

ULUSLARARASI TİCARİ İŞLEMLERDE YABANCI KAMU GÖREVLİLERİNE RÜŞVET VERİLMESİNİN ÖNLENMESİ BAĞLAMINDA TÜZEL KİŞİLERİN CEZAI SORUMLULUĞU VE ETKİN PİŞMANLIK SORUNU

Abdullah CEBECİ*

I. GENEL OLARAK

Ülkemizin de kurucu üyesi olduğu İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) bünyesinde oluşturulan Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu tarafından gerçekleştirilen çalışmaların tamamlanmasının ardından hazırlanan “OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi” 21/11/1997 tarihli Konferans’ta kabul edilmiş, 17/12/1997 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmıştır. Türkiye ilk imzacı devletlerden biridir. 15/02/1999 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme, Ülkemiz açısından 01/02/2000 tarihli ve 4518 sayılı Kanunla onaylanarak Anayasanın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelmiştir.

Anılan sözleşmeye 37 ülke taraftır¹. Bu sözleşmeden önce, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçu hemen hemen hiçbir ülkede suç olarak düzenlenmemiştir. Sözleşme uluslararası ihaleleri ve diğer ticari işlemleri kazanmak amacıyla rüşvetin kullanılmasını durdurmayı, sivil toplum katılımını arttırmayı ve yönetim standartlarını geliştirmeyi hedef alarak uluslararası yolsuzlukla mücadeleyi güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Sözleşme taraf devletlere yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme eylemini cezalandırma yükümlülüğü getirmekte, yabancı kamu görevlisi kavramını, kamu görevi ifa eden tüm şahısları kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlamaktadır. Yine, bu suç için öngörülen cezaların etkili, orantılı ve caydırıcı olmasını şart koşulmaktadır.²

Kısaca “OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi” olarak adlandıracağımız bu sözleşme; taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin yeni durumlara adapte olması, gelişmelere uygun önlemler alınması için bir izleme mekanizması kurulması ve bu mekanizmayı çalıştıracak kurumsal bir yapıyı öngörmektedir. Bu kurumsal yapı, taraf ülkelerin 1. ve 2. aşama gibi dönemsel olarak incelenmeleri mantığı ve bu incelemeleri de bir veya birden fazla taraf ülke uzmanlarından oluşan ekiplere yaptırılması, sonuçta rapor hazırlanması ve noksan bulunan hususlarda incelemeye konu ülkeye tavsiyelerde bulunulması sistemi içinde çalışmaktadır.³

Türkiye, anılan sözleşmeye uyum sağlamak üzere iç mevzuatında bazı değişiklikler gerçekleştirmiştir. Özellikle, 11.01.2003 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren

(*) *Hakim, Genel Müdür Yardımcısı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü*

¹ Bu ülkeler Avustralya, Avusturya, Belçika, Kanada, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Japonya, Kore, Lüksemburg, Meksika, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Slovakya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, İngiltere, ABD, Arjantin, Brezilya, Bulgaristan, Şili, Estonya, Slovenya ve Güney Afrika. (www.oecd.org)

² OECD Bribery Awareness Handbook for Tax Examiners, s. 5

³ Sözleşme metni için bkz. www.oecd.org/document/21 Text of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

4782 Sayılı “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile yabancı kamu görevlilerine rüşvet eylemi 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmiş, yetkili temsilcileri tarafından rüşvet verme suçu işlendiğinde tüzel kişilere de para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.⁴

Yukarıda belirtildiği gibi taraf ülkelerin Sözleşme’ye uyumunun değerlendirilmesi amacıyla kurulan mekanizmaya göre 1999 yılında iki aşamalı bir izleme prosedürü başlatılmıştır. Birinci aşamada; ülkelerin mevzuatlarının Sözleşme’ye uygunluğu değerlendirilirken, ikinci aşamada; taraf ülkelerin Sözleşme’yi etkin olarak uygulayıp uygulamadıkları incelenmektedir. Hatta; Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu, sürekli gözlem mekanizmasını kurmak için üçüncü aşama incelemeler yapılmasına yönelik çalışmalara da başlamıştır.

Mevzuatımızda yapılan değişiklikler sonrası Türkiye birinci aşama İncelemesi 11-13 Şubat 2004 tarihlerinde gerçekleştirilmiş, genel itibarıyla Türk mevzuatının sözleşmeye uyumlu olduğu tespit edilmiş ve hazırlanan rapor 8 Kasım 2004 tarihinde kabul edilmiştir.⁵ Bu tarihten sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna yer verilmemiş ve etkin pişmanlık hükümlerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçlarında da uygulanabileceği yönünde düzenlemeler yer almıştır.⁶

4 11.01.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 02.01.2003 tarihli 4782 sayılı Kanun:

Madde 1 - 01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bu Kanunun" ibaresinden sonra gelmek üzere "211 inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 213," ibaresi eklenmiş ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bunlar hakkında yabancı bir ülkede daha önce hüküm verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılır. Ancak, fiil yabancı paraların taklidine veya 211 inci maddenin üçüncü fıkrası ile 213 üncü maddenin uygulanmasına ilişkin olduğu takdirde yabancı ülkede daha önce hüküm verilmiş ise Türkiye’de kovuşturma yapılmaz.

Madde 2 - Türk Ceza Kanununun 211 inci maddesine aşağıdaki fıkra üçüncü fıkra olarak eklenmiştir.

Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak birinci fıkranın öngördüğü menfaatlerin teklifi veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.

Madde 3 - Türk Ceza Kanununun mülga 220 nci maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Madde 220 - Bu Fasılda yer alan rüşvet verme suçları, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiğinde, bunlar cezalandırılmakla beraber tüzel kişi hakkında da suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır para cezasına hükmolunur.

Madde 4 - 08/09/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 85 inci maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Üçüncü Babının Üçüncü Faslında yer alan rüşvet verme suçu ile 339, 340 ve 342 nci maddelerine göre, bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananlar, mesleklerini icradan men olunurlar ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar.

Madde 5 - 13/11/1996 tarihli ve 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesinin (a) bendinin (6) numaralı alt bendine, "192," numarasından sonra gelmek üzere "211 ila 220," ibaresi eklenmiştir.

⁵ Raporun orijinal metni için bkz. www.oecd.org/infobycountry Turkey-phase 1:Report on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention

⁶ **5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeler:**
RÜŞVET

Türkiye 2. Aşama yerinde incelenmesi 2007 yılı Mayıs ayı içinde OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Gurubu sekreteryası görevlileri ile lider inceleyici ülkeler Almanya ve Bulgaristan temsilcileri tarafından gerçekleştirilmiş olup Ankara ve İstanbul'da ilgili kurum ve kuruluş temsilcileri ile toplantılar yapılmıştır. Hazırlanan Türkiye Raporu Rüşvetle Mücadele Çalışma Gurubunun 4-7 Aralık 2007 tarihli toplantısında ele alınarak, kabul edilmiştir. Söz konusu raporda 15'ten fazla kurumu ilgilendiren toplam 26 tavsiye ile 5 izleme maddesine yer verilmiş, Türkiye hakkında yaptırım niteliğinde olan ikinci aşama incelemesinin tekrarı kararlaştırılmıştır.⁷ Yapılan tavsiyelerden özellikle, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin kaldırılması ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun yeniden ihdas edilmesi hususları kanun değişikliğini gerektirmekte ve bu değişiklikler sözleşmeye uyum açısından büyük önem taşımaktadır.

Türkiye dışında, 2007 yılında ikinci aşama incelemesi yapılan İrlanda ve İngiltere için de ikinci aşamanın tekrarı kararı verilmiştir. Daha önceki yıllarda da Japonya ve Lüksemburg hakkında ikinci aşama incelemesinin tekrarı kararlaştırılmıştı.⁸

Madde 252 - (1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

(5) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./28.mad) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.

TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ UYGULANMASI

Madde 253 - (1) Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

ETKİN PİŞMANLIK

Madde 254 - (1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

⁷ Raporun orijinal metni için bkz. www.oecd.org/infobycountry Turkey-phase 2:Report on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention

⁸ OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007, OECD publications Paris 2008 sh.23-24

II – TÜZEL KİŞİLERİN CEZAI SORUMLULUĞU:

1. Kavram

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konusu öğretide ve uygulamada çok tartışmalıdır. Çünkü Ceza Hukukunda sorumluluk şahsi olup insan olarak adlandırdığımız hukuk süjesinin dış dünyada gerçekleştirdiği eylemleri üzerinde durulmaktadır. Hukuk düzeni tarafından tıpkı bir insan gibi hak ve yükümlülükleri olduğu kabul edilmiş bir kavram olan tüzel kişinin kurulması ve işleyişindeki mantık Ceza Hukukuna yabancıdır. Bu nedenle baskın görüş; gerçek kişilerin suç faili olabilecekleri, tüzel kişiler suç faili olarak sorumlu tutulamayacakları yönündedir⁹.

Buna karşın, tüzel kişilerin faaliyetlerini organ ve temsilcileri aracılığıyla yürüttükleri, organları aracılığıyla hak sahibi olup, borç altına girdiklerini ve organlarının haksız eylemlerinden dolayı hukuki sorumluluk sahibi oldukları tartışmasızdır¹⁰.

Karşılaştırmalı hukuk açısından yapılan değerlendirmede; Fransız Ceza Kanunu'nda tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna yer verildiği, İtalya' da tüzel kişilere idari para cezası verilebileceği, Almanya ve Avusturya' da tüzel kişilerin suç işleyemeyeceğini kabul edilmekle birlikte tüzel kişiler hakkında para ve müsadere cezalarının uygulanmasına imkan sağlayacak düzenlemelerin bulunduğu, İsviçre'de tüzel kişiler hakkında para cezası uygulanabileceği, Hollanda' da tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edildiği, Norveç ve Danimarka' da bazı hallerde tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun ceza hukuku anlayışlarına uygun görüldüğü, İsveç' te tüzel kişiler hakkında birtakım para ve müsadere cezalarının uygulanmasına imkan tanıyan yasal düzenlemeler bulunduğu anlaşılmaktadır.

2. Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Anayasanın 38/7.fikrasında “Ceza sorumluluğu şahsidir” hükmü ile failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağını ortaya konmaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 20 maddesinin 1. fıkrasında ceza sorumluluğunun şahsi olduğu vurgulandıktan sonra aynı maddenin 2. fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı, ancak güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımların uygulanabileceği belirtilmektedir.

Buna göre; Anayasa tarafından güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı uyarınca işlenen bir suç nedeniyle tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanamayacak ve fakat güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir. Bu hüküm tüzel kişilere idari yaptırım niteliğinde para cezası verilmesine engel değildir.¹¹ Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 8. maddesinde tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişilerin işledikleri kabahatlerden dolayı tüzel kişi hakkında idari yaptırım uygulanabileceği, bu bağlamda tüzel kişiye idari para cezası verilebileceği düzenlenmiştir¹².

⁹ Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanununun Gazi Şerhi, 3. bası Ocak 2006 sh. 272 vd.

¹⁰ Özgenç, a.g.e. sh.275

¹¹ Madde gerekçesi

¹² Özgenç, a.g.e. sh.278

Tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 60. maddesinde tanzim edilmiştir.¹³ Kanunda özel olarak belirtilen hallerde güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir. Bu güvenlik tedbirleri faaliyet izninin iptali ve müsaderedir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için, tüzel kişinin belli bir faaliyette bulunmasına yönelik izin verilmesi ve bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına tüzel kişinin organ veya temsilcileri tarafından kasıtlı bir suç işlenmiş olması gerekir. İşlenen suç ile verilen izin arasında nedensellik bağı bulunmakta ise faaliyet izni iptal edilebilecektir. Ayrıca; tüzel kişi yararına suç işlenmesi halinde bu suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesi de mümkündür¹⁴. Maddenin son fıkrasında belirtildiği gibi, işlenen suç dikkate alındığında güvenlik tedbiri uygulanması halinde çok ağır sonuçların ortaya çıkabileceği durumlarda mahkeme, bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir.

3. OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Gurubu Tavsiyesi

Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesi "Tüzel kişilerin sorumluluğunu" düzenlemektedir. Buna göre taraf devletler kendi hukuk ilkelerine uygun olarak, yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verilmesi halinde tüzel kişilerin sorumluluğunu sağlamak için gereken önlemleri alacaklardır. Aynı sözleşmenin "Yaptırımlar" başlıklı 3.maddesinin 2.fıkrasında "Eğer, bir taraf devletin hukuk sisteminde cezai sorumluluk tüzel kişilere uygulanabilir değilse, o taraf devlet yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi halinde, tüzel kişilerin para cezaları da dahil olmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı diğer yaptırımlara maruz kalmalarını sağlayacaktır." hükmü yer almaktadır.¹⁵

Sözleşme hükümlerinden de anlaşıldığı gibi, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunu söz konusu olduğunda ilgili taraf devlette tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiyor olsa da tüzel kişilere para cezaları dahil olmak üzere etkili orantılı ve caydırıcı yaptırımların öngörülmesi zorunludur. Nitekim, anılan sözleşmeye uyum sağlanması için hazırlanan ve 11.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4782 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 220. maddesi yeniden düzenlenmiş, rüşvet verme suçlarının, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiğinde, tüzel kişi hakkında da suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Türkiye birinci aşama incelemesinde yukarıda bahsedilen hüküm yürürlükte olduğu için herhangi bir sorun yaşanmamıştı. Ancak, 01.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kesin olarak bulunmadığı

¹³ TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Madde 60 - (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadele hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

¹⁴ Madde gerekçesi

¹⁵Text of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions www.oecd.org/document/21

açıklanarak tüzel kişiler hakkında para cezası gibi bir yaptırım öngörülmemiş ve yalnızca güvenlik tedbirleri uygulanacağı düzenlenmiştir.

Türkiye ikinci aşama incelemesi sonunda hazırlanan raporda, önceki Türk Ceza Kanununun 220. maddesine değinilerek tüzel kişilere para cezası verildiği halde yeni düzenlemede bunun kaldırıldığı ve tüzel kişiler için güvenlik tedbirleri öngörüldüğü, güvenlik tedbirlerinin OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinde öngörülen etkili, orantılı ve caydırıcı ceza kavramı içinde değerlendirilemeyeceği belirtilerek 14 numara altında “Türkiye’nin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun ilgasına ilişkin olarak, Türkiye’nin böyle bir sorumluluğu Sözleşmenin 2. maddesine uygun olarak acilen yeniden oluşturması” tavsiye edilmiştir.¹⁶

4. Değerlendirme

Yabancı kamu görevlilerine rüşvet suçunda lehine yarar sağlanan tüzel kişilerin de sorumlu tutulabilmesi ve en azından tüzel kişiler hakkında para cezaları dahil etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımların uygulanabilmesi OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin temel unsurlarındandır. Buna göre sözleşmeye taraf devlet ya tüzel kişiler hakkında cezai sorumluluğu sağlamak için gerekli önlemleri alacak ya da hukuk sistemine göre bu mümkün değilse tüzel kişiler için para cezası dahil etkin, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar ihdas edecektir. Aksi takdirde sözleşmeden doğan uluslararası yükümlülük yerine getirilmemiş sayılır.

Türk Ceza Kanununun sistematığında, modern ceza hukuku anlayışına uygun olarak cezaların şahsiliği kuralı gereği tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmadığı için tüzel kişilere cezai bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. Ancak; OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin 3.maddesinin 2.fıkrasındaki “Eğer, bir taraf devletin hukuk sisteminde cezai sorumluluk tüzel kişilere uygulanabilir değilse, o taraf devlet yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi halinde, tüzel kişilerin para cezaları da dahil olmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı diğer yaptırımlara maruz kalmalarını sağlayacaktır.” hükmü uyarınca Türk Ceza Kanununun sistematığını bozmadan sorunun çözülmesi mümkündür. Örneğin, Alman Ceza Kanununda da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmemekle birlikte Almanya’ da Kabahatler Kanununa eklenen ve para cezası öngören idari yaptırım ile anılan sözleşmeye uyum sağlanmıştır.

Türk Ceza Hukuku sisteminde de her ne kadar tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiyorsa da bu husus tüzel kişilere idari yaptırım niteliğinde etkili, orantılı ve caydırıcı para cezası verilmesine engel bulunmamaktadır. Bu itibarla 5326 sayılı Kabahatler Kanununda, rüşvet suçu nedeniyle lehine yarar sağlanan tüzel kişi aleyhine idari para cezası hükmedileceği yönünde bir düzenleme yapılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Böylece OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu tavsiyesinin yerine getirilmiş ve sözleşmeye uyum sağlanmış olacaktır.

III – ETKİN PİŞMANLIK:

1. Kavram

¹⁶ Turkey-phase 2:Report on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention sh. 51vd. sh.65
www.oecd.org/infobycountry

Suç tamamlandıktan bazı koşulların ortaya çıkması halinde kişiye ya hiç ceza verilmeyebilir veya cezasından indirim yapılabilir.¹⁷ Cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler olarak kabul edilen bu duruma en iyi örnek etkin pişmanlıktır.

Kanun Koyucu bazı suçlar için suç tamamlandıktan sonra, henüz soruşturmaya geçilmeden veya hüküm kurulmadan ve bazen de cezanın infazı aşamasında etkin pişmanlık gösterilerek işlenen haksızlığın karşılanması ya da azaltılması durumunda faile hiç ceza verilmemesini veya verilecek cezada indirim yapılmasını öngörmektedir. TCK. da cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlığın uygulanması gereken hollere Kişi hürriyetini yoksun kılma yönünden TCK 110, Mal varlığına karşı suçlar açısından TCK 168, Rüşvet suçu ile ilgili TCK 254, İftira suçu ilişkin olarak da (TCK 269) maddeleri örnek gösterilebilir.

Konumuz açısından burada TCK 254. maddesinde yer alan cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık üzerinde duracağız. Ancak; öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, etkin pişmanlık suçu ortadan kaldırmamakta ve fakat şartları oluştuğunda faile verilecek cezayı kaldırmaktadır. Bunun sonucu olarak, mahkeme etkin pişmanlıktan yararlanan faile ceza tertip etmese de, suç konusu mal varlığının müsaderesine, suça iştirak eden diğer failerin cezalandırılmasına karar verebilecektir.¹⁸

2. Rüşvet Suçu ve Etkin Pişmanlık

Rüşvet suçunda cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hali TCK 254. maddede düzenlenmiştir. Mevzuatımızda, etkin pişmanlık hükümleri hem genel rüşvet suçunda hem de yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunda uygulanmaktadır. Bu hükme yer verilmiş olmasının sebebi, rüşvet suçlarının gizli kalmasını önlemek ve ortaya çıkmasını sağlamaktır.¹⁹ Anılan maddeye göre; rüşvet alan kamu görevlisi hakkında soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu nesneyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim ederse, bu kişiye rüşvet suçundan dolayı ceza verilmeyecektir.²⁰ Burada önemli olan husus etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kamu görevlisi hakkında idari de olsa herhangi bir soruşturmaya başlanılmamış olması gerekmektedir.²¹

Yine rüşvet anlaşması yapan kamu görevlisi, soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolünmayacaktır. Böyle bir durumda ortada sadece rüşvet anlaşması bulunmakla beraber rüşvet konusu menfaat temin edilmediği için rüşvet konusunun teslimi veya müsadereden söz edilemeyecektir.²² Yolsuzlukla mümkün olan en üst seviyede mücadeleyi amaçlayan kanun koyucu rüşvet suçunu bir teşebbüs suçu olarak düzenlemiştir. Bu nedenle taraflar arasında rüşvet verilmesi hususunda anlaşmaya varılması halinde aslında suç tamamlanmış olmamakta, fakat teşebbüs niteliğinde olan bu durum, suçun tamamlanmış hali gibi cezalandırılmaktadır.²³

¹⁷ Özgenç, a.g.e. sh. 264 vd.

¹⁸ Özgenç, a.g.e. sh. 267-268

¹⁹ Artuk Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 653

²⁰ Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı Ankara 2007 sh. 771

²¹ Madde gerekçesi

²² Madde gerekçesi

²³ Özgenç, a.g.e. sh. s. 1001.

Etkin pişmanlık hükümleri uyarınca; rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişi, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı ceza verilmeyecek, verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilecektir. Yani böyle bir durumda rüşvet konusu menfaatin müsaderesine karar verilemeyecektir.²⁴ Ayrıca; Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, haklarında bu suçtan dolayı cezaya hükümlenmeyeceği öngörülmüştür.²⁵

Belirtildiği gibi etkin pişmanlık hükümleri rüşvet suçunu ortaya çıkarmayı amaçlamakta ve yolsuzlukla mücadelede yardımcı bir enstrüman olarak kabul edilmektedir. Çünkü genel rüşvet suçunda en az iki taraf bulunmakta ve bunlardan birinin soruşturma makamlarına haber vermesi ile suç ortaya çıkarılmaktadır. Ancak; gerek OECD Rüşvetle mücadele Sözleşmesinde ve gerekse TCK nun 252/5. fıkrasında düzenlenen yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda sadece “rüşvet veren” cezalandırılmakta, rüşveti alan yabancı kamu görevlisinin cezalandırılması ilgili ülkenin iç mevzuatına bırakılmaktadır. Bu itibarla aşağıda yapılacak değerlendirmeden de anlaşılacağı gibi yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının bu suçla mücadeleyi zayıflatacağı düşünülmektedir.

3. OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Gurubu Tavsiyesi

Türkiye birinci aşama incelemesi sonunda hazırlanan raporda OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin rüşvet verenleri cezalandırdığı bu nedenle 765 sayılı TCK.nun 215/2. maddesinde sözü edilen etkin pişmanlık hükümlerinin sözleşme ile uyumlu olmadığı ve bu hususunun ikinci aşamada yeniden değerlendirileceği belirtilmişti.²⁶

İkinci aşama incelemesi sonucu hazırlanan Türkiye raporunda 13 numara altında “Türk Ceza Kanununun 252/5. maddesinde düzenlenen yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verme suçunun uygulanması ile ilgili olarak, Türkiye’nin yabancı kamu görevlisine rüşvet suçu bakımından suçluyu cezaî sorumluluktan kurtarıcı etkisi olan etkin pişmanlık uygulamasının kaldırması” tavsiye edilmiştir.²⁷ Raporun açıklayıcı bölümünde; birinci aşama incelemesinde etkin pişmanlığın Sözleşmenin uygulanmasını zayıflatabileceğinin belirtildiği, buna rağmen yeni Türk Ceza Kanununun 254. maddesinin yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçunu kapsayacak biçimde etkin pişmanlığı düzenlediği, etkin pişmanlık kurumunun genel rüşvet suçlarının araştırılmasında önemli bir rol oynayacağına inanılmakla beraber yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda, suçluyu cezadan kurtaracağı belirtilmiştir.²⁸

4. Değerlendirme

Mevzuatımızda yer alan etkin pişmanlık, ayırım yapılmaksızın tüm rüşvet suçlarında uygulanacak şekilde düzenlendiğinden TCK. nun 254. maddesi hükümleri yabancı kamu

²⁴ Madde gerekçesi

²⁵ Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e. sh. 772

²⁶ Turkey-phase 1:Report on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention sh. 5

www.oecd.org/infobycountry

²⁷ Turkey-phase 2:Report on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention sh.65

www.oecd.org/infobycountry

²⁸ Turkey-phase 2:Report on implementation of the OECD Anti-Bribery Convention sh.47-48

www.oecd.org/infobycountry

görevlilerine rüşvet verme suçunda da uygulanacaktır. Bu husus OECD Çalışma Gurubu tarafından eleştirilmekte ve etkin pişmanlığın yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçu açısından, suçla mücadeleyi engelleyen niteliği olduğu öne sürülmektedir.

Aslında sözü edilen suçta, Sözleşmede ve kanundaki düzenleme dikkate alındığında rüşvet verenin cezalandırılması ön görülmektedir. Yabancı kamu görevlisine rüşvet vererek, rekabet ortamını ortadan kaldıran ve kendi şirketi lehine uluslararası ticari faaliyeti gerçekleştiren kişi kovuşturma başlamadan önce etkin pişmanlıktan yararlanmak için suçu ihbar ederse, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı için cezalandırılmayacak ve fakat rekabet ortamını bozarak kendi lehine ticari faaliyetini de gerçekleştirmiş olacaktır. Bu durumda rüşveti alan yabancı kamu görevlisinin tabi olduğu devletin suçu soruşturması da garanti edilemeyeceğinden yabancı kamu görevlisinin de cezasız kalma durumu ortaya çıkacaktır. Yasada aynı şahsın daha sonraki dönemlerde de rüşvet karşılığı uluslararası ticari faaliyetlerde bulunması ve kazanç elde etmesinden sonra yeniden suçu ihbar etmesi ve etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması ve bunu sürekli tekrarlanmasını engelleyecek bir mekanizma da bulunmamaktadır. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükümleri yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçu ile mücadeleyi olumsuz etkileyecek, suçun cezasız kalmasına neden olacaktır.

Bu itibarla; yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını önleyecek kanun değişikliği yapılmasının gerekli olduğu ve bunun hem suçla mücadelede ve hem de uluslararası yükümlülüklerimizin yerine getirilmesi açısından uygun olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ:

Yukarıda da belirttiğimiz gibi OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesinin uygulanmasının izlenmesi için iki aşamalı bir mekanizma kurulmuş ve üçüncü aşamanın da ihdası için ön çalışmalara başlanmıştır.

Türkiye ikinci aşama inceleme sonucu 26 tavsiye ve 5 izleme maddesi ile karşı karşıya kalmış ve bir yaptırım niteliğinde ikinci aşama incelemesinin tekrarına karar verilerek Türkiye'nin durumunu açıklayan bir basın bildirisi yayımlanmıştır. Türkiye'nin 2008 yılı Aralık ayında yapılacak OECD Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu toplantısında tavsiyelerin yerine getirildiğine yönelik sözlü rapor sunması ve bundan bir yıl sonra da yazılı rapor hazırlaması beklenmektedir. Bu arada 2009 Ocak ayı içinde Çalışma Grubu sekreteryasının ve lider inceleyici ülke temsilcilerinin katılımı ile Ankara ve İstanbul'da üç gün sürecek yerinde inceleme yapılacağı öğrenilmiştir. Bu inceleme sırasında; bazı Bakanlıklar ve kamu kurum temsilcileri yanı sıra, sivil toplum örgütleri ve işçi temsilcileri, uluslararası ticaret yapan büyük şirketler ile küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin yöneticileri, yolsuzluk konularında ilgilenen akademisyenler, avukatlar ve diğer ilgililerle görüşmeler yapılacaktır.

İkinci aşama incelemesinin tekrarı sonunda OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin uygulanmasında başarı sağlanamadığı ortaya çıkarsa; Çalışma Grubu ilgili ülkeden belirlenen hususlarda düzenle olarak detaylı rapor sunması isteyebileceği gibi, sözleşmenin uygulanması için gerekli tedbirlerin ivedi olarak alınması için resmi basın açıklaması yayımlayabilir. Ayrıca; Çalışma Grubu, OECD nin yüksek düzeyde bir görevlisini incelenen ülkenin Bakanları veya üst düzey görevlileri ile görüşmek üzere gönderebilir.²⁹ Hatta, taraf ülkede Sözleşmenin temel unsurlarının uygulanması için mevzuatında gerekli uyum çalışmalarını

²⁹ OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007, OECD publications Paris 2008 sh.23

yapmayan ülke aleyhine birinci aşamanın tekrarı gibi ağır bir yaptırıma da karar verilebilmektedir.

Nitekim, Çalışma Grubunun 17-20 Haziran 2008 tarihi toplantısında Arjantin' in ikinci aşama incelemesi sonunda hazırlanan raporu ele alınmış, raporda; Sözleşmenin 2. ve 3/2. maddesinde tüzel kişilerin sorumluluğunun ihdas edilmesi, etkili orantılı ve caydırıcı cezaların öngörülmesi hususlarının sözleşmenin temel unsurlarından olduğu belirtilerek, incelenen devletin mevzuatında istenilen değişikliklerin yapılmaması ve diğer mevzuat noksanlıkları da gerekçe gösterilerek, Arjantin için birinci aşamanın tekrarı kararı verilmiş ve bu husus basın açıklaması ile duyurulmuştur.³⁰

Çalışma gurubunun Mart 2008 toplantısında ele alınan Lüksemburg ikinci aşama yeniden incelemesi raporunda; tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin kanun tasarısının Lüksemburg Parlamentosuna sunulmuş olsa da, henüz yasalaşmadığı için Lüksemburg' un sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği vurgulanmış ve buna ilişkin basın açıklaması yayımlanmıştır.³¹

Bu örnekler dikkate alındığında, Türkiye ikinci aşama raporunda belirtilen tavsiyelerin yerine getirilmesi ve OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesine uyum çalışmalarının tamamlanması büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, ikinci aşama incelemesinin tekrarı sürecinde mevzuatımızda gerekli değişikliklerin yapılması zorunludur. Özellikle; Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubunun Aralık 2008 tarihli toplantısında Türkiye' nin sözlü raporunun sunulacağı düşünüldüğünde, anılan tarihe kadar tüzel kişilerin sorumluluğu konusunda ve etkin pişmanlık hükümlerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunda uygulanmaması yönünde ilgili yasalarda gerekli düzenlemelerin yapılması yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Aksi halde; Türkiye aleyhinde Arjantin ve Lüksemburg benzeri yaptırımların uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu husus Türkiye' nin uluslararası yolsuzlukla mücadele imajını olumsuz yönde etkileyip prestij kaybına neden olabileceği gibi, uluslararası alanda Türk şirketlerinin yatırım ve ticaret imkanları da olumsuz biçimde etkilenecektir.

Kaynakça:

- Artuk Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanununun Gazi Şerhi, 3. bası Ocak 2006.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı Ankara 2007.
- OECD Bribery Awareness Handbook for Tax Examiners
- OECD Working Group on Bribery Annual Report 2007, OECD publications Paris 2008
- www.oecd.org

³⁰ Rapor ve basın açıklaması en kısa sürede www.oecd.org/corruption adresinde yayımlanacaktır.

³¹ Rapor ve basın açıklaması için bkz. www.oecd.org/document/59