerini, sorunun ... Tekstil'in ...'ya kiralamış olduğu yere ilişkin ...'nın aboneliğinin bulunmaması ve kiralanan bu yere tahakkuk ettirilen ödenmemiş elektrik bedellerinin sanki sanal olarak ... Tekstil'in borcu imiş gibi görünmesinden kaynaklı olduğunu, ... Tekstil'in bu meblağı borçlanmadığını ve ödeme yapmadığını, faturaları da ... şirketine virmanladığını, Mahkemece bu konuda tarafsız ve teknik bilirkişilerden rapor alınması gerektiğini, suçun sübut bulmadığını, oluşan bir zararın söz konusu olmadığını, sanık ...'ın savunmasına aynen iştirak ettiğini, atılı suçu kabul etmediğini,

Savunmuşlardır.

1- Suç tarihinde yürürlükte bulunan mülga 2499 sayılı Kanun'un 15/son maddesi delaletiyle 47/A-6 maddesi ile suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanun'un 110. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığı, anılan suçun unsurları itibarıyla oluşmadığının kabulü hâlinde sanıkların eylemlerinin iddianamede nitelendirildiği gibi TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı;

Uyuşmazlık konularında sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi açısından öncelikle mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçu ve hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçları üzerinde ayrıntısıyla durulmalıdır.

A- Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu

Mülga 2499 sayılı Kanun'un suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan "Cezai Sorumluluk" başlıklı 47. maddesinin 18.12.1999 tarihli ve 23910 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4487 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile; eklenen birinci fıkrasının A-6. bendi, değişik son bendi ve değişik ikinci fıkrası ile son fıkrası;

"Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde:

A) ...

6. Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak karı ve/veya mal varlığı azaltılan tüzel tişelerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler,

...

2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun işlenmesinde, bu bentte yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse, hapis cezasının asgari haddi 3, azami haddi 6 yıldır.

B) ...

C) ...
Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz.

Bu maddede öngörülen cezaların verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde,verilen cezalar yarı oranında artırılarak hükmolunur. Cezaların artırılabilmesi için daha önce verilen cezanın infazı şartı aranmaz.",

Mülga 2499 sayılı Kanun'un suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan "Temettü ve bedelsiz payların dağıtım esasları" başlıklı 15. maddesinin son fıkrası;

"Halka açık anonim ortaklıklar; 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 karını ve/veya mal varlığını azaltamaz.",

Aynı Kanun'un "Cezaların artırılması" başlıklı 48. maddesi;

"Bu Kanun kapsamındaki ihraççılarla sermaye piyasası kurumlarının yönetim kurulu üyeleri, denetçileri, müdür ve diğer personeli ve yatırım fonu temsilcileri ile sorumlularının ortaklığın, kuruluşun veya fonun paraları ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur.",

"Usul hükümleri" başlıklı 49. maddesi;

"47 nci maddede yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda müdahil sıfatını kazanır.

Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet Savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler.

Cumhuriyet Savcıları kovuşturmaya mahal olmadığına karar verirlerse, Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre itiraza yetkilidir.

Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili davalar mahkemelerce acele işlerden sayılır ve öncelikle karara bağlanır.",

30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanun'un 139. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 2499 sayılı Kanun'un 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 372. maddesi ile değişik 47. maddesi;

"Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde;

A) ...

6. 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 adlî para cezası ile cezalandırılır.

B) ...

C) ...

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.",
Aynı Kanun'un "Usul hükümleri" başlıklı 5728 sayılı Kanun'un 374. maddesi ile değişik 49. maddesi;

"47 nci madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler.

Cumhuriyet savcıları kovuşturmaya yer olmadığına karar verirlerse, Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir.",

30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanun'un "Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik " başlıklı 110. maddesi;

"(1) Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz:

a) Yatırım kuruluşuna, 58 inci madde kapsamındaki fon kuruluna ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularına; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya 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 satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr etmek

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 (...) örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek

(2) Yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtları bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak 5237 sayılı Kanunun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan kanuni sonuçlar, bu suçtan mahkûm olanlar hakkında da uygulanır.

(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, 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 verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.",

"Örtülü kazanç aktarımı yasağı" başlıklı 21. maddesi;
"(1) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.

(2) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.

(3) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.

(4) 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 kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır.",

"Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri" başlıklı 115. maddesi;

“(1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.

(2) Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

(3) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.

(4) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.

(5) 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır.”,

“Görev ve yetki” başlıklı 116. maddesi;

"(1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir.",
TCK'nın "Güveni kötüye kullanma" başlıklı 155. maddesi;

(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) 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 adlî para cezasına hükmolunur.",

Şeklinde düzenlenmiştir.

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde Kanun'un konusu ve amacının; tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek olduğuna yer verilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde de; sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, halka arzı ve satışı, bunları ihraç veya halka arz edenler, bu Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalar, sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumları ve Sermaye Piyasası Kurulu bu Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilerek Kanun'un kapsamı belirlenmiş, ancak halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen hisse senedi ihraçları bu Kanun kapsamı dışında olduğu hususu da vurgulanarak bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Yürürlükte bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde de benzer şekilde Kanun'un amacının; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi olduğu hususu açıkça belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde ise; sermaye piyasası araçlarının, bu araçların ihracının, ihraççılarının, halka arz edenlerin, sermaye piyasası faaliyetlerinin, sermaye piyasası kurumlarının, borsalar ile sermaye piyasası araçlarının işlem gördüğü diğer teşkilatlanmış piyasaların, piyasa işleticilerinin, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğinin, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin, merkezî takas kuruluşlarının, merkezî saklama kuruluşlarının, Merkezî Kayıt Kuruluşunun ve Sermaye Piyasası Kurulunun bu Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilerek Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Ayrıca halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen pay ihraçlarının, bu Kanun kapsamı dışında olduğu hususu da vurgulanmış, bu Kanun'da ve bu Kanun'a dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanun'un uygulanmayacağının belirtildiği hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

6362 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere; piyasanın işleyişinin yanı sıra gelişmesinin sağlanması, Ülkemiz sermaye piyasasının uluslararası anlamda rekabet gücünün artırılması ve uluslararası finans merkezi olma hedefinin desteklenmesi ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi hususu temel vizyon olarak korunmuştur.

Tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını teşvik edip sermaye piyasasına yatırım yapılmasının sağlanması bakımından piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması gerekmekte, böylece yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması, aldatılmalarının önlenmesi amacıyla piyasanın olması gerektiği biçimde düzenlenmesi ve denetlenmesi sermaye piyasası hukukundaki düzenlemelerin öncelikli amaçlarındandır.

Söz edilen yasal düzenlemelerde de açıkça ifade edildiği üzere, tasarrufların etkin ve verimli biçimde milli ekonomiye aktarımının sağlanarak bu yolla iktisadi kalkınmanın sağlanması hedefine ancak sağlıklı işleyen bir sermaye piyasası sistemine sahip olmakla ulaşılabileceği kuşkusuzdur. Bu itibarla ülkelerin kalkınmasında etkin, verimli, şeffaf ve güvenilir biçimde işleyen bir sermaye

piyasası sisteminin önemi tartışmasızdır. Bu bağlamda tüm Dünya'da olduğu gibi Ülkemizde de sermaye piyasalarının sağlıklı işlemesine ayrı bir önem verilmiş; piyasaların idari denetim ve gözetimini (regülasyon) gerçekleştirme konusunda öncelikle bağımsız düzenleyici kuruluş sıfatıyla Sermaye Piyasası Kurulu yetkili kılınmıştır. Öte yandan kanun koyucu anılan piyasaların sağlıklı işlemesine verdiği hayati önem sebebiyle belirtilen amacı ihlale yönelik bazı önemli fiilleri ortadan kaldırma gayesi ile son çare (ultima ratio) olmak üzere ceza hukuku araçlarına başvurarak ağır nitelikte ihlaller içeren bazı fiilleri de suç olarak tanımlamıştır. Bu anlamda, halka açık ortaklıklarda yatırımcıların haklarının yönetimsel fiillerle zarara uğratılması riskini önlemeye özel bir önem atfedilmiştir.

Bu aşamada örtülü kazanç aktarımı yasağının amacına değinmekte yarar vardır. Bir sermaye şirketinin amacına ulaşabilmesi bakımından sermayesinin korunması gerekmektedir. Bu bakımdan Türk Ticaret Kanunu ile sermayenin korunmasına yönelik kurallar getirilmiştir. Öte yandan aynı grup içinde yer alan ortaklıklar veya yönetim ya da sermaye bakımından ilişkili ortaklıklar söz konusu olunca sermayenin ve küçük pay sahiplerinin/yatırımcıların korunmasına yönelik bazı yönetimsel ilkelerin kabul edilmesi gereklidir. Diğer yandan anonim ortaklıkta kontrolü elinde bulunduran kişi veya kişilerin ortaklık yönetimindeki yönlendirme kabiliyetinden kaynaklanan avantajlı konumuna karşılık yine bu konumundan ötürü bazı ek sorumluluklarının bulunup bulunmadığı hususu anonim ortaklık hukukunun en temel sorunlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla örtülü kazanç aktarımına ilişkin getirilen kuralların da belirtilen anlayışın sonucu olduğu ifade edilebilir (doktrindeki bir esere atıf).

Halka açık ortaklıklar gündeme geldiğinde sermayenin korunmasının ayrı bir önem taşıması ve bu öneme binaen daha geniş bir koruma gerektiği düşüncesiyle TTK ile getirilen kurallara ilaveten Sermaye Piyasası Kanunu ile özel kuralların benimsendiği ve son çare olarak da ceza hukuku araçlarına başvurulması gerektiği kabul edilmiştir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'ndaki güveni kötüye kullanma suçu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilen yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kurallar dışında "örtülü kazanç aktarımı yasağı" adı altında özel normlar getirilerek anılan fiillere karşı yatırımcıların korunması ve dolayısıyla sermaye piyasası sisteminin sağlıklı şekilde işlemesi, özel bir suç tipiyle sağlanan cezai korumayla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu örtülü kazanç aktarımı yasağına genel bir düzenleme ile yer vermiş idi. "Temettü ve bedelsiz payların dağıtım esasları" başlıklı mülga Kanun'un 15. maddesinin son cümlesine göre; halka açık anonim ortaklıkların; 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 kârını ve/veya mal varlığını azaltamayacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme mülga 2499 sayılı Kanun'un 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun ile herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Ancak 5728 sayılı Kanun'un 372. maddesi ile değişik 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin son cümlesinde sadece adli para cezasında değişiklik yapılmış, belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenlerin; 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmişken iki

yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

6362 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle oldukça kapsamlı ve müstakil bir norm ile "örtülü kazanç aktarımı yasağı" düzenlemesi kabul edilmiştir. Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık fiilinin suç olarak tanımlanması ve yaptırımı konusunda ise, bu fiili TCK'da suç olarak tanımlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâli olarak düzenleyerek; söz edilen suça konu işlemleri şirkete ve ortaklarına karşı güvenin kötüye kullanılması olarak gören yeni bir yaklaşımı benimsemiştir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da örtülü kazanç aktarımı yasağından bahsedilmediği, yalnızca "örtülü işlemler" ibaresine yer verildiği, örtülü işlemlerin de bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi işlemler olduğunun belirtildiği, bu işlemlerin yapılması ile kârın veya mal varlığının azaltılması gerektiği, suçun isminin belirtilmediği, suçun unsurlarının belirlenmesi bakımından mülga Kanun'un 15. maddesinin son fıkrasına atıf yapıldığı, suçun düzenlendiği maddenin başında ise diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı taktirde bu eylemlerden dolayı failin cezalandırılacağı kabul edilmiştir.

6362 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ilk iki fıkrası ile örtülü kazanç aktarımı yasağının kapsamı ve niteliği belirlenmiştir. Buna göre;

1- Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının;

2- Yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile,

3- Emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak,

4- Farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle,

5- Kârlarını veya mal varlıklarını azaltarak veya kârlarının veya mal varlıklarının artmasını engelleyerek,

Kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır. 6362 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemenin aynı Kanun'un 110/1-c maddesinde aynen tekrarlanarak bu yasağın ihlalinin örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir.

Kanun'un 21. maddesinin 2. fıkrasında ise;

1- Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının,

2- Esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca,

3- Kârlarını ya da mal varlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla,

4- İlişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da mal varlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılacağı kabul edilmiştir.

6362 sayılı Kanun'da yer verilen normda da görüldüğü üzere kanun koyucu kapsamlı bir örtülü kazanç aktarımı yasağını benimsemiştir. Yasak kapsamında kabul edilen ortaklık ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının genişletilmesi yanında halka açık ortaklıkların ihmali davranış yoluyla yani kendilerinden beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili kişilerin mameleklerinde artış sağlamalarının da örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmesi getirilen en önemli yeniliklerdendir.

6362 sayılı Kanun'da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlendiği, (c) bendinin yukarıda ifade edildiği gibi 21. maddenin ilk fıkrasının tekrarı olduğu, (b) bendinin ise mülga 2499 sayılı Kanun'un 15. maddesinin son fıkrasındaki hâliyle aynen korunduğu, bu bendin ilk hâli;

1- Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla,

2- Emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak,

3- Halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak,

Şeklinde düzenlenmiş ise de 22.07.2014 tarihli ve 29068 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarihli ve 24-133 sayılı kararı ile; 6362 sayılı Kanun'un 110. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan "...gibi..." ibaresi iptal edilmiştir.

6362 sayılı Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen fiillerin TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlinin oluşturacağı, verilecek cezanın aynı maddenin ikinci fıkrasına göre belirleneceği ancak hapis cezasının alt sınırının üç yıl olacağı kabul edilmiştir. Mülga 2499 sayılı Kanun'dan farklı olarak suçun düzenlendiği 110. maddenin başlığında "Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik" şeklinde nitelendirme yapıldığı, madde metninde de TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçuna atıfta bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun ilk hâlinde ve 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında hapis cezasının aynı olduğu ve "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde belirlendiği, adli para cezasının ise "10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası" şeklinde belirlenmiş iken değişiklik sonrası "beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezası" şeklini aldığı, 6362 sayılı Kanun'da ise TCK'nın 155. maddesine atıf yapılıp hapis cezasının alt sınırının da üç yıldan az olamayacağı kabul edildiğinden yeni Kanun'da yaptırımın "üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası" şeklinde düzenlendiği, mülga Kanun'a göre hapis cezasının alt ve üst sınırlarının artırıldığı ancak adli para cezasında ise indirime gidildiği belirlenmiştir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'un ilk hâlinde ve 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişik sonrasında da bulunan para cezalarının üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen

menfaatin üç katından az olamayacağına ilişkin düzenlemeye 6362 sayılı Kanun'da yer verilmemiş, mülga 2499 sayılı Kanun'da yer almayan etkin pişmanlık müessesesine de ilk kez 6362 sayılı Kanun'da yer verilmiştir. Buna göre etkin pişmanlıktan yararlanmak için Kanun'un 21. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen "Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır." şeklindeki kurala istinaden ödeme yapılması gerektiği gibi bu ödemenin iki katı para da soruşturma başlamadan önce veya sonra ya da kovuşturma aşamasında Hazine'ye ödenmelidir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce Kanun'un 47. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan özel tekerrür düzenlemesi değişiklikten sonra kaldırıldığı gibi 6362 sayılı Kanun'da da bulunmamaktadır.
Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçu ile korunan hukuki değer her iki Kanun'da da bireysel yatırımcıların mülkiyet haklarının ve güvenlerinin korunması, ortaklığın zarar görmesinin engellenmesi ve nihayet milli ekonomiyi oluşturan unsurlardan olan sermaye piyasalarının korunmasıdır.

Suçun konusu mülga 2499 sayılı Kanun'da halka açık ortaklıkların, 6362 sayılı Kanun'da ise halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının "kâr veya mal varlığı"dır.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da halka açık ortaklık yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler, 6362 sayılı Kanun'da ise halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının yetkilileri örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun failidir.

Örtülü işlemin tarafları mülga 2499 sayılı Kanun'da;

1- Halka açık ortaklıklar ile,

2- Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahıs iken,

6362 sayılı Kanun'da ise mülga 2499 sayılı Kanun'daki taraflarla birlikte;

1- Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklar ile,

2- Yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişilerdir.

Örtülü kazanç aktarımı suçunda "kazanç aktaran" ve "kazanç aktarılan" olarak iki taraf bulunmaktadır. Ancak her iki Kanun metnine bakıldığında örtülü kazancı aktararak kâr veya mal varlığı kaybına uğrayan tarafın yetkilileri fail sayılmıştır. Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız (doğrudan veya dolaylı) olarak ilişkili bulunduğu (ilişkide bulundukları) diğer bir teşebbüs veya şahıs (gerçek veya tüzel kişiler) ise işlem sonucu aktifi artan taraf olsa da bu suçun faili olamayacaklardır (doktrindeki bir esere atıf).

Öte yandan kazanç aktaran ve aktarılan taraflar arasında mülga 2499 sayılı Kanun'da "ilişkili bulunmak", 6362 sayılı Kanun'da ise hem "ilişkili bulunmak" hem de "ilişkide bulunmak"

ifadelerine yer verilmiş olup taraflar arasında yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız (doğrudan veya dolaylı) ilişkili olma durumu aranmıştır. İlişkili işlemin varlığı bakımından söz edilen temel ölçüt, kazanç aktarılan bu kişinin halka açık ortaklık ile yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili olması gerekliliğidir. Bu belirtilen ölçütlerden herhangi birisiyle halka açık ortaklık ile ilişkili olmak yeterlidir.

Suçun mağduru mülga 2499 sayılı Kanun'da örtülü kazanç aktarımı sebebiyle halka açık ortaklık nezdindeki kârları veya mal varlıkları azaltılan kişilerdir. 6362 sayılı Kanun'da ise halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklık nezdindeki kârları veya mal varlıkları azaltılan ya da artması engellenen kişilerdir. Devlet/Hazine ve kanun gereği katılan sıfatını alan Sermaye Piyasası Kurulu bu suçta mağdur değildir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da suçun unsuru olarak yer verilen fiil; "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunmak"tır. Mülga Kanun'un 15. maddesinin son fıkrası 6362 sayılı Kanun'un 110/1-b maddesine aynen alınarak tekrar edilmiştir. 6362 sayılı Kanun'un 110/1-c maddesinde ise fiil; "emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak"tır. 6362 sayılı Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin, (b) bendini de kapsayacak şekilde düzenlendiği, (b) bendine giren fiilin evleviyetle (c) bendine de girdiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla örtülü kazanç aktarımı suçunda tipik fiilin kısaca ilişkili kişilerle maddede sayılan örtülü işlemlerde bulunmaktan oluştuğu ifade edilebilir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da örtülü işlemin ne olduğu tanımlanmamış, Kanun'un 15/son maddesinde "...emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak..." ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Maddedeki örnekleme yöntemi örtülü işlemlerde yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat bulunması durumunda eylemin suç oluşturacağı düşüncesini ortadan kaldırdığı gibi; normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin sırf aradaki ilişkinin varlığından dolayı yapılması durumunda veya aradaki ilişkinin gerçek olmadığı durumlarda gerçekleşen muvazaalı işlemlerin de madde kapsamında kalması sonucunu doğuracaktır.

6362 sayılı Kanun'da ise örtülü işlemler;

1- Farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak şeklindeki örtülü işlemlerde bulunmak,

2- Farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak şeklinde belirlenmiştir.

Farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak şeklindeki örtülü işlemlerin "emsallerine göre bariz şekilde" farklılık içerir nitelikte olması gerektiği, farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerin ise emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı nitelikte olması gerektiği kabul edilmiştir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da tanımlanan örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun oluşması için gerekli netice "halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" şeklinde kabul edilmiştir. 6362 sayılı Kanun'da ise tanımlanan örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun oluşması için gerekli netice "halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" veya "halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının kârlarını veya mal varlıklarını azaltmak veya kârlarının veya mal varlıklarının artmasını engellemek" olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla, örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçu her iki Kanun'da da neticeli bir suç ve aynı zamanda suçun konusu üzerinde bir zararın meydana gelmesi arandığından bir zarar suçu niteliği taşımaktadır. Öte yandan kârın veya mal varlığının azalması ile örtülü işlemler arasında da nedensellik bağı bulunmalıdır.

Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failin suçun maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'un 49. maddesinde; Kanun'un 47. maddesi kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olduğu, bu başvuru ile Kurul'un aynı zamanda katılan sıfatını kazanacağı, 6362 sayılı Kanun'un 115. maddesinde ise; bu Kanun'da tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı ve bu başvurunun muhakeme şartı niteliğinde olduğu, başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneğinin Kurula tebliğ edileceği ve Kurul'un aynı zamanda katılan sıfatını kazanacağı kabul edilmiştir.

B- Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma Suçu

Güveni kötüye kullanma suçu TCK'nın 155. maddesinde;
"(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) 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 adlî para cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiş,

Maddenin gerekçesinde de;

"Bu suçla mülkiyetin korunması amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir. Bu mülahazalarla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar, cezai yaptırım altına alınmıştır... Suçun konusunu oluşturan mal üzerinde belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyetlik tesisi gerekir. Bu nedenle, güveni

kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gereklidir." açıklaması yapılmıştır.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kanun koyucu tarafından mülkiyetin korunması amacıyla getirilen güveni kötüye kullanma suçu, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan taşınır veya taşınmaz bir mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması veya bu devir olgusunun inkâr edilmesiyle oluşmaktadır.

Suç, devir amacı dışında tasarrufta bulunma veya inkâr etme şeklinde icrai bir hareketle işlenebileceği gibi malı süresinde devretmeme veya malı güvenle saklamak üzere zilyetliği devralma hâlinde, bakım yükümlülüğünü bilerek yerine getirmeme gibi ihmali hareketle de işlenebilir (doktrindeki bir esere atıf).

TCK'nın 155. maddesinde sözü edilen zilyetlik kavramı 4721 sayılı Medeni Kanunumuzun 973. maddesinde; "Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir." şeklinde açıklanmış, asli ve fer'i zilyetlik ise aynı Kanun'un 974. maddesinde; "Zilyet, bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'î zilyettir." biçiminde tanımlanmıştır.

Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, belirli biçimde kullanılmak için hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edilmektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı ve bu hukuki ilişkinin gereği olarak taraflar arasında oluşan güvenin korunması gerekmektedir. Bu amaçla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar ve devir olgusunu inkâr kanun koyucu tarafından cezai yaptırım altına alınmıştır. Eğer mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisi yoksa usulüne uygun bir teslim olmayacağı için güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Zira, hukuksal anlamda geçerli bir sözleşmeden söz edilebilmesi için tarafların iradelerinin aldatılmamış olması gerekmektedir.

Bu 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 hâlinde ise, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli söz konusu olacaktır. Meslek ve sanat, kişinin geçimini sağlamak için uğraştığı ve devamlılık gösteren işlerdir. Genellikle meslek ve sanat serbestçe yapılan ve bireylerin belli bir hizmeti almak veya yaptırmak için başvurdukları iş alanını ifade eder. Örneğin, televizyon tamirciliği, terzilik, dizgicilik, kuru temizlemecilik, matbaacılık, grafikerlik vs. Bu örneklerde de görüldüğü gibi, genellikle meslek ve sanatta, aralarında hizmet ilişkisi olmayan kişiler bu mesleği yapanlardan bir hizmet satın almaktadırlar.

Ticaret, kişilerin özel ilişkilerini ilgilendiren alanlarda yapılan ve bir mal değişimini konu alan hareketlerdir. Failin ticari amaçla hareket etmesi yeterlidir. Tacir olması aranmaz. Ancak, mal sahibi olan mağdurun ticaret amacıyla hareket etmesine gerek bulunmamaktadır.

Hizmet ise, hizmeti yapanla yaptıran arasında bir ilişkinin olmasını ifade eder. Hizmet ilişkisinin daimi olması zorunlu değildir. Ayrıca, suça konu eşya faile sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak koşulu ile teslim edilmelidir.

Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin işi, mesleği, eşyanın hangi amaçla faile verildiği araştırılmalıdır.

Suçun nitelikli hâlleri arasında sayılan bir başka durum ise hangi nedenden doğmuş olursa olsun "başkasının mallarını idare etmek yetkisine sahip kimselerin" güveni kötüye kullanmasıdır. Maddede de açık bir şekilde belirtildiği gibi, idare yetkisinin hangi nedenden doğmuş olduğu önemli değildir. Sözleşmeden doğmuş olabileceği gibi, yasadan veya resmî makam veya merciler tarafından verilen bir karardan da, bu yetki doğmuş olabilir (doktrindeki bir esere atıf).

Cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuran bu hâllerde, fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkiye dayanan güven ilişkisi daha yoğundur. Failin sıfatı, onun hukuki ilişkiye uyma konusunda daha özenli davranacağının bir göstergesi olmaktadır. Belli sıfata sahip kişilere karşı toplumda daha fazla güven duygusu vardır. Kişiler, meslek ve sanat icra edenlere, ticaret veya belli hizmeti görenlere, belli bir işi görüyor olmaları nedeniyle normal bir kişiye nazaran daha fazla güven beslerler ve bu güvene dayalı olarak zilyedi veya malik bulundukları malı fazlaca sorgulamadan belli bir maksatla muhataplarına teslim ederler. Suçu nitelikli hâle getiren bu unsur, taraflar arasında güven ilişkisinin tesisini kolaylaştıran hâllerin kötüye kullanılmasını esas almaktadır. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması, malın teslimi ile failin sıfatı arasında nedensellik ilişkisi bulunmasına bağlıdır. Mal, faile, sadece sıfatından değil, aynı zamanda sıfatının doğurduğu bir ilişkiden dolayı teslim edilmiş olmalıdır (doktrindeki bir esere atıf).

Bu açıklamalar ışığında ön soruna ilişkin uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sermaye Piyasası Kurulunun 11.01.2008 tarihli ve XXI-18/9-1 sayılı denetleme raporu ve 02.05.2008 tarihli ve 13-510 sayılı kararı, 14.07.2008 tarihli ve 5081-11705 sayılı suç duyurusu ve tüm dosya kapsamına göre; 30.06.2006 tarihi itibarıyla %48,39'u halka açık, en büyük ortağı %25,45 pay ile ... Holding AŞ olan ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin, pamuk ipliği üretimi ve çeşitli tekstil dokuma ürünleri imalatı ile bunların yurt içi ve yurt dışında satışını yapan bir şirket olduğu, merkezi İstanbul'da olan şirketin fabrikasının Gaziantep'te bulunduğu, özel durum açıklamasında kira gelirleri ve fason üretimden elde edilecek gelirlerle şirketin borçlarının ödenmesinin planlandığının belirtildiği, şirketin yaşadığı mali sıkıntılar nedeni ile 05.11.2003 tarihinde, Gaziantep'te bulunan İplik Dokuma ve Boya Entegre Tesisleri ile idari bölümlerden oluşan mülkiyetindeki fabrika binasını makine, ekipman ve demirbaşları ile birlikte 5 yıllığına ... Tekstil Pazarlama Dış Tic. AŞ'ye kiraladığı, sözleşme süresi 5 yıl olmasına rağmen, ...'nın borçlarını ödememesi nedeniyle kira sözleşmesi şirket tarafından 29.03.2006 tarihinde tek taraflı olarak feshedildiği ve aynı tarihte fabrika binasının ...Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'ye kiralandığı, fabrika binasının Tempa ve ...Tekstil'e sadece cari hesaba yapılan borç kaydı karşılığında kullandırıldığı, kiracı durumundaki bu şirketlerin nakit ödeme yapmadığı, ... Tekstil'in fabrika binasını kiralamak amacıyla kurulmuş paravan bir şirket olduğu, sermayesinin tamamının karşılıksız kaldığı, kira sözleşmesinin feshinden sonra faal olmadığı, ... Tekstil'in ...'dan 5 milyon TL

civarında alacağının bulunduğu, ... Tekstil ve ...Tekstil'in ... Grubunun sevk ve idaresi altında olduğu, ... Tekstil'in ... Tekstil'den olan alacakların tahsili için icra takibi de yapmadığı, tahsil edilemeyen tutarlar için faiz tahakkukunun da yapılmadığı, 02.05.2008 tarihli Kurul kararı ile şirkete yapılan uyarıdan sonra 11.06.2008 tarihinde 2.298.459,16 TL için icra takibine başlanıldığı, İcra Dairesi tarafından 2010 yılında Mahkemeye gönderilen yazılarda dosyaya herhangi bir ödeme yapılmadığının belirtildiği, Gaziantep 1. İcra Mahkemesince 14.03.2006 tarih ve 285-101 sayı ile; bilirkişi raporu doğrultusunda ... Tekstil'in ... Tekstil'e peşin kira ödemesi yapmadığı ve bu iki şirket arasındaki kira sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edilerek davalı ... Tekstil'in davacı ... Ambalaj'a tazminat ödemesine karar verildiği, ... Tekstil ile yapılan kira sözleşmesinin feshedilmesinde asıl sebebin de İcra Mahkemesi kararı olduğu, ... Tekstil'le ticari ilişki içerisinde olan ... Ambalaj AŞ vekili Av. ... tarafından Kurula iletilen şikâyet dilekçelerinde; ... Tekstil'in kendilerine olan borcu ödememesi sebebiyle ilamsız takip yapıldığını, icra takiplerine ... Tekstil'in itiraz ettiğini, kendilerinin de itirazın iptali davası açtıklarını, itirazın iptaline karar verildiğini, bu kararın temyiz edilmesi üzerine kesinleştiğini, fabrika içerisinde bulunan malların haczinin önüne geçebilmek için fabrika binasının ... Tekstil'e kiralandığını, İcra Mahkemesince aldırılan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere kira sözleşmesinin muvazaalı olduğunun belirtildiği, yine ...isimli yatırımcının Kurula sunduğu dilekçesi ile ... Tekstil'in grup şirketleri ile olan borç-alacak ilişkilerine, verilen sipariş avanslarına ve stoklarına ilişkin iddialarda bulunarak incelenmesinin talep edildiği, sonuç olarak şirket tarafından mevcut alacakların tahsil edilememesine rağmen 31.03.2007 tarihinde cari hesaba mahsuben ... Tekstil Pazarlama Dış Ticaret AŞ'ye 1.562.000 TL tutarında mal satışı gerçekleştirilip alacakların tahsili için icra takibi yapılmadığından bahisle TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu işledikleri iddiasıyla ... Tekstil yönetim kurulu üyeleri olan sanıklar ..., ... ve ... hakkında Kurul tarafından suç duyurusunda bulunulması üzerine Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığınca 02.10.2009 tarih ve 13361-8266 sayı ile sanıklar hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediklerinden bahisle kamu davası açıldığı anlaşılmakla;

Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçundan dolayı soruşturma yapılmasının, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olduğu, Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarihli ve 24-133 sayılı iptal kararı doğrultusunda suç tarihinde yürürlükte bulunan mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen ve güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturduğu kabul edilen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçundan unsurları itibarıyla daha lehe olduğu hususları dikkate alındığında; örtülü kazanç aktarımı yasağının amacının, öncelikle halka açık ortaklıklarda sermayenin korunması, aynı grup içinde yer alan ortaklıklar veya yönetim ya da sermaye bakımından ilişkili ortaklıklar söz konusu olduğunda sermayenin ve küçük pay sahiplerinin/yatırımcılarının kontrolü elinde bulunduran kişi veya kişilerin ortaklık yönetimindeki yönlendirme kabiliyetinden kaynaklanan avantajlı konumuna karşı korunması olduğu, bu nedenle halka açık anonim ortaklıkların; 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 uygulayıp örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını

azaltamayacağının kabul edildiği, bu suçun oluşması için halka açık anonim ortaklığının ilişkili kişilerle Kanun'da sayılan örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığının azaltılması gerektiği, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin, mali sıkıntılar yaşaması nedeniyle aleyhine yapılan icra takiplerinden kurtulmak için üretim yapmaktan vazgeçerek özel durum açıklamasına göre kira gelirleriyle borçlarını ödemeyi planladığı hâlde faal olmadığı ve sermayesinin tamamen karşılıksız kaldığı tespit edilen aynı grup altında bulunan ilişkili şirket ... Tekstil Pazarlama Dış Ticaret AŞ'ye muvazaalı kira sözleşmesi yaparak fabrikasını kiraladığı, şirketin ... Tekstil'den olan alacağını tahsil etmeyip hukuki takip de başlatmadığı gibi aynı şirkete 1.562.000 TL tutarında mal satışı yaptığı anlaşılan somut olayda emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak şeklinde örtülü işlemlerden bahsedilemeyeceği, bu nedenle örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı,

... Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'nin yönetiminde bulunan sanıklar ile şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında olduğu, halka açık anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin şirketi idare ederken görevlerini özen ve dikkatle yapmak zorunda oldukları, şirket genel kurulu tarafından yönetim kuruluna, şirketin tüm mal varlığının şirketin faaliyet konusu ve amacına uygun olarak ve tüm şirket ortaklarının ortak çıkarları doğrultusunda kullanılmak üzere tevdi edildiği, şirketi zarara uğratan usulsüz işlemlerde sorumluluğun şirket yönetim kurulu üyeleri üzerinde olduğu hususları göz önüne alındığında; mali sıkıntılar içerisinde olan ... Tekstil'in üretim yapmak amacıyla kullandığı fabrikayı ilişkili olduğu ... Tekstil'e kiralayarak şirketin üretim yapmasının engellendiği gibi şirketin ticari faaliyetlerine devam etmesinin kira gelirlerinden gelecek nakit girişine bağlı olmasına rağmen kira gelirlerinin tahsili yapılmadığı, tahsil amacıyla hukuki takip de başlatılmadığı, mali durumu itibarıyla ödeme yapma imkânı bulunmadığı anlaşılan ... Tekstil'e 1.562.000 TL tutarında mal satışı yapıldığı, böylece sanıkların şirket mal varlığı üzerinde kendilerinin veya başkalarının yararına olarak tevdi amacına aykırı şekilde tasarrufta bulunarak şirketi ve şirket ortaklarını zarara uğratmaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin bir bütün hâlinde TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Ceza Genel Kurulu Üyesi; sanıkların eylemlerinin mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na muhalefet (örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık) suçunu oluşturduğu düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Ulaşılan sonuç karşısında; suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/1-b maddesinde yer alan "gibi" ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarihli ve 24-133 sayılı kararıyla iptal edilmesinin sanıkların hukuki durumunu etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin uyuşmazlık konusu bu aşamada değerlendirilmemiştir.

2- Ön soruna ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesi sonucunda sanıkların eylemlerinin TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılması karşısında; karar tarihinden sonra CMK'nın 253. maddesinde

24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu sanıklara atılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamında kalıp kalmadığı hususunun değerlendirilmesine gelince;

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 17.09.1987 tarihli 410. toplantısında alınan Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik 18 Sayılı Tavsiye Kararında;

"Ceza adaletinin işleyişini hızlandırma ve sadeleştirme işleminde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özellikle 5. ve 6. maddelerinde öngörülen şartların dikkate alınması gerektiği göz önüne alınarak; Mahkemelere intikal eden ceza davalarının kabarıklığı ve özellikle hafif cezaları gerektirenler ile ceza yargılamasındaki uzunluğun neden olduğu sıkıntılara bakılarak ...yetkili makamlarca ceza işlerinde savcılık ve mahkeme dışı anlaşmalar sağlanması, bu tür ihtilafların uzlaşma yolu ile halledilmesinin tavsiye edilmesi" kabul edilmiştir.

Benzer düşünce ve ihtiyaçlar sonucu Türk Ceza Hukuku Sistemine dâhil edilen ve 02.12.2016 tarihli ve 29906 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle yapılan değişikliğe kadar "uzlaşma" başlığı altında düzenlenen uzlaştırma kurumu, uyuşmazlığın yargı dışı yolla ve fakat adli makamlar denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uzlaştırma; bu kapsama giren suçlarda, fail ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağlı olarak devletin de ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurumdur.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesinin sekizinci fıkrasında, "Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir." hükmü ile uzlaşma kurumuna, aynı tarihte yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 253, 254 ve 255. maddelerinde ise, uzlaşmanın şartları, yöntemi, sonuçları, kovuşturma aşamasında uzlaşma ile birden fazla failin bulunması hâlinde uzlaşmanın nasıl gerçekleşeceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle, TCK'nın 73. maddesinin başlığında yer alan "uzlaşma" ibaresi metinden çıkarılmış, 45. maddesiyle de aynı maddenin 8. fıkrası yürürlükten kaldırılmış, yine 24 ve 25. maddeleri ile CMK'nın 253 ve 254. maddeleri değiştirilmiştir.

Yapılan bu düzenlemeye göre uzlaştırmanın bir ceza muhakemesi kurumu olduğu açık ise de birey ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi nedeniyle maddi ceza hukukunu da ilgilendirdiği tartışmasızdır.

CMK'nın 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile değiştirilen 253. maddesinde uzlaşmanın kapsamı;

"(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239)

suçları.
(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez." şeklinde belirlenmiş iken, 09.07.2009 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle CMK'nın 253. maddesinin üçüncü fıkrasına "Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz" cümlesi eklenmiş,

02.12.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile yapılan değişiklikle madde başlığı "Uzlaştırma" olarak değiştirilmiş ve;

"(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra),

4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

5. Hırsızlık (madde 141),

6. Dolandırıcılık (madde 157),

7. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

8. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

c) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz..." şeklindeki düzenlemeyle kapsamı genişletilmiş,

24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile yapılan değişiklerle;

"(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;
1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra),

4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),

6. Hırsızlık (madde 141),

7. Güveni kötüye kullanma (madde 155),

8. Dolandırıcılık (madde 157),

9. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),

10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

c) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz..." şeklinde madde mevcut hâlini almıştır.

Görüldüğü gibi, 6763 sayılı Kanun ile uzlaştırma kapsamındaki suçların sayıları artırılmış, TCK'nın 106. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen tehdit, aynı Kanun'un 141. maddesinde düzenlenen hırsızlık ve 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçları uzlaştırma kapsamına alınmış, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlara ilişkin sınırlama kaldırılmıştır. Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar yönünden ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar da uzlaştırma kapsamına dâhil edilmiştir.

7188 sayılı Kanun'la ise uzlaştırma kapsamına giren suçların sayısı bir kez daha artırılarak, TCK'nın 155. maddesindeki güveni kötüye kullanma, aynı Kanun'un 165. maddesindeki suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu ve 117. maddesinin ilk fıkrasındaki iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu ile bu suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi nitelikli hâline ilişkin 119. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsam içerisine alınmıştır. Öte yandan bu düzenleme ile CMK'nın 253. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "birlikte" ibaresinden sonra gelmek üzere "aynı mağdura karşı" ibaresi eklenmiş, böylece fail tarafından uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen başka bir suçla beraber farklı mağdura karşı işlenmesi durumunda tarafların uzlaşabilmesinin önünde engel kalmamıştır.

Bu husus Kanun'un gerekçesinde "Maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen değişiklikle, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte ‘aynı mağdura karşı' işlenmiş olması hâlinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Böylelikle farklı mağdurlara karşı işlenen suçlar bakımından bu kısıtlama kaldırılmakta ve uzlaştırma kapsamında olması halinde diğer mağdurların şüpheliyle uzlaşabilmelerine imkân tanınmaktadır." biçiminde açıklanmıştır.

Diğer taraftan 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'nın "Mahkeme tarafından uzlaştırma" başlıklı 254. maddesi;

"(1) Kamu davasının açılması halinde, uzlaşmaya tâbi bir suç söz konusu ise, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen usule göre, mahkeme tarafından da yapılır.

(2) Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde davanın düşmesine karar verilir." şeklinde iken,

19.12.2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile;

"(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır." biçiminde değiştirilmiş,

02.12.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile CMK'nın 254. maddesinin birinci fıkrası;

"Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir." şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler göz önüne alındığında, uzlaştırma gerek 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, gerekse 5560 ve 6763 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler sonrası asıl olarak soruşturma evresinde yapılması gereken bir işlem ise de her ne suretle olursa olsun uzlaştırma usulü uygulanmaksızın dava açılması veya suçun uzlaştırma kapsamında olduğunun ilk defa duruşmada anlaşılması hâlinde kovuşturma aşamasında da uzlaştırmanın mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Uzlaştırma usulü uygulanmaksızın dava açılması veya suçun uzlaştırma kapsamında olduğunun ilk defa duruşmada anlaşılması hâlinde uzlaştırmanın uygulanması gerekmekte olup uzlaşma başarıyla gerçekleşir ve edim bir defada yerine getirilirse kamu davasının düşmesine karar verilecektir.

Ceza hukukunda genel kural, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanunun uygulanmasıdır. Sonradan yürürlüğe giren bir kanunun, yürürlük tarihinden önce işlenen suçlara tatbik edilebilmesi, ancak lehe sonuçlar doğurması durumunda mümkündür. Önceki ve sonraki kanunlara göre hükmedilecek cezalar ve güvenlik tedbirleri aynı ise, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.

TCK'nın "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesi, 765 sayılı Kanun'un 2. maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup, her iki maddede de ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, "failin lehine olan kanunun geçmişe etkili olması", "geçmişe etkili uygulama" veya "geçmişe yürürlük" ilkesine de yer verilmiştir.

Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren kanun, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Ön soruna ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesi sonucunda sanıkların eylemlerinin TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi ve karar tarihinden sonra CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu sanıklara atılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına dahil edilmesi karşısında, mahkemece CMK'nın 223. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca durma kararı verilerek, aynı Kanun'un 253 ve 254. maddelerinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra, sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne, Özel Dairenin onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme kararına konu mahkûmiyet hükümlerinin, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi ve karar tarihinden sonra CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına alınması karşısında, mahkemesince CMK'nın 223. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca durma kararı verilerek, aynı Kanun'un 253 ve 254. maddelerinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının değişik gerekçeyle KABULÜNE,

2- Yargıtay (Kapatılan) 19. Ceza Dairesinin 28.01.2019 tarihli ve 6083-1014 sayılı onama kararının KALDIRILMASINA,

3- İstanbul 13. Asliye Ceza Mahkemesinin 21.02.2018 tarihli ve 34-92 sayılı mahkûmiyet hükümlerinin;

a) Sanıkların eylemlerinin TCK'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi,

b) CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına alınması karşısında, mahkemesince CMK'nın 223. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca durma kararı verilerek, aynı Kanun'un 253 ve 254. maddelerinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

İsabetsizliklerinden BOZULMASINA,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 14.10.2021 tarihinde yapılan müzakerede ön soruna ilişkin (1) numaralı uyuşmazlık konusu bakımından oy çokluğuyla, (2) numaralı uyuşmazlık konusu bakımından ise oy birliğiyle karar verildi.