

"İçtihat Metni"

Kararı Veren

Yargıtay Dairesi: 5. Ceza Dairesi

Mahkemesi:Ağır Ceza

Sayı: 247-329

Sanık ...'ın hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda sanığın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kabul edilerek TCK'nın 247/1, 248/2, 62 ve 53/1-5. maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna ilişkin ... 17. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.12.2015 tarihli ve 247-329 sayılı hükmün Cumhuriyet savcısı, katılan vekili ve sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 17.09.2020 tarih ve 9173-12292 sayı ile;

"Sanığın suça konu zimmet miktarını cebri icra yoluyla ödediği, gönüllü ödemedi bulunmadığı, buna bağlı olarak da yasal şartları oluşmadığı hâlde hakkında TCK'nın 248. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanması,

Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarihli ve 2014/140 esas, 2015/85 sayılı kararının 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması nedeniyle TCK'nın 53/1. maddesiyle ilgili olarak yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması,

TCK'nın 53/1-e maddesindeki hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle atılı suçu işleyen sanık hakkında aynı Kanun'un 53/5. maddesi uyarınca, ayrıca, cezasının infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkileri kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi yerine sadece '...avukatlık mesleğini yapmaktan yasaklanmasına' şeklinde sınırlı uygulama yapılması" isabetsizliklerinden bozulmasına oy çokluğuyla karar verilmiş,

Daire Üyesi ...; "Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinde 765 sayılı mülga TCK'ya uyum amacıyla yapılan değişiklik ile maddenin temel yapısı aynı tutulmuş, yalnızca TCK'nın 230'uncu ve 240'ıncı maddeleri yerine 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesine atıf yapılmış; ancak, 62. madde yürürlükten kaldırılmadığı için Avukatlık Kanununun 62. maddesi TCK tarafından yürürlüktedir. Yasa koyucu tarafından Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi iptal edilerek bu hükmün yerine, işledikleri her eylem açısından avukatların zaten TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olarak kabul edileceklerinden bahisle herhangi bir düzenleme getirilmeyip, bunun aksine 62. maddeyi iptal etmeyip hükmün esasını koruyarak revizyona gittiği gözetildiğinde Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinin TCK'nın 257. maddesi ile sınırlı olacak şekilde bir etki doğurması gerekmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi ile TCK'nın 6. maddesi aynı konuda hükümler içeren normlar olmayıp Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi avukatlık mesleğine ilişkin doğrudan ve özel bir norm getirirken, TCK'nın 6/1-c maddesi genel olarak kamu görevlisini tanımlamakta, avukatlar için herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Avukatın TCK anlamında kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına salt TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanımdan hareketle her suç tipi açısından genel olarak tespit etmek yerinde olmayacaktır. Avukatın müvekkili ile arasındaki ilişkinin kamu idaresinden ve kamusal otoritenin kullanılmasından bağımsız bir husus olduğu gözden uzak tutulmamalı, avukatın vekâlet ilişkisine dayalı olarak hareket ettiği gözetildiğinde bu vekâlet ilişkisinin TCK anlamında ortaya çıkan sorunlarda ön planda tutulmasına özen gösterilmesi gerektiği nazara alınmalıdır. Bu durum özellikle avukata karşı görevi nedeniyle işlenen suçlar ile avukat tarafından görevinin ifası kapsamında işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan örneğin, avukatın müvekkiline teslim etmesi gereken maddi değeri kendi malvarlığına dahil etmesi durumunda kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin bu eylemden etkilendiğini söylemek mümkün olmayacağından burada zimmet suçunun değil güveni kötüye kullanma

suçunun gerçekleştiği" düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 08.11.2020 tarih ve 55584 sayılı ile;

"...İtiraza konu uyuşmazlık, sanık avukat ...'ın alacaklı vekili sıfatıyla açılan kamulaştırma bedelinin artırılması davasında müvekkili adına hükmedilen ve tahsil edilen toplam 792.284,76 TL tutarındaki parayı müştekiye teslim etmeyerek uhdesinde tutmak şeklindeki eyleminin, TCK'nın 247/1. maddesinde yazılı zimmet suçunu ya da TCK'nın 155/2. maddesinde yazılı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre; avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

Yalnız avukatların yapabileceği işler:

Madde 35 – (Değişik: 26/2/1970 - 1238/1 md.)

'Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.

(Değişik üçüncü fıkra: 23/1/2008-5728/329 md.) Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmaya zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saklıdır.'

Uzlaşma sağlama

Madde 35/A – (Ek : 2/5/2001 - 4667/23 md.)

'Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.'

76 maddesine göre, 'Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirileri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.'

109 maddesine göre, 'Türkiye Barolar Birliği, bütün baroların katılımıyla oluşan bir kuruluştur.

Birlik, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

Birliğin merkezi ...'dır.'

1136 sayılı Kanun bütünüyle değerlendirildiğinde Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu ve avukatların faaliyetlerinin kamu hizmeti olup yargının kurucu unsurları içinde yer aldığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 'Tanımlar' başlıklı 6. maddesine göre, Ceza Kanunlarının uygulanmasında;

TCK'nın 6/1-c bendinde, kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya

seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, 6/1-d bendinde, yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar, şeklinde tanımlar bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.04.2011 tarihli ve 258-46 sayılı kararına göre de, '5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki 'kamu görevlisi' tanımında yer alan 'katılan kişi' ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan 'kamusal faaliyet' açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Kanunu uygulamasında 'kamu görevlisi', yapılan faaliyetin de 'kamusal faaliyet' sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.' şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde avukatın kamusal faaliyette bulunduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak avukatın, kamusal nitelik taşıyan, yargısal faaliyetlerinin nerede başlayıp, ne şekilde sona ereceği konusunda mevcut yasalarda herhangi bir açıklık bulunmaması nedeniyle, avukatın müvekkili adına yürüttüğü yargısal faaliyetlerin, sınırlarının açıkça tanımlanması ve belirlenmesi gerekmektedir. Avukatların yargısal faaliyetlerinin, müvekkili adına dava açıp mahkemede yapılan yargılama sonucunda hüküm verilmeye kadar devam edeceği, söz konusu davanın temyiz edilip kesinleştikten sonra avukatın herhangi bir yargısal faaliyetin söz konusu olmadığı tereddütsüz kabul edilmelidir. Neticelendirilen dava sonrasında, müvekkili adına gerçekleşen tüm faaliyetlerinin özel hukuk hükümleri kapsamında Borçlar Kanunu'nda yer alan vekâlet akdine ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği göz önüne alınmalıdır.

5237 sayılı TCK'nın 6-d maddesinde de avukatların yargı görevini yapan kişiler arasında sayıldığı yargısal faaliyetin unsurlarından sayıldığı kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde avukat yargısal faaliyetin bir unsuru olarak yargı görevini yapanlar statüsünde olduğu kabul edilmekte, duruşma ve yargılama faaliyetleri kapsamında kamu görevlisi sayılmalıdır.

Zimmet suçu 5237 sayılı TCK'nın 247. maddesinde;

'(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir' şeklinde düzenlenmiştir.

Madde ile kamu görevlisinin görevi dolayısıyla kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir surette tasarrufta bulunması, bu malları kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır. Zimmete geçirme, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malın kamu görevlisinin şahsının veya bir başkasının zimmetine geçirilmiş olması arasında fark bulunmamaktadır. Maddenin ilk fıkrasında zimmet suçunun basit şekli düzenlenmiş,

İkinci fıkrada, suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâl olarak öngörülmüş, böylece hileli davranışlarla işlenen zimmet suçu, ayrı bir suç olarak değil, basit zimmet suçunun nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir.

Yapılan hilenin aldatıcı nitelikte olması ve zimmetin ortaya çıkmamasını sağlamaya elverişli bulunması gerekir.

765 sayılı TCK'nın zimmet suçunu düzenleyen 202. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan 'dairesini aldatacak' ibaresine, maddede yer verilmeyerek nitelikli zimmet suçunun uygulama alanı genişletilmiş,

böylece hileli davranışların olağan ve basit bir denetim, araştırma ve karşılaştırma ile ilk bakışta kolayca ve kesin bir biçimde anlaşılabilir nitelikte olmamak şartıyla, zimmet veya miktarının kurum içi kayıtlardan ortaya çıkarılması hâlinde de eylemin nitelikli zimmet olarak kabulü mümkün hâle gelmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, 'kullanma zimmeti' olarak da isimlendirilen, suçun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi, suçun basit şekline göre daha az ceza verilmesini gerektiren hâl olarak belirlenmiş olup, kullanma zimmetinde, suçun konusunu oluşturan mal, kullanılan şey ya da paranın kendisi olmayıp, kullanımdan elde edilen yarardan ibarettir. Bu nedenle kullanma zimmetinde esas alınması gereken değer, malın kullanılması ile elde edilen yararadır. Zimmet suçunda, failin kamu görevlisi olması ve görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetimi altına bırakılmış olan mal ya da eşyayı kendisi veya başkasının yararına olarak kullanması hâlinde, atılı suç oluşmaktadır.

Zimmet suçu 765 sayılı Kanun'un 202. maddesi ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 247. maddelerinde düzenlenmiş bulunan özgü suçlardandır.

Zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisidir. Kamu görevlisi, görevi gereği zilyedliği kendisine devir ya da teslim edilen veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal ya da eşyalar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir tasarrufta bulunması, örneğin bu malları kendisi veya başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır. Zimmet suçunun oluşması için, söz konusu para, mal ya da değerlerin mutlaka devlete ait olmasına gerek yoktur. Kişilere ait mallar da bu suçun maddi konusunu oluşturabilir. Nitekim madde gerekçesinde de; 'Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır' şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide; 'Zimmetin kamu görevlisine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun özel şekli ya da failin işi dolayısıyla ağırlaşmış güveni kötüye kullanma suçu' olduğu ileri sürülmüştür (Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, ... 1993, C.2, s. 1298; İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, ... 2009, s. 13; Fatih Selami Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, ... 2003, s.228).

Zimmet bir görev suçu olup, kamu görevlisi vasfı bulunan fail, yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bu suçu işlemektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda ise fail muhafaza veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde kendisi veya başkası yararına olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmakta veya devir olgusunu inkar etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunda malın devri açısından failin şahsına duyulan güven söz konusu iken zimmette failin şahsı önem arz etmektedir.

Zimmet suçunda, mal ya da eşyanın zilyetliği kamu görevlisine ya görevi nedeniyle devredilmekte ya da görevi gereği koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Ön şartın gerçekleşmemesi durumunda zimmet suçundan söz edilmesine imkân bulunmamaktadır.

5237 sayılı 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 inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli 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 adli para cezasına hükümlenir.' şeklinde düzenlenmiştir.

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 bulunması veya bu devir olgusunun inkar edilmesiyle oluşmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde tüm dosya kapsamına göre;

Maddi olayda, sanık ...'ın ... Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yaptığı sırada, alacaklı vekili sıfatıyla, müşteki ...'nın açmış olduğu kamulaştırma bedelinin artırılması davasında müştekinin vekilliğini üslendiği, müşteki tarafından sanığa ahzu kabz yetkisi dahil olmak üzere geniş kapsamlı vekâletname verildiği ve yapılan yargılama sonucunda, Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesinin 26.04.2002 tarihli ve 2002/515 sayılı ilamıyla ana para ve faiziyle birlikte toplam 748.660,54 TL bedel artırımına hükmedildiği ve sanığın suça konu alacağın tahsili amacıyla ... 35. İcra Müdürlüğünün 2009/9617 sayılı dosyası üzerinden icra takibi başlattığı ve takip alacağına mahsuben 10.05.2010 tarihli iki adet reddiyat makbuzu karşılığı yapılan icra takibi sonucunda, tahsil edilen toplam 792.284,76 TL tutarındaki parayı müşteki ...'ya teslim etmeyerek uhdesinde tuttuğu şeklinde gerçekleşen eyleminde,

Sanığın savunmasında, uhdesinde tuttuğu parayı müştekiye elden ödediğini ancak ödemeye ilişkin makbuzları kaybettiğini ileri sürdüğü, daha sonra müştekinin kendisi aleyhine icra takibi başlattığını ve icra marifetiyle 660.000 TL tutarında ödeme yaptığını kesin miktar belirlendikten sonra etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğini savunmuştur.

Sanık Avukat ... müvekkili olan ... adına yatırılan toplam 792.284,76 TL tutarındaki parayı vekâletnamedeki ahzu kabza yetkisine dayanarak çekmek ve sonrasında müvekkili olan ...'ya herhangi bir ödeme yapmamak şeklindeki eyleminin; sanığın kamulaştırma bedelinin artırımına ilişkin davanın, yapılan yargılaması sonucunda mahkeme ilamının kesinleşmesiyle, sanık avukatın yargısal faaliyetin sona erdiği, bundan sonra sanık avukatın, müvekkili ile sürdürdüğü hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayalı olarak devam ettiği, sanığın icra takibi sonucunda elde ettiği parayı müvekkiline teslim etmeyerek kendi uhdesinde tutmasının 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde yazılı vekâlet akdine ilişkin özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği bu eylemin kamusal bir faaliyet olarak tanımlanamayacağı kabul edilmelidir.

Tarafların rızasıyla düzenlenen ve ahzu kabza yetkisi bulunan vekâletname sonucunda, sanık Avukat ...'ın, katılan ...'ya ait kamulaştırma parasının icra müdürlüğünden çekilmesinin, tarafların güvenine dayalı ve ahzu kabza yetkisine dayalı bir hukuki ilişkidir.

Sanığın eylemi vekâletnamedeki ahzu kabza dayalı özel hukuk kapsamında Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde yer alan vekâlet sözleşmesine aykırı nitelikte bir durum olarak tanımlanmalı ve bu çerçevede sanık avukatın kendisine duyulan güvenin kötüye kullanılması sonucu TCK'nın 155/2. maddesinde yazılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde; sanık Avukat ...'ın suça konu 792.284,76 TL tutarındaki parayı teslim etmemek şeklindeki eylemin, yargısal faaliyet kapsamında bulunmadığı ve sanığın bu aşamada kamu görevlisi sayılamayacağı,

6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve sanığın bu aşamadaki eylemin TCK'nın 247/1. maddesinde yazılı zimmet suçunu oluşturmayıp, sanık avukatın kendisine duyulan güvenin kötüye kullanılması sonucunda, TCK'nın 155/2. maddesinde yazılı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğundan Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 17.09.2020 tarihli ve 9173-12292 sayılı bozma kararında yer alan sanığın eylemiyle ilgili suç vasfına yönelik kararın bozulması..." görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 5. Ceza Dairesince 21.01.2021 tarih ve 6665-252 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 çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın eyleminin "zimmet" suçunu mu "hizmet nedeniyle güveni

kötüye kullanma" suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine ilişkin olup "hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma" suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılması hâlinde Yerel Mahkeme kararından sonra yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca "uzlaştırma" işlemi yapılması gerekip gerekmediği de değerlendirilmelidir. Uyuşmazlık konularının sırasıyla değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

1- Sanığın eyleminin "zimmet" suçunu mu "hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma" suçunu mu oluşturduğunun değerlendirilmesinde;

İncelenen dosya kapsamından;

... Baro Başkanlığının 18.06.2013 tarihli ve 292 sayılı yazısına göre; sanığın ... Barosuna 334 sicil numarası ile kayıtlı olduğu ve 02.03.1994 tarihinden itibaren avukatlık mesleğini fiilen sürdürdüğü, Çorlu 2. Noterliğinin 31.07.2000 tarihli ve 12161 yevmiye numaralı vekâletnamesine göre; ... Barosu avukatlarından ...'ın katılan ...'nın vekili olarak tayin edildiği ve ... tarafından ahzu kabz yetkisi verildiği,

Çorlu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/160 esas sayılı dosyasının incelenmesinde; davacının ..., vekilinin Avukat ..., davalının Karayolları Genel Müdürlüğü, davanın kamulaştırma bedelinin artırılması, dava tarihinin 13.02.2001, karar tarihinin ise 26.04.2002 olduğu, yapılan yargılama sonucunda davanın kısmen kabulüne, kamulaştırma bedelinin yükseltilmesine, bedel farkı olan 209.023,160 TL'nin terkin edildiği 07.02.2001 tarihinden itibaren yasal faizi ile davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, davanın kabul edilen miktarına göre hesaplanan 6.720,463 TL nispi vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davanın reddedilen kısmına göre hesaplanan 97.864 TL'nin davacıdan alınarak davalıya verilmesine ilişkin kararın davalı idare vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 5. Hukuk Dairesince 19.03.2009 tarih ve 450-4304 sayı ile onandığı, ... 35. İcra Müdürlüğü'nün 2009/9617 esas sayılı dosyasının incelenmesinde; Avukat ...'ın alacaklı vekili sıfatıyla, borçlu Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine ve alacaklı ... lehine faiziyle birlikte toplam 748.660,54 TL'lik alacak için 07.04.2009 tarihinde icra takibi başlattığı, 10.05.2010 tarihinde alacaklı vekilinin mahkeme ve icra vekâlet ücretinin tarafına harçsız olarak ödenmesini talep etmesi üzerine aynı tarihte 2455 sayılı reddiyat makbuzu ile icra müdürü tarafından Avukat ...'a 44.379 TL, aynı tarih ve 2456 sayılı reddiyat makbuzu ile de yine icra müdürü tarafından Avukat ...'a 747.905,76 TL ödendiği,

Çorlu 3. İcra Dairesinin 2014/3285 esas sayılı dosyasının incelenmesinde; alacaklının ..., borçlunun ..., alacağın asıl alacak ve işlenmiş faiz olmak üzere 1.231,593 TL için 21.05.2014 tarihli ilamsız takiplere ilişkin ödeme emri ile takip talebinde bulunulduğu, 09.06.2014 tarihli ve 3319 sayılı reddiyat makbuzu ile 604.189 TL, 11.06.2014 tarihli ve 3374 sayılı reddiyat makbuzu ile 16.542,05 TL'lik reddiyat çıkışının olduğunu, İcra Müdürlüğü'nün Vakıfbank Şube Müdürlüğüne, müdürlüğün ilgili hesabından ...'nın hesabına 601.462,90 TL havale edilmesine yönelik 09.06.2014 tarihli talebi doğrultusunda ilgili havalenin gerçekleştirildiği,

Hesap uzmanı tarafından düzenlenen 27.11.2015 tarihli bilirkişi raporuna göre; sanığın takip ettiği hukuk davası ilamını icra takibine konu ederek hem icra dairesi tarafından hesabına yatırılan 37.659 TL vekâlet ücretine, hem de tahsil edilen tutardan takip giderleri ile faiz dahil akdi vekâlet ücreti düşüldükten sonra kalan tutarın %10-20'si arasında hesap edilecek akdi vekâlet ücretine hak kazandığı, sanığın katılana iadesi gereken en düşük meblağın müvekkil adına tahsil edilen 747.905,76 TL, en düşük avukatlık ücretinin 144.124,04 TL, iadesi gereken en yüksek tutarın 603.781,72 TL olduğu, sanığın katılana iadesi gereken en düşük meblağın ise müvekkil adına tahsil edilen 747.905,76 TL, en düşük avukatlık ücretinin 247.291,89 TL, iadesi gereken en düşük tutarın ise 500.613,87 TL olduğu,

Anlaşılmaktadır.

Katılan ... Savcılıkta; Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/160 esas sayılı dosyasını takip etmesi için sanığa vekâletname verdiğini, dosyanın lehine karara bağlanması üzerine Beyoğlu 2. İcra

Müdürlüğünün 2009/9617 esas sayılı dosyasında sanığın, borçlu Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine icra takibi başlattığını, aşamalarda sanıktan dosyası hakkında bilgi aldığını, Karayolları Bölge Müdürlüğüne başvurduğunda icra takibine konu paranın anılan kurum tarafından ödendiğini öğrendiğini, İcra Müdürlüğünde dosyayı incelediğinde 10.05.2010 tarihinde 807.685,26 TL'nin sanığa ödendiğini tespit ettiğini, sanığın o tarihte dosyanın sonucu hakkında kendisine bilgi vermediği gibi tahsil ettiği parayı da ödemediğini, olayı öğrendikten sonra sanığın hakkında şikâyetçi olunmamasını, tanık İrfan aracılığıyla eşi olan tanık Handan'dan talep ettiğini, Mahkemede; sanığın icra dosyasında 807.685 TL'yi tahsil ettiğini, toplam zararının 1.200.000 TL civarında olduğunu, sanıktan icra yoluyla 604.000 TL'yi aldığını, kalan kısmını ise alamadığını, Tanık ... Savcılıkta; sanığın arkadaşı, katılanın da aile dostu olduğunu, katılanın sanık ile arasında sorun olduğunu söyleyince ikisini bir araya getirdiğini ancak ne konuştuklarını bilmediğini, katılanın eşi tanık Handan ile görüştüğünde sanığın tarafına süre verilmesini talep ettiğini söylediğini, Mahkemede; katılanın alacaklı olduğu kamulaştırma bedelinin artırılması davası sonucu katılanın avukatı olan sanığın dava konusu alacağı tahsil etmesine rağmen üç yıl boyunca bu parayı vermediğini katılanın söylediğini, sanık ile görüştüğünde tahsil ettiği parayı katılana vereceğini ancak süre istediğini beyan etmesi üzerine bunu katılan ve katılanın eşi olan tanık Handan'a ilettiğini, bir kaç gün sonra sanık ile tekrar görüştüğünde tarlasını ve ofisini katılana devredebileceğini söylediğini, bunu katılan ve tanık Handan'a ilettiğinde teklifin kabul edilmediğini, Tanık ...; eşi olan katılanın Karayolları Genel Müdürlüğüne dava açtığını, vekilinin de sanık olduğunu, sanıktan davanın sonucunu öğrenemediklerini, adı geçen kurum ile görüştüğünde davanın kazanıldığını ve ödemenin yapıldığını öğrenince icra müdürlüğüne gittiğini, sanığın parayı çekmesine rağmen katılana ödemediğinden dosyayı alıp sanıkla konuşmaya karar verdiklerini, kızının ve katılanın sanığın bürosuna gittiklerini, sanığı bulamayınca dosyayı büroya bıraktıklarını, 2012 yılı Ramazan ayında sanığın evlerine geldiğinde hata yaptığını, parayı çekmesine rağmen vermediğini söylediğini, en kısa zamanda ödeyeceğini ifade etmesine rağmen hâlen ödemediğini, katılanın sanıktan icra yoluyla parasının bir kısmını aldığını, Tanık ...; sanığın ve katılanın arkadaşı olduğunu, 2013 yılında kamulaştırma bedellerinin verildiğini, sanığın bir gün dükkanına gelerek yakın zaman içerisinde katılana kamulaştırma bedelinin ödeneceğini söylediğini, sanığın tahsil ettiği parayı katılana iade etmesi için katılandan süre istediğini, kendisinin de buna aracılık ettiğini, sanığın kendisine verilen süreye rağmen almış olduğu miktarı ödeyemediğini, İfade etmişlerdir. Sanık ... Savcılıkta; katılanın alacaklı olduğu Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/160 esas sayılı dosyasında alacaklı vekili olduğunu, hükmün onanarak kesinleşmesi üzerine katılanın talebi üzerine ilamı icra yoluyla takip ettiğini, dosyada borçlu kurum tarafından ödenen bedeli katılanın bilgisi dahilinde 10.05.2010 tarihinde çektiğini, 11.05.2010 tarihinde vekâlet ücretini düştükten sonra makbuz karşılığında katılana ödediğini, ilgili dosyayı ve dosyada takılı olan ibranameyi ortağı olduğu diğer avukatla bürolarını ayırması ve sonrasında yapılan tadilat nedeniyle bulamadığını, Mahkemede; 10.05.2010 tarihinde icra yolu ile söz konusu parayı tahsil ettikten hemen sonra katılana elden ödediğini ve ödediğine dair katılandan makbuz aldığını, daha sonra ortağıyla ayrılıp ofisi böldüklerinden dolayı dosyayı ve makbuzu kaybettiğini, daha sonra katılanın hakkında icra takibi başlatması üzerine 02.06.2014 ve 10.06.2014 tarihlerinde toplam 660.000 TL ödemede bulunduğunu, faize ilişkin ve vekâlet sözleşmesine ilişkin olan alacağı likit olmadığından etkin pişmanlık hükümleri açısından dosyanın bilirkişiye tevdi edilerek katılana olan borcunun net olarak belirlenmesi sonrasında bakiye kısmını ödemeye hazır olduğunu, Savunmuştur. Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle güveni kötüye kullanma ve zimmet suçlarının unsurlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır. 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 hükümlenir" şeklinde düzenlemiştir.

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

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 (Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Adalet Yayınevi, ... 2010, 1. Baskı, s. 4531-4532).

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 davranacağına bir göstergesi olmaktadır. Belli sığata 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 buldukları 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 (Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 4. Baskı, Beta Yayın, Eylül 2017, s. 478; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin

Yayınları, 12. Baskı, Eylül 2017, ..., s. 687; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, 4. Baskı, Eylül 2017, ..., s. 639-640).

Zimmet suçu ise TCK'nın 247. maddesinde;

"(1) Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Madde ile kamu görevlisinin görevi dolayısıyla kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir surette tasarrufta bulunması, bu malları kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır. Zimmete geçirme, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, zimmet suçunun oluşabilmesi için, suça konu malın kamu görevlisinin şahsının veya bir başkasının zimmetine geçirilmiş olması arasında fark bulunmamaktadır.

Zimmet suçunun oluşması için, söz konusu para, mal ya da değerlerin mutlaka devlete ait olmasına gerek yoktur. Kişilere ait mallar da bu suçun maddi konusunu oluşturabilir. Nitekim madde gerekçesinde de; "Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır" denmektedir.

Öğretide; zimmetin kamu görevlisine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun özel şekli ya da failin işi dolayısıyla ağırlaştırılmış güveni kötüye kullanma suçu olduğu ileri sürülmüştür (Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, ... 1993, C.2, s. 1298; İzzet Özgenc, Zimmet Suçu, ... 2009, s. 13; Fatih Selami Mahmutoğlu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, ... 2003, s.228).

TCK'nın 247. maddesi de hukuki konu olarak kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyiş düzeni fikrine dayanmaktadır. 247. maddenin yer aldığı bölüm başlığı; "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" olarak düzenlenmiştir.

Nitekim doktrinde de zimmet suçuyla korunan hukuki yararın "kamu idaresinin güvenilirliği" olduğu kabul edilmiştir (Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 988; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, 2005, s. 517; Özgenc, İzzet, Zimmet Suçu, ... 2012, 2.B. s. 13, Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, ... 2005, s. 497, Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, ... Ekim 2005, s. 274; Gündel, Ahmet; Zimmet Sahtecilik Hırsızlık Gasp Dolandırıcılık Emniyeti Suistimal Suçları, ... 2002, s. 24; Turabi, Selami, Zimmet Suçları, ... 2012, s. 33; İtişgen, Rezzan, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Prof.Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan, C.I. İÜHFM 2013, S.1 s. 640; Aslan, Volkan, Zimmet Suçu, Prof.Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan, C.I. İÜHFM 2013, S.1, s. 48.; Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi ... 2019, s.920).

Kamu idaresine duyulan güven, kamu görevlisinin görevini doğruluk, dürüstlük ve devlete bağlılık yükümlülüğü içinde yerine getirmesini gerektirirken, idarenin düzgün işleyişi, idareye ait veya idare himayesindeki mal varlığının göreve uygun kullanılmasını zorunlu kılar (Sevük, Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, ... 2019, s. 584). Bu suçun ihdasıyla "kamu görevlilerine duyulan güvenin ihlal edilmesi, sarsılması" cezalandırılmaktadır (Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M.Emin/ Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, ..., 2019, s. 969).

Demokratik bir hukuk düzeninde kamu idaresinin toplum karşısında 'güvenilir' olması zorunlu bulunduğu gibi fonksiyon ve etkinliği de ancak yasa gereği kurulmuş bulunan işleyiş düzeninin

korunması ile sağlanabilir. Öte yandan, idarenin işleyiş düzeninin korunması, idareye ait veya idare himayesindeki mal varlığının göreve uygun kullanılması ile mümkün olacaktır. Zimmet suçu da bu amaçla kanuna konulmuş suçlardandır. Kamu görevlileri, görevleri gereği yürüttükleri faaliyetleri sırasında dürüst ve sadakatli olma ve zilyetlikleri veya denetimleri altında bulunan mallara karşı görevlerinin gereğine uygun davranmak zorundadırlar. Bu sayede idarenin işleyiş düzeni ve toplumda idareye duyulan güven korunmuş olacaktır. Böylece genel olarak zimmet suçunun hem idarenin güvenilirlik ve işleyişini hem de mali yararlarını korumakta olduğu görüşü paylaşılmaktadır (Baytemir, Erdal, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Adalet Yayınevi 2011, s.4; Tezcan, Durmuş/Ertem, Ruhan Erdem/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, 2017, s.1063; Gökcan, H.Tahsin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu, ... Barosu Dergisi, S. 9, Şubat 2006, s. 94-95; Ergün, Güneş Okuyucu, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, ... 2008, s. 68; Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, ..., 2014, C.V. s.7439).

Zimmet bir görev suçu olup, kamu görevlisi vasfı bulunan fail, yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bu suçu işlemektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda ise fail muhafaza veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde kendisi veya başkası yararına olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmakta veya devir olgusunu inkar etmektedir. Güveni kötüye kullanma suçunda malın devri açısından failin şahsına duyulan güven söz konusu iken zimmette failin şahsı önem arz etmektedir. Zimmet suçunda mal ya da eşyanın zilyetliği kamu görevlisine ya görevi nedeniyle devredilmekte ya da görevi gereği koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Ön şartın gerçekleşmemesi durumunda zimmet suçundan söz edilmesine imkân bulunmamaktadır. Suça konu mal ya da eşya görevi dolayısıyla değil de kamu görevlisinin şahsına duyulan güven nedeniyle teslim edilmişse zimmet değil, güveni kötüye kullanma suçu gerçekleştirilebilir.

Gelinen bu aşamada 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndaki konuyla ilgili ve avukatların yapabilecekleri işlere ilişkin düzenlemelerin üzerinde durulması gerekmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlığın mahiyeti" başlıklı 1. maddesi;

"Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder." biçiminde tanımlanmıştır.

Aynı Kanun'un "Avukatlığın amacı" başlıklı 2. maddesi;

"Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Adı geçen Kanun'un "Yalnız avukatların yapabileceği işler" başlıklı 35. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası;

"Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip

edebilirler." biçiminde düzenlenmiştir. Bu hüküm, avukatların tekel hakkının pozitif hukuktaki dayanağı olup yalnız avukatlar tarafından kullanılabilirler yetkileri göstermektedir.

Aynı Kanun'un "Uzlaşma sağlama" başlıklı 35/A maddesi;

"Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir." şeklinde düzenlenmiştir.,

Adı geçen Kanun'un "Avukata karşı işlenen suçlar" başlıklı 57. maddesi;

"Görev Sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır." şeklinde,

Aynı Kanun'un "Soruşturmaya yetkili Cumhuriyet Savcısı" başlıklı 58. maddesi;

"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve kayıtlı olunan baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz..." biçiminde düzenlenerek avukatlara karşı işlenen suçlar ve avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturmanın nasıl yürütüleceği düzenlenmiştir.

Anılan Kanun'un "Baroların kuruluş ve nitelikleri" başlıklı 76. maddenin birinci fıkrası;

"Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır." biçiminde,

Söz konusu Kanun'un "Birliğin kuruluş ve nitelikleri" başlıklı 109. maddesi;

"Türkiye Barolar Birliği, bütün baroların katılımıyla oluşan bir kuruluştur.

Birlik, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

Birliğin merkezi ...'dir." şeklinde olup baroların kuruluş ve nitelikleri ile Türkiye Barolar Birliğinin kuruluş ve nitelikleri düzenlenmiştir.

1136 sayılı Kanunu'ndaki bu düzenlemeler bütünüyle değerlendirildiğinde Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu ve serbest meslek mensubu olan avukatların faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğu ve yargının kurucu unsurları içinde yer aldığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Esas itibarıyla avukatlık serbest bir meslek olup avukatlar herhangi bir hiyerarşiye tabi değildir.

Kazançları da kamu tarafından karşılanmamaktadır. Ancak avukatlığa kabul şartlarında ve görevleri nedeniyle suç mağduru olmaları durumunda özel düzenlemeler getirilmiştir. İlk olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesine göre zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olanların avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı düzenlenmiştir. Bu suçlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınmaya engel suçlar arasında da sayılan suçlardandır.

Bu açıklamalardan sonra "kamu görevlisi" ve "yargı görevi yapan" kavramları ile 5237 sayılı TCK'nın uygulanmasında avukatların kamu görevlisi olup olmadıklarına ilişkin düzenlemelerin üzerinde

durulmalıdır.

Memur, kamu hizmetlisi, kamu görevlisi kavramları bakımından 765 sayılı TCK zamanında ortaya çıkan karışıklıklar dolayısıyla 5237 sayılı TCK'da tek bir kavram ve standart bir tanım üzerinden hareket edilmesi gerektiğine kanaat getirilmiştir.

Buna göre TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, "kamu görevlisi" kavramı, "Kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklinde tanımlanmıştır.

Yapılan tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranan yegane ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olması olarak öngörülmüş, ayrıca kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kişiler de kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir (Akçin, İhsan, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, ... 2019, s.46). O hâlde "kamu görevlisi" sıfatının doğması için "bir kamusal faaliyetin varlığı", "bu kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma" koşullarının bulunması gerekmektedir (Özbek, Veli Özer/Meraklı, Serkan, Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu, Sılvya Tellenbach'a Armağan, s.1159).

Maddenin gerekçesinde de; "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan 'kamu görevlisi' tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır..." denilerek 765 sayılı TCK zamanındaki uygulamadaki sakıncalar vurgulanmıştır. Madde gerekçesinde kamusal faaliyet, "... Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır." şeklinde tanımlanmıştır.

Bir kamusal faaliyetin varlığından söz edebilmek için bir hizmet olmalı, bu hizmet kamu adına yürütülmeli, kamu adına hizmetin yürütülebilmesi için siyasal bir karar verilmeli, siyasi bir irade ortaya çıkmalı, kamu adına görülecek hizmetin yürütülmesini sağlayan siyasal irade, Anayasa ve yasalarca belirlenen usullere uygun olmalıdır (Özbek, Veli Özer/Meraklı, Serkan, a.g.e., s.1160).

Madde ve gerekçesi dikkate alındığında, kamu görevlisi toplumu oluşturan bireyler adına kamu erkini kullanmak suretiyle kamu görevini ifa eden kişi, bir başka deyişle devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, kamu hizmetini yerine getirmek için, kamu hukuku usulüne uygun olarak, Anayasa'nın 128. maddesindeki ifadeyle "Genel idare esaslarına göre" sürekli veya süreli olarak atanan, seçilen ya da başka bir şekilde görevlendirilen kişi olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda milletvekili, belediye başkanı, belediye ve il genel meclis üyesi, muhtar, avukat, tercüman, tanık ve bilirkişiler faaliyetinin icrası kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilir. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığı belirlenirken dikkat edilmesi gereken nokta, ifa edilen görevin niteliğidir.

TCK'nın "Tanımlar" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ise;

"Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler adlî ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar," olarak düzenlenmiştir. Bu bentte yer alan "ve adlî, idarî ve askerî" ibaresi 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 156. maddesiyle "adlî ve idarî" şeklinde değiştirilerek metne işlenmiştir.

Düzenlemeye ilişkin olarak Kanun taslağının gerekçesi; "Yargı görevi yapan deyiminin, bu Kanunun uygulanmasında, yani suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı nedeni veya mağdurunu oluşturduğu hâllerde savcılar da kapsayacağını açıklayan Tasarı, bu suretle savcılar da ceza hukuku uygulaması bakımından hâkimler hakkındaki hükümlere tâbi kılmak istemektedir. Maddede suç unsuru, ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak bu deyim yer aldığı hâllerde, böylece savcılar da deyim kapsamı içinde kalmış olacaktırlar. Dikkat edilmelidir ki, burada hukukî ve bilimsel bakımdan 'yargı görevi'nin tarifini yapmak söz konusu olmayıp amaç, gereken yerlerde savcılar da belirli hükümlerin kapsamı içine almaktır." şeklinde iken,

Komisyondun değışiklik gerekçesinde; "Tasarı maddesinde yer alan 'Yargı görevi yapan' deyimine ilişkin tanım, avukatları da kapsayacak şekilde değıştirilmiştir." açıklamalarına yer verilmiştir.

TCK'nın "kamu görevlisi" ve "yargı görevini yapan" tanımlarına ilişkin 6. madde gerekçesi şu şekildedir: "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır."

Görüldüğü gibi Kanun'da ya da gerekçesinde yargı görevi yapan deyimini tanımlanmamış, sadece bu kavramın içerisine hangi görevlilerin girdiği gösterilmekle yetinilmiştir. Düzenleme ile önce hâkimler ve savcılar yargı görevi yapan kapsamında değerlendirilmiş, Kanun çalışmaları sırasında ise avukatların da bu tanımın içerisinde yer alması sağlanmıştır.

Yargı görevi, yasama ve yürütme ile Devlet'in en temel üç fonksiyonundan biri olan yargı fonksiyonunun yerine getirilmesidir. Anayasamızın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yargılama yetki ve görevi mahkemelere aittir. Ancak, yargılama yetkisinin kullanılmasında mahkemelere yardımcı olan ve yargı yetkisine sahip olmamakla beraber sahip oldukları görev ve fonksiyonları itibarıyla yargısal işlevleri bulunan Cumhuriyet savcılar ile avukatlar da yargı görevi yapan kişiler arasında bulunmaktadır (Hasan Tahsin Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Seçkin Yayıncılık, ... 2012, s.43-44).

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Yalnız avukatların yapabileceği işler" başlıklı 35. maddesinde düzenlendiği üzere avukatların, önemli bir kısmı yargısal nitelikte olan münhasıran kendilerine tanınmış görev ve yetkileri bulunmaktadır. Ancak avukatların, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndan veya diğer düzenlemelerden doğan ve yargısal faaliyete iştirak niteliğinde olmayan başka birtakım görevleri de mevcuttur. Örneğin avukatın müvekkili adına sözleşme hazırlaması veya bankada işlemlerini yürütmesi gibi. O hâlde avukatların yerine getirdikleri görevin niteliğinin belirlenmesi hem mağduru hem de faili oldukları suçlar bakımından önem kazanmaktadır. Avukatların mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek, savunmak ve adli işlemleri takip etmek şeklindeki yetkilerinin yargısal bir işlevi olduğundan ve bu görevleri sırasında TCK'nın 6/1-d maddesi anlamında yargı görevi yapan kişi sayılacaklarından kuşku bulunmamaktadır.

Gerekçede de açıkça ifade edildiği üzere avukatlar, TCK'nın 6. maddenin birinci fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde yer alan tanımlar karşısında kamu görevlisidirler.

Ancak TCK'da bazı hâllerde avukatların kamu görevlisi gibi kabul edilmesi başka bir şey avukatın tüm işlerinde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmek başka bir şeydir. Özel normlar sadece konuldukları hâller için geçerlidirler. Özel normdan hareketle genel bir sonuca ulaşmak kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturur (Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, ..., s.1030-1031).

Avukatların kamu görevlisi olduğu TCK'nın "İşkence" başlıklı 94. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde işkence suçunun "Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla," işlenmesi hâlinde cezanın arttırılacağı düzenlenmiş ise de bu şekildeki düzenleme genel anlamda avukatın bir kamu görevlisi sayılmasını sonuçlamaz. Sadece işkence suçu bakımından özel faillik statüsünü belirler (Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, a.g.e. s.1031).

Diğer taraftan yargı görevini yapan sıfatıyla avukatın bağlantılı olduğu TCK'da "Rüşvet" başlıklı 252/7. maddesi, "Görevi yaptırmamak için direnme" başlıklı 265/2. maddesi, "Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs" başlıklı 277. maddesi, "Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" başlıklı 288. maddesi düzenlenmiş ise de yukarıda da belirtildiği üzere yargı görevi yapan ve kamu görevlisi kavramları birbirinden farklı olup bu düzenlemelerden hareketle genel anlamda avukatın her olayda bir kamu görevlisi sayılacağı sonucuna varılamaz.

Bu aşamada uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak avukatların icra takibindeki konumlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Cebri icra, yani takip hukuku, maddi hukuktan kaynaklanan taleplerin devlet kuvveti yardımıyla fiilen gerçekleştirilmesine hizmet eden faaliyetleri ifade eder (Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, ... 2014, s.45).

Bilindiği üzere cebri icra takibi her zaman talep üzerine başlar. Alacaklının talebiyle başlayıp takibin sonuçlandığı ana kadar tüm aşamaları da icra organları yürütür. İcra örgütünün en önemli unsuru icra dairesi olup icra işlemlerinde birinci derecede yetkilidir. İcra dairesi talep sahibinin talebine kavuşması için alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini de gözeterek gerekli bütün işlemleri yerine getirir. Bu işlemler, ödeme (veya icra) emrinin düzenlenmesi, borçlunun mallarının haczedilmesi ve haczedilen malların satışı gibi takibin çeşitli aşamalarından oluşmaktadır. (Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, ..., 2019, s. 237). Öğretide icra dairelerinin işlemlerinin niteliğine ilişkin olarak;

"İcra daireleri, yargısal bir işlem veya yargılama yapmadıkları gibi, tipik bir idari organ da değildir. İcra dairesi, icra mahkemesi hâkiminin daimî gözetimi ve denetimi altında olmakla (m.13) birlikte, bağımsız olarak işlem yapma görev ve yetkisine sahiptir (m. 357, 359, 367). İcra dairesi, alacağın esasına ilişkin bir yargılama yetkisine sahip değildir. Zira yargılama yetkisi ancak bağımsız ve tarafsız mahkemeler (Anayasa m. 9) ve güvenceli hâkimlerce kullanılabilir. İcra daireleri, yürütme içinde yer alan idari bir organ da değildir. Zira burada hiyerarşik bir yapılanma içerisinde bir faaliyet sürdürülmemekte; kişilerin özel hukuka ilişkin, mal varlığı veya kişi varlığı alanında sonuç doğuran bazı işlemler yapmaktadır... İcra daireleri daha çok 'adli' denilebilecek bir alanda faaliyet göstermektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu bakımından icra daireleri önünde alacak tahsil ve takibi ile ilâmların icrası, avukatlık tekelinin söz konusu olduğu 'adli işlemler'den (Avukatlık K. m. 35, I) sayılmaktadır. O nedenle icra müdürü adli memur olarak nitelendirilir; yaptığı işlemler de Avukatlık Kanunu m. 35, I anlamında adli işlemdir." (Arslan vd., s. 54) şeklinde görüş yer almaktadır.

Hukuk Genel Kurulu da 10.04.2013 tarih ve 223-469 sayılı ile; "İcra müdürleri birer adli memur olup, yaptıkları işlemler de 'adli işlem'dir..." biçiminde karar vermiştir. Bu bilgiler ışığında Avukatların TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olduğu ve müvekkilleri adına başlatmış oldukları icra takip işlemlerinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olduğu kabul edilmelidir. Avukatların mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek,

savunmak gibi adli işlemleri takip etmek şeklindeki yetkilerinin de yargısal bir işlevi olduğundan takip ettikleri adli işlem sırasında TCK'nın 6. maddesi anlamında yargı görevi yapan kişi sayılacakları konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun 28.01.2020 tarihli ve 1419-38 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere avukatların müvekkilleri adına başlatmış oldukları icra takip işlemlerinin adli bir işlem olduğu, takip ettikleri adli işlem sırasında TCK'nın 6. maddesi anlamında yargı görevi yapan kişi sayılacakları kabul edilmekle birlikte, avukatların icra takibindeki işlemleri sırasında her koşulda ve her zaman kamu görevlisi olarak kabul edileceği sonucunu doğurmayacağı, zira "yargı görevi yapan" kavramı ile "kamu görevlisi" kavramları birbirinden farklı olup "yargı görevi yapan" kavramı avukatların kamusal bir faaliyette buldukları değil, yargılamanın bir kişisi olduğunu ifade etmek içindir (Özbek, Veli Özer/Meraklı, Serkan, a.g.e., s.1171).

Bu açıklamalardan sonra TCK'nın "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesi, 1136 sayılı Kanun'un "Görevi kötüye kullanma" başlıklı 62. maddesi ve "genel norm-özel norm" kavramları hususları üzerinde durulmalıdır.

TCK'nın "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesi;

"(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesi ise "Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir." şeklindedir.

Buna göre TCK'nın genel hükümleri özel ceza kanunları ile suç ve ceza içeren kanunlar hakkında da mutlak olarak uygulanacak; özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren diğer kanunlarda TCK'nın genel hükümlerine aykırı hükümler yer almayacaktır.

TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile TCK'nın 5. maddesi hükmü karşısında daha önce yürürlüğe girmiş olan diğer kanunlardaki teşebbüs, iştirak, içtima, müsadere ve erteleme gibi hükümler zımnen ilga edilmiş sayılacak iken uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar nedeniyle ve ilgili kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılmasına imkân sağlamak amacıyla TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi 01.01.2009 olarak belirlenmiştir. Buna ilişkin olarak, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinde "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır." şeklindeki düzenleme yer almaktadır.

Bu düzenlemeye göre TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi olan 01.01.2009 tarihi itibarıyla TCK'nın genel hükümleri arasında bulunan ve 6. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan kamu görevlisi tanımı, özel ceza kanunları ile suç ve ceza içeren kanunlar hakkında da geçerli hâle gelmiştir. Genel norm ile aynı hukuki yararı koruyan özel norm, genel normun tüm unsurlarını taşımakla birlikte genel normda yer almayan özel bazı unsurları da ihtiva etmektedir. Böyle bir durumda "özel normun önceliği" ilkesi uyarınca olaya genel norm değil özel norm uygulanacaktır. Suçun temel ve nitelikli hâlleri arasındaki ilişki, özgü suç ve genel suç arasındaki ilişki ile genel ve özel kanun arasındaki ilişki, özel-genel norm ilişkisi içinde değerlendirilmektedir (M. Emin Artuk-A. Gökçen- A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, ..., 2014, s. 636; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin

Yayınevi, 6. Bası, 2015, s. 612-613; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Adalet Yayınevi, ..., 2016, s. 685-686; Mahmut Koca-İlhan Üzümez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 8. Bası, ..., 2015, s.520). Örneğin, 5237 sayılı Kanun'da zimmet suçunu düzenleyen 247. madde hükmü genel norm niteliğinde iken 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenmiş olan zimmet suçu özel norm niteliği taşıdığından, Bankacılık Kanunu kapsamındaki bir banka görevlisinin zimmet suçunu işlemesi durumunda özel normun önceliği ilkesi gereğince 5237 sayılı TCK'nın 247. maddesi değil Bankacılık Kanunu'nun ilgili hükmü uygulanmalıdır.

Suç tarihinden önceki düzenleme uyarınca 1136 sayılı Kanun'un "Görevi savaçlama ve kötüye kullanma" başlıklı 62. maddesi; "Türk Ceza Kanununun 294 ve 295 inci maddelerinde yazılı hallerden başka (Her ne şekilde olursa olsun) bu kanun ve diğler kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal veya kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 230 ve 240 inci maddeleri gereğince cezalandırılır." şeklinde düzenlenerek avukatların TCK'nın 230 ve 240. madde dışında kalan ve 765 sayılı TCK'da yer alan memurlara özgü diğler suçların faili olamayacakları ifade edilmişti.

1136 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir." biçimindeki hüküm, anılan Kanun'un 62. maddesinin değışiklikten önceki hâli ve 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde yer alan kamu görevi ve kamu hizmeti şeklindeki ayırım dolayısıyla kamu hizmeti görenlerin memur sayılmaması hususları hep birlikte değıerlendirildiğinde, 765 sayılı TCK'nın uygulanmasında avukatlar kamu görevlisi sayılmamaktaydı. 08.02.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğler Bazı Kanunlarda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 333. maddesi ile yapılan değışiklikle "Görevi kötüye kullanma" başlığı adı altında anılan Kanun'un 62. maddesi; "Bu Kanun ve diğler kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır." biçiminde düzenlenerek 5237 sayılı TCK ile uyumlu hâle getirilerek suç tarihinde yürürlükte olan şeklini almıştır.

Tüm bu açıklamalardan sonra avukatın görevi gereğı kendisine tevdi edilen parayı uhdesine geçirmesinde avukatların ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olup olmadıklarının belirlenmesi ile söz konusu mal üzerinde görev gereğı mi yoksa üstlendiğı vekâlet ilişkisi sayesinde mi hukuki egemenlik kurduğunun değıerlendirilmesi açısından öncelikle avukat ile müvekkili arasındaki vekâlet ilişkisine ve ahzu kabz yetkisine değıdikten sonra söz konusu değıerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukukumuzda davayı avukat aracılığıyla takip etme zorunluluğı yoktur. Bir davanın avukat aracılığıyla takip edilmesi zorunlu değil, ihtiyaridir. Ancak avukat aracılığıyla takip edilen davalarda geçerli bir vekâletname bulunması (temsil yetkisi) ve bunun da mahkemeye sunulması dava şartıdır. Genel vekâletname ile avukat, müvekkilinin açmış olduğı veya kendisine karşı açılan davalarda müvekkilini temsil etmektedir. Vekâletname çıkarılması, avukatın onayı olmaksızın da söz konusu olabilir. Davaya vekâlet (temsil yetkisi) verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlemdir ve vekâlet verenin tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleşir.

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisi niteliğindedir ve avukatlar vekâlet ilişkisi kapsamında görev yapmaktadırlar. Vekâletname ilişkisinin geçerliliğı kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Bir davanın taraflarının, kendilerini o davada temsil edecek avukatlara verecekleri vekâletnameler de bu kapsamdadır. Avukatın mahkemeye sunacağı vekâletname, avukat ile müvekkil arasındaki vekâlet (temsil) ilişkisini ortaya koyan yazılı bir belge niteliğinde olup, sadece bu ilişkinin üçüncü kişiler ve mahkeme nezdinde ispatı açısından önem taşır.

Vekâlet sözleşmesinin kapsamı ve sona ermesi suç tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 386 ile 397 ve 1086 sayılı HUMK'un 62. maddesinde düzenlenmiştir.

Suç tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun On Üçüncü Bap'ının Birinci Faslında "Vekalet" başlığı altında düzenlenen "(A) Tarifi" başlıklı 386. maddesi;

"Vekalet, bir akittirki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur. Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur." biçiminde düzenlenmiş olup vekâlet sözleşmesi öğretide "muayyen bir işin veya işlerin yapılması veya idaresini mevzuu edinen bir akit vekile başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu yükleyen bir akit" olarak tanımlanmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin sona ermesi ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 396 ve 397. maddesinde "istifa", "azil", "ölüm", "ehliyetsizlik" ve "iflas" olarak sayılmıştır.

Vekâletnamenin kapsamı, vekilin hangi işlemleri yapmaya yetkili olduğunu gösterir. Vekil normal bir vekâletname ile kanunda belirtilmiş olan işlemleri yapabilir.

Suç tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 62. maddesinde; "Kanunen salahiyeti mahsusa itasına mütevakıf hususlar müstesna olmak üzere vekalet, hüküm katiyet kesbedinciye kadar davanın takibi için icap eden bilümmu muameleleri ifaya ve hükmün icrasına ve masarifi muhakemenin tahsiliyle bundan dolayı makbuz itasına ve kendisi aleyhinde de işbu muamelatın kaffesinin ifa edilebilmesine mezuniyeti mutazammındır.

İşbu mezuniyeti takyit edecek bütün kayıtlar diğer taraf indinde gayri muteber addolunur" şeklindeki açıklamalara yer verilerek bu işlemlerin neler olduğu belirtilmiştir.

Ancak, vekilin kanundan dolayı yetkili olduğu bu işlemler dışında, müvekkili adına bazı işlemleri yapabilmesi için vekâletnamesinde bu konuda özel bir yetkinin bulunması gerekir.

Yine suç tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'un 63. maddesi "Sarahaten mezuniyet verilmemişse vekil sulh olamaz ve aharı tahkim veya ibra ve davadan hiçbir suretle feragat veya hasmın davasını ve teklif olunan yemini kabul veya mahkûmünbihi kabız ve haczi fekkedemez. Yeminin kabul veya reddini beyan için salahiyet ancak yemin edecek kimse tarafından yemin teklif olunan meseleye ittıla kesbettikten sonra verilebilir" şeklinde düzenlenmiş olup, bu düzenlemeyle yukarıda açıklanan özel bir yetkinin bulunması zorunluluğu ahzu kabz için de aranmıştır.

Suç tarihinden sonra 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın "Davaya vekâletin kanuni kapsamı" başlıklı 73. maddesi;

"(1) Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi kapsar.

(2) Belirtilen bu yetkiyi kısıtlamaya yönelik bütün sınırlandırıcı işlemler, karşı taraf yönünden geçersizdir." şeklinde,

Anılan Kanun'un "Davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren hâller" başlıklı 74. maddesi ise;

"(1) Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez." biçiminde düzenlenmiştir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.11.2011 tarihli ve 29359 sayılı görüş yazısına göre; "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce düzenlenmiş ve 'ahzu kabz' yetkisi içermeyen vekâletnamelere dayanılarak 01.10.2011 tarihinde ve sonrasında vekâletnamede bulunmayan bir yetkinin dolayısıyla 'ahzu kabz' yetkisinin vekâlet verenin

iradesine aykırı bir şekilde kullanılamıyacağı, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekâletnamelerde ise aksi belirtilmediği sürece ahzu kabz yetkisinin kullanılabilmesi" şeklinde görüş bildirilmiş olup Yargıtay Özel Hukuk Dairelerince de benzer görüş benimsenmiş olup bu doğrultuda uygulama yapılmaktadır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere suç tarihinde avukatın müvekkilinin parasını tahsil edebilmesi için vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmasının gerektiği ve bu yetkinin de görevi gereği değil müvekkilinin talebi ve iradesi doğrultusunda vekâlet ilişkisi çerçevesinde avukata verildiğinden, istenildiği takdirde de bu yetkinin sonlandırılabilmesinden ve yine vekâlet ilişkisi çerçevesinde müvekkilin vekilini azledebilemesinden söz konusu görevin hizmet ilişkisi çerçevesinde olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öğretide bir kısım görüşe göre kamu görevlisi olan avukatın, görevi sebebiyle kendisine teslim edilen müvekkiline ait parayı veya başka bir eşyayı 01.01.2009 tarihinden sonra müvekkiline vermemesi durumunda zimmet suçunun oluşacağı ifade edilmektedir (Çelik, İsa, Nitelikleri, Hak ve Yükümlülükleri Kapsamında Avukatlık Suçları, Seçkin Yayınevi, ..., 2020, s.485, Gökcan, Hasan Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2012, s. 181, Artuk, Mehmet Emin/Gökcan, Ahmet/Alşahin, M.Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, ..., 2019, s.976-977, Akçin, İhsan, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi ... 2019, s.50-51). Buna karşın vekâlet ilişkisine dayalı olarak hareket eden avukatların bu özel vekâlet ilişkisi nedeniyle kamu görevlisi olarak kabul edilemeyecekleri, bu nedenle vekâlet ilişkisi sebebiyle güveni kötüye kullanma suçundan sorumluluklarının doğacağı savunulmaktadır (Sevük, Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, ..., 2019, s.585-586, Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, ... 2019, s.1052, Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan Erdem/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, 2017, s.1065, Özbek, Veli Özer/Meraklı, Serkan, Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu, Silvia Tellenbach'a Armağan, s.170).

TCK'nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisinin, kamusal faaliyetin yürütülmesine usulünce katılan kişi olduğu belirtilmiştir. Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma ise, kamu hukuku usulüne uygun olmalıdır. Bu tanım gereği avukatların yargısal nitelikteki kamusal faaliyete iştirak ettiği söylenebilir ise de, bu iştirakın her zaman kamu hukuku usulünce gerçekleşmediği açıktır. Gerçekten de, tanıklar, bilirkişiler gibi mahkeme tarafından yapılan görevlendirmeler dolayısıyla gerçekleşen iştirak ilişkisi kamu hukuku ilişkisi olduğundan kamu görevlisi sayılmaktaydı. Bu bakımdan, yargı merciinin istemiyle görevlendirilen müdafî ve vekil avukatların da benzer bir şekilde kamusal faaliyete katıldıklarının ve kamu görevlisi sayılacaklarının kabul edilmesi söz konusu olabilir. Buna karşın vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil veya müdafî olarak görev yapan avukatların kamusal faaliyete iştiraklerinin kamu hukuku çerçevesinde olduğunu kabul etmek güçtür. Vekâlet sözleşmesi kapsamında görev yapan avukatların kamu görevlisi sayılması mümkün görülmemektedir (Özbek, Veli Özer/ Meraklı, Serkan, a.g.e., s.1168).

İdare teşkilatı içerisinde yer almayan avukatın müvekkiline ait maddi değeri kendi malvarlığına aktarmasında kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile ilgili bir zararının oluşmayacağı, müvekkiliyle kurduğu vekâlet ilişkisini zedeleyeceği, avukatın hukuka aykırı olarak mal varlığına geçirdiği maddi değer müvekkile ait maddi bir değer olduğundan, oluşacak zararın da kamu zararı olmayacağı kabul edilmelidir. Zira avukatın müvekkili ile olan ilişkisinde kamu idaresi ve kamu otoritesi kullanılmayıp aralarındaki ilişkinin bunlardan bağımsız bir durum olduğu göz önüne alınmalıdır.

Zira zimmet suçu Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlığını taşıyan Dördüncü Kısım altındaki Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar isimli Birinci Bölüm altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda devlet otoritesini ve gücünü kullanmakta olan bir personelin işlediği eylemlerin değerlendirilmesi gerektiği, sadece idare yapılanması içerisinde dahil olan kişilerin kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı bir suçun işlenmesine imkân tanıyabileceği söylenebilir. İdare

teşkilatı içerisinde yer almayan bir avukatın müvekkiline ait maddi değeri kendi malvarlığına aktarması bu yönüyle kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile bağlantılı bir zarar ortaya koymayacaktır (Özbek, Veli Özer/ Meraklı, Serkan, a.g.e., s.1170).

1136 sayılı Kanun'a göre avukatlık bir kamu hizmeti olsa da bir kamu kurumu veya kuruluşuna bağlı olarak çalışmayan ve mesleğini serbest olarak icra eden bir avukatın idare hukuku bağlamında kamu görevlisi kabul edilemez (Sevük, Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, ..., 2019, s.586).

Avukatlık faaliyetinin tek başına ve her durumda kamusal bir faaliyet oluşturmadığı, Devlet hiyerarşisi içerisinde yürütmeye bağlı olarak faaliyet gösteren ve ücretini yine devletten alan kamu görevlileri ile avukatları her koşulda ceza kanunu uygulamasında aynı yere koymak çelişkili sonuçlar doğurabilmektedir. Söz gelimi kamu idaresi aleyhine işlenen suçlarda idarenin iyi işleyişi ve güvenilirliği, kamu görevlisinin devlete olan sadakat yükümlülüğü esas alınmaktadır. Buna karşılık avukatlar serbest bir meslek icra etmekte, herhangi bir hiyerarşiye esas itibarıyla tabi olmamakta ve kazançları kamu tarafından karşılanmamaktadır. Örneğin, TCK'nın 279. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda avukatın görevi ile bağlantılı olarak müvekkiline ilişkin öğrendiği bilgiyi yetkili makamlara bildirmesi mecburiyeti kolay açıklanabilecek bir husus değildir (Özbek, Veli Özer/ Meraklı, Serkan, a.g.e., s.1165-1166).

Öte yandan suç ve cezada kanunilik ilkesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi modern anayasaların kabul ettiği en temel haklardandır. TC. Anayasasının 38. maddesine paralel olarak TCK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasında "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde ifadesini bulan bu ilke doğrultusunda kişi hak ve hürriyetlerini keyfi tasarruflara karşı güvence altına alınabilmesi amaçlanmıştır.

Suçta ve cezada Kanunilik ilkesinin beş ayrı sonucunun olduğu söylenebilir. (Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan; TCK'nun Genel Hükümler 14. Baskı sayfa:59) bunlar kıyas yasağı, örf ve adetlerle suç yaratma ve cezayı ağırlaştırma yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulma yasağı, geçmişe yürütme yasağı ve suç ve cezaların belirsizliği yasağı, şeklinde sıralanabilir. (Bkz Roxin, Kindhauser, Ebert, Artuk/Gökçen, Yenidünya, Herbert Tröndle/Thoma, Fischer atfen Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan; TCK'nun Genel Hükümler 14. Baskı sayfa:60). Bu sonuçlardan bir kısmı kanun koyucuya, bir kısmı yargıca, bir kısmı ise hem kanun koyucuya hem de yargıca yöneliktir. Belirlilik ilkesi doğrudan kanun koyucuya, kıyas yasağı ve örf adete göre suç ihlas edilemeyeceği ilkeleri yargıca, ceza kanunlarının geçmişe yürütmemesi ilkesi ise hem kanun koyucu hem de yargıca yönelik sonuçlar doğurmaktadır (Bauman/Weber/Mitsch, 9, kn4; Ebert Sayfa:6 atfen Koca, Üzülmaz age sayfa: 60).

Belirlilik ilkesi üzerinde önemle durmak gerekecektir. Kanun koyucu suç teşkil eden fiillerin ve bunun sonuçlarını yeterli belirlilikte tarif ettiği zaman bu ilke yerine getirilmiş sayılır. Suç teşkil eden insan davranışlarının ve bunlar için öngörülen yaptırımların nelerden ibaret olduğu açıkça ve herkesin anlayabileceği şekilde belirlenmelidir. (Artuk/Gökçen/Yenidünya/Genel Hükümler 7. Baskı sayfa: 99; Özgenç Şahin Sayfa: 21)

Kanun koyucunun yükümlülüğü, hangi fiillerin suç teşkil ettiğini belirlemekle sona ermemektedir. Kanun koyucu suç olarak öngördüğü fiili açıkça tanımlamalıdır. Zira kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. (TCK'nın madde 2/1.) Bu hüküm aynı zamanda yargıca yönelik bir emir de içermektedir. Şayet bir kimse tarafından gerçekleştirilen davranış, kanunda açıkça suç olarak tanımlanmamışsa böyle bir fiilden dolayı kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla belirlilik ilkesi kıyas yasağını da kapsamına almaktadır. Yapılan davranış toplum düzeninin devamı bakımından ne kadar katlanılmaz olursa olsun, şayet kanunda suç olarak açıkça tarif edilmemişse, böyle bir davranışta bulunan kişinin cezalandırılması düşünülemez (Koca/Üzülmaz age

sayfa:61).

Gerçekten de kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için "suçların yazılı, kesin, sonuçları önceden kolaylıkla görülebilir biçimde kanunla belirlenmesi" ilkesi

benimsenmiştir. Zira kanunlar, yalnızca uzmanlar için değil herkes için yapılmakta, bu yüzden de dili açık, kesin, anlaşılır, kolaylıkla ulaşılabilir olmalı, onun sözcüklerine herkes farklı anlamlar vermemelidir (Sami Selçuk sayfa:35-36).

"Suçları önlemek istiyor musunuz? Öyle yasalar yapınız ki açık, yalın, anlaşılabilir olsunlar, toplum onları sevsin ve savunmak için bütün gücüyle birleşsin; toplumun hiçbir kesimi onları yıkmaya durmasın, yeltenmesin. Öyle yasalar yapınız ki, bunlar bütün insanlara eşitlik getirsin, kimi insanlara ayrıcalıklar getirmesin; insanlar onlardan çekinsinler; insanları yalnızca onlar titretsinler. Çünkü yasaların saldıkları korku kurtarıcıdır. İnsanları esenliğe götürür..." (Beccaria Sayfa: 202-203 atfen Dr. Hasan Dursun Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi Makalesi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2012 sayı 33 sayfa:137)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu konuda vermiş olduğu kararlarda Sözleşme'nin 7. maddesindeki suç ve cezaların yasallığını değerlendirirken, suçun yasa tarafından açıkça tanımlanmasının gerekli kabul edilebilmesi için eğer kişi söz konusu düzenlemenin lafından hareketle ve gerekirse mahkemelerin yorumunu da dikkate alarak, hangi eylem ya da ihtimalin ceza sorumluluğunu gerektiğini öngörebiliyor ise şart yerine gelmiş olur (Prof. Dr. Osman Doğru, Dr. Atilla Nalbant İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1. cilt sayfa: 858). Mahkeme, Başkaya ve Okçuoğlu-Türkiye davasında; kıyas yoluyla ceza kuralının genişletilmesi ve kanunsuz ceza yasağını değerlendirerek, ceza hükmünün kıyas yoluyla geniş yorumlanmasını sözleşmenin 7. maddesine aykırı bulmuştur.

Önemine binaen kıyas yasağı ve yorum ilkesi üzerinde de durmak gereklidir. Ceza hukuku kurallarının yorumlanması mümkün olmakla birlikte yorumda kıyas yöntemine başvurulmayacaktır.

Yorum, bir pozitif hukuk metni olan kanunun anlam ve kapsamını belirlemek amacıyla, kanun koyucunun iadesinin ne olduğunu anlamak için yapılan fikri faaliyettir (Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, ... 1997 baskı, cilt 1, syf. 254).

Bir kanun hükmünün yorumlanmasında ilk başvurulacak araç, o hükmün lafzıdır. Bu yorum kanun hükmünde yer alan kelimelerin anlamının tespiti ve gramer kurallarının uygulanması suretiyle yapılmaktadır (Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, ... 1981 cilt 1. syf. 95).

Yorumun isabetli olması için; kanunun hazırlık çalışmalarından, kanunun sistematiğinden, kanunla düzenlenen hukuk ve müessesenin tarihçesinden, kanunla düzenlenen müesseseye ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden ve hukukun genel hükümlerinden yararlanmak gerekir (Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. baskı, syf. 135).

Kıyas, bir olaya ilişkin hukuk kuralının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir olaya uygulanması demektir. Bu şekilde kanunun bir normuna dayanılarak kanunun öngörmediği başka bir norm meydana getirilmektedir. Kanunda somut olarak meydana gelen olayı kapsayan bir hüküm bulunmaması ve dolayısıyla bu boşluğun doldurulması kıyasa yol açmaktadır (İçel/Donay sayfa: 83; S/S-Eser, Tröndle/Fischer; Kindhauser; Mahmutoğlu/Karadeniz, TCK'nun Genel Hükümler şerhi atfen Koca/Üzülmez age sayfa:12).

Yorum, kanunun esas fikrini, kanun koyucunun gerçek iradesini, normun anlamını belirlemek için yapılan bir fikri faaliyet iken; kıyas esas fikrin geliştirilip genişletilerek benzer yeni bir kural meydana getirilmesini ifade etmektedir. Böylece kıyas yoluyla kanunda düzenlenen normun anlamını ortaya çıkartmak değil kanunda olan boşlukları doldurmaktır. (İçel/Donay sayfa: 84) Anayasa ve kanun tarafından yasaklanan durumda esasen budur. Zira ceza hukukunda kıyasa izin vermek Anayasadaki kanunilik ilkesinin ceza hukukunda kişiye sağladığı güvence fonksiyonu tümüyle ortadan kaldırır. Kıyas yasağı suç tipinin öngördüğü bütün unsurları kapsar. Dolayısıyla yalnızca tipiklik unsurlarını değil bunun yanında hukuka aykırılık unsuru kusurluluk, objektif cezalandırılma koşulları ve cezayı ortadan

kaldıran kişisel sebepler ve tüm yaptırımlar yönünden kıyas yoluna gidilemez.

Kıyas yasağı çerçevesinde değinilmesi gereken bir husus da genişletici yorumdur. Her hukuk normu gibi ceza hukuku normları da yorumu gerektirir. Lafsı yorumdan hükmün ne anlama geldiği tam olarak anlaşılmadığı hallerde ayrıca kanunun hazırlık çalışmalarına, sistematüğinden, düzenlenen müessesenin tarihçesinden, mukayeseli hukuk düzenlemelerinden ve son olarak hukukun genel ilkelerinden yararlanır. Burada yasaklanan genişletici yorum değil genişletici yorum adı altında kıyas yapmaktır. Hukuk güvenliğini korumak için ceza hükümlerinin dar yorumlanması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Avukat olan sanık ...'ın, Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/160 esas sayılı kamulaştırma bedelinin artırılması davasında alacaklı olan katılan ...'nın vekili sıfatı ile davayı takip ettiği, davanın kısmen kabulüne karar verildikten sonra faizi ile birlikte 748.660,54 TL'lik alacağın tahsili için icra takibi başlattığı, bu takibe ilişkin toplam 792.284,76 TL alacağı 31.07.2000 tarihli vekâletnamede bulunan ahzu kabz yetkisine dayanarak 10.05.2010 tarihinde iki adet reddiyat makbuzu ile tahsil ettiği hâlde yaklaşık üç yıl boyunca bu parayı müvekkili olan katılan ...'ya vermediği ve uhdesinde tuttuğu, katılanın sanık hakkında şikâyetçi olduktan sonra sanık aleyhine icra takibi başlattığı ve sanığın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kabul edilen olayda;

TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" denilmek suretiyle kamu görevlisinin tanımının yapıldığı, maddenin gerekçesinde ise "...Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır." denildikten sonra kamusal faaliyetin de; "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir." şeklinde tanımlandığı, TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" kavramından hareketle, bir kimsenin "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ile ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği, avukat olan sanığın mesleğinin icrası kapsamında yaptığı icra takibinde bulunma işinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesinde sayılan yalnız avukatların yapabileceği işler arasında sayılan "adli işlemleri takip etmek" kapsamında olduğu ve kanun koyucunun bu mesleğe olan güvenin ve kamu inancının korunması için ayrı statüde değerlendirerek TCK'nın 6/1-d maddesinde düzenlenen "yargı görevi yapan" tanımına avukatları da dahil ettiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğu kabul edilmekle birlikte;

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmetinin yanı sıra serbest bir meslek olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, TCK'nın 6/1-c-d fıkralarında düzenlenen "kamu görevlisi" ve "yargı görevi yapan" kavramlarının birbirinden farklı olup aynı sonucu doğurmadığı, TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere mesleklerin icrası sırasında avukatların kamu görevlisi olduğu ancak serbest meslek mensubu olan avukatların yaptığı tüm işlerde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmenin TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturacağı, 1136 sayılı Kanun'un 35. maddesinde sayılan ve yalnız avukatların yapabileceği işler arasında olan "adli işlemleri takip etmek" kapsamında kalan icra takibinde bulunma görevini sanığın kanundan almakla birlikte, bu yetkiyi kullanma sırasında, müvekkilinin parasını tahsil etmesinin doğrudan avukatlık görevinden doğmayıp suç tarihinde yürürlükte olan HUMK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca "ahzu kabz" yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği, vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmaması hâlinde sanığın parayı tahsil edemeyeceği, bu yetkinin de katılanın iradesi doğrultusunda verilmesi üzerine vekâletnamede ayrıca yer aldığı, ahzu kabz yetkisinin istenildiği zaman katılan tarafından geri alınabileceği gibi katılan

tarafından sanığın azledilerek aralarındaki vekâlet ilişkisinin bitirilebileceği gibi sanık tarafından da istifa nedeniyle sonlandırılabilmesi, yine suç tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 397. maddesindeki düzenleme uyarınca aralarındaki vekâlet ilişkisinin ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle sona erdirilebileceği göz önüne alındığında aralarındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olup sanık ile katılan arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, sanığın eyleminden dolayı kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin değil sanık ile katılan arasındaki vekâlet ilişkisinin zarar gördüğü, sanığın hukuka aykırı olarak mal varlığına geçirdiği maddi değerlerin müvekkili olan katılana ait bir değer olduğundan, oluşan zararın da kamu zararı olmadığı ve sanığın somut olayda TCK'nın 6/1-c maddesinde belirtilen kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi konumunda olmayıp suç tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı HMUK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca söz konusu paranın tahsili için katılan tarafından sanığa verilen ahzu kabz yetkisine dayanılarak sanık tarafından tahsilat yapıldığından, söz konusu paranın sanığa teslim edilmesinin sanığın doğrudan görevi nedeniyle yani avukat olmasının tabii sonucu olarak değil katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisine dayanarak gerçekleştirildiği ve aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı birlikte değerlendirildiğinde; icra takibi neticesinde zilyetliği devredilen parayı uhdesinde tutup müvekkili olan katılana vermeyip mal edinen sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyeleri ... ve ...; "Sanık ... hakkında, ... 17. Ağır Ceza Mahkemesince TCK'nın 247/2, 248/2, 62, 53/1-5. maddeleri uyarınca zimmet suçundan 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen olayda, hükmün Cumhuriyet savcısı, sanık müdafisi ve katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından sair itirazlar reddedilerek sanığın gönüllü ödemesi ve etkin pişmanlığı bulunmayıp ödemenin cebri icra yoluyla yapılması nedeniyle hakkında TCK'nın 248. maddesinin uygulanmayacağı ve TCK'nın 53/1-5. maddesinin yanlış uygulandığı gerekçesiyle oy çokluğuyla hükmün bozulmasına karar verilmiş, bir muhalif üye ise eylemin TCK'nın 155/2. maddesindeki hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır. Bu karşı oy doğrultusunda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından eylemin TCK'nın 155/2. maddesindeki hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu düşüncesiyle CMK'nın 308. maddesi gereği itiraz kanun yoluna başvurulmuş, bu itiraz üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca yapılan görüşmede sanık Avukat ...'ın katılan ... adına icra dairesinden çektiği parayı müvekkili katılana vermemesi eyleminin TCK'nın 155/2. maddesindeki güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Bu olayda sanık avukatın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kanaatinde olduğumuzdan Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşüne katılmıyoruz;

Şöyle ki;

Olayın oluş ve kabulünde, sayın çoğunluk ile aramızda herhangi bir fark olmayıp, sayın çoğunluktan ayrıldığımız husus eylemin nitelendirilmesi ile ilgilidir.

Olay kısaca;

... Barosuna kayıtlı avukat olan sanık ...'ın katılan ... vekili olarak Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesinde kamulaştırma bedelinin arttırılması davası açtığı, Çorlu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/160 esas sayılı dosyasında görülen davada, kabul edilen davanın Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleştiği, sanık avukatın ... 31. İcra Müdürlüğünün 2009/9617 esas sayılı dosyasında ilamlı icra takibi yaptığı, 10.05.2010 tarihinde 747.906 TL'nin sanık avukata ahzu kabz yetkisine istinaden ödemede bulunulmuştur.

Katılan ... kendisine herhangi bir ödemede bulunulmaması ve davadan da haberdar edilmemesi üzerine, Çorlu 3. İcra Dairesine sanık avukat aleyhine başlattığı takip sonucunda, 09.06.2014 tarihinde 601.462 TL ödemede bulunulmuştur.

Katılan, sanık avukattan davacı ve şikâyetçi olmuş cezalandırılmasını istemiştir.

Sanık ise; 10.05.2010 tarihinde parayı icradan aldığını kabul etmiş ancak 11.05.2010 tarihinde vekâlet ücretini düştükten sonra kalan kısmını katılana ödediğini, makbuz da aldığını ancak ortağı olan avukat arkadaşıyla bürolarını ayırmaları nedeniyle makbuzu ve dolayısıyla ibranameyi bulamadığını savunmuştur.

Katılanın, sanık avukatı şikâyeti üzerine ... Cumhuriyet Başsavcılığınca TCK'nın 155/2 ve 53. maddesi gereği son soruşturma kararının verilmesi için ... Ağır Ceza Mahkemesine dava açılmıştır.

... 9. Ağır Ceza Mahkemesince TCK'nın 155/2 ve 53. maddeleri uyarınca yargılanması için ... Ağır Ceza Mahkemesinde son soruşturmanın açılmasına karar verilmiştir.

... 17. Ağır Ceza Mahkemesince, sanık hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de; tüm dosya içeriği Avukatlık Kanunu'nun 1 ve TCK'nın 6. maddelerindeki hukuki düzenleme, yerleşik Yargıtay içtihatları ışığında, sanığın yürüttüğü kamusal faaliyet nedeniyle, kendisine teslim edilen parayı müvekkiline vermeyip uhdesinde tuttuğuna dair eyleminin bir bütün olarak TCK'nın 247/1. maddesinde düzenlenen zimmet suçunu oluşturduğu gerekçesiyle zimmet suçundan sanığın mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Hükmü Cumhuriyet savcısı, katılan vekili ve sanık müdafisi temyiz etmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yüksek Daireye hitaben düzenlediği tebliğnamesinde, onama talep etmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi cebri icra yoluyla ödemede bulunduğu için TCK'nın 248/2. maddesinin uygulanamayacağı gerekçesiyle bozma kararı vermiş, karara katılmayan bir Daire üyesi ise eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da muhalefet görüşü doğrultusunda CMK'nın 308. maddesi gereğince itiraz kanun yoluna müracaat ederek eylemin zimmet değil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gerekçesiyle dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kurulunca görüşülmesini sağlamış ve bu konuda içtihat oluşmasını sağlamaya çalışmıştır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere sanık avukatın eyleminde oluş ve kabul açısından farklı bir değerlendirme olmamakla birlikte olayın hukuki nitelendirilmesi açısından sayın çoğunluk ile aramızda fark bulunmaktadır. Bu konuda daha önce Yargıtay 15. Ceza Dairesi ile Yargıtay 5. Ceza Dairesi arasındaki içtihat farklılığının giderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca CMK'nın 308. maddesi gereği itiraz kanun yoluna müracaat edilmiş bu dosyalarda eksiklik veya usuli konulardan esasa girilmemiştir. O dosyalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı eylemin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde itirazda bulunmuştur.

Yasal Mevzuat;

Güveni kötüye kullanma; TCK'nın 155. maddesi;

'1. Başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli 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 üç bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.' şeklinde düzenlenmiştir.

Gerekçede;

'Bu suçla korunan hukuki değer kişilerin mülkiyet hakkıdır. Suçun konusu taşınır veya taşınmaz olabilir. Bu suçta fail, suç konusu malın maliki değildir.

Maddenin ikinci fıkrasında bu suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. 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 halinde, failin suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması gerekmektedir.' ifadelerine yer verilmiştir.

Zimmet; TCK'nın 247. maddesi;

'1. Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçilen kamu görevlisi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

3. Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında indirilebilir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Gerekçede;

'Kamu görevlisi, bu görevi dolayısıyla zilyetliği, kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde ancak görevinin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunabilir. Madde metninde kamu görevlisinin bu mallar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir surette tasarrufta bulunması, bu malları kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Zimmet suçunun konusu taşınır veya taşınmaz maldır. Bu malın zilyetliğinin kamu görevlisine devredilmiş olması veya kamu görevlisinin bu mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır. Zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malın zimmete geçirilmesi gerekir. Zimmete geçirme, suç konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder.

Zimmet suçunun faili kamu görevlisidir. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığını belirlerken, ifa ettiği görevin niteliği göz önünde bulundurulmak gerekir.' ifadelerine yer verilmiştir.

Özel Kanunlarla ilgili TCK'nın 5. maddesi;

'1. Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.' şeklinde düzenlenmiştir.

Gerekçede;

'Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu konuda benimsenen ilkeler ile çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakla ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir.' ifadelerine yer verilmiştir.

Tanımlar: madde 6-1/c;

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

TCK 6-1/d; 'Yargı görevi yapan deyiminden; Yüksek Mahkemeler, adli te idari mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar...', şeklinde düzenlenme yapılmıştır.

Gerekçede;

'765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi' tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğu işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Tasarı maddesinde yer alan 'yargı görevi yapan' deyimine ilişkin tanım, avukatları da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 1. maddesi, Avukatlığın mahiyeti;

'Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest meslektir,

Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.'

Madde 2: Avukatlığın amacı;

'Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.'

Madde 35: Yalnız avukatların yapabileceği işler;

'Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.'

Madde 57: Avukata karşı işlenen suçlar;

'Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçlardan hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.'

Madde 62: Görevi kötüye kullanma;

'Bu kanun ve diğer kanunlar gereğince, avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.'

Bu yasal düzenlemeler sonucunda avukatlar 01.01.2009 tarihinden sonra kamu görevlisi, yargı görevi yapan olarak kabul edilebilir mi?

Avukat, kamu görevi yapan olarak kabul edilse bile bu 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 62.

maddesindeki yasal düzenlemeye göre sadece görevi kötüye kullanma suçunun mu faili olabilir, yoksa özgü suç niteliğinde olan zimmet, rüşvet suçlarının da faili olabilir mi?

Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme gereği icradan tahsil edilen paranın makul bir süre sonunda müvekkile verilmemesi eylemi zimmet suçunu mu yoksa hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu mu oluşturur?

Avukatların mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz diğer organlar hususunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek, savunmak adli işlemleri takip etmek şeklindeki yetkilerinin yargısal bir işlevi olduğu ve bu görevleri sırasında TCK'nın 6/1-d maddesi anlamında yargı görevi yapan kişi sayılacaklarında kuşku yoktur.

İcra ile ilgili işlemlerde avukatlar yargı görevi yapan kişi olur mu?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.04.2013 tarihli ve 223-469 sayılı ilamında; 'İcra müdürleri birer adli memur, yaptıkları işlemler de adli işlemlerdir' şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 28.01.2020 tarihli ve 1419-38 sayılı ilamında;

'Avukatların TCK'nın 6. maddesinin 1/d bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve müvekkilleri adına haciz işlemlerini takip etmelerinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olması karşısında, bu görev sırasında, görevin engellenmesine yönelik olarak katılan avukata karşı gerçekleştirilen eylemler nedeniyle TCK'nın 265. maddesinin 2. fıkrasında yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun 'yargı görevi yapan' kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halin uygulanma koşulunun gerçekleştiği ve sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde birden fazla kişiyle birlikte yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme

suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.'

Bu düzenlemeler karşısında. Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu kararları da dikkate alındığında icra işlemlerinde avukatın kamu görevlisi ve yargı görevi yapan kişi olduğunda hiç bir tereddüt bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinin değerlendirilmesi; Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulanmasında avukatlar memur ve dolayısıyla kamu görevlisi sayılmamaktaydı.

Bu yüzden Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinde mülga 765 sayılı Yasanın 230 ve 240. maddelerine atıf yapan bu madde olmasaydı avukatlar hakkında özgü suç niteliğinde olan görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçlarından yargılanmaları mümkün olmazdı. 1136 sayılı Kanun'un 62. maddesi ile bu mümkün hâle gelmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin yürürlüğü 01.01.2009 tarihi olarak belirlendiğinden yasa koyucu 1136 sayılı Kanun'un 62. maddesinin 'Görevi savsaklama ve kötüye kullanma' olan başlığını 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi ile uyumlu hâle getirerek görevi kötüye kullanma olarak, madde metnindeki 765 sayılı TCK'nın 230 ve 240. maddelerine yapılan atıfları da 'TCK'nın 257. maddesi olarak 23.01.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun'un 333. maddesi ile değiştirilmiş ve TCK'nın 257. maddesi ile uyumlu hâle getirilmiştir.

Avukatlar 5237 TCK'nın 6/1-d bendi gereği yargı görevini yapan olarak da kabul edilmiştir.

TCK'nın da 'yargı görevi yapan' olarak düzenleme yapan suçlar;

Rüşvet başlıklı 252/7. maddesi rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; 'yargı görevi yapan' olması hâlinde cezada artırım düzenlenmiştir.

TCK'nın 277. maddesinde yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs başlığı ile suç düzenlenmiş ve özel bir cezalandırma maddesi düzenlenmiştir.

Yine TCK'nın 288. maddesinde;

Adil yargılanmayı etkilemeye teşebbüs suçu düzenlenmiş ve yargı görevi yapan burada da zikredilmiştir.

TCK'nın 265. maddesinde de görevi yaptırmamak için direnme suçu düzenlenmiş, maddenin ikinci fıkrasında arttırıcı neden düzenlenmiş, suçun yargı görevi yapana karşı işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Nitekim yukarıda bahsedilen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararında da avukata yönelik eylemde de, avukat yargı görevi yapan olarak icradaki işlemlerde kabul edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesine göre avukatlar sadece görevi kötüye kullanma suçundan mı yargılanacaklar, yoksa yapılan açıklamalara göre, kamu görevlisi ve yargı görevi yapan olarak kabul edilen avukatların sadece kamu görevlisinin faili olabildiği özgü suç niteliğindeki zimmet suçunun da faili olabilecek midir?

TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi 01.01.2009 olup, madde metninden bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır şeklindeki düzenlemeye rağmen, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinde değişiklik yapan 5328 sayılı Kanun'un 333. maddesiyle sadece Yasa'nın maddesinin başlığı ve atıf maddesi değiştirilmiş olmakla, genel hüküm niteliğindeki TCK'nın 5. maddesinin sonradan yürürlüğe girmesi ve genel hükümlerdeki düzenlemeler dikkate alındığında bu durumda TCK'nın 5. maddesi doğrultusunda TCK ile uygulama yapılması gerekmekte olup, avukatlar 01.01.2009 tarihinden sonra 1136 sayılı Yasa'nın 62.

maddesinden farklı olarak görevleri gereği kendilerine devredilen koruma ve gözetim yükümlülükleri altında bulunan mallar üzerinde, mal edinmeleri hâlinde TCK'nın 5, 6/1-c-d maddeleri gereği zimmet suçunun da faili olabileceklerdir. TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi 01.01.2009 dur. Bunun amacı özel kanunlardaki ceza içeren hükümler ile özel ceza kanunlarındaki bu Kanun'un (TCK'nın 5237 sayılı maddesi) genel hükümlerine aykırı hükümlerinin gerekli değişikliklerin yapılmasına imkân sağlamaktadır. Burada avukat ile müvekkili arasındaki vekâlet ilişkisine değinmek gerekmektedir.

Bir davanın avukat ile takip edilme zorunluluğu yoktur. Avukat ile takip edilen işlerde tarafın kendisine

vekil atadığı avukatı gösteren belgeyi yani vekâletnameyi mahkemeye sunması gerekir. Müvekkil avukata hangi yetkileri verdiğini vekâletnamesinde belirtmek zorundadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi yalnız avukatların yapacağı işler arasında adli işlemleri takip etmek olarak göstermiş, icra ve haciz işlemleri de Yüksek Yargıtay kararları mevzuat ve uygulamaya göre adli işlemler olarak, avukat da bu görevi sırasında yargı görevi yapan olarak kabul edilmiş, vekâletnamesindeki ahzu kabz yetkisinin sağladığı yetkiyle müvekkilinin parasını icradan tahsil etme hak ve yetkisini kullanan avukatın bu parayı müvekkiline vermemek şeklinde gerçekleştirdiği eyleminde, müvekkili ile arasındaki iç hizmet ilişkisi olarak kabul etmek olanaksızdır.

Kuru temizlemeye bırakılan kıyafet, terziye bırakılan kumaş, tamirhaneye veya servise bırakılan araçla ilgili olduğunda TCK'nın 155/2. maddesindeki hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan bahsedilebilir ise de, kamu görevlisi olduğundan şüphe bulunmayan 'yargı görevi yapan' kabul edilen avukatın eyleminin kuru temizlemeci, terzi veya tamirciden farklı olması gerekir.

Burada zimmet ve hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçları açısından kısaca yorum yapmak gerekirse, irtikap suçu nasıl kamu görevlisinin dolandırıcılığı suçu ise, zimmet suçu da, güveni kötüye kullanma suçunun özel şekli ya da failin konumu ve işi gereği ağırlaştırılmış güveni kötüye kullanma suçu olduğu konusundan öğretide görüşler ileri sürülmüştür.

Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunda güven duyulan şahsın kendisi, failin şahsına duyulan güven söz konusu iken zimmet suçunda ise, doğrudan görevin gereği olarak malı teslim alan kamu görevlisi, failin konumu yani kamu görevlisi olmasıdır.

Doktrinde bu konu da tartışmalıdır.

Bir kısım görüş avukatın bahsedilen olaylarda zimmet suçunun faili olamayacağını belirtirken; (Özbek Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, TCK Özel Hükümler 14. Baskı, 2019, sayfa 1052, Tezcan, Durmuş, Erdem, Ruhan Erdem, Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, 2017, sayfa 1065).

Bir kısım görüş de avukatın görevi sebebiyle kendisine teslim edilen müvekkiline ait parayı veya başka bir eşyayı 01.01.2009 tarihinden sonra işlenen suçlarda müvekkiline vermemesi eyleminde zimmet suçunun oluşacağını kabul etmektedirler. (Çelik, İsa, Nitelikleri, Hak ve Yükümlülükleri Kapsamında Avukatlık Suçları ... 2020, sayfa 485, Gökçen, Hasan Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, 3. Baskı, 2012, sayfa 181, Artuk, Gökçen, Alşahin, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, sayfa 1022, Akçin, İhsan, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 2. Baskı, ... 2019, sayfa 50-51, Prof. Dr. İzzet Özgenç ve Prof. Dr. İlhan Üzülmüş de aynı görüştedirler).

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 02.05.2014 tarihli ve 170-4862 sayılı ilamında avukatın görevi gereği teslim aldığı parayı malikmiş gibi tasarruf etmesini zimmet saymıştır.

Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku sayfa 1251'de avukatların vekâlet ilişkisinden kaynaklı olarak aldıkları mal veya para üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmaları halinde, TCK'nın 155/2. maddesinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir.

Ancak avukatın, TCK'nın 6. maddesinde, yargı görevi yapanlar arasında sayılmaları nedeniyle, görevini icra ederken kamu görevlisi sayıldığı kuşkusuzdur. Bu durumda müvekkili ile avukat arasındaki vekâlet akdi sebebiyle verilecek para veya mal da, avukata yargı görevi yaptığı için kendisine teslim edildiğinden Yargıtay içtihadı daha isabetlidir (Artuk, Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, sayfa 1022).

Dosya kapsamı, yasal düzenlemeler, madde gerekçeleri Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararları, bir kısım doktrindeki görüşler, sanık ve katılan beyanları, doğrultusunda somut olaya bakıldığında;

Sanık Avukat ...'ın Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesinde kamulaştırma bedelinin artırılması davasını müvekkili katılan ... adına vekili sıfatıyla açıp kazandıktan sonra, ... 35. İcra Müdürlüğünün dosyasında takip yaparak 702.284 TL parayı vekâletnamesindeki ahzu kabz yetkisine dayanarak 10.05.2010 tarihinde tahsil ettiği hâlde, parayı müvekkiline vermediği, uhdesinde tuttuğu, katılanın icra takibi

yaparak sanıktan icra yoluyla parasını tahsil edebildiği olayda;

Sanık avukatın TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olduğu, yaptığı işin kamusal faaliyet olduğu, icra işlemlerinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine göre avukatın takip edebildiği adli işlemlerden olup TCK'nın 6/1-d maddesine göre avukatın icra ve haciz mahallinde ve işlerinde yargı kararlarına göre de yargı görevini yapan olarak kabul edildiği, TCK'nın 5. maddesine göre 'Bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır' hükmü karşısında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesine göre TCK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiği, TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihinin 01.01.2009 olduğu, suç tarihinin de 10.05.2010 olduğu, sanığın savunmasının hiçbir maddi delile dayanmadığı, ödemede bulunmadığı, TCK'nın 247. maddesinin gerekçesinde zimmete geçirilen malın devlete, bir kamu kuruluşuna veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşumu bakımından bir öneminin bulunmadığı anlaşılmalı, Serbest meslek sahibi de olsa sanık avukat ...'ın 01.01.2009 tarihinden sonra 10.05.2010 tarihinde işlediği kabul edilen görevi gereği zilyetliği kendisine devredilen koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu parayı uhdesinde tutarak müvekkili hak sahibi katılana vermeme eyleminin TCK'nın 247. maddesindeki zimmet suçunu oluşturduğu" görüşüyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan beş Ceza Genel Kurulu üyesi de; benzer gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır.

2- Yerel Mahkeme kararından sonra yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca "uzlaştırma" işlemi yapılması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesinde;

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 kabarcıklığı 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 uzlaştırmamanın 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'unun 24. maddesi ile değiştirilen 253. maddesinde uzlaşmanın kapsamı; "(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin 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'unun 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'unun 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 kişinin 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, suçta 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 değişikliklerle;

"(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin 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 değişikliklerle, 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 diğ er mağdurların Őpheliyle uzlaşabilmelerine imkân tanınmaktadır." biçiminde açıklanmıştır. Diğ er 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 zamanasını 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;

Sanığın mağdura yönelik eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 155/2. fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılması ve Yerel Mahkeme kararından sonra CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu 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 sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin sanık hakkındaki bozma kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün, sanığın eyleminin TCK'nın 155/2. fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden ve CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu sanığın eylemine uyan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına alınması karşısında, CMK'nın 253. maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeninden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2- Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 17.09.2020 tarihli ve 9173-12292 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA**,

3- ... 17. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.12.2015 tarihli ve 247-329 sayılı sanık hakkında zimmet suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün, sanığın eyleminin TCK'nın 155/2. fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden ve CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu sanığın eylemine uyan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına alınması karşısında, CMK'nın 253. maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeninden **BOZULMASINA**,

4) Dosyanın, Yerel Mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİ EDİLMESİNE**, 17.06.2021 tarihinde yapılan müzakerede birinci uyuşmazlık yönünden oy çokluğuyla, ikinci uyuşmazlık bakımından ise oy birliğiyle karar verildi.