Yargıtay CGK E.2013/700 K.2015/241 (23.06.2015)

Karar metni, Yargıtay Başkanlığı Karar Arama sistemindeki yayımlanmış hâliyle aynen aktarılmıştır; taraf adları kaynakta anonimdir.

Ceza Genel Kurulu 2013/700 E. , 2015/241 K.GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YAPILMASI SUÇU

SAVCILIK TARAFINDAN VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARAR

HALKA AÇIK ŞİRKETİN KAĞIT İTHALATINA ARACILIK EDEN OFF-SHORE ŞİRKETLER

SANIKLAR HAKKINDA USULÜNE UYGUN KAMU DAVASI AÇILIP AÇILMADIĞININ TESPİTİ

ADİL YARGILANMA HAKKI

NON BİS İN İDEM KURALI

SERMAYE PİYASASI KANUNU(MÜLGA) (2499) Madde 15

SERMAYE PİYASASI KANUNU(MÜLGA) (2499) Madde 47/A

SERMAYE PİYASASI KANUNU(MÜLGA) (2499) Madde 47

SERMAYE PİYASASI KANUNU(MÜLGA) (2499) Madde 48

SERMAYE PİYASASI KANUNU(MÜLGA) (2499) Madde 49

SERMAYE PİYASASI KANUNU(MÜLGA) (2499) Madde 43

TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 155

TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 43

TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 53

SERMAYE PİYASASI KANUNU (6362) Madde 1

SERMAYE PİYASASI KANUNU (6362) Madde 110

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 172

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 173

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 216

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 223

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 160

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 179

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 174

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU (MÜLGA) (1412) Madde 164

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU (MÜLGA) (1412) Madde 173

YARGI HİZMETLERİNİN HIZLANDIRILMASI AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN (6217) Madde 22

TÜRK CEZA KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN (6545) Madde 71

TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 44

"İçtihat Metni"

Sermaye Piyasası Kanununa aykırılık suçundan sanıklar ..., ..., ... ve ...'nun 5271 sayılı CMK'nun 223/2-e maddesi gereğince beraatlerine ilişkin, İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 06.07.2011 gün ve 1043-826 sayılı hükmün katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 17.04.2012 gün ve 12736-8459 sayı ile;

"...2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15/son madde fıkrasında '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 kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz' hükmü bulunmakta olup, anılan yasanın 47/A-6 madde fıkrası uyarınca da 'Bu kanunun 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.

Kanun metninden anlaşılacağı üzere, 'örtülü işlem' kanunda açıkça tanımlanmamış, ancak, '... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemler...' ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Bu şekilde örnekleme yoluyla sayma yöntemi, örtülü işlemlerin yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat tespit edilmesi halinde suç olarak kabul edilebileceği algısını ortadan kaldırdığı gibi, böyle bir ilişki olmasaydı hiç yapılmayacak veya farklı bir şekilde yapılacak olan muvazaalı işlemlerin de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Başka bir anlatımla, ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini gerektirecektir.

Anılan madde hükmü dikkate alındığında, ilişkili şirketlerle yapılan ve halka açık anonim ortaklığın kârını ve/veya mal varlığını azaltan her türlü örtülü/muvazaalı işlemin bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, 'emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak' tabirinin yasada yazılı sınırlayıcı olmayan örtülü işlem örneklerinden biri olduğu, bu sebeple örtülü işlemin fiyat farklılığından başka bir şekilde gerçekleşmesi durumunda 'emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat...' ın suçun unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler incelendiğinde; D....grubu bünyesinde bulunan ve halka açık anonim ortaklık statüsünde olan ... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve M... Gazetecilik A.Ş. (yeni unvanı D.... Gazetecilik A.Ş.) nin gazete kağıdı ve baskı malzemesi ihtiyacı için ithalatı gerçekleştiren yine D... grubu bünyesinde bulunan D... Dış Ticaret ve Mümessillik A.Ş.(1997-2007 dönemi) ile I..İthalat İhracat Mümessillik A.Ş.(2006-2007 dönemi)nin bu alımları bir çok kez doğrudan üretici/satıcı firmalar yerine, D... grubunun/ailesinin sahibi olduğu/kontrolü altında bulundurduğu, off-shore ülkelerde kurulu olan ve yine ... grubunda fiili olarak görev yapan kişilerin yönetici olarak göründüğü, personeli ve müştemilatı olmaması sebebiyle herhangi bir operasyonel yetkisi bulunmayan, ithalat sürecine fiili olarak herhangi bir katkısı olmayan ve bir katma değer yaratmayan off-shore şirketler (.....Ltd. ve S..Trading Ltd.) gereksiz yere aracı kılınarak üretici/satıcı birim fiyatlarından daha yüksek bedellerle ithal edilmesi neticesinde halka açık anonim ortaklıklar olan ... ve M..`in kârının/mal varlığının azaltıldığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda, gazete kağıdı ve baskı malzemesi alımı/ithalatı işlemlerinde, D... grubunun kontrolünde olan, dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklar H.... ve M... ile ilişkili olan yurt dışında kurulu S... T... Ltd. ve S...T... Ltd. Şirketlerinin, ikinci bir aracı olarak dolanlı

işlemler için kullanıldıkları ve örtülü/muvazaalı işlemler ile halka açık şirketler olan H... ve M... kârının/mal varlığının azaltılarak, örtülü kazanç aktarımı yapıldığı anlaşılmaktadır.

Burada, emsallerinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması hususu aranmayacaktır. Çünkü, normal şartlarda bu off-shore şirketler, (S...T...Ltd. ve Shawclif Trading Ltd.) D... grubunun/ailesinin kontrolü altında/ilişkili olmasaydı hiçbir şekilde ithalata dahil edilmeyeceklerdi. Dolayısıyla, halka açık anonim şirketler olan H...ve M.... D....n grubuna/ailesine kaynak aktarımını gizlemek amacıyla ithalat sürecine hiçbir katkısı bulunmayan off-shore şirketlerin dahil edilmesi Sermaye Piyasası Kanunu 15/son madde fıkrası kapsamında başlı başına yeterli örtülü/muvazaalı bir işlemdir. Kaldı ki, bu örtülü işlemler sonucunda ... grubu/ailesi lehine fakat, halka açık anonim ortaklıklar olan ...ve M...`in aleyhine olarak aktarılan miktarların büyüklüğü dikkate alındığında, normal şartlarda hiçbir şekilde yapılmayacak olan bu işlemlerin, aradaki ilişki/bağlantı nedeni ile yapılması emsallere göre bariz farklılığı da ortaya koymaktadır.

Tüm bu anlatılanlar ve dosya kapsamına göre; sanıkların üzerlerine atılı bulunan suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiği ve atılı suçun sanıklar tarafından işlendiği sabit olduğu halde, mahkemeye sunulan 17.05.2011 tarihli bilirkişi heyet raporunun çoğunluk görüşüne göre; 'halka açık anonim şirketin faaliyetine yönelik ihtiyaç duyulan malzemelerin ilk elden üretici firmalardan temini yerine, bahsi geçen şirket hissedarları ile irtibatlı off-shore firmalarına kazanç aktarmak suretiyle temin edildiği, eylemin halka açık anonim ortaklığın mal varlığını normale göre azaltıcı bir mahiyet taşıdığı, suçun maddi unsurunun işlemin yapıldığı anda tamamlandığı ve emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat unsurunun da gerçekleştiği' belirtilmiş olmasına rağmen, yasal ve yeterli olmayan azınlık görüşüne itibar edilerek, emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat veya bedel uygulandığı yönünde delil bulunmadığı ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek, atılı suçun unsurlarında yanılgıya düşülmek suretiyle sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi..." isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 02.07.2013 gün ve 1377-463 sayı ile;

"...Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2499 sayılı Yasanın 15/son fıkrasındaki düzenlemede yer alan '... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak...' şeklindeki düzenlemede farklı fiyat, ücret ve bedel ibarelerinin örnekleme amacıyla verildiğini, bunun dışındaki işlemlerin de yasal düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, dosyamızdaki somut olayda da bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel gibi işlemlerin aranmasına gerek olmadığını, yurt dışında kurulu off shore şirketlerin ... Grubunun kontrolü altında olan şirketler olmasa hiç bir şekilde ithalat sürecine dahil edilmeyeceklerini, buna göre yapılan işlemlerin üstü örtülü (muvazaalı işlemler) olduğu, suçun oluştuğunu belirterek bozma kararı vermiştir.

2499 sayılı ve daha sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun 1. maddesinde kanunun amacı düzenlenmiş olup, buna göre borsada işlem gören halka açık şirketlerin işlem gördüğü sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içerisinde çalışmasını, yatırımcıların hak ve yararlarının korunmasını sağlamaktır. Diğer bir deyimle söz konusu düzenleme ile sermaye piyasasındaki hareketlerin ekonominin doğal işleyişine uygun biçimde sürmesini, bu piyasaya özellikle halka açık şirketlerin yönetimleri ve sermaya piyasasında çalışan kişiler ve alım yapan diğer aracı kurum ve şahıslar tarafından değişik yollarla yapılan piyasanın istikrarını, şirketler arasındaki serbest rekabeti bozan işlemleri denetlemek ve hisse alım satımı yoluyla piyasaya dahil olan yatırımcılarını bu tür hareketlerin etkisinden koruyarak bunların hak ve yararlarını korumak amacıyla düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunun 47/A-6 maddesi, 15/son maddesine yollamada bulunmakta olup, aynı düzenleme 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun 110/1-b maddesinde aynı şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemede halka açık şirketin kendisi ile ilişkili bulunduğu, diğer bir şirket veya şahısla emsallerine göre farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortalıkların kârını veya mal varlığını azaltmak suç olarak düzenlenmiştir.

Dosyamızdaki somut olayda D... Gazetecilik A.Ş. yönetiminde olan sanıkların kendileriyle ilişkili olan D...Ticaret A.Ş. ve ... İthalat Ticaret A.Ş. adlı şirketlerle 1997-2007 yılları arasında baskı malzemeleri ithalatı işine ilişkin sözleşmeler yaptıkları, söz konusu şirketlerin yönetimlerinin dosyamız sanıkları oldukları hususunda herhangi bir uyuşmazlık yoktur. Ayrıca bu şirketler arasındaki gazete ve baskı malzemelerine ilişkin ithalat işlemleri açık biçimde yapılmış işlemlerdir. Yapılan bilirkişi incelemelerinde söz konusu dönem içerisinde yapılan ithalat işlemlerinde sadece %4'lük bir kısmın emsallerine göre yüksek bedelli %96'lık kısmın ise emsallerine göre daha düşük bedelli alışlar olduğu saptanmıştır. Dolayısıyla kanunun amacı ve yasa maddesindeki düzenleme gözönüne alındığında sanıklar yönünden suçun oluşabilmesi için, gizli işlemlerle ilişkide bulundukları diğer şirketlere haksız kazanç aktarımı yapılması ve bunun sonucunda borsada işlem gören D... Gazetecilik A.Ş.'nin kârının veya mal varlığının azaltılması ve doğal olarak bunun sonucunda da hisse senedi alım satım yoluyla piyasada işlem yapan küçük yatırımcının zararına bir durumun doğmuş olması gerekir.

Dosyadaki incelemelerden D.... Gazetecilik AŞ'nin söz konusu ithalat işleminden herhangi bir şekilde zarar görmediği, kâr veya mal varlığı azalması gibi bir durumun söz konusu olmadığı, küçük yatırımcı aleyhine meydana gelen bir zarar durumunun söz konusu olmadığı görülmektedir.

Bilirkişi raporundaki bir kısım üyeler ve Yargıtay 7. Ceza Dairesi kararında D... Gazetecilik A.Ş. ile diğer şirketlerin ilişkili olmamaları halinde ithalat sürecine dahil edilmeyecekleri yönündeki görüşleri de mahkememizce benimsenmemiştir. Çünkü gerek sanıklar gerekse müdafiileri tarafından sunulan delillerden söz konusu gazete ve baskı malzemelerinin alım işinin bu şekilde ilişkili ve off shore diye tabir edilen şirketlerle yapılmasının vergi muafiyeti, depolama, depoda uzun süre bekletme ve D.... Gazetecilik A.Ş.'nin aynı zamanda gazete kağıdı dağıtımı yapması sebebiyle dağıtım ve nakliye gibi konularda şirkete avantaj sağlayıcı ve rekabet gücünü artırıcı şirket lehine olanaklar sunduğu anlaşılmakta olup ilişkili şirketlerin gereksiz yere ithalat sürecine dahil edildikleri fikrinin doğru olmadığı düşünülmüştür.

Öte yandan mahkememizce 2499 sayılı Yasanın 47/6, 6362 sayılı Yasanın 110/1-b maddesindeki düzenlemede örtülü işlem tabirinin içinde emsallerine göre farklı fiyat, ücret ve bedel unsurlarının olması gerektiği anlaşılmaktadır. Çünkü madde metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunma ile bu tür işlemlerin yapılmasının sonucu halka açık şirketin kârının ve mal varlığının azaltılması unsurlarının tamamen birbiriyle bağlantılı olduğu, diğer bir deyimle madde metnindeki 'gibi' ibaresinin halka açık şirket ile ilişkili diğer şirketler arasındaki değişik ticari faaliyetlerin yapılmasını değil sadece örtülü işlemlerle halka açık ortaklığın kâr veya mal varlığını azaltıcı işlemler bakımından örnekleme olarak düzenlenmiş bir ibaredir. Dolayısıyla halka açık şirket ile ilişkili şirket arasındaki yasa metninde yasaklanan işlemin mutlak surette halka açık şirketin kâr veya mal varlığını azaltıcı nitelikte olması gerekir. Diğer şekilde halka açık ortaklık ile ilişkili şirketlerin her türlü ticari faaliyetinin yasak olması gibi bir durumun kabulü söz konusu olur ki böyle bir durumun yasa tarafından düzenlenmiş olabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin bu

yöndeki görüşü uygun bulunmamıştır.

Ayrıca 2499 sayılı Yasanın 47/son maddesi incelendiğinde, maddede belirtilen suçun oluşabilmesi için elde edilecek menfaatin kesin biçimde belli olması gerekmekte olup, suç tarihleri itibari ile kâr veya mal varlığı azaltılması suretiyle yatırımcı aleyhine oluşan böyle bir menfaat miktarı da söz konusu değildir..." gerekçesi ile ilk hükümde direnilmesine karar vermiştir.

Bu hükmün de katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 22.10.2013 gün ve 325307 sayılı "bozma" istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanıkların Sermaye Piyasası Kanununa aykırılık suçundan beraatlerine karar verilen somut olayda Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; suçun sübutuna ilişkin ise de, Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca öncelikle;

1- Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda aynı fiile ilişkin olarak 08.06.2009 tarihinde Sermaye Piyasası Kanununa aykırılık suçundan yetkisizlik, güveni kötüye kullanma suçundan ise ek kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı suçtan zarar gören ... vekilince yapılan itirazın, merciince reddedilmesi karşısında, CMK'nun 172/2 ve 173/6. maddeleri uyarınca sanıklar hakkında usulüne uygun açılmış kamu davası bulunup bulunmadığı,

2- Sanıklar hakkında usulüne uygun açılmış kamu davası bulunduğunun kabulü halinde;

a) Bozmadan sonra yapılan yargılamada, direnme hükmü kurulurken hazır bulunan sanık ...'a son sözünün sorulmamasının 5271 sayılı CMK'nun 216/3. maddesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı,

b) Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanunun 110/1-b maddesinde yer alan "gibi" ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarih ve 24-133 sayılı kararıyla iptal edilmesinin sanıkların hukuki durumunu etkileyip etkilemeyeceği,

c)Buna bağlı olarak somut olayda;

c-1) Sanıklar tarafından gerçekleştirilen ticari işlemlerde "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel" uygulamasının bulunup bulunmadığı hususunun araştırılmasının gerekip gerekmediği,

c-2) Soruşturma aşamasında beyanları alınan Ş..... ve ... ile vergi incelemesi sırasında vergi denetmeni tarafından dinlenen ... ile ... Ofisi A.Ş.'nin denetimi sırasında SPK uzmanınca dinlenen ...'nın yargılama aşamasında tanık olarak beyanlarının alınmasında zorunluluk bulunup bulunmadığı,

c-3) Kağıt ithalatına aracılık eden off-shore şirketlerin ithalat işlemlerine katkısının bulunup bulunmadığının belirlenmesi bakımından bilirkişi incelemesi yapılmasının gerekip gerekmediği,

Hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

1) Sanıklar hakkında usulüne uygun açılmış kamu davasının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde:

İncelenen dosya kapsamından;

S..Gazetesinin 01.10.2001, 02.10.2001 ve 04.10.2001 tarihli nüshalarında yer alan haberlerde; ...ve Matbaacılık Anonim Şirketi ve M..Gazetecilik Anonim Şirketi'nin gazete kâğıdı ve baskı malzemesi ithalatlarının off-shore ülkelerde kurulu bulunan paravan şirketler üzerinden yapıldığı, bu şekilde her iki şirketin de zarara uğratıldığı, böylece hem vergi kaçırıldığı hem de halka açık olan bu şirketlerden sözkonusu paravan şirketlere kazanç aktarıldığı, paravan şirketlerin ...ve ... Anonim Şirketlerinin hakim ortağı olan ...'a ait olabileceği iddialarında bulunulması üzerine ...nca başlatılan inceleme sonucunda, ... Denetleme Dairesince düzenlenen 14.10.2008 tarihli denetleme raporuna istinaden Kurul Karar Organınca 15.10.2008 gün ve 1086 sayı ile;

H.... Gazetecilik ve Matbaacılık Anonim Şirketi ile eski ünvanı M...Gazetecilik Anonim Şirketi olan D...Gazetecilik Anonim Şirketi'nin ihtiyacı olan gazete kâğıdı ve baskı malzemelerinin, D... Grubu şirketlerinden ... Dış Ticaret ve Mümessillik Anonim Şirketi tarafından 1997-2007 döneminde doğrudan üretici firmalar yerine kamuoyunda vergi cenneti olarak bilinen off-shore ülkelerde kurulu bulunan, ... ailesinin sahip olduğu/kontrolünde olan, herhangi bir personeli ve müştemilatı bulunmayan, günlük işlemlerini ve faaliyetlerini yine yurt dışında kurulu bulunan ve ... ailesinin kontrolünde olan ... Purchasing Services Limited'ten alınan hizmetler aracılığı ile yürüten E..Trading Limited, S..Trading Company Limited ve S... Trading Limited ünvanlı şirketler üzerinden %30'a varan fiyat farkları ile ithal edilmesi suretiyle maruz kalınan ek maliyetler dolayısıyla hisse senetleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören H... Gazetecilik ve Matbaacılık Anonim Şirketi ile ... Gazetecilik Anonim Şirketi'nin zarara uğratılması hususlarının Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenmesi sonucunda;

H... Gazetecilik ve Matbaacılık Anonim Şirketi ile eski ünvanı ... Gazetecilik Anonim Şirketi olan D..Gazetecilik Anonim Şirketi'nin ihtiyacı olan gazete kâğıdı ve baskı malzemeleri ithalatı işlemlerinin, söz konusu işlemlere fiili olarak herhangi bir katkısı olmayan ve ... ailesinin sahibi olduğu/kontrolünde olan ....Limited, S... T... C... Limited ve S....T.... Limited ünvanlı şirketler üzerinden gerçekleştirilmesi suretiyle hisse senetleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören ... ve ... Gazetecilik aleyhine bahse konu şirketlere haksız olarak menfaat sağlanmasında sorumluluğu bulunduğu değerlendirilen ..., ..., ... ve ... hakkında 5237 sayılı TCK'nun 155. maddesi ile Sermaye Piyasası Kanununun 48. maddesi kapsamında işlem yapılmak üzere, TCK'nun 279. maddesi uyarınca Üsküdar Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi nedeniyle ... vekillerince 21.10.2008 tarihinde Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulunulduğu,

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca 29.12.2008 tarihinde; şüphelilerin savunmalarında ...nca daha önce istenilen belgelerden E..., S... ve S...ile C...ve ...şirketlerine ait bilgi ve belgelerin kurula intikal ettirildiğini belirtmeleri nedeniyle, ibraz edilen belgeler üzerinde yapılacak inceleme sonucu ek rapor düzenlenmesinin istenmesi üzerine, ...nca 06.04.2009 tarihli denetleme raporu düzenlenerek Kurul Karar Organının 17.04.2009 gün ve 249 sayılı kararı uyarınca Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği, raporda; ibraz edilen belgelerin 14.10.2008 tarihli denetleme raporundaki emniyeti suistimal suçu kapsamında yapılan değerlendirmeyi daha da güçlendirdiğinin belirtildiği,

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca 29.05.2009 gün ve 19344-1435 sayı ile; ...tavsif edilen eylemde Türk Ceza Kanunu'nda yer alan güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, şüpheliler hakkındaki şikayet ve ihbara konu eylemin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenmiş olan örtülü kazanç aktarımı suçu yönünden değerlendirilmesi gerektiği ve bu konuda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun özel yetki kararı uyarınca İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yetkili olduğu belirtilerek yetkisizlik kararı verildiği,

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 01.06.2009 gün ve 32972-8595 sayı ile; 2499 sayılı Kanunun 49/1. maddesine göre aynı Kanunun 47. maddesindeki suçlar nedeniyle soruşturma yapılabilmesinin ancak ...nun açıkça bu suçtan savcılığa başvurusu ile mümkün olacağı, kurulun bu yolda bir başvurusu bulunmadığı gibi eylemi vasıflandırmada da güveni kötüye kullanma suçunda ısrar ettiği, bu durumda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesi kapsamında soruşturma yapılmasının mümkün olmadığı, esasen şüphelilere yükletilen eylemin 2499 sayılı Kanunun 15/son ve 47. maddesi kapsamında değerlendirilmesi görüşüne de katılınmadığı, eylemin Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek yetkisizlik kararı ile dosyanın Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği,

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca 08.06.2009 gün ve 10904 sayı ile; şüpheliler ..., ..., ... ve ... hakkında "...Nihai olarak, ... ve ...'in gazete kâğıdı ve baskı malzemesi ihtiyacı için ithalat gerçekleştiren ..Dış Ticaret'in, gazete kâğıdı ve baskı malzemesi alımlarını direkt olarak üretici firmalar yerine ... Ailesinin sahibi olduğu/kontrolü altında bulundurduğu ve kamuoyunda 'vergi cenneti' olarak bilinen off-shore ülkelerde kurulu olan ve yine ... Grubunda fiili olarak görev yapan kişilerin yönetici olarak göründüğü, personeli ve müştemilatı olmaması sebebiyle herhangi bir operasyonel yetkisi bulunmayan şirketler (..., ..., ...) üzerinden ve üretici firmalar tarafından ... Dış Ticaret teslim fiyatlı olarak kesilen faturalara aynı gün veya bir gün sonra işlemlere konu olan gazete kâğıtlarını, üretici firmaların satış fiyatları üzerine yüksek kâr marjı koyarak ... Dış Ticaret'e fatura etmesi şeklinde alım işlemlerinin gerçekleştirildiği kanaatine varılmıştır.

Yukarıda izah edilen işlemler, ...nun 14.10.2008 tarihli denetleme raporu ve 06.04.2009 tarihli ek inceleme raporları kapsamında ve bu kurul tarafından güveni kötüye kullanma suçu olarak tavsif edilerek Başsavcılığımıza suç duyurusunda bulunulmuş ise de; ceza mevzuatımıza göre Cumhuriyet savcıları kurum ve kurullarca yapılan hukuksal tavsiflerle bağlı değildir, delil değerlendirmesi ve hukuksal vasıflandırma Cumhuriyet savcısının takdirindedir.

Türk Ceza Kanununun 155. maddesi, güveni kötüye kullanma suçunu düzenleyen genel norm iken, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15/son maddesi özel norm niteliğindeki 'örtülü kazanç aktarımı' suçunu düzenlemektedir. Somut olayda; güveni kötüye kullanma suçunun maddi unsuru eylemde 'zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma' olarak vuku bulması gerekirken, suç duyurusuna konu raporlarda gazete kağıdı ve baskı malzemesi temini dışında bir tasarrufta bulunulmadığı, bu tasarruflar yapılırken paravan şirketler üzerinden ve dolaylı olarak mal alınması nedeniyle kazanç aktarıldığı belirtilmiş olup, incelemeye konu faaliyetler şirket amacı doğrultusunda gerçekleştirilmekle birlikte, kağıt temini yapılırken halka açık olan ... ve ...'in malvarlığının, paravan şirketler aracılığıyla gurubun halka açık olmayan şirketlerine aktarılması şeklindedir. Bu itibarla, eylemin 'malın zilyedliğin devri amacı dışında kullanılması' değil, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15/son kapsamındaki 'örtülü işlemlerle halka açık ortaklığın kârını/mal varlığını azaltma' olarak kabulü ve özel normun somut olayda vuku bulduğu, bu özel düzenleme karşısında şüphelilere isnat edilen eylemde genel düzenleme konumdaki güveni kötüye kullanma suçunun oluşmadığı kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, güveni kötüye kullanma suçuna yönelik isnatta suçun yasal unsurları oluşmadığı..." gerekçesiyle ek kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği,

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca aynı tarihte 10904-1503 sayı ile; "...Ceza Muhakemesi Kanununun 160 vd. maddeleri, bir suçun işlendiği izlenimini edinen Cumhuriyet savcısının derhal soruşturmaya geçeceğine dair amir hükümler içerdiği gibi, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 49/1. maddesi soruşturma yetkisini sınırlamış ise de, aynı yasanın 49/2. maddesi, CMK'daki genel düzenlemeye paralel olarak Cumhuriyet savcısına soruşturma

yetkisi vermiştir ve 2499 sayılı Yasanın 49/2'nci maddesine göre '…Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler…' şeklinde düzenleme getirmiştir.

...nun suç duyurusuna konu ettiği 14.10.2008 tarihli denetleme raporu ile 06.04.2009 tarihli ek inceleme raporlarında da 'kazanç aktarımı'ndan defalarca bahsedilmiş olup, raporlarda yer alan hususların 2499 sayılı Yasanın 15/son maddesi kapsamında ... tarafından değerlendirilmesinin talep edileceği kanaati mevcut ise de;

Şüphelilere yönelik örtülü kazanç aktarımı eyleminin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa aykırılık oluşturduğu ve bu suçlara yönelik olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 16/10/2001 tarih 24555 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan özel yetki kararı uyarınca Başsavcılığımızın yetkisinin bulunmadığı..." şeklindeki gerekçeyle soruşturma dosyasının yeniden yetkisizlik kararıyla İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği,

... vekillerinin şüpheliler ..., ..., ... ve ... hakkındaki 08.06.2009 tarihli ek kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılması için yaptıkları itiraz başvurusunun, Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanınca 26.06.2009 gün ve 602 sayı ile "Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının vermiş olduğu karar ve gerekçenin yerinde olduğu" belirtilerek reddedildiği,

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 15.07.2009 tarihinde dosyadaki belgeler ...na gönderilerek, 2499 sayılı Kanunun 49/2. maddesi uyarınca iddia ve savunma belgelerinin birlikte incelenip değerlendirilmesinden sonra verilecek kararın Başsavcılıklarına gönderilmesinin talep edilmesi üzerine; ... Denetleme Dairesince düzenlenen 18.09.2009 tarihli denetleme raporuna istinaden Kurul Karar Organınca 25.09.2009 gün ve 851 sayı ile; ... ve ...'in ihtiyacı olan gazete kâğıdı ve baskı malzemelerinin doğrudan üretici/satıcı firmalar yerine, gazete kağıdı ve baskı malzemesi tedarik işlemlerine fiili olarak herhangi bir katkısı bulunmayan ve ... ailesine ait ... Trading Company Limited ve S..Trading Limited unvanlı şirketler üzerinden üretici/satıcı birim fiyatlarından daha yüksek bedellerle ithal edilmesi neticesinde, hisse senetleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören ... ve ...'in gazete kağıdı ve baskı malzemesi birim maliyetlerinin makul bir karşı edim olmaksızın yükseltilerek, ... ve M...kârının ve dolayısıyla malvarlığının faiz hariç toplam 33.117.914 TL azaltılmasında sorumluluğu bulunan ..., ..., ..., ... ve soruşturma sırasında bu kişilerin fiillerine iştirak ettiği tespit edilecek diğer şahıslar hakkında SPK'nun 47/1-A-6 maddesi kapsamında işlem yapılmak üzere aynı kanunun 49. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi nedeniyle ... vekillerince 19.10.2009 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına şikayet dilekçesi verildiği,

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 23.12.2009 gün ve 23414-16386 sayı ile; şüpheliler hakkında 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47/A-5 maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43/1 ve 53. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları için iddianame düzenlendiği,

İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesince 31.12.2009 tarihinde 1021 sayı ile; şüphelilere isnat edilen fiile ilişkin olarak emsal fiyat, ücret ve bedel araştırması yapılmadığı, bariz fiyat farkının ne olduğunun gösterilmediği, şüphelilerin mal alımı yaptığı iddia edilen yurt dışındaki şirketlerle ilgili olarak, hangi şirketten hangi tarihlerde, hangi evsafta, ne miktarda ve tutarda mal alımı yapıldığının belirtilmediği, delillerinin gösterilmediği, olay delil ilişkilendirilmesinin yapılmadığı, hangi delillerin şüphelilerin lehine, hangilerinin aleyhe olduğuna dair hiçbir belirlemeye yer verilmediği gerekçeleriyle iddianamenin iadesine karar verildiği, Cumhuriyet savcısının bu karara yönelik itirazı üzerine İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce 05.01.2010 gün ve 2 sayı ile itirazın kabul edilerek, iddianamenin iadesi kararının kaldırıldığı,

İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nce 06.01.2010 tarihinde 40-13 sayı ile; Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca hukuken değiştirilemez, bölünemez ve tek nitelikteki fiilin, iki

ayrı suç tipi haline dönüştürülerek, biri yönünden güveni kötüye kullanma suç vasfı ile kovuşturmama kararı verilip, diğeri yönünden ise aynı fiil ve şüpheliler hakkında 2499 sayılı Kanuna muhalefet iddiasına dayalı yetkisizlik kararı verilmesi üzerine Cumhuriyet Savcılığınca tek fiile ilişkin soruşturmanın devam ettirilmesinin hukuken mümkün olmadığı, kesinleşmiş olan kovuşturmama kararının şüphelilere atılı bölünemez nitelikteki fiil hakkında olduğu, Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının bölünmüş fiille ilgili yetkisizlik kararından sonra suç tarihi olan 1997-2007 yılları arasındaki döneme ilişkin olarak aynı fiil hakkında yeni maddi delil meydana çıkmadıkça, çıksa dahi kovuşturmama kararına itirazı reddeden mahkeme başkanınca bu hususta karar verilmedikçe veya kovuşturmama kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin karar kanun yararına bozma yolu ile ortadan kaldırılmadıkça, şüpheliler hakkında aynı ve tek fiil hakkında soruşturma evresinin kanunen devam edemeyeceği, Cumhuriyet savcısınca aynı fiil yönünden suç vasfının değiştirilerek soruşturma evresinin devam ettirilmesinin hukuki dayanağının bulunmadığı, yargılamaya devam edilebilmesi için öncelikle kanunda öngörülen soruşturma şartları oluştuktan sonra düzenlenmiş bir iddianame ile açılmış davanın bulunması gerektiği, soruşturma evresi ile ilgili olarak kanuni soruşturma şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle, 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddesinin 2. cümlesi gereğince yargılamanın durmasına, 5271 sayılı CMK'nun 172/2 ve 173/6. maddelerine göre Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli işlemlerin ikmali ve takdiri açısından dosyanın İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verildiği,

... vekillerinin bu karara itirazı üzerine İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesince 27.01.2010 tarihinde 112 sayı ile; 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesine göre aynı eylemle birden fazla suçun işlenebilmesinin mümkün olduğu, sanıklara yüklenen soruşturmaya konu eylemin hem 5237 sayılı TCK'nun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu, hem de 2499 sayılı Kanunun 15/son maddesi delaletiyle aynı Kanunun 47/A-6 maddesinde yazılı suç kapsamında kalabileceği, Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen kovuşturmama kararının, 2499 sayılı Kanuna muhalefet suçundan yapılacak soruşturmaya engel teşkil etmeyeceği, özel usule tabi olan bu soruşturmaya ilişkin olarak ...'nun da yazılı başvurusunun bulunduğu gerekçesiyle İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nin yargılamanın durmasına ilişkin kararının kaldırıldığı,

Anlaşılmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” başlıklı 172. maddesi;

“(1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir.

(2) Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz...” şeklinde düzenlenmiş,

Madde gerekçesinde; "1412 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinde, yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi hâlinde, takipsizlik kararı verilmesine dair hüküm yer almaktadır. Tasarı ilk olarak bu işlemi belirlemek üzere 'kovuşturmaya yer olmadığına dair karar' terimini getirmiştir. Soruşturma evresinden kovuşturmaya geçip geçmeme söz konusu olduğundan bu terim değişikliği uygun görülmüştür. Madde ayrıca kamu davasının açılması için şüpheyi haklı kılacak yeterlikte ve kuvvette delil, iz, eser ve emarenin elde edilmemesi ölçütünü kullanmaktadır. Yeterli kuvvette makul şüphe bulunduğu anlaşılacak olursa, kovuşturma evresine geçilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, kamu davasının, aynı eylem ve aynı kişi hakkında açılabilmesi yeni delil, iz, eser ve emarenin meydana çıkmasına veya şüphe nedenlerinin takdirinde ağır hata olmasına bağlanmıştır. Böylece kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların zamanaşımı süresince şüphelinin başında, tâbir yerinde ise Demoklesin Kılıcı gibi durması ve onun özgürlükler bakımından bir tehdit oluşturması önlenmek istenmektedir. Bazı usul kanunlarında mahkemelerin beraat kararlarının temyize tâbi tutulmadığı görülüyor.

Bu yeni düzenleme neticesinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar verdikten sonra yeni delil, iz, eser ve emare bulunmadıkça artık Adalet Bakanı da Cumhuriyet savcısından kamu davası açmasını isteyemeyecektir. Maddenin son fıkrasında yeni delil, iz, eser ve emarenin ne olduğu tanımlanarak uygulama açısından açıklık getirilmiştir" açıklamalarına yer verilmiştir.

Aynı kanunun “Cumhuriyet savcısının kararına itiraz” başlıklı 173. maddesi;

“(1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir.

(2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.

(3) Başkan, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hakimini görevlendirebilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkum eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.

(4) Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.

(5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz.

(6) İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır” şeklinde düzenlenmiş iken,

14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanunun 22. maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesi başkanına” ibaresi “ağır ceza mahkemesine”, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan “Başkan” ibareleri “Mahkeme” ve altıncı fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesi başkanının” ibaresi “ağır ceza mahkemesinin” şeklinde değiştirilmiş,

28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 71. maddesiyle de, maddenin birinci fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine” ibaresi “ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine” şeklinde; dördüncü fıkrasında yer alan “Mahkeme” ibaresi “Sulh ceza hâkimliği” şeklinde ve altıncı fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesinin” ibaresi “sulh ceza hâkimliğinin” şeklinde değiştirilmek suretiyle son şeklini almıştır.

Madde gerekçesinde; "Madde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlarına karşı itirazı ve bunun incelenmesi ile görevli mercii ve usulü göstermektedir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı maslahata uygunluk sistemini kabul eden ülkelerde de Cumhuriyet savcısının vereceği takipsizlik kararlarına karşı kanun yoluna

başvurulabilmesi kabul edilmektedir. Tasarı 175 inci maddesinde kovuşturmaya yer olmadığı hakkındaki kararların, yeni delil, iz, eser ve emare olmadan değiştirilemeyeceğini kabul etmiş bulunduğundan, itiraz olanağı daha fazla önem taşımaktadır.

Madde, itiraz hakkını esasta suçtan zarar gören şikâyetçiye ve şikâyetçisi bulunmayan hâllerde karar veren Cumhuriyet savcısının bağlı olduğu ağır ceza mahkemesi nezdindeki Cumhuriyet başsavcısına vermiş bulunmaktadır. İtiraz süresi, kararın tebliği tarihinden itibaren onbeş gündür. İtiraz mercii, Cumhuriyet savcısının mensup olduğu ağır ceza işlerini gören mahkeme dairesine en yakın bulunan ağır ceza işlerini gören mahkemenin başkanıdır.

İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını haklı gösterebilecek olaylar, delil, iz, eser ve emarelerin gösterilip açıklanması zorunludur. Aksi takdirde işlem hemen ret olunur. Usulüne uygun şekilde düzenlenerek süresi içinde verilmiş dilekçe veya yetkili Cumhuriyet başsavcısının yazısı üzerine başkan kararını vermek için şu işlemleri gerçekleştirebilir:

1. Cumhuriyet savcısından soruşturma dosyasını göndermesini isteyebilir.

2. Bir diyeceği varsa bildirmesi için, bir süre belirleyerek dilekçeyi şüpheliye tebliğ edebilir.

3. Gerekli görürse, soruşturmanın genişletilmesi için sulh ceza hâkimini görevlendirebilir. Ancak bu hâlde, hangi hususta soruşturma yapılacağını görevlendirme kararında göstermelidir.

Bu incelemesi sonunda başkan şu iki karardan birisini verecektir:

1. İstemin geçerli olduğu hususunda kanaat getirecek olursa, kamu davasının yani kovuşturmanın açılmasına karar verecektir.

2. Bu kanaate varamazsa, istemi gerekçeli olarak ret edecektir yani istemin dayandığı hususları neden dolayı geçerli görmediğini kararında belirtecektir. Bu hâlde, istemde bulunan suçtan zarar görmüş şikâyetçi ise adı geçeni giderleri ödemeye mahkûm edecek ve kararını Cumhuriyet savcısına ve şüpheliye bildirecektir.

Maddenin (3) numaralı fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısının yeni delil, iz, eser ve emarelerin varlığı nedeniyle kamu davası açması ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesi koşuluna bağlanmıştır. Bu düzenlemenin nedeni 175 inci maddede kovuşturma açılmaması kararına bağlanan otoritedir" biçiminde açıklamalarda bulunulmuştur.

Soruşturma evresinin asıl yetkilisi olan Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturmaya başlayacaktır. Cumhuriyet savcısının görevi maddi gerçeği ortaya çıkartmak ve adil bir yargılama yapılması için gerekli araştırmayı yaparak şüphelinin lehine veya aleyhine olan bütün delilleri toplamaktır.

Kamu davasını açma tekelini elinde bulunduran Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinin sonunda toplanan delillere göre suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheye ulaştığı takdirde iddianame düzenleyecek ve kamu davasını açacaktır. Buna karşın soruşturma işlemleri tamamlandıktan sonra, kamu davasının açılması için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma imkanını ortadan kaldıran şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı, şikayet süresinin geçmesi, ön ödemenin yerine getirilmesi ve uzlaşmanın sağlanmış olması gibi durumlarda kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. İddianame toplanan delillere göre suçun işlendiğini gösteren yeterli şüphe oluştuğunda hazırlanacağına göre, elde edilen deliller doğrultusunda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ya da failin kusursuzluğu açıkça ortada ise Cumhuriyet savcısı yine kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilecek, karar suçtan zarar gören ile önceden

ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilecektir.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar adli-idari nitelikte bir işlem olup başka bir anlatımla karma nitelikte bir karardır. Bu nedenle kişi hakkında verildiği fiile ilişkin olarak beraat kararında olduğu gibi kesin hüküm sonuçlarını doğurmayacaktır. Ancak kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesin hüküm sonuçlarını doğurmaması, soruşturma makamının bu karardan her zaman keyfi biçimde dönebileceği ve kamu davası açabileceği anlamına da gelmemektedir. Kanuni düzenleme ve madde gerekçesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra aynı fiile ilişkin olarak yeniden soruşturma yapılabilmesi kanun koyucu tarafından "yeni delilin meydana çıkması" şartına bağlanmış ve bu husus ceza muhakemesi şartı olarak belirlenmiştir. Nitekim öğretide bu hususun ceza muhakemesi şartı olduğu açıkça vurgulanmıştır (doktrindeki bir esere atıf)

Uygulamada yapılan soruşturma sonucunda "ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" olarak ifade edilen kararlar da verilmektedir. "Ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar", soruşturma kapsamında bir kısım fiillerin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte olmaması, bir kısım fiillerin ise kamu davasının açılmasını ya da yetkisizlik gibi başka kararlar verilmesini gerektirmesi halinde, kamu davası açılmasını gerektirmeyen fiillerden dolayı verilen kararlardır. "Ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar"ın hukuki niteliği ve sonuçları itibarıyla, verildiği fiile ilişkin olarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan bir farkı bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın isabetli bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi için “fiil” ve "aynı fiil" kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Fiil kavramı; ceza muhakemesinde ve maddi ceza hukukunda kullanılan ortak bir kavram olmakla birlikte içerik olarak birbirinden farklılık arz etmektedir. Ceza muhakemesi anlamında fiil, uyuşmazlık konusu olay olup, muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütününü ifade etmektedir. Maddi ceza hukukunda ise fiil, belirli bir amaca yönelen, kişinin isteğine göre ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışıdır.

Ceza muhakemesindeki fiil, maddi ceza hukuku anlamında tek bir fiilden oluşabileceği gibi birden fazla fiilden de oluşabilir. Bu itibarla ceza muhakemesindeki fiil kavramı, maddi ceza hukukundaki fiil kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bununla birlikte, maddi ceza hukuku anlamındaki tek fiilin, ceza muhakemesinde birden fazla fiili oluşturması da mümkün değildir.

Ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı, yapmış olduğu soruşturma sonucunda kaleme aldığı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya iddianame ile uyuşmazlığın konusunu ve sınırlarını ortaya koymaktadır. Ceza muhakemesine konu edilen fiilin aynı olup olmadığının tespitinde de iddianame veya kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda belirtilen olaylar bütününün esas alınması gerekmektedir. Buna göre iddianame ve kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda yer alan fiilin işlendiği yer, fiilin süresi, zamanı, kullanılan araçlar, kullanılma biçimleri belirtilmek suretiyle bireyselleştirilerek tanımlanan olaylar gözönünde bulundurularak fiilin aynı olup olmadığı belirlenecektir. Fiilin aynı olup olmadığının belirlenmesinde Cumhuriyet savcısınca yapılan hukuki nitelendirmenin bir önemi bulunmamaktadır.

Bu aşamada ceza muhakemesine hakim olan "hukuk devleti", "adil yargılanma hakkı" ve "non bis in idem" ilkelerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hukuk devleti ilkesi; adaletin gerçekleştirilmesinde, devletin kendi koyduğu kurallara kendisinin de bağlı olmasını ifade etmektedir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka

uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Başka bir anlatımla hukuki güven ortamının bulunduğu, karar ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olduğu devlete "hukuk devleti" denilmektedir.

Hukuk Devleti ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk devletinin görevlerinden biri de kişinin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Bu noktada hukuk devletinin yaratacağı hukuki güven ortamı, sadece normların öngörülebilir olmasını, karar ve işlemlerin yargı denetimine bağlı olmasını değil, aynı zamanda kesin bir hükümle yargılanması sona eren kişinin, tekrar ceza muhakemesine konu olmasını engellemeyi gerektirir. Kişinin iç huzurunu bozan ömür boyu sürebilecek hukuki belirsizlikler hukuk güvenliğini tehdit eden unsurlardır. Diğer bir anlatımla kişinin tekrar yargılanma ihtimali altında yaşaması, hukuk güvenliğini ihlal eden bir durumdur. Bu anlamda kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların Cumhuriyet savcısı tarafından her zaman ve koşulsuz olarak yeniden canlandırılabilir olması, zamanaşımı süresince şüphelinin başında "Demoklesin Kılıcı" gibi durması, bireyin özgürlüklerini ve hukuk güvenliğini tehdit eder niteliktedir. Nitekim bu husus CMK'nun 172. maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucu, kişi özgürlüğünü tehdit eden bu durumu bertaraf edebilmek için kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinden sonra şüpheli hakkında yeniden soruşturma yapılabilmesini "yeni delilin meydana çıkması" şartına bağlamıştır. Kanun maddesiyle getirilen bu şart gerçekleşmeden kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararın ve bu kararın kişi açısından oluşturduğu hukuki güvenlik alanının geçersiz kılınmasını doğuracak işlemler yapılması, bu kapsamda aynı fiil nedeniyle bu kez kamu davası açılması, kanun koyucunun iradesine açıkça aykırı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde hüküm altına alınan "adil yargılanma hakkı" hukukun üstünlüğü ile adalete erişimi koruyan ve kişilerin ceza muhakemesinin ilk aşaması olan soruşturmanın başından itibaren açık ve adil bir şekilde yargılanmalarını teminat altına alan mutlak bir hak olup, kişilerin hukuk devleti kuralları içinde yargılanmasını öngörür. Adil yargılanma hakkı hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup, bireyler için bir hak, devlet için ise bir görevdir. Adil yargılanma hakkının amacı, yargılamanın doğru, hakkaniyete uygun ve adil bir biçimde yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu kapsamda bireyler, yargılamanın usul ve esas ilkelerine uygun şekilde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Adil yargılama, ceza muhakemesi hukukunda, sanığa ve mağdura tanınan hakların tümü ve insan hakları ihlal edilmeden yapılan yargılama olarak tanımlanmakta olup, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tamamında geçerli olan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce soruşturma veya kovuşturmaya tâbi tutulmuş olan bireyin, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturmaya veya kovuşturmaya tâbi tutulması ve hatta buna tâbi tutulabileceği endişesi taşıması adil yargılanma hakkı ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu ilkenin temelinde insan onurunun korunması yatmaktadır. Kişinin daha önce soruşturma ve kovuşturmaya tâbi olduğu fiilden dolayı, önceden kanunla belirlenmiş istisnai şartlar gerçekleşmeden tekrar şüpheli veya sanık statüsüne sokulması, insan olmasından kaynaklanan varlığını yani onurunu zedeleyici niteliktedir.

Öte yandan ceza muhakemesi yapılabilmesi için bir takım "olmazsa olmaz" (sine qua non) şartlar bulunmaktadır. Bu bağlamda muhakeme yapılabilmesinin şartlarından birisi de "Non bis in idem" olarak ifade edilen, aynı fiilden dolayı verilmiş bir hükmün veya açılmış bir davanın bulunmamasıdır.

Kanunlarda açıkça yazılı olmadan da uygulanan bir hukuk normu olarak doktrinde de kabul olunan ve muhakeme hukukunun ana ilkelerinden olan "Non bis in idem" ilkesi; 1412 sayılı CMUK'nun 253. maddesinin üçüncü fıkrasında; "Aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir" şeklinde, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun "Duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlıklı 223. maddesinin yedinci fıkrasında ise; "Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, sonradan açılmış olan davanın reddine karar verilecektir.

"Non bis in idem" ilkesine uluslararası sözleşmelerde de yer verilmiş olup, konu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 numaralı Ek Protokolünün "Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı" başlıklı 4. maddesinin ilk fıkrasında; "Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usülune ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez" şeklinde ifade edilmiştir.

1412 sayılı CMUK'nda soruşturma aşamasına ilişkin "Non bis in idem" ilkesini karşılayacak bir düzenlemeye yer verilmemiş iken, 5271 sayılı CMK'nun 172. maddesinin 2. fıkrasında "Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz" denilmek suretiyle "non bis in idem" ilkesinin ceza soruşturmasını da kapsaması sağlanmıştır.

Görüldüğü gibi "aynı fiil" ifadesine 5271 sayılı CMK'nun 172/2 ve 223/7. maddelerinde açıkça yer verilmiş, böylece ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (non bis in idem) ilkesinin gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu ilkenin ihlal edilmesi, kişi bakımından kişisel özgürlüğün ihlali sonucunu doğurmakta, devlet bakımından ise hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. Öte yandan "non bis in idem" ilkesi adil yargılanma hakkının da doğal bir sonucudur.

CMK'nun 172/2. maddesi ve madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere "non bis in idem" ilkesi, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararları da kapsamaktadır. Bir başka ifade ile "non bis in idem" ilkesinin etkisi bakımından soruşturma aşamasında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararının kovuşturma evresi sonunda verilen hükümden, kanunda belirlenen şartlar gerçekleşmediği sürece kişiye sağladığı hukuki güvenlik alanı açısından farklı olmadığının kabulü gerekmektedir. Buna göre; soruşturma evresi sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip bu karar kesinleştikten sonra, Cumhuriyet savcısınca kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda sınırları belirlenen fiil (kanunda yer alan ifadeye göre "aynı fiil") hakkında "yeni delil meydana çıkmadıkça" kamu davası açılamaz. Nitekim öğretide de; "non bis in idem" ilkesine soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı da kapsayan geniş bir anlam verilmektedir. (doktrindeki bir esere atıf)

Ortaya çıkan bu sonuç karşısında, Cumhuriyet savcısınca verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda açıklanan fiil hakkında, farklı bir hukuki nitelendirme yapılarak (yani aynı fiile ilişkin olarak) soruşturma yapılıp fail hakkında dava açılamaz. Örneğin kasten

öldürme suçundan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen şüpheli hakkında "yeni delil" meydana çıkmadıkça, bu kez aynı fiil taksirle öldürme suçu olarak nitelendirilmek suretiyle kamu davası açılamaz, zira fiil aynıdır.

Gelinen bu aşamada kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın önleme etkisi üzerinde de durulması gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, muhakemeyi soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki ana evreye ayırmıştır. Bir suç işlendiği şüphesini öğrenen Cumhuriyet savcısı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığını tespit etmek üzere, maddi gerçeği araştırmak mecburiyetindedir. Soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısı, yaptığı araştırma faaliyetlerinin neticesinde bir sonuç çıkarmaktadır. Bu sonuç, kamu davası açılmasına gerek olduğu ya da olmadığı yönünde olacaktır. Soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar, muhakeme faaliyeti sonunda, yargılama makamı tarafından verilmiş kararlar olmayıp, adli-idari nitelikte kararlardır. Ancak, bu kararlara itiraz yolunun açık olması nedeniyle itiraz üzerine kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, mahkeme denetiminden geçerek, yargı halini alır ve yargı otoritesi özelliğini gösterir. Gerek itiraz üzerine kesinleşen, gerekse itiraz edilmeksizin kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar bakımından, yeni delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı Cumhuriyet savcısı aynı işe tekrar el atamayacağından, kesin hükmün önleme etkisine benzer bir hal doğmaktadır.

1412 sayılı CMUK'da Cumhuriyet savcısının verdiği takipsizlik kararları, yargı otoritesi göstermeyen, idari bir karar niteliğinde düzenlendiğinden Cumhuriyet savcısı, bu kararını, kendiliğinden, Adalet Bakanı ve Adalet Müfettişinin talebi ya da ilgilinin isteği üzerine geri alıp soruşturma yapabilmekte ve kamu davası açabilmekteydi. Diğer bir ifadeyle Cumhuriyet savcısı, hiçbir şarta bağlı olmadan, takipsizlik kararından sonra, dava zamanaşımı süresi dolmadan kamu davası açabilmekteydi. Ancak bu düzenleme öğretide hukuk güvenliğine aykırı olduğu düşüncesiyle eleştirilmekte, takipsizlik kararından sonra yeni bir dava açılması için yeni delil şartı aranması gerektiği ileri sürülmekteydi.

Öğretinin bu eleştirileri gözönüne alınarak düzenlenen ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun 172/2. maddesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, yeni bir delil meydana çıkmadan Cumhuriyet savcısınca kendiliğinden kamu davası açılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifade ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, meydana yeni bir delil çıkmadığı müddetçe aynı delil ve emarelere dayanarak yeni bir iddianame düzenlenemeyecektir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kişilerin hukuk güvenliğini sağlamak istemiştir.

CMK'nun 172/2. maddesinde yer alan "yeni delil" kavramından ne anlaşılması gerektiğine gelince; kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan önce mevcut olan, ancak ele geçirilemeyen, dosyada bulunan ancak Cumhuriyet savcısı tarafından görülmeyen ve değerlendirilmeyen delil, yeni delildir. Yeni bir soruşturmanın başlatılabilmesi için, delilin yeni olmasının yanında, tek başına veya diğer delillerle birlikte bir suçun işlendiğini kuvvetle ispatlama gücüne sahip olması gerekir. Dava açmaya yetecek kadar güçlü elverişlilikte veya kovuşturmama kararının nedenini ortadan kaldırıcı ve ayrıca davanın da açılmasını sağlayacak kuvvette, suç şüphesini kuvvetlendirici nitelikte bulunması gerekir. Bu nitelikte yeni bir delil ortaya çıktığında, Cumhuriyet savcısı işe tekrar el atarak, iddianame düzenleyebilecek, kabulü halinde kamu davası açılmış olacaktır.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilmesi üzerine, itiraz reddedildiğinde bu karar kesinleşir. İtirazın reddi üzerine yeni delil olsa dahi, aynı fiilden dolayı Cumhuriyet savcısının kendiliğinden dava açması mümkün değildir. Önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan merciin, kamu davasının açılması hususunda karar vermesi gerekir. Diğer

bir anlatımla Cumhuriyet savcısınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilip karar itiraz edilmeksizin kesinleştiğinde Cumhuriyet savcısının aynı işe tekrar el atması için, yeni bir delilin ortaya çıkması yeterli iken; kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilerek itiraz merciine başvurulduğunda; itiraz merciinin kararı ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı kesinleşmişse, Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi için, (5271 sayılı CMK'nda yargılama makamının kararını Cumhuriyet savcısının kaldırması kabul edilmediğinden) yeni delilin yanında, önceden verilmiş itiraz dilekçesi hakkında karar veren merciin, kamu davasının açılması hususunda, yeniden bir karar vermesi gereklidir. Bu husus kanun koyucu tarafından ceza muhakemesi şartı olarak düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın dava zamanaşımı süresince bir tehdit oluşturmasını önlemek amacıyla, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturma başlatmak için yeni delil şartını getirerek, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara "kesin hüküm" niteliği vermemekle birlikte, kişiler açısından hukuki güvenli alan oluşturarak adeta "kesin hükmün önleme etkisini yaratan bir hal" olarak düzenlemiştir. Bu suretle, insan haklarını ilgilendiren yönü nedeniyle şüpheliye önemli bir yargısal güvence getirilmiş, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kesin hükmün önleyici etkisine benzer sonuçlar doğuran bir karar niteliğine sahip olmuştur. Böylece, kişilere getirilen kanuni teminatla, soruşturma aşamasına tekrar dönülebilir endişesi ortadan kalkmış bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay uygulamaları da bu yönde istikrar kazanmıştır.

Cumhuriyet savcısınca verilip denetimden geçmeden kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile merciince itirazın reddedilmesi üzerine kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar arasında, önleme etkisi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Zira CMK'nun 172/2. maddesinde "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra" ifadesi kullanılmakta, yeni bir delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamayacağı ifade edilmektedir.

Nitekim öğretide de; kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesin hüküm teşkil etmediği, ancak yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı fail hakkında yeniden soruşturma işlemlerine başlanamayacağı ve kamu davası açılamayacağı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazın merciince ret edilmesi durumunda ise Cumhuriyet savcısının fail hakkında aynı fiilden dolayı kamu davasını açabilmesinin yeni delilin meydana çıkmasının yanında önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan merciin bu hususta karar vermesine bağlı olduğu, bu hususun kanun koyucu tarafından ceza muhakemesi şartı olarak düzenlendiği vurgulanmıştır (doktrindeki bir esere atıf)

Diğer taraftan direnme hükümlerinin temyiz yargılama makamı olan Ceza Genel Kurulunun görevi, denetimini yaptığı hükümde hukuka aykırılık bulunup bulunmamasına göre direnme hükmünü bozmak veya onamaktır. Temyiz incelemesi sırasında Ceza Genel Kurulu, temyiz nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığı çözecek nitelikte bir karar verecektir. Temyiz edilen hükümde hukuka aykırılık bulunmaması halinde hüküm onanacak, hukuka aykırılık bulunması halinde ise CMUK'nun 321. maddesine göre hüküm bozulacak ya da bozulan hüküm yerine aynı kanunun 322. maddesine göre Ceza Genel Kurulunca davanın esasına hükmedilecektir. Buna göre; Ceza Genel Kurulu temyiz dilekçesinde ileri sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın gerek hükümdeki gerekse hükümden önce verilip de hükme tesir eden kararlardaki tüm kanuna aykırılıkları inceleyip, aykırılık tespit etmesi halinde de bozma kararı verme hak ve yetkisine sahiptir. Bu konuyla ilgili olarak getirilen sınırlamalar, 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 326. maddesinin son fıkrasında yer alan, "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz" kuralı ile 05.03.1941 gün ve 50-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, katılanın münhasıran

kendi şahsi haklarına hasrettiği temyiz istemi üzerine, sanık lehine bozma yapılamamasıdır. Bu iki istisna dışında, Ceza Genel Kurulunca incelenen ve kanuna aykırılık taşıdığı belirlenen bir hükmün, temyiz edenin sıfatı nazara alınarak, sanık lehine veya aleyhine bozulmasına bir engel bulunmamaktadır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda 08.06.2009 gün ve 10904 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda fiil; "H....Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. (...) ve D... Gazetecilik A.Ş. (....)'nin ihtiyacı olan gazete kâğıdı ve baskı malzemeleri ithalatı işlemlerinin, söz konusu işlemlere fiili olarak herhangi bir katkısı bulunmayan ve D... Ailesinin sahibi olduğu/kontrolünde olan E...T...Limited, S... .... Limited ve ... Limited ünvanlı şirketler üzerinden gerçekleştirilmesi suretiyle hisse senetleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören ... ve ... Gazetecilik aleyhine bahse konu şirketlere haksız olarak menfaat sağladıkları" şeklinde anlatılmak ve sanıkların bu fiillerinin 5237 sayılı TCK'nun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmadığı belirtilmek suretiyle sanıklar hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, yine Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturmaya konu edilen fiil aynı şekilde anlatıldıktan sonra aynı tarihte bu kez sanıkların fiillerinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilerek sanıklar hakkında soruşturma yapılmak üzere dosyanın İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği, Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 08.06.2009 gün ve 10904 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karara suçtan zarar gören sıfatıyla ...nca itiraz edilmesi üzerine CMK'nun 173. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan şekli uyarınca itirazı incelemekle görevli en yakın ağır ceza mahkemesi başkanınca itirazın reddine karar verildiği, böylece sanıkların aynı fiillerine ilişkin olarak hem itiraz edilmek suretiyle kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, hem de yetkisizlik kararının bulunduğu, yetkisizlik kararıyla dosyanın gönderildiği İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca ...ndan yeniden görüş istendiği, daha önce sanıkların eylemlerinin TCK'nun 155. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde iki kez görüş bildiren ...nca bu kez sanıkların eylemlerinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüyle aynı kanunun 47/A-6 maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulduğu, bu suç duyurusu üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca sanıkların 2499 sayılı Kanununun 47/A-6 ve TCK'nun 43. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları talebiyle kamu davası açıldığı anlaşılan somut olayda,

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve yetkisizlik kararı ile yetkisizlik kararı sonrasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede sanıklara atfedilen fiilin aynı olması, aynı fiilden dolayı sanıklar hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın itiraz edilerek kesinleşmesi, yukarıda açıklandığı şekliyle verildiği fiil itibarıyla kişiler açısından hukuki güvenlik alanı oluşturan ve kesin hüküm benzeri sonuç doğuran kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan sonra sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı yeniden soruşturma yapılabilmesinin "yeni delilin meydana çıkmasına" ve CMK'nun 173/6. maddesinde ceza muhakemesi şartı olarak öngörülen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yönelik itiraz dilekçesi hakkında önceden karar veren merciin kararına bağlı olması ve kanun koyucu tarafından bunun ceza muhakemesi şartı olarak öngörülmesi karşısında; aynı fiile ilişkin olarak daha önceden verilip kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar bulunduğu halde Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen yetkisizlik kararı üzerine, CMK'nun 172/2. maddesi anlamında "yeni delil" meydana çıkıp çıkmadığı açıklığa kavuşturulmadan ve CMK'nun 173/6. maddesinde belirlenen ceza muhakemesi şartı gerçekleşmeden ...nca yapılan farklı hukuki nitelemeye dayanılarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca, sanıklar hakkında aynı

fiilden dolayı kamu davası açılması bir hukuk devletinde kanuna, adil yargılanma hakkına ve "non bis in idem" ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara vaki itiraz üzerine merciince, itirazın reddine karar verilmesinden sonra Cumhuriyet savcısının CMK'nun 173/6. maddesinde belirtilen şarta uymadan iddianame düzenlemesi nedeniyle usulüne uygun açılmış bir kamu davası bulunmadığından, mahkemece durma kararı verilerek önceden verilen itiraz dilekçesi hakkında karar vermiş olan itiraz merciinin bu hususta karar vermesi beklenip sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinden sair yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

Ulaşılan bu sonuç karşısında diğer uyuşmazlık konuları değerlendirilmemiştir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri ..., ... ve ...; "Sanıklara isnad olunan fiil, halka açık anonim şirketlerden olan ... ve DDT (...) A.Ş.'ne, 1997 ilâ 2007 yıllarında, kağıt ve baskı malzemeleri ithalinde, gerekli olmadığı hâlde vergi cenneti olarak nitelendirilen ülkelerde kurulan ve sermayesinin büyük bölümü kendilerine ait şirketleri aracı kılmak suretiyle, adı geçen şirketler ve hissedarların zararına işlem yapmak suretiyle yaklaşık 36 milyon $ haksız kazanç elde etmektir.

...'nca, bu fiil nedeniyle Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'na 5237 sayılı TCK'nın 155. ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 48. maddelerinden işlem yapılması gerektiği düşüncesiyle 27.04.2008 ve 21.10.2008 tarihlerinde suç duyurusunda bulunulmuştur.

Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca; 29.05.2009 gün ve 19344-1435 sayılı yetkisizlik kararıyla, ihbar ve şikayete konu olan eylemin 2499 sayılı SPK'nın 15/son maddesi delâletiyle aynı Kanun'un 47/A-6. maddesine muhalefet suçunu oluşturduğu, bu suçun yargılamasının HSYK tarafından yetkilendirilen İstanbul (ihtisas) ilgili asliye ceza mahkemesinde yapılabileceği ve soruşturmasının da İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılması gerektiği düşüncesiyle, evrakı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 01.06.2009 gün ve 32972-8595 sayılı yetkisizlik kararı ile evrakın tekrar Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi üzerine de, 08.06.2009 gün ve 10904-1503 sayılı ikinci yetkisizlik kararıyla, aynı gerekçelerle evrakı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş ve iddia edilen eylemin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15/son maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 47/A. maddesine muhalefet suçunu oluşturduğunu belirterek güveni kötüye kullanma suçundan ek olarak kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

Ek kovuşturmama kararına katılan SPK Vekilince itiraz edilmiş, Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 26.06.2009 tarihli kararıyla itiraz reddedilmiştir.

Daha sonra, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ekonomik suçlar bürosu tarafından, SPK'dan(Kurumdan) izin de alınmak suretiyle, diğer bir ifadeyle Kurumun 07.10.2009 tarihinde yaptığı, sanıkların 2499 sayılı SPK'nın 15/son maddesi delâletiyle aynı Kanun'un 47/A-6. maddesinden cezalandırılması istemini içeren başvuruda bulunması üzerine yürütülen soruşturma hitâmında ilgili ihtisas mahkemesine hitâben iddianame düzenlenmiştir.

İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 31.12.2009 tarihinde, eksik soruşturma yapıldığı, delillerin fiil ve faillerle irtibatlandırılmadığı gerekçesiyle 5271 sayılı CMK'nın 170 ve 174. maddeleri uyarınca iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de; bu karar aleyhine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın vâki itirazı üzerine, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.01.2010 günlü kararıyla iddianamenin iadesi kararının kaldırılması ve iddianamenin kabulü kararı üzerine iş bu dava açılmıştır.

İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından bu kez de, CMK'nın 172/2, 173/3-6 ve 223/8. maddelerine aykırı olarak iddianame düzenlendiği gerekçesiyle durma kararı verilmiş ise de; bu karar aleyhine de İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın vaki itirazı üzerine, İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.01.2010 günlü kararıyla ... durma kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Yapılan yargılama sonucunda İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 06.07.2011 gün ve 1043-826 sayılı kararıyla sanıkların atılı suçları işlediklerinin sabit olmaması gerekçesiyle beraetlerine karar verilmiştir.

Katılan vekilinin temyizi üzerine; Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 17.04.2012 gün ve 12736-8459 sayılı kararıyla suçun sübuta erdiği gerekçesiyle sanıkların mahkûmiyeti yerine beraetlerine karar verilmesi isabetsizliğinden oybirliğiyle bozulmuştur.

İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesi 02.07.2013 gün ve 1377-463 sayılı kararıyla önceki hükümde direnmiş, katılan vekilinin temyizi üzerine Yüksek Ceza Genel Kurulu'na gelmiştir.

Yukarıda özetlendiği veçhile İlk Derece Mahkemesi ile Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesi arasındaki uyuşmazlık suçun sübutuna ilişkin ise de;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunda ön sorun olarak ele alınan; Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yürütülen soruşturma sonucunda 08.06.2009 tarihinde ikinci kez 2499 sayılı SPK'nın 15/son maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 47/A. maddesine muhalefet suçundan yetkisizlik, ek olarak ta güveni kötüye kullanma suçundan kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi, katılan SPK vekilince yapılan itirazın merciince reddedilmesi karşısında, CMK'nın 172/2 ve 173/6. maddeleri uyarınca sanıklar hakkında 'yeni delil'in meydana çıkıp çıkmadığı ve buna bağlı olarak usulüne uygun bir şekilde açılmış bir kamu davasının bulunup bulunmadığı hususunda çoğunlukla aramızda görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Sorunu üç ayrı başlık altında inceleyecek olursak;

1- Ek olarak kovuşturmaya yer olmadığına dair Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca verilen 08.06.2009 günlü kararın niteliği :

Öncelikle, suç tarihi itibariyle yürürlükte ve lehe olan kanun olması münasebetiyle suçun sübutu hâlinde sanıklara uygulanması gereken 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndan kaynaklanan suçlara bakmakla görevli özel yetkili İstanbul mahkemeleri, birer ihtisas mahkemesi olup, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yargı çevresi dışında bulunan Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu suçları soruşturma yetki ve görevi bulunmamaktadır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndan kaynaklanan bir suç ihbar veya şikayeti Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettiğinde, buna ilişkin evrakın görevsizlik/yetkisizlik kararı ya da fezlekeye bağlı olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirmesi gerekir. 29.05.2009 tarihinde yapılan işlem de budur.

Ancak; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın verdiği karşı yetkisizlik kararıyla evrakın tekrar Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi üzerine, 08.06.2009 tarihinde verilen ikinci yetkisizlik kararının ekinde TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu yönünden kovuşturmama kararı verilmiş olup, bu işlemlerin yapıldığı tarih itibariyle, Cumhuriyet başsavcılıkları arasında yetki uyuşmazlığının çözümüne ilişkin olarak CMK'nın 161/7. maddesindeki gibi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu karar; ikinci kez verilen madde itibariyle yetkisizlik (görevsizlik) kararını desteklemek amacıyla gerekçe oluşturma çabasının sonucu verilmiş olup, CMK'nın 172/1. maddesine de uygun değildir.

Ek kovuşturmama kararında; yalnızca soruşturma konusu fiilin TCK'nın 155. maddesine girmediğinin tespiti yapılmış olup, 2499 sayılı SPK'nın 15/son maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 47/A. maddesine muhalefet suçuna yönelik olarak 'kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması'na dair bir değerlendirme yoktur. Tam tersine 08.06.2009 günlü yetkisizlik kararı ve eki kovuşturmama kararında ... fiilin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamına girdiği ve bu suçta soruşturma yapma görevinin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na ait olduğu belirtilmiştir.

Daha sonra ise, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı sanıklar hakkında aynı fiile yönelik olarak yaptığı soruşturma sonrasında 2499 sayılı SPK'nın 47/A maddesine muhalefetten dava açmıştır.

'Aynı konuda biri doğru, diğeri yanlış iki karar aynı zamanda verilmişse, yanlışı yok sayılmalıdır. Meselâ aynı eylem hakkında bir tavsiften kamu davası açılmış, diğer tavsiften açılmamışsa, hatalı olan ikincisini ortadan kaldırmak için vakit kaybedilmemelidir.' (doktrindeki bir esere atıf) Nitekim, Yüksek Yargıtay CGK 19.04.1978 gün ve 78/1-129 sayılı içtihadıyla yukarıda alıntı yapılan görüş doğrultusunda karar vermiştir.

Öte yandan 2499 sayılı SPK'nın 49/1. maddesi uyarınca, aynı Kanun'un 47/A-6. maddesine muhalefet suçundan soruşturma yapılabilmesi, Kurumun Cumhuriyet başsavcılığına başvuruda bulunmasına, diğer bir ifadeyle Kurum tarafından soruşturma izni verilmesine bağlıdır. Bu husus soruşturma şartıdır. Böyle bir başvuruda bulunulmadan önce verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar yok hükmündedir.

Somut olayda, Kurumun İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvuru tarihi, 07.10.2009 olup, Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca verilen ek kovuşturmama kararı ise 08.06.2009 tarihlidir. Ek kovuşturmama kararı, hem Kurumun başvurusundan önce ve hem de soruşturmaya yetkili olmayan Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verildiği için yok hükmünde kabul edilmeli, aynı eylem dolayısıyla İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ihtisas mahkemesine hitâben düzenlediği iddianame yeterli görülmelidir.

Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi de, 03.05.2006 günlü ve 433/10350 sayılı kararında, 4483 SK'nın 9. maddesine göre izin alınmadan verilen kovuşturmama kararının hukuki değerden yoksun olduğuna hükmetmiştir.

Esasen Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 17.04.2012 gün ve 12736-8459 sayılı kararıyla suçun sübuta erdiği gerekçesiyle sanıkların mahkûmiyeti yerine beraetlerine karar verilmesi isabetsizliğinden oybirliğiyle bozmakla bu görüşü desteklediğini açıkça ortaya koymuştur.

2- Evreden (safhadan) dönülememesi ilkesi ve ceza yargılamasında verilebilecek kararlar :

'Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

Kovuşturma: iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,' ifade eder.(CMK'nın 2. maddesinin 1. bendinin e ve f bendi hükümleri)

'Evreler sadece zorunlu değildir. Fazla olarak birbirinden ayrılmaları da kesindir. Bu demektir ki kovuşturma evresine geçmiş bir işte artık soruşturma evresine dönülemez ... Keza kovuşturma evresinde verilen bir hüküm bozulduğunda, iş sadece kovuşturma evresine dönebilir. Bu da gösteriyor ki, soruşturma evresi kesin olarak aşılmıştır.' (doktrindeki bir esere atıf)

Konuyla ilgili olarak 10.06.1942 gün ve 26/16 sayılı İBK'nda da benzer düşüncelere yer verilmiştir.

İzin veya karar alınmadan dava açılmışsa ya da eksik soruşturma söz konusuysa bu eksiklikler mahkemesince giderilip, sonucuna göre karar verilecektir. Ancak; kesinlikle soruşturma evresine dönülemeyecektir.

Somut olayda, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesi'ne hitaben düzenlenen iddianame, itiraz üzerine İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.01.2010 günlü, ... kararıyla kabul edilmiş olup, bu tarihten itibaren kovuşturma evresine geçilmiştir. Artık soruşturma evresine dönülmesi mümkün değildir.

CMK'nın 223. maddesi uyarınca, ceza yargılaması sonucunda verilebilecek nihai kararlar; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, red ve düşme olup, durma kararları nihai kararlardan değildir.

Ceza yargılamasında davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi mümkün olmadığı gibi, karara bu ad verilmeksizin böyle bir sonuç doğuracak biçimde bozma kararı da verilemez.

3- İtiraz üzerine verilen kararlar ve sonuçları :

Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. (CMK m. 267).

CMK'nın 223/8. maddesi hükmüne göre, durma kararları itirazı kâbil kararlardandır. Aynı Kanun'un 271/4. maddesine göre de, itiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

Kesinleşen kovuşturmama kararı, kesin hüküm etkisini doğurmaz ise de; şüpheli için bir teminat oluşturur. Yeni delil elde edilmedikçe aynı fiilden dolayı dava açılamaz. (CMK m. 172/2). Hatta karar itiraz üzerine kesinleşmiş ise; yeniden dava açılması itiraz mercinin muvafakatına bağlıdır. (CMK m.173/6)

Emredici olan bu hükümler her türlü tartışmadan varestedir. Ancak; somut olayımızda yukarıda açıklandığı üzere;

-Dava konusu fiille ilgili olarak verilmiş bir kovuşturmama kararı bulunmadığı, 2499 sayılı SPK'nın 47/A-6 maddesi kapsamındaki soruşturmanın kesintisiz olarak devam ettiği,

-Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nın vermiş olduğu ek kovuşturmama kararının hukuki değerden yoksun olduğu, ortadan kaldırılmasına gerek bulunmadığı,

-Kurumun başvurusu üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen iddianamenin usül ve yasaya uygun bulunduğu, açıktır.

Kaldı ki, ön sorun olarak kabul edilen husus; yâni CMK'nın 172/2 ve 173/6. maddeleri hükümlerine aykırı bir şekilde dava açıldığı hususu, ilk derece mahkemesince durma kararına konu edilmiş ise de; itiraz üzerine İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.01.2010 günlü kararıyla durma kararı kaldırılmıştır. Bu karar da kesindir.

Yargıtay aşamasında bu husus tekrar inceleme konusu yapılamaz, diye düşünmekteyiz.

Açıklanan nedenlerle; 2499 sayılı SPK'na aykırılık suçunun sabit olduğuna dair Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin bozma kararı sonrasında sanıkların beraetine dair İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin direnme hükmünün, sanıklar hakkında usulüne uygun olarak açılmış bir dava olmadığı için, bozulmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz." görüşüyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi ...; "Ceza yargılamasında 'davasız yargılama olmaz'. Türk Ceza Yargılama Sisteminde dava açma tekeli Cumhuriyet savcısına aittir. Benimsenen sisteme göre de, bir suç işlendiğine dair ihbar ya da şikayet üzerine ve ya re'sen bilgi sahibi olan Cumhuriyet savcısı ceza soruşturması başlatır.

Başlatılan bu soruşturma, ya şüpheli hakkında bir suç isnadını içeren iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi, ya kamu davasının açılmasının ertelenmesi (5271 sayılı CMK'nın 176. m) ya da kovuşturmaya yer olmadığına kararı verilmesi ile sona erer.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı bir 'dava açmama' kararıdır. Başka bir tabirle 'soruşturmanın sona erdirilmesi' kararıdır. İdari–Hukuki niteliği itibariyle bu karar bir ceza muhakemesi işlemidir ve doğrudan fiilin aslı ile ilgili olup soruşturma safhasını bitirir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı 5271 sayılı CMK'nın 172. maddesine göre;

1 - Kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi,

2 - Kovuşturma imkanının bulunmaması,

Bu cümleden olarak,

a-Yargılama şartının gerçekleşmemesi,

b- Eylemin suç teşkil etmemesi,

c- Şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması,

d- Uzlaşma,

e- Ön Ödeme nedeniyle verilebilir.

Zikredilen sebeplere dayanmayan kovuşturmaya yer olmadığı kararı, CMK'nın 172. maddesi anlamında bir kovuşturmaya yer olmadığı kararı değildir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararları CMK'nın 173/6. maddesindeki hal müstesna olmak üzere idari bir karardır ve her zaman geri alınabilir. CMK'nın 173/6. maddesi kapsamında mahkeme/hakim kararı ile onanarak kesinleşen kararlar ise yargısal nitelik taşır. Bu şekilde kesinleşen kararlardan sonra yeni bir delil elde edilip önceki kararı onayan mahkeme/hakimin muvafakatı alınmadan soruşturmaya devam edilemez. Ancak unutulmamalıdır ki bu hal, soruşturmaya son veren CMK'nın 172. maddesi kapsamında tahdidi olarak sayılan sebeplere istinaden verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları için geçerlidir. Amaç 'aynı fiilden bir kez yargılanılır' ilkesi gereğince şüpheliyi sürekli yargılama tehdidi altında tutmamaktır.

Soruşturma konusu fiilin vasfen ikiye bölünerek bir vasfından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi diğer vasfından ise iddianame düzenlenmesi halinde nasıl hareket edileceği hakkında CMK'da bir düzenleme yoktur.

Yargılama mercii, önüne gelen hukuki uyuşmazlığı çözmek zorunda olduğundan yargılama hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümler dışında 'kanunilik' ilkesi uygulanmaz ve kıyas dahil her türlü yorum araçları kullanılarak sorun çözülür. Tarihi süreç itibariyle 'suçluyu cezalandırma', 'sanığı koruma' evrelerini geride bırakan ceza yargılamasının amacı 'maddi gerçeği açığa çıkarmak'tır. Bu nedenle sanığı koruma evresinden kaldığı anlaşılan 'sanık lehine yorum' diye bir yorum türü de yoktur.

Bu itibarla mevcut sorun özellikle TCK'nın 44. ve CMK'nın 225 ve 226. maddeleri ile ilgili istikrar kazanmış uygulamalar ışığında çözülmelidir.

Soruşturma konusu fiilin vasfen ikiye bölünerek bir vasfından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi diğer vasfından ise iddianame düzenlenmesi hukuken mümkün değildir. Ancak böyle bir durumda, fiilin aslıyla ilgili olarak yapılan ve sürdürülegelen işleme üstünlük tanınmalıdır. Zira işlem vazeden kurumun iradesinin bu yönde olduğu açıktır.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında;

a- Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının 08.06.2009 tarih 2009/10904 sayılı ek Kovuşturmaya Yer Olmadığına dair kararının CMK 172/1. maddesi kapsamında soruşturmayı sona erdiren bir KYOK olmadığından,

b- Zikredilen ve yoklukla malül ek Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına rağmen soruşturmaya devam edilip sanık hakkında kamu davası açılarak soruşturma konusu fiilin aslı hiç bir aşamada takipsiz bırakılmadığından aynı kanunun 173/6. maddesinin somut olayda uygulama yeri bulunmadığından,

c- Açılan kamu davası safahatında ve sonunda bir çok mercii ve nihayet Yargıtay Yüksek 7. Ceza Dairesinin 17.04.2012 tarih 12736-8459 sayılı ilamı ile denetimden geçirilen usuli eksiklik iddialarının gelinen aşama itibariyle dinlenme imkanı kalmadığından sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum." düşüncesiyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve onsekiz Genel Kurul Üyesi de; benzer düşüncelerle karşıoy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesinin 02.07.2013 gün ve 1377-463 sayılı direnme hükmünün, sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara vaki itiraz üzerine merciince, itirazın reddine karar verilmesinden sonra Cumhuriyet savcısının CMK'nun 173/6. maddesinde belirtilen şarta uymadan iddianame düzenlemesi nedeniyle usulüne uygun açılmış bir kamu davası bulunmadığından, mahkemece durma kararı verilerek önceden verilen itiraz dilekçesi hakkında karar vermiş olan itiraz merciinin bu hususta karar vermesi beklenip sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinden sair yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 16.06.2015 tarihinde yapılan birinci müzakerede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 23.06.2015 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.