

T. C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR IŞIĞINDA
RÜŞVETLE MÜCADELENİN YENİ BOYUTU

VE

TÜZEL KİŞİNİN CEZA SORUMLULUĞU

DOKTORA TEZİ

ELVAN SEVİ FIRAT

1010110002

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU

Programı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Mayıs 2019

T. C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR IŞIĞINDA

RÜŞVETLE MÜCADELENİN YENİ BOYUTU

VE

TÜZEL KİŞİNİN CEZA SORUMLULUĞU

DOKTORA TEZİ

ELVAN SEVİ FIRAT

1010110002

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU

Programı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Diğer Jüri Üyeleri:

Prof. Dr.Dr.h.c.mult. Bahri ÖZTÜRK

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Doç. Dr. Murat BALCI

Mayıs 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR	viii
ÖNSÖZ	xii
GİRİŞ	xiv
1. BÖLÜM: RÜŞVET	1
1.1. <i>Kavram</i>	1
1.2. <i>Türk Hukuku'nda Rüşvetin Tarihsel Gelişimi</i>	3
1.2.1. Osmanlı'da Rüşvet Suçunun Hukuksal Gelişimi	3
1.2.2. eTCK'da Rüşvet Suçu	5
1.2.3. 5237 Sayılı Kanun'da Rüşvet Suçu	9
1.3. <i>Rüşvet Suçunun Unsurları</i>	15
1.3.1. Genel olarak	15
1.3.2. Korunan Hukuki Değer	16
1.3.3. Suçtan Zarar Gören ve Mağdur Kavramı	19
1.3.4. Maddi unsurlar	23
1.3.4.1. Fiil	23
1.3.4.2. Rüşvet Suçunun Konusu "Menfaat"ın Anlamı	26
1.3.4.3. Fail	29
1.3.4.4. İştirak	37
1.3.4.5. Uluslararası İşlemlerde Rüşvet	38
1.3.5. Manevi unsur	39
1.3.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	40
1.3.6.1. Teşebbüs	40
1.3.6.2. İştirak	42
1.3.6.3. İçtima	44
1.3.7. Muhakeme usulü	46
1.3.7.1. Genel olarak	46
1.3.7.2. Genel Olarak Kamu Görevlilerine İlişkin Suçların Soruşturma Usulü	47

1.3.7.3.	Kamu Görevlisinin Rüşvet Suçuna İlişkin Özel Soruşturma Usulü.....	48
1.3.7.4.	Yer Bakımından Uygulama Kuralları	52
1.3.8.	Suç (Cezayı) Etkileyen Haller	55
1.3.8.1.	Ağırlaştırıcı nedenler.....	55
1.3.8.2.	Hafifletici Nedenler	56
1.3.9.	Gönüllü Vazgeçme ve Etkin pişmanlık halleri	56
1.3.9.1.	Genel olarak.....	57
1.3.9.2.	Rüşvet Alanın Etkin Pişmanlığı	59
1.3.9.3.	Rüşvet Verenin Etkin Pişmanlığı	60
1.3.9.4.	İştirak Edenlerin Etkin Pişmanlığı.....	60
1.3.10.	Rüşvet Suçunun Yaptırımı ve Güvenlik Tedbirleri.....	61
1.3.11.	Zamanaşımı.....	64
2.	BÖLÜM: RÜŞVET SUÇUNUN ULUSLARARASI BİR MESELE HALİNE GELMESİNİN TARİHİ	65
2.1.	<i>Uluslararası Alanda Rüşvetle Mücadelenin Ahlaki Yönüne İlişkin Tartışmalar</i>	<i>65</i>
2.1.1.	Rüşvet Verenin Eylemini Meşrulaştıran Eleştiriler	66
2.1.2.	Rüşvetin Kültürel Boyutu ile İlgili Değerlendirmeler	69
2.1.3.	Değerlendirme.....	71
2.2.	<i>Uluslararası Alanda Rüşvetle Mücadele'nin Gelişim Evresi ve ABD Yabancı Yolsuzluk Aktiviteleri Kanunu ("FCPA")</i>	<i>74</i>
2.3.	<i>1977 Tarihli FCPA'in Düzenleme Kapsamı ve Temel kavramları</i>	<i>82</i>
2.3.1.	Rüşvetle Mücadele Hükümleri	87
2.3.2.	Kayıt ve Raporlama Hükümleri.....	90
2.4.	<i>Uygulama ve Cezalar</i>	<i>93</i>
2.5.	<i>Tartışmalar ve Değişiklikler</i>	<i>94</i>
2.5.1.	1988 Değişiklikleri.....	96
2.5.2.	Yolsuzlukla Mücadele Hükümlerine İlişkin Değişiklikler	97
2.5.1.	Muhasebe Kayıt Ve Raporlama Yükümlülüklerine İlişkin Değişiklikler	101
2.5.2.	Diğer Değişiklikler	102
2.5.3.	1998 Değişiklikleri.....	103
2.6.	<i>Yürürlükteki FCPA'in Temel Esasları ve Güncel Uygulama</i>	<i>106</i>
2.6.1.	Kapsam ve Temel Kavramlar	107
2.6.2.	Fil	108
2.6.3.	Fail	114
2.6.4.	Yabancı Kamu Görevlisi Kavramı	118
2.6.5.	Uygulayıcı Kurumlar	121
2.6.6.	Cezalar, Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar	122

2.7.	<i>Değerlendirme</i>	139
3.	BÖLÜM: ULUSLARARASI ALANDA RÜŞVETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHİ VE GELİŞİMİ	143
3.1.	<i>OECD ve Rüşvet Suçuna İlişkin Düzenleme ve Tavsiyeler</i>	147
3.1.1.	Gelişim Evresi	147
3.1.2.	OECD Tavsiyeleri (1994-1997)	148
3.1.3.	OECD Konvansiyonu	152
3.1.4.	OECD Konvansiyonu'nun Uluslararası Alanda Yolsuzlukla Mücadele Uygulamalarına Etkisi	157
3.2.	<i>AK ve Rüşvet Suçuna İlişkin Düzenleme ve Tavsiyeler</i>	159
3.2.1.	Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi (<i>Criminal Law Convention On Corruption</i>)	159
3.2.2.	Yolsuzluğa Karşı Olan Ülkeler Topluluğu (<i>The Group of States against Corruption</i>) (GRECO)	162
3.3.	<i>BM ve Rüşvet Suçuna İlişkin Düzenlemeler</i>	166
3.3.1.	Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (<i>United Nations Convention Against Transnational Organized Crime</i>)	166
3.3.2.	Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (<i>United Nations Convention Against Corruption</i>)	168
3.4.	<i>Uluslararası Alanda Rüşvetle Mücadeleyi Destekleyen Sivil Kuruluşlar</i>	173
3.5.	<i>Uluslararası Antlaşmalar Bakımından Özel Sektörde Rüşvet Suçu</i>	174
3.6.	<i>Değerlendirme</i>	180
4.	BÖLÜM: TÜZEL KİŞİNİN CEZA SORUMLULUĞU	183
4.1.	<i>Giriş</i>	183
4.2.	<i>Tüzel Kişilik Kavramı</i>	186
4.3.	<i>Tüzel Kişinin Zorunlu Unsurları</i>	190
4.3.1.	Amaç Unsuru	190
4.3.2.	Bağımsızlık Unsuru	190
4.3.3.	Örgütlenme Unsuru	191
4.4.	<i>Kişiliğin Başlangıcı</i>	192
4.4.1.	İzin Sistemi	192
4.4.2.	Normatif Sistem	193
4.4.3.	Serbest Kuruluş Sistemi	193
4.4.4.	Türkiye'de Yürürlükte Olan Sistem Açısından Tüzel Kişiliğin Başlangıcı	194

4.5.	<i>Türk Hukuku'nda Tüzel Kişilerin Türleri</i>	195
4.5.1.	Özel Hukuk Tüzel Kişileri	196
4.5.2.	Kamu Hukuku Tüzel Kişileri	197
4.6.	<i>Tüzel Kişiliğin Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler</i>	200
4.6.1.	Varsayım Teorisi	201
4.6.2.	Amaç Kişiliği Teorisi	203
4.6.3.	Soyutlama Teorisi	203
4.6.4.	Gerçeklik Teorisi	203
4.6.5.	Değerlendirme	205
4.7.	<i>Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti</i>	209
4.7.1.	Hak Ehliyeti	209
4.7.2.	Fiil Ehliyeti	211
4.8.	<i>Tüzel Kişilerin Fiil Ehliyetini Kullanış Biçimi ve Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Ehliyet</i>	212
4.8.1.	Tüzel Kişinin Organları; Temsilci ve Organ Ayrımı	212
4.8.2.	Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Ehliyet	216
4.9.	<i>Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Kaynakları Hakkında Tartışmalar</i>	222
4.10.	<i>Karşılaştırmalı Hukukta Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğu</i>	229
4.10.1.	Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri	229
4.10.2.	Kıta Avrupası hukuk sistemleri	252
4.10.3.	Değerlendirme	273
4.11.	<i>Türk Hukuku'nda Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna İlişkin Tartışmalar</i>	274
4.11.1.	Anayasa Mahkemesi'nin Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna İlişkin Kararları	275
4.11.2.	Türk Hukuku'nda Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna İlişkin Görüşler	283
4.11.3.	2000 ve 2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarılarında Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğu İlgili Düzenlemeler ve Tartışmalar	288
4.12.	<i>Rüşvet Suçunu Düzenleyen ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Antlaşmalarda Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna Yönelik Düzenlemeler</i>	291
4.12.1.	OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi	292
4.12.2.	AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi	296
4.12.3.	Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi	297
4.12.4.	Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi	298
4.12.5.	Değerlendirme	299
4.13.	<i>Tüzel Kişiyeye Uygulanan Güvenlik Tedbirleri ve İdari Yaptırımların Yeterliliği Sorunu</i>	300
4.13.1.	Tüzel Kişiyeye Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri ve İdari Para Cezası Yaptırımı	300

4.14. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Kabulünde Ceza Hukukuna Hakim İlkelerin Uygulanması Sorunu	311
4.14.1. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	312
4.14.2. Nemo Tenetur (Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi)	313
4.14.3. Non bis in idem (Mükerrer Cezalandırma Yasığı)	316
4.14.4. Değerlendirme	317
SONUÇ	319
EKLER	327
KAYNAKÇA	337



ÖZET

Anahtar: Rüşvet, Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğu, Yolsuzlukla Mücadele, FCPA, Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet

Neredeyse insanlık tarihi kadar eski olan ve ticaret hayatının içinde yer alan rüşvet, günümüzde hızla küreselleşen bir dünyada hem ulusal hukuk sistemlerinin hem de uluslararası düzenlemelerin konusu olmaktadır. Ceza hukuku uygulamaları açısından rüşvet, yolsuzluğun en yaygın ve tanınmış şeklidir. Uluslararası kamu kuruluşlarının rüşvetle mücadele kapsamında yapmakta olduğu çalışmalara ve bu çalışmaların bir çıktısı olarak yayımladıkları raporlara göre hem ulusal hem de uluslararası seviyede rüşvet ve yolsuzlukla mücadeleye ilişkin yasal çerçeve ve mevcut yaptırımlar, rüşveti ve yolsuzluğu tamamen engellemekte yetersiz kalmaktadır. Rüşvet ve yolsuzluk, uluslararası ticaret ile birlikte giderek karmaşık ve soyut bir hal almaktadır. Çoğu zaman, bu suçları işleyerek kendilerine veya başkalarına haksız menfaatler sağlayan gerçek ve tüzel kişilerin kovuşturulmasında hem bu eylemlerin niteliğinden hem de mevcut yasal çerçeveden kaynaklanan zorluklarla karşılaşmaktadır.

Günümüzde, yolsuzlukla mücadeleye ve özellikle yabancı kamu görevlilerine rüşvet suçuna dair ulusal ve uluslararası düzenlemelerin kapsamı ve etkisi artmakta; ülkeler geleneksel yaklaşımları bir kenara bırakıp etkin kovuşturmaya yaklaşmak için tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu benimsemektedir. Toplumsal hayatta etkisi giderek artan tüzel kişilerin çok uluslu karmaşık yapılanmaları ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili küresel gelişmeler de dikkate alındığında, daha etkin, caydırıcı mekanizmalara ve tüzel kişilere özel kovuşturma usulleri ile yaptırımlara ihtiyaç olduğu görülmektedir.

Bu tez kapsamında, rüşvet ve yolsuzluğun Türk hukukunun ve karşılaştırmalı hukukun bakış açıları, FCPA ve OECD Konvansiyonu gibi uluslararası alanda öncü düzenlemeler, karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna dair tartışmalar, öngörülen yaptırım ve tedbirler ile yolsuzlukla mücadeleye dair daha etkin bir mücadelenin nasıl mümkün olabileceği konuları ele alınmaktadır.

ABSTRACT

Key words: Bribery, Corporate Criminal Liability, Anti-Corruption, FCPA, Bribery of Foreign Official

Bribery, as a part of commercial life and a crime almost as ancient as human history, is a subject of both domestic and international regulations, in a world undergoing rapid globalization. From the perspective of criminal law practice, bribery is the most common and familiar face of corruption. According to studies conducted by international public bodies and the reports resulting from such studies, the legal framework and existing sanctions on both national and international levels are insufficient to halt bribery and corruption completely. Bribery and corruption take more complex and abstract shapes as does international commerce. Most of the time, difficulties are faced in the prosecution of both real and legal persons engaged in such criminal activities in order to provide themselves or others with unfair benefits, due to both the characteristics of such activities and the current legal framework.

Today, the scope and effects of legislation surrounding anti-corruption and especially bribery of foreign officials on national and international levels are expanding, and many countries prefer to regulate the criminal liability of legal persons in order to approach more efficient prosecution. Considering both the complex, multinational structures of legal persons, the societal effects of which continuously increase, and the global developments regarding criminal liability of such entities, it is apparent that there is need for deterring mechanisms and special prosecutorial procedures for legal persons.

Within the scope of this thesis, the perspectives of Turkish and comparative law regarding bribery and corruption, pioneering regulations such as the FCPA and the OECD Convention, discussions related to criminal liability of legal persons in comparative law, provisioned sanctions and measures, as well as how corruption can be more effectively combated.

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABA	Amerikan Barolar Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AK	Avrupa Konseyi
AY	T.C. Anayasası
BM	Birleşmiş Milletler
BK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
CPI	Yolsuzluk Algı Endeksi (Corruption Perception Index)
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DMK	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
DOJ	Adalet Bakanlığı (Department of Justice)
DPA	Kovuşturmanın Ertenmesi Anlaşmaları (Deferred Prosecution Agreement)
ECOSOC	Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi (United Nations Economic and Social Council)
eTCK	765 sayılı Türk Ceza Kanunu
eTTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

FCPA	ABD Yurt Dışı Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu (Foreign Corrupt Practices Act)
GAO	ABD Hükümet Sorumluluklar Ofisi (US Government Accountability Office)
GRECO	Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Devletler Grubu (Group of States Against Corruption)
HSYK	Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu
ICC	Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
IMF	Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund)
KDV	Katma Değer Vergisi
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
NPA	Kovuşturmama Anlaşmaları (Non-Prosecution Agreement)
OEEC	Avrupa İktisadi İşbirliği Teşkilatı (Organization for European Economic Cooperation)
OECD	İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (Organisation for Economic Co-operation and Development)
OECD Konvansiyonu / Konvansiyon	OECD Uluslararası Ticarî İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)

SEC	Amerika Birleşik Devletleri Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (U.S. Securities and Exchange Commission)
SFO	Birleşik Krallık Ağır Dolandırıcılık Bürosu (Serious Fraud Office)
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TESEV	Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TI	Uluslararası Şeffaflık Örgütü (Transparency International)
UKBA	Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu (United Kingdom Bribery Act)
U.S.C.	United States Code
WB	Dünya Bankası (World Bank)
yy.	Yüzyıl



ÖNSÖZ

Uluslararası alanda rüşvet ve tüzel kişi ceza sorumluluğu olmak üzere her iki yönü de henüz kavramsal ve teorik bazda görüş birliğine ulaşmamış olan bir alanda akıcı, doyurucu ve anlamlı bir tez ileri sürmeye çalışmak en basit ifadesi ile çok zordu. Zaman zaman, iki tane dünya güzeli çocuğumun mutluluğunu sağlamakta anneleri olarak herkesten daha fazla sorumluluk üstlenmek zorunda hissetmemin ağırlığı, kimi zaman avukat olarak mesleğime verdiğim değer ve onu mükemmelleştirme çabamın yorgunluğu, bir taraftan da hızla akıp giden zamanı mutlu, üretken ve etkin bir şekilde değerlendirme arzum arasında bocaladım. Böyle anlarda, saygıdeğer tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'ın ve tez izleme komitesinde yer alarak yapıcı eleştirileri ve yönlendirmelerini esirgemeyen saygıdeğer hocam Sayın Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bahri ÖZTÜRK'ün bana duydukları inanç ve yol göstericilikleri çalışmalarına devam etmeme ve nihayetinde 2006 yılında başladığım doktora çalışmamı bu tez ile sonlandırmama yardımcı oldu. Kendilerine sadece hocalarım olarak bana öğrettikleri için değil, manevi olarak da destekledikleri için sonsuz saygı, şükran ve teşekkürlerimi sunuyorum. Sundukları değere layık olabilmek için elimden gelen gayreti göstereceğim.

Tez savunma jürimde bulunarak, yapıcı eleştirileri ile tezime katkıları olan, Sayın Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM başta olmak üzere, Sayın Prof. Dr. Feridun Yenisey'e, Sayın Doç. Dr. Murat BALCI'ya teşekkürlerimi sunuyorum. Savunmama hazırlanırken, tezimi gözden geçirerek değerlendirmeleri ve soruları ile yönlendiren Sayın Prof. Dr. Ahmet Gökçen'e ve Sayın Dr. Murat Önok'a da ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Kendisi de doktora tezini bitirme gayreti içinde olmasına rağmen, sabırla tezimi baştan sonra okuyarak görüşlerini paylaşan, her duraksadığımda beni doktora çalışmamı bitirmemin anlam ve önemine odaklayarak motive eden çok sevgili iş ortağım Av. M. Feridun İzgi'ye de teşekkürü borç biliyorum.

Tez çalışmalarım sırasında, sabırla ve tüm sakinliklerini koruyarak Fırat İzgi Avukatlık Bürosu'na kendi işiymiş gibi sahip çıkan Av. N. Can Artüz ve Av. Deniz Özder'e, üzerimdeki meslekî iş yükünü alan Av. Ata Umur Kalender, Stj. Av. Fatmanur Caygın başta olmak üzere tüm sevgili iş arkadaşlarıma teşekkür ediyorum.

Siyaset, ahlak ve hukuk üçgeninin içinde bakış açımın yetersiz kaldığı zamanlarda sabırla beni dinleyerek, görüşleri ile farklı bir perspektif sağlayan Sayın Dr. Gözde Aynur Mirza ve Av. Doğukan Doru Alkan'ı da saygı ile anıyorum.

Tezimin son halini okuyarak, benimle konuyu derinlemesine tartışan, önerilerini paylaşan ve katkılarda bulunan çok sevgili ve saygıdeğer Av. Haluk İnanıcı'ya teşekkür etmeyi bir borç biliyorum.

Son olarak, bugün kendi ayakları üzerinde durabilen, güçlü, bağımsız, gururlu bir kadın olarak beni yetiştiren çok sevgili babam Mustafa Bozoğlu ve annem Esin Bozoğlu'na tüm kalbimle teşekkür ediyorum. Biricik annem hiç yorulmadan her istediğimde yanımda olmasa bu tezi bitiremezdim. Canım babamın bugün yanımda olmaması benim için büyük bir kalp ağrısı olsa da ona verdiğim sözü tutarak bu tezi bitirmiş olmaktan dolayı mutlu hissediyorum. Artık bu dünyada olmasa da varlığını her an yanımda hissediyor, bu çalışmayı ona hediye ediyorum.

GİRİŞ

Genel olarak yolsuzluk, özel olarak rüşvet olgusu; gelişmiş ve gelişmekte olan ayrımı olmaksızın hemen hemen her devletin karşı karşıya kaldığı, hem yerel hem de uluslararası yasama çalışmalarına neden olan küresel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. “Yolsuzluk” kavramı sadece bir kuralı çiğnemeyi veya suç teşkil edecek bir davranışı işaret etmez. Suç normu, toplumsal ilişkilere dal budak sarmış bir aysbergin sadece görünen yüzüdür. Bu nedenledir ki, yolsuzluğu tanımlamak dünyanın tüm hukuk sistemlerinde her zaman bir sorun teşkil etmiştir. Yolsuzluğun tanımlanması ve köklerinin araştırılmasındaki zorluklara rağmen medeni toplumlar arasında yolsuzluğun tolere edilmemesi gereken bir davranış olduğu konusunda yerleşik bir mutabakat bulunmaktadır. Bu yerleşik mutabakatın bir nedeni hiç şüphesiz yolsuzluğun yerel ve küresel ekonomilere verdiği zararlardır.¹

Ceza hukuku uygulamaları açısından rüşvet yolsuzluğun en yaygın ve tanınmış şeklidir.² Uluslararası kamu kuruluşlarının rüşvetle mücadele kapsamında yapmakta olduğu çalışmalara ve bu çalışmaların bir çıktısı olarak yayımladıkları raporlara göre, gelişmiş veya gelişmekte olan ülke ayrımı yapılmaksızın her devlette, salt pozitif hukuk mekanizmaları kullanılarak yapılan mevzuat değişiklikleri ve mevzuatta belirlenen yaptırımlar rüşveti bütünüyle engellemekte yetersiz kalmaktadır.

Rüşvet, Rousseau'nun tabiriyle bir toplumsal sözleşmeye imza attığı, yani insanlığın bir devlet teşkilatlanması altında yaşamaya karar verdiği, ilk andan itibaren günümüze kadar mevcudiyetini koruyan ve devlet teşkilatlanmasına paralel şekilde şekil ve boyut değiştirerek derinleşen bir olgudur. Rüşvetin, etki alanları dikkate alındığında, disiplinlerarası bir inceleme konusu olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Genel olarak yolsuzluk ve özel olarak rüşvet hukuki bir mesele olduğu kadar, ekonomik, politik, sosyolojik ve aynı zamanda psikolojik bir meseledir. Bu etkileşimin en somut örneği, rüşvetin özellikle ekonomik kriz dönemleri yaşayan ülkelerde ve/veya bürokrasiye

¹ Henning, Public Corruption: A Comparative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law s.802.

² Henning, Public Corruption: A Comparative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law s. 801.

bütünüyle hükmetme gücü bulunan otoriter rejime sahip ülkelerde artma eğiliminde olmasıdır. Ne var ki, ekonomik gelişmişlik rüşvetin önlenmesinde tek başına yeterli bir parametre değildir. Bir toplumda, ekonomik gelişmişlikten bağımsız olarak, insanların gelir adaletsizliği sebebiyle içine girdiği psikoloji, kişisel hırslar, menfaat beklentileri de rüşvetin artmasına ve varlığını sürdürmesine neden olan etkenler olarak kabul görmektedir.³

Rüşvet suçu, ülkemizde de adını anmak istemediğimiz, konuşmaktan kaçındığımız, yokmuşçasına hayatımıza devam ettiğimiz, zaman zaman sansasyonel görüntüleriyle karşılaştığımız ancak bir taraftan da algısal olarak varlığından emin olduğumuz bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rüşvet olgusunun yerel olmadığı vurgusu dikkate alınarak rüşvet olgusuna “küreselleşme” kavramının ışığında bakmak gerekir. Küreselleşme dendiğinde yalnızca ekonomik anlamda mal ve hizmetlerin değil, aynı zamanda farklı kültürlerin ve bu kültürlerin bir parçası olarak; hukuki kurumların, yaklaşımların ve hatta suçların yerellik sınırlarını aşması anlaşılmalıdır. Küreselleşme, suçluluğun sınır tanımamasına neden olduğu gibi, suçluların sınırları önemsememesini de beraberinde getirmiştir.⁴

Yukarıda da bahsedildiği gibi, rüşvet suçunun tarihi insanlığın örgütlü hayatının tarihi kadar eski olmakla beraber, uluslararası alanda yolsuzlukla mücadele yeni bir kavramdır. Küreselleşmenin suçların ulusal sınırları aşmasına neden olmasıyla devletlerin suçluluğa karşı mücadelesi zorlaşmış, uluslararası alanda sınırötesi suçlarla mücadelede devletlerin iş birliği ihtiyacı her geçen gün artmıştır. Özellikle rüşvet suçunun uluslararası alanda düzenlenmesi ihtiyacının bir nedeni de bu suçun serbest piyasadaki rekabeti bozucu etkisini ortadan kaldırmaktır.

İlk kez *P.C. Jessup* tarafından kullanılmış olan ulusötesi hukuk alanının bir alt dalı olan “ulusötesi suç” kavramı bir uluslararası antlaşmada ilk kez BM Suç Önleme ve Ceza Adaleti Birimi tarafından tanımlanmıştır.⁵ Uluslararası ceza hukuku ise ulusal sınırları aşan veya aşma potansiyeli bulunan bu tür suçlar ile mücadele eden hukuk

³ Akbulut s.633.

⁴ Pradel ve Kangal s.823.

⁵ Özer s.23.

dalını ifade etmektedir. Aslında uluslararası ceza hukuku ulus ötesi etkileri bulunan veya bulunma potansiyeli olan suç fillerinin engellenmesinde, ulusal ceza düzenlemeleri vasıtasıyla kullandığı bir dolaylı mücadele aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Ulusal ceza düzenlemeleri perspektifinden bakıldığında ulusötesi suça ve bir fiili ulusötesi suç olarak tanımlamaya duyulan ihtiyacı anlamak güç olabilecek, ulusal ceza yetkisi ve ulusötesi ceza yargılıma yetkisi arasında gerilim, çalışma doğabilecektir. Ancak bazı suç tipleri açısından, uluslararası kamuoyu nezdinde yarattıkları endişe ve rahatsızlık sebebiyle, ulusötesi suç tanımlamasına ve tanımlanan suçlarla mücadelede küresel seferberlik (mobilizasyon) araçlarının kullanılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.⁷

Bu hedefe doğru ilerlenirken, uluslararası suç (*international crimes*) ve sınırötesi suç (*transnational crimes*) bağlamında devletlerin egemenlik yetkisi ile doğrudan ilgili olan cezalandırma yetkisinin⁸ sınırları suçlulukla mücadeleyi zorlaştırmıştır. Özellikle sınırötesi suçlarla mücadelede suçların küreselleşmesine bağlı olarak artan işbirliği ihtiyacı uluslararası antlaşmaların gelişimini hızlandırmış, sayısını arttırmıştır.⁹

ABD, vatandaşlarının, kendi sınırları dışında gerçekleştirdiği rüşvet verme eylemini bir suç olarak düzenleyen ilk ülke olmuştur. ABD ulusal sınırları aşan yolsuzluk karşıtı yasaların açık ara en önemli uygulayıcısı olarak görülmektedir. Çünkü ABD hem toplamda hem de ihracat hacmine oranla, tüm devletleri geride bırakarak en büyük miktarda ceza kesen devlet olmuştur.¹⁰ ABD'nin rüşvet suçuyla kendi egemenlik sınırlarının ötesine geçecek şekilde başlattığı bu mücadele, zaman içinde uluslararası örgütler tarafından da benimsenmiş ve çok sayıda devletin taraf olduğu, konuyla ilgili uluslararası antlaşmalar hayata geçirilmiştir.

Küresel ölçekte rüşvetle mücadelenin en önemli ve ilk adımı ise 1999 tarihli OECD Uluslararası Ticarî İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi'dir. Bu sözleşmeyi takiben BM ve AK nezdinde yapılan

⁶ Boister s.953; Uluslararası Ceza Hukuku konusunda detaylı bilgi için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku.

⁷ Boister s.14.

⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku s.25.

⁹ Bu çalışmada, uluslararası suç ve sınır ötesi suç kavramları açısından, Tezcan/Erdem/Önok tarafından kabul edilmiş olan ayırım benimsenmiştir. Tezcan, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku s.35.

¹⁰ Brewster ve Buel, The Market for Global Anticorruption Enforcement s.212.

uluslararası sözleşmeler ve son olarak da 2015 yılında G-20 tavsiye kararlarıyla rüşvet suçu uluslararası alanda kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Bugün ironik bir biçimde, Donald Trump'ın başkanlık koltuğuna oturmasını takiben, rüşvetle mücadelenin uluslararası gelişiminde yapıtaş olan FCPA sorgulanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nin Başkanı olmasından önce FCPA karşıtı görüşleri başkanlık pozisyonuna gelmesinden önce de bilinen Trump'ın 2012 yılında FCPA için "*saçmalık*" ve "*felaket bir kanun*" olduğu ve "*Amerikan şirketlerini büyük bir dezavantaja uğrattığı*" yönündeki yorumları üzerine, Trump hükümetinin FCPA'ı hangi sıklıkla uygulayacağı merak edilmiştir¹¹. Trump'ın görev süresinin ilk yılında Adalet Bakanlığı yirmi yedi, SEC ise sekiz FCPA soruşturması başlatmıştır¹². Adalet Bakanlığı'nın başlattığı soruşturma sayısı, Trump'ın görevdeki ilk yılında Obama'nın görevdeki ilk yılındaki rakamla aynı kalmıştır. Böylece, Trump hükümeti döneminin ilk senesinde FCPA uygulamasında kayda değer bir değişiklik ortaya çıkmamıştır. Trump hükümetinin Adalet Bakanı Jeff Sessions ise FCPA ve diğer yolsuzluk karşıtı kanunların etkin bir şekilde uygulanacağını söylemiş olsa da rakip şirketlerin rüşvet verdiği olaylarda ABD'li şirketlerin aleyhine bir durumu arzulanmadığını ifade etmiştir¹³. Dolayısıyla, günümüzde FCPA'nın uygulamalarına dair soru işaretleri devam etmektedir.

Küresel ölçekte, toplumların refahını olumsuz etkileyen kara para aklama, ihaleye fesat karıştırma gibi yolsuzluk türleri ile uluslararası alanda yürütülen mücadeleye paralel olarak, uluslararası/yabancı kamu görevlilerine rüşvet suçunun cezalandırılması konusunda da önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Özellikle, yolsuzluğun hem mağduru, hem faydalananı, hem de faili statüsünde olabilen suçların gizlenmesi ile ilgili mekanizmalarda önemli rol oynayan tüzel kişileri yakından ilgilendiren düzenlemeler hayata geçirilmektedir. Uluslararası alandaki tartışmalar ve hukuki gelişmeler izlendiğinde tüzel kişilerin, suça iştirak eden gerçek kişiler yanında cezalandırılması, bu şirketlerin faaliyetlerinin kontrol altına alınması, hatta

¹¹ <https://www.blankrome.com/publications/fcpa-enforcement-under-trump-administration-no-piling-otherwise-business-usual> (Erişim: 5 Şubat 2019).

¹² <https://www2.deloitte.com/in/en/pages/finance/articles/fcpa-enforcement-under-the-trump-administration.html> (Erişim: 25 Şubat 2019).

¹³ <https://www.npr.org/2017/11/08/561059555/trump-used-to-disparage-an-anti-bribery-law-will-he-enforce-it-now> (Erişim: 25 Şubat 2019).

sonlandırılması, gerçek lehdarlık (*beneficiary ownership*)¹⁴ kavramının tartışmaya açılmasıyla tüzel kişilik yapılarının şeffaflaştırılması eğiliminin arttığı da tespit edilebilir.

Günümüzde devletler rüşvetle mücadele için etkin kurumsal yapılar kurmak konusunda birbirlerine taahhütler verirken; uluslararası faaliyet gösteren tüzel kişiler de küreselleşen dünyada öngörülebilir bir rekabet ortamının sağlanmasına katkıda bulunmak adına bu kuralların hayata geçirilmesini desteklemekte ve uyum standartlarını (*compliance standards*) geliştirmeye gayret etmektedir. Çünkü rüşvet, toplumun sadece sosyal ve politik yapısının düzgün işleyişini değil, serbest ve adil rekabet gibi temel pazar koşullarının sağlanmasını da engelleyerek ekonomik yapısını da bozan bir etkiye sahiptir. Zira bir ülkede ticaret, yatırım veya iş alma yarışını kazanmak için rüşvetin araç olarak kullanılabilir olması demek, iş ve yatırım ortamında öngörülebilirliğin ortadan kalkması demektir. Böyle bir iş ortamı, öngörülemeyen risk ve maliyetler barındırdığından hiçbir girişimciye ve nihayetinde kamuya fayda sağlamamaktadır.¹⁵ Rüşvetin bir ülkede iş yapmanın aracı haline gelmesi, girişimcilerin girişim yapmaktan çekindiği, yatırım ortamının zarar gördüğü, büyümenin ve kalkınmanın sekteye uğradığı, hükümetlerin sağlık ve eğitim gibi önemli kamusal harcamalarda kesintilere gittiği, toplanan vergilerin verimli bir şekilde kamu hizmetine dönüştürülemediği, vatandaşların serbest ve rekabetçi piyasanın imkânlarına ve kamu hizmetlerine etkin bir şekilde ulaşamadığı ortamların oluşmasına neden olmaktadır.¹⁶

OECD Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi'nin girizgâhında da belirtildiği üzere bugün, dünyanın geldiği noktada yolsuzlukla etkin mücadelenin sağlanabilmesi için tüm dünya ülkelerinin yolsuzluğu bir suç olarak kabul etmesi ve etkin şekilde koordine olmuş bir yaklaşımla ortak paydalarda buluşan ilkelerin ve pozitif hukukun

¹⁴ Gerçek lehtar (beneficial owner), bir tüzel kişi veya fon ya da bunların yarattığı gelire sahip olan, bu geliri kontrol eden veya bu gelirden kazanç sağlayan gerçek kişiyi ifade eder.

¹⁵ Rüşvetin ülke ekonomilerine etkileri üzerine yapılmış ampirik çalışmalar için bkz. Mauro; Gould ve Amaro-Reyes; Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası ve Dünya Bankası tarafından, geçiş sürecinde olan 20 ülke ekonomisi üzerinde 3000 civarında şirket kapsamında gerçekleştirilen araştırmada özellikle küçük ve orta ölçekli şirketlerin gelişimini en çok sekteye uğratan faktörlerin yolsuzluk ve rekabeti engelleyici uygulamalar olduğu ortaya konmuştur. bkz. Transition Report 1999, European Bank for Reconstruction and Development, <http://www.ebrd.com/downloads/research/transition/TR99.pdf> (Erişim: 25 Mart 2019).

oluşturulması için işbirliği içinde hareket etmesi gerekmektedir. 2017 itibariyle dünya ekonomisi 1990 yılına oranla iki kat büyümüştür. Bu büyümenin de etkisiyle uluslararası ticari işlemlerin arttığı ve bu işlemlerin ekonomik değerinin büyük boyutlara ulaştığı görülmektedir.¹⁷

Rüşvet ve yolsuzlukla mücadele konusunda uluslararası ve yerel düzenlemeler arasındaki ilişki açısından değerlendirme yapıldığında ise; özellikle yerel düzenlemelerin rüşvetle mücadelede etkin olamadığı hallerde uluslararası düzenlemelerin rüşvete karşı tek etkili mücadele aracı haline gelmekte olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda aslında ideal olan, rüşvetle uluslararası çerçeve düzenlemelerle belirlenen ilkelerin yansıtılacağı yerel düzenlemeler aracılığıyla mücadele etmektir.¹⁸

Uluslararası antlaşmalara uyum çabası sorunsuz bir çaba değildir. Çünkü *“her hukuk ithalatı kültürel sorunları da beraberinde getirmektedir”*¹⁹. Diğer taraftan, ülkemizin rüşvet, şeffaflık, yargı ve medya bağımsızlığı konularındaki politikalarının ve uygulamalarının uluslararası alanda algılanışı açısından da ciddi sorunları vardır. Bu sorunların tümünün yansımalarına uluslararası sivil toplum kuruluşlarının Türkiye'nin de dâhil edildiği uluslararası araştırmalarında rastlamak mümkündür. Örneğin; 2018 yılında, TI tarafından yayınlanan 2017 yılı CPI sonuçları şu ifadelerle ilan edilmiştir:

*“Türkiye'nin Yolsuzluk Algı Endeksi puanı ve sıralamadaki yeri 2013 yılından beri hızlı bir biçimde gerilemeye devam ediyor. 2017 yılı Endeks sonuçlarına göre, bir puanlık düşüşle 40 puan alan Türkiye, 6 basamak daha gerileyerek 180 ülke arasında 81. sırada yer aldı. Böylece, **endekste dört yıl üst üste gerileyen Türkiye**, son 5 sene içerisinde 10 puanlık bir düşüşle 28 sıra kaybetti.”*²⁰ *Tabii ki bu gelişmeler sadece sosyal medyada konuyla ilgisi olan bir grup insanın gündemini meşgul etmekle kalmadı, sıcak paranın yatırım alanlarını aradığı, bu arayış sırasında da piyasa güvenilirliğinin çok önemli olduğu bilgisi ışığında Türkiye'nin gelecekte ekonomik ve bunun*

¹⁷ World Trade Report World Trade Organization s.14

¹⁸ Obidairo s.43.

¹⁹ Pradel ve Kangal s.828.

²⁰ Uluslararası Şeffaflık Derneği, CPI Raporu 2017, <http://www.seffalik.org/cpi2017/>, (Erişim: 7 Kasım 2018).

yansımaları olarak da sosyal sorunların eşliğinde olduğuna dair bir endişe yarattı.”

Uluslararası alanda rüşvet dendiğinde rüşvetin çok boyutlu yapısı uluslararası ticari ilişkilerin karmaşık doğasıyla birleşmektedir. Bu birleşmenin, yürütme ve yargı organlarının çok yönlü bir araştırma ve tahkikat yürütmesini zorunlu kılmaması kurumların etkin ve doğru sonuçlara ulaşabilmek için büyük zaman ve emek harcamasına, teknolojik imkan kısıtları ve hukuk sistem boşluklarının birleştiği düzlemde kaynak yetersizlikleriyle karşı karşıya kalmalarına neden olmaktadır. Ticaretin küreselleşmesi ve teknolojik gelişmelerle birlikte giderek karmaşıklaşmasıyla ortaya çıkan çok katmanlı yolsuzluklar ve özellikle rüşvet suçlarıyla mücadele etmek, kamu düzenini tesis etmeyi ve kamu yararını korumayı hedefleyen devletlerin ortak ödevi haline dönüşmüştür. Bu süreçte dünya ekonomisinin önemli aktörlerinden birisi olan Türkiye'nin gelişmiş ekonomileri izlediği ve kendi üzerine düşen görevleri yerine getirme çabası içinde olduğu görülmektedir.

Türkiye'de bu çalışmanın konusuyla ilgili kavramları ele alan çeşitli çalışmalar yapılmışsa da rüşvetle ilgili uluslararası sözleşmeleri, tüzel kişinin ceza sorumluluğunu ve rüşvet ilişkisini bir arada inceleyen bir çalışmaya tarafımızca rastlanmamıştır. Yine bu güne kadar herhangi bir çalışmada, uluslararası alanda etkisi sıkça vurgulanan ve hükümleri itibariyle sınır ötesi uygulanan (*extraterritorial execution*) ABD Yurtdışı Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu (“FCPA”) ve Birleşik Krallık Rüşvet Yasası (“UKBA”) düzenlemelerinin kapsamı, bu düzenlemelerin uluslararası alanda kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunun şekillenmesine etkisi, tüzel kişi faaliyetleri açısından öngörülen yaptırımlar ve bunların uygulanmasına ilişkin uluslararası alandaki dava örnekleri bütünsel olarak incelenmemiştir. Diğer taraftan, uluslararası antlaşmalar kapsamında rüşvetin düzenlenişi ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusu ceza, idare, ticaret ve uluslararası ceza hukuku gibi çok geniş bir hukuk alanının konusudur. Bu nedenle, kapsam sınırlaması zorunlu olmuştur.

Her ne kadar bu çalışma kapsamında sınır ötesi uygulaması olan FCPA ve UKBA gibi yasalardan bahsedilecek olsa da bu çalışmanın amacı değişik hukuk sistemlerinin rüşvetle mücadele konusunda nasıl geliştiğini incelemek değildir. Bu çalışmanın amacı, günümüzde uluslararası alanda rüşvetle mücadeleye etkinlik kazandırmak için tüzel kişilere ceza sorumluluğu yüklemenin bir araç olarak tercih

edilip edilmediğini, ediliyor ise bu tercihin rüşvetle mücadeleye etkinlik kazandırıp kazandırmayacağını araştırmaktır. Bununla beraber uluslararası alandaki rüşvet düzenlemelerinin Türk Hukuku ile etkileşimini ortaya koyarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğu açısından Türkiye’de mevcut düzenlemelerin gelişim alanlarının neler olduğu konularında bir görüş oluşturmak amaçlanmaktadır.

Çalışmanın nihai amacı, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilip edilmemesi meselesine, rüşvet suçu ile ilgili uluslararası uygulamalar ve antlaşmalar perspektifinden yaklaşılarak gerçek kişinin eylemine isnad edilen cezai sorumlulukların, tüzel kişiye de isnad edilmesi durumunda daha etkin bir caydırıcılık sağlanıp sağlanamayacağını tartışmaya açmaktır. Çalışmada öncelikle rüşvet suçu ele alınacak, ardından uluslararası alanda rüşvet suçunun gelişimi ve bu gelişimin tarihsel önyakları mercek altına alınarak incelenecek, ardından tüzel kişi ceza sorumluluğu konusu tüzel kişiliğin oluşumu ve kişilik kazanmasına ilişkin teoriler ışığında incelenecek, son olarak da tüzel kişilere rüşvet suçu kapsamında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin adli cezalar karşısındaki caydırıcılık gücü eleştirel bir bakış açısı ile ele alınacaktır.

Bu doğrultuda, çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Türk Hukuku’nda rüşvet suçu ele alınmıştır. Bu kapsamda, rüşvet suçunun tarihsel gelişimi, 765 sayılı TCK’dan 5237 sayılı TCK’ya değişimi, bu aşamada rüşvet suçu ve tüzel kişi ceza sorumluluğu konusunda gerçekleşen değişiklikler ve 5237 sayılı TCK’nın 252. Maddesi ile düzenlenmiş olan rüşvet suçuyla korunan hukuki değer, rüşvet suçunun yapısı, rüşvet suçunun unsurları incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, uluslararası alanda rüşvetle mücadele olgusu ahlaki yönüyle birlikte ele alınarak, rüşvetle mücadelenin uluslararası tartışmaların gündemine gelişinin tarihine yakından bakılmıştır. Bu kapsamda, yabancı kamu görevlisine rüşvet suçunu ilk kez düzenleyen FCPA mercek altına alınmış ve Amerika’nın zaman içinde uluslararası yasama faaliyetlerini de şekillendirecek olan düzenlemesinin tarihsel gelişimi ve FCPA kapsamında düzenlenen suçlar tüm unsurları ile detaylı biçimde incelenmiştir. Bu bölümün, uluslararası alanda yabancı kamu görevlisine rüşvet suçunun hangi motiflerle işlenmiş olduğunun algılanması, bugünkü tartışmaların doğru analizi açısından kolaylık sağlaması hedeflenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde uluslararası alanda rüşvet fiilinin suç hâline getirilmesi konusunda Taraf Devletlere yükümlülükler yükleyen ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler incelenmiş, ilgili antlaşmalardan doğan yükümlülüklerin ne oranda yerine getirilebildiği saptanmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde, ayrıca çalışma kapsamında incelenen uluslararası antlaşmaların gelişimi, kavramsal farklılıkları rüşvet suçuna ilişkin hükümleri özelinde incelenmiştir. Bu bölümde, çalışmamızın kapsamını sınırlayabilmek amacı ile sadece bünyesinde rüşvet fiilini bir suç tipi olarak barındıran ve tüzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler içeren ve Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmalar incelenmiştir. Aynı amaçla, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerin diğer yolsuzluk türlerine, adli yardım ile işbirliğine ve yolsuzlukla mücadelede alınacak önleyici tedbirlere ya da yolsuzlukla oluşan zararların tazminine ilişkin hükümleri inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.²¹

Çalışmanın dördüncü bölümünde, tüzel kişi ceza sorumluluğu konusu çok yönlü olarak, karşılaştırmalı hukuktaki durum incelenerek ele alınmıştır. Tüzel kişi ceza sorumluluğunun Anglo-Sakson hukuk sisteminin temsilcileri olan Amerika, İngiltere ve Avustralya'da nasıl değerlendirildiği, tüzel kişi ceza sorumluluğunun hukuki kaynakları hakkında tartışmalar ve güncel yaklaşımlar incelenmiştir. Her ne kadar tüzel kişi ceza sorumluluğu Anglo-Sakson hukuk sistemleri içinde gelişen bir alansa da, sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesine imkân vermek için, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden de tüzel kişi ceza sorumluluğunu kabul eden ve etmeyen ülkelerden örnekler seçilerek incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca Türk Hukuku'nda tüzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin tartışmalar hem öğreti hem de yargının yaklaşımının detaylıca incelenmesi suretiyle ortaya konulmuştur. Bu çalışma kapsamında savunulan ana fikir etkin bir rüşvetle mücadele politikası oluşturulması için tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesinin gerekli olduğu tezi olsa da çalışma kapsamında hem Türk Hukuku hem de uluslararası hukuk perspektifinden mukayeseli bir çalışma hazırlanmış, leh ve aleyhteki görüşlere bir arada yer vermeye gayret edilmiştir. Dördüncü bölümde ayrıca, çalışmanın kapsamında ele alınan uluslararası antlaşmaların tüzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin hükümleri incelenmiş, bu çerçevede Türkiye'nin tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerinin bu antlaşmaların düzenlemeleri ile

²¹ Belirlenmiş olan bu kapsam içinde olmamaları nedeni ile, uluslararası alanda yabancı kamu görevlisine rüşvet suçunu düzenleyen ilk anlaşma olarak görülen Amerikan Devletleri Örgütü (Organization of American States)'nin 29.03.1996 tarihli Amerikanlar-arası Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (Inter-American Convention Against Corruption), 05.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren Afrika Birliği Yolsuzluğun ve İlgili Suçların Önlenmesi ve Mücadele Sözleşmesi ve Avrupa Birliği nezdinde akdedilmiş olan Sözleşmeler incelenmeyecektir.

uyumuna ilişkin genel durum ortaya konulmaya çalışılmıştır. Dördüncü bölümde son olarak, tüzel kişi ceza sorumluluğunun savunulması kapsamında, tüzel kişilere uygulanabilecek olan adli ve idari yaptırımların caydırıcılık etkisi ve hukuki güvenliği tesis eden ilkeler açısından farklılıkları da incelenmiş, bu noktada suçun faillerine uygulanacak olan cezalarla tüzel kişilere uygulanacak olan cezaların hukuki rejimindeki farklılıkların gündeme getirebileceği hukuki sorunlar tartışmaya açılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın sonuç bölümünde Türkiye'nin özel olarak uluslararası alanda rüşvet suçu bağlamında, genel olarak tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili olarak, tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülükleri de gözetilerek, mevcut düzenlemelerinde ne tür değişiklikler yapabileceği konusunda öneriler paylaşılmıştır. Bu önerilerin, ülkemizin uluslararası antlaşmalar çerçevesindeki taahhütlerini yerine getirmesi ve uluslararası kuruluşların eleştirilerinin bertaraf edebilmesi açısından yol gösterici olması arzulanmaktadır.

1. BÖLÜM: RÜŞVET

1.1. Kavram

Arapça *rşw* kökünden gelen ve aynı anlama gelen *rişwa* sözcüğünden alıntılanan²² bir kelime olan rüşvet, sözlüklerde; “*Yaptırılmak istenen bir işte yasa dışı kolaylık ve çabukluk sağlanması için bir kimseye mal veya para olarak sağlanan çıkar*”²³ ve “*vazifeli bir kimsenin elindeki imkanları para veya mal karşılığında kötüye kullanması, bu şekilde verilip alınan para, mal veya eşya*”²⁴ olarak tanımlanmıştır. Türk Hukuk Lügatında ise rüşvet “*...Memur sayılan kimsenin vazifesine giren bir iş için (...) kanunca verilmesi icabetmeyen bir para veya mal alması veya herhangi bir menfaat temin etmesi, yahut para, mal veya menfaat hakkında taahhüt veya teminat kabul etmesidir*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Rüşvetin sözlük tanımı yukarıdaki gibi olmakla birlikte, hukuk düzenini ilgilendiren haliyle rüşvet suçu öğretilde birçok yazar tarafından ele alınmış, mevzuatın ve hukukun gelişimine paralel olarak irdelenmiş ve tanımlanmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (“**eTCK**”) yürürlükte olduğu dönemde rüşvet, **Dönmezer** tarafından “*Özel veya kamusal belirli bir fonksiyonla yükümlü olan bir kişinin kendisi veya başkası için doğrudan doğruya veya dolayısıyla diğer bir kimseden fonksiyonuna bağlı veya fonksiyonunun kolaylaştırdığı bir tasarrufu icra etmek, geciktirmek veya ihmal etmek için herhangi bir surette olursa olsun bir şey talep etmesi veya vaatte bulunulmasını istemesi*” olarak tanımlamış ve diğer yazarlar tarafından da benzer tanımlar yapılmıştır.²⁵

²² <http://www.etimolojiturkce.com/kelime/rüşvet>.

²³ Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim: 26 Mart 2015)

²⁴ Develioğlu s.902.

²⁵ Dönmezer s.76; A. P. Gözübüyük s.202-368; Mumcu, Osmanlı Devletinde Rüşvet, Özellikle Adli Rüşvet s.1.

Rüşvet suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ("**5237 sayılı TCK**") yürürlüğe girmesiyle birlikte, suçun yeni şekli dikkate alınarak daha güncel bir tanım ile "*kamu görevlisinin icbar veya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevi sebebiyle temin ettiği haksız menfaat*" olarak tanımlanabilir.²⁶ Bu tanım, 252. maddenin ilk ihdas ediliş şekline de uygun olarak kamu görevlisinin görevinin gerekliliklerine uygun davranmak için haksız bir menfaat temin etmesini kapsamamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın ilk haline ulusal²⁷ ve uluslararası²⁸ alanda getirilen eleştiriler nedeniyle 2012 yılında 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'la ("**6352 sayılı Kanun**") değişiklik yapılmıştır. 6352 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de bahsedilen bu eleştirilerden özellikle GRECO tavsiye kararlarına vurgu yapılmıştır.

Yapılan bu değişiklikle birlikte rüşvet suçunun kapsamı tekrar değiştirilmiş, kamu görevlisinin görevinin gerekliliklerine uygun davranmak için haksız bir menfaat temin etmesi, yani basit rüşvet²⁹, yeniden rüşvet suçu kapsamına alınmıştır. Böylelikle, öğretideki yazarlar tarafından rüşvet son haliyle "*Kural olarak bir kamu görevlisiyle diğer herhangi bir kişi arasında gerçekleştirilen ve kamu görevlisinin görevine giren bir işin yapılması ya da yapılmaması karşılığında bir anlaşma çerçevesinde karşı taraftan haksız bir yarar kabul etmesidir*"³⁰ olarak tanımlanmıştır.³¹

²⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.938.

²⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1059.

²⁸ OECD Turkey: Phase 2 bis Report s.32.

²⁹ "Basit Rüşvet" ve "Nitelikli Rüşvet" öğretide "Adi Rüşvet" ve "Ağır Rüşvet" olarak da adlandırılmıştır. Bkz. Erem, Ceza Hukuku Hususi Hükümler Cilt I s.302.

³⁰ Tezcan , Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. s.1015.

³¹ Değişik hukuk eserlerinde farklı tanımlara da yer verilmiştir: *Rüşvet kamu görevlisi veya temsilci ile özel şahıs arasında yapılan bir anlaşmadır. Bu anlaşmaya göre, kamu görevlisi veya temsilci görevi ile ilgili yetkisini kullanırken görevinin gereklerine aykırı olarak yapmaması gereken bir işi yapmak, yapması gereken bir işi yapmamak veya görevinin gereklerine uygun olarak yapmak veya yapmamak için ikinciden bir karşılık almaktır.*" Soyaslan s.679; *"Rüşvet suçu, görevinin ifası ile ilgili bir işi yapması ya da yapmaması amacıyla, kamu görevlisinin, kendisine veya göstereceği bir başka gerçek veya tüzelkişiye bir başkasından menfaat temin etmesi"* Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları; *"Kamu görevlisinin icbar veya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, vardığı anlaşma sonucunda doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat sağlaması"* Artuk, Rüşvet Suçu s.84.

1.2. Türk Hukuku'nda Rüşvetin Tarihsel Gelişimi

1.2.1. Osmanlı'da Rüşvet Suçunun Hukuksal Gelişimi

Neredeyse insanlık tarihi kadar eski olan rüşvetin Osmanlı Devleti'nin daha ilk dönemlerinde var olduğuna dair bilgiler literatüre yansımıştır. Bunun yanında, merkez otoritesinin gücü ve ülkedeki denetimi 1600'lü yıllara kadar hemen her alanda kendini belli etmiş, mali konularda en küçük bir aksaklık bile hoşgörülle karşılanmamıştır.³²

Osmanlı Devleti'nin kuruluş zamanından itibaren yöneticilerin rüşvet aldıkları ve diplomatik etkileşimlerin artmasına paralel olarak rüşvetin de artmış olduğu gözlenmiştir.³³ *Daşcıoğlu* tarafından Neşir isimli eserden aktarıldığı şekli ile Orhan Bey zamanından itibaren rüşvet devlet yönetiminde yer almıştır.³⁴ 18. yüzyılda da durumun aynı şekilde devam ettiğinden kamu hizmetlerine liyakatli kişilerin değil daha çok para veren kişilerin atandığında bahsedilmiştir. Bu durumun 19. yüzyılda da devam ettiği, hatta rüşvetin hediye şeklinde verilmesinin de yaygınlaştığı görülmektedir.³⁵

Osmanlı Devleti'nde birçok dönemde rüşvetle mücadelenin izlerine rastlanmaktadır.³⁶ II. Mahmud dönemi ile birlikte devletin ana kurumlarını hedef alan ve modern bir bürokrasinin kurulabilmesine yönelik köklü değişiklikler yapılmıştır.³⁷ 1838 yılına gelindiğinde, Devlet'in rüşveti bir sorun olarak görmeye başladığı, II. Mahmud'un emri ile idari ve adli ıslahatı içeren iki kanunname hazırlandığı, bunlardan ilkinin "Tarik-i İlmıyye'ye Dair Ceza Kanunname"si olduğu ve birer nüshası bütün vilayet ve sancak merkezlerine

³² Cem s.100.

³³ Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.157.

³⁴ *Daşcıoğlu* s.120.

³⁵ Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.99-100.

³⁶ Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.257 v.d.

³⁷ Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.275.

gönderilen bu düzenlemenin özellikle rüşvet ile mücadele etmek üzere konulmuş olduğu belirtilmiştir.³⁸ Bu düzenlemenin hükümlerinin çoğu rüşvetle kadı ve naip atanmasında verilecek cezalar hakkındadır. Bu düzenlemede, kamu düzenine zararı olmayan küçük hediye ve bahşişler, hediye alınıp verilmesi (örn: bal, yağ, köle, cariye, esp, bargir, koyun ve kuzu gibi şeyler) rüşvet sayılmamıştır. Bu düzenlemede hem rüşvet alanın hem de rüşvet verenin cezalandırıldığı görülmektedir. Ayrıca, rüşvet olarak edinilen değerın hazineye geri döndürülmesi, faillerin belirli sürelerle devlet görevlerine alınmaması, rüşveti zorlama nedeni ile alan veya verenin devleti hemen haberdar etmesi halinde ödüllendirilmesi gibi hükümler içermiştir.³⁹

Rüşveti önlemeye ilişkin daha ciddi önlemler, 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı'nda yer alırken, 1840 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanunnamesi'nin beşinci faslında da rüşvet suçu geniş şekilde düzenlenmiştir. Bu Kanunname Osmanlı döneminde rüşvet suçunu en derli toplu şekilde düzenleyen ilk metindir.⁴⁰ 1858 yılında ise, Fransız Ceza Kanunu'ndan yararlanılarak yeni bir ceza kanunu hazırlanmış; bu Kanun'da da rüşvet ile ilgili hükümler -Nizamnamenin rüşvet sayılan ve sayılmayan hediyeler ile ilgili hükümleri de dahil olmak üzere- yer almıştır.⁴¹

Tanzimat Dönemi'nde alınan bu önlemler ile ilk zamanlar başarılı sonuçlar elde edilmeye başlandığı görülmüştür. Fakat rüşvetle savaşmak için iyi niyetle, dönemin dürüst ve değerli devlet adamlarınca alınan tedbirlerin uygulanması daha sonra yine gevşemiş; Osmanlı Devleti yıkılana değin rüşvet ve yolsuzlukların yaygınlığı azalmamıştır.⁴² Rüşvet Osmanlı Devleti'nin çöküşüne neden olan olgulardan birisi olarak tarih sahnesinde yerini almıştır.⁴³

³⁸ Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.276-278.

³⁹ Keleş s.260-265.

⁴⁰ Akbulut s.635.

⁴¹ Tarhan, Gençkaya ve Ergin s.36-37.

⁴² Cem s.101, Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.289.

⁴³ Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet s.309.

1.2.2. eTCK’da Rüşvet Suçu

Türkiye’de rüşvetin bir suç olarak ceza kanununda yerini alması ilk kez eTCK’nın 211. maddesiyle gerçekleşmiştir.⁴⁴ eTCK’nın ilk halinde rüşvet alma suçu iki farklı şekliyle düzenlemiştir.⁴⁵ Memurun kanunen yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapması veya kanunen yapmamaya mecbur olduğu bir şeyi yapmaması için rüşvet alması şeklinde vuku bulan “basit rüşvet” 212. maddede⁴⁶; memurun kanunen yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapmaması veya kanunen yapmamaya mecbur olduğu bir şeyi yapması şeklinde vuku bulan “nitelikli (mevsuf) rüşvet suçu” ise 213. maddede⁴⁷ düzenlenmiş ve bu suçların karşılığı yaptırımlara yer verilmiştir.⁴⁸ Madde 212 ve 213’ün devamında da rüşvet suçunun ceza alt ve üst sınırları belirlenmiştir.

Bu hükümler 1858 tarihli Kanunname-i Hümayun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ve 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’ndan derlendiği için

⁴⁴ eTCK’nın 211’inci maddesinde düzenlenen Rüşvet suçu, 1990 yılında değişikliğe uğramasına kadar kanunda şu şekilde tanımlanmıştır: “Maaşlı veya maaşsız daimi veya muvakkat, mansup veya müntehap, yeminli veya yeminsiz olarak Hükümete veya nihiye ve köylere ve belediyelere ait bir işle tanzif ve tevkil edilen ve Hükümet ve nahiyelerin doğrudan doğruya nezareti altındaki daire ve müesseselerin işlerini görmekle mükellef bulunanların ve efradı nastan olup da hakem, ehlihibre, mümeyyiz tercüman, sindik, muhammim, tasfiye memuru gibi resmi bir vazife ile mükellef bulunan kimselerin ve kâtibî adil ve avukat ve dava vekillerinin kanunen ve nizamen yapmağa mecbur olduğu şeyi yapmak hediye namıyla aldıkları ve başkalarına aldıkları para ve hediye namıyla aldıkları eşya ve her ne suretle olursa olsun temin ettikleri sair menfaatler rüşvet olduğu gibi bu maksada mebni az veya çok bahaya alıp sattıkları ve ihale eyledikleri mal ve mülklerin hakiki kıymetiyle verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark dahi rüşvettir.”

⁴⁵ Kanun değişiklikler öncesindeki ilk haline ulaşmak için bkz.; <http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/3/0765/a/0765sk-2.htm#211> (21 Mayıs 2016, 17:44).

⁴⁶ “**Madde 212** - Kanunen ve nizamen yapmağa mecbur olduğu şeyi yapmak ve yapmamağa mecbur olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimse üç aydan iki seneye kadar hapis olunur. Şu kadar ki neticeten memurun mensup olduğu dairenin alakadar bulunduğu mukavele ve taahhütle girişilmiş veya memuriyet maaş, nişan veya sair rütbe ve mansıplar tevcih edilmiş yahut kanun ve nizama muhalefet vuku bulmuş ise hapis müddeti altı aydan aşağı olmamak üzere iki senedir.” <http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/3/0765/a/0765sk-2.htm#211> (20 Ocak 2018, 22:33).

⁴⁷ “**Madde 213** - Kanunen ve nizamen yapmağa mecbur olduğu şeyi yapmamak veyahut yapmamağa mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimse bir seneden üç seneye kadar hapis olunur. Şu kadar ki mürtesinin bu hareketi neticesinde memuriyet, maaş, nişan ve sair rütbe ve mansıplar tevcih edildiği veyahut hakkı ihlal eden veya zarar veren bir hal vücuda gelmiş bulunduğu takdirde hapis cezası iki seneden az olmaz.” <http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/3/0765/a/0765sk-2.htm#211> (20 Ocak 2018, 22:33).

⁴⁸ A. P. Gözübüyük s.20-21.

sistematik bir bütünlüğünün bulunmadığı ve çelişkiler içerdiği ileri sürülmüştür.⁴⁹

Rüşveti düzenleyen hükümlerde ilk değişiklik 1933 yılında yapılmıştır.⁵⁰ eTCK'nın rüşvete ilişkin hükümleri 1933'ten sonra bugünkü halini alana kadar; 1937 yılında⁵¹, 1953 yılında,⁵² 1990 yılında⁵³ değişikliklere uğramıştır. 1990 yılında yapılan ve çalışmamız açısından en önemli olarak görülebilecek olan değişiklik, 220. madde'nin” *...tüzel kişi hakkında da suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır para cezasına hükmolunur*” hükmünün yürürlükten kaldırılmasıdır.

Öte yandan, çalışmanın 3. bölümünde üzerinde detaylı şekilde durulacağı gibi OECD Konvansiyonu ülkemiz tarafından 17.12.1999 yılında imzalanmıştır. İlgili 211. madde daha sonra, OECD Konvansiyonu'nun ülkemiz bakımından

⁴⁹ Akbulut s.636.

⁵⁰ 08.06.1933 tarihinde 2275 sayılı Kanun'un 1. maddesi vasıtasıyla yapılan bu değişiklik, rüşvet alımını düzenleyen 212 ve 213. maddelerde hapis cezasının alt ve üst sınırları, 214. maddenin alt sınırı, yargı görevlilerine verilen rüşveti düzenleyen 221. maddenin alt sınırı ve hepsinin ağırlaştırılmış hükümlerindeki alt sınırları yükseltilerek rüşvet suçuna daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür. 211. maddede sayılan kişilere rüşvet verilmesi veya teklif edilmesini düzenleyen 220. maddede ise hapis cezasının üst sınırı yükseltirilen bu cezaya alternatif olarak ağır para cezası hükmü konulmuştur.

⁵¹ 03.02.1937 tarihinde 3112 sayılı Kanun'un 1. maddesi vasıtasıyla yapılan değişiklik ile rüşvet verilmesini düzenleyen 220. madde tekrar değiştirilmiş ve 1933 yılında ceza hükümlerine alternatif olarak getirilen ağır para cezasının artık hapis cezasına ek olarak verileceği düzenlenmiştir.

⁵² Cezaların daha caydırıcı bir şekilde düzenlenmesi ihtiyacı doğmuş ve 01.08.1953 tarihinde 6123 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle rüşvet alınmasını düzenleyen 212, 213 ve 214. maddelerde hapis cezalarının alt ve üst sınırları önceki kanuna göre iki katı kadar artmış ve hapis cezaları, ağır hapis cezası olarak düzenlenmiştir. 215. maddede değişiklikten önce rüşvet alan yargı mensuplarına muvakkat hapis cezası öngörülürken bu değişiklikte alt sınır yedi seneye çıkarılmıştır. 220. madde de ise bu değişiklikte hapis cezası diğer maddelere nazaran daha az artsa da – alt sınır 3 aydan 1 seneye- burada esas olan değişiklik rüşvet verenlere öngörülen ağır para cezasının üst sınırının beş katı kadar artmasıdır. Aynı doğrultuda, 222, 225 ve 227. maddelerde öngörülen ceza miktarları artırılmış ve 222. ve 225. maddelerde temin edilen menfaatin beş katına kadar para cezasına hükmedilmesine imkân sağlanmıştır. 227. maddede ise hapis cezası bir seneden aşağı olmamak üzere belirlenmesine ve para cezasının da beş yüz liradan iki bin liraya kadar olmasına karar verilmiştir.

⁵³ 211. madde daha sonra 29.11.1990 tarihinde 3679 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklik ile 211. maddenin devamındaki rüşvet suçunun TCK kapsamında memur olarak tanımlanmamış olan “**belirli hallerde Devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumlulukları bakımından Devlet memurları gibi cezalandırılacakları belirtilenlerin**” de bulunduğu ifade edilerek, suçun faili olabilecek olan kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca, yapılan bu değişiklik ile Türk Hukuku'nda aktif ve pasif rüşvet ayrıştırılmıştır. Değiştirilen 212. madde rüşvet alma (pasif rüşvet) suçunu düzenlerken, 213. maddede de rüşvet verme (aktif rüşvet) suçuna yer verilmiştir. Her iki maddede ayrı ayrı rüşvet suçunun basit ve nitelikli hali yer almaktadır. Böylece rüşvet alma ve rüşvet verme suçları birbirinden bağımsız iki ayrı suç tipi olarak kabul edilmiştir. Bu durumda rüşvet suçlarında iki kişiye gerek vardır ve bunlardan biri memur olmalıdır, fakat artık bu iki kişinin rüşvet suçu aynı değildir. Bu iki suçun bağımsız suçlar olarak kabul edilmesi beraberinde diğer unsurların farklı şekilde uygulanmasını getirmiştir. Örneğin artık bu iki suç ayrı ayrı gerçekleştirilecek, bir tarafın cezalandırılmaması diğerinin cezalandırılmasını engellemeyecek ve herhangi bir taraf için iştirak unsuru söz konusu olduğunda bu kuralların diğer tarafa da uygulanması gerekmeyecektir. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765/etkilendigi-islemler> (20 Ocak 2018, 23.00).

yürürlüğe girmesini⁵⁴ takiben 2003 yılında yürürlüğe konulan, 4782 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁵,un (“4782 sayılı Kanun”) 2. maddesinin son fıkrası olarak “(Ek: 02.01.2003-4782/2 md.) *Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî 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 teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır*⁵⁶” hükmü eklenmiştir. 4782 sayılı Kanun’la yapılan önemli bir değişiklik de daha önce yukarıda bahsedilen 1990 yılında yapılan kanun değişikliğiyle mülga edilmiş olan 220. maddenin yeniden ihdas edilerek aşağıdaki şekilde Kanun’a girmiş olmasıdır;

“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.”

Bu hükmün eTCK’da yer almasında Anayasa Mahkemesi’nin tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hakkında vermiş olduğu kararların da etkisi olmuştur. İlerleyen bölümlerde daha detaylı tartışıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi 1989 tarihli kararında⁵⁷ tüzel kişilerin cezadan bağışık tutulmasının, yasaların önleyici etkisinden uzak kalmalarını beraberinde getirerek toplumsal açıdan sakıncalı olacağı, bu nedenle de tüzel kişilerin yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulunmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararın da etkisi ile 220.

⁵⁴ 4518 sayılı ve 01.02.2000 tarihli Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, bu Kanun ile Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunmasının ardından Bakanlar Kurulu’nun 9 Mart 2000 tarih ve 2000/385 sayılı Kararı ile onaylanmıştır. Karar ve Sözleşme metnin çevirisi 10 Mayıs 2000 tarih ve 24045 mükerrer sayılı Resmi Gazete ’de yayınlanmıştır.

⁵⁵ 11.01.2003 tarihli ve 24990 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁶ <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2003N24990K4782> (Erişim: 21 Ocak 2018).

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi E:1988/15 K:1989/9 ve 14 Şubat 1989 Tarihli Genel Kurul Kararı (Bkz. Bölüm 4.11.1).

maddeye yapılan söz konusu eklemeye tüzel kişinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme yeniden getirilmiştir.⁵⁸ Bu düzenleme kapsamında eTCK'da tüzel kişilere yönelik olarak ceza ngrlmŐ olması açısından Türk Ceza Hukuku'na tüzel kişinin ceza sorumluluğuyla ilgili ilerleyen bölümlerde değinilecek olan tartiŐmaları beraberinde getirmiştir. Bu tartiŐmaların ana ekseninde suç ve cezaların Şahsiliği ilkesi bulunmaktadır.

eTCK'nın güncellenmesi ihtiyaı çerçevesinde ilki 1940 tarihinde olmak üzere 1950,1987, 1989 ve 1997'de⁵⁹ Türk Ceza Kanunu n tasarıları hazırlanmış fakat bu tasarılar kanunlaşma imkânı bulamamışlardır. 1997 Tasarısının gözden geçirilmesi ile 2000 yılında hazırlanan 502 maddelik tasarı, 'Hükümet Tasarısı' olarak 12.05.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sevk edilmiştir.⁶⁰

Çalışmanın nc bölümünde daha detaylı olarak aktarıldığı üzere, tasarıda tüzel kişi ceza sorumluluğunun kabul edilmiş olduğu, daha sonra kanunlaşma aşamasında tüzel kişi ceza sorumluluğunun kabulü yaklaşımından uzaklaŐıldıĐı görülmektedir.

eTCK'dan 5237 sayılı TCK'ya geçiş sürecinde tasarıların mecliste tartiŐıldıĐı sırada özellikle tüzel kişi ceza sorumluluğu konusunun yeterince kapsamlı değerlendirilmemiş olduğu, uzun yılların birikimine dayanan bir hazırlık evresi göz ardı edilerek kısa bir süre içinde tasarının revize edilerek yasalaŐtırıldıĐı görülmektedir. Özellikle uluslararası düzenlemelere, uygulamaya, ticaretin uluslararasılaŐmasına, Şirket yapılarının çok komplike hale gelmekte olduğuna ilişkin ve farklı ülke hukuk sistemlerinin incelenerek bunlar arasında Türk Hukuku açısından en etkin, caydırıcı mekanizma olarak neyin benimsenebileceği konusunda derinlemesine bir tartiŐmaya rastlanmamıştır. Bugün tüzel kişilerin hukuki ve mali sorumluluklarının yanı sıra ceza sorumluluklarının da bulunuyor olması toplumsal bir gereklilik olarak karşımıza ıkrsa da bu konu geçmişte öğretide temel Ceza Hukuku ilkeleri

⁵⁸ Centel s.3315.

⁵⁹ 1987, 1989, 1997 ve 2000 yıllarında hazırlanan tasarılar Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında oluşturulan komisyonlar tarafından hazırlandığından 'Dönmezer Tasarısı' olarak da adlandırılmaktadırlar; D. Aydın, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu TartiŐmaları s.249.

⁶⁰ <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim: 20 Kasım 2018).

bakımından ilerleyen bölümlerde⁶¹ çok daha detaylı olarak ele alınacak olan tartışmalara yol açmıştır.⁶²

Rüşvet suçunda tüzel kişi ceza sorumluluğu konusu eTCK’da ruhunu bulamamış bir konudur. eTCK yeniden ele alınırken öğretinin ve yargının, ayrı ayrı veya kendi içinde, meselenin genel ceza teorisi boyutu ile ilgili bir mutabakata varamamış olduğu görülmektedir.

Bahsedilen bu gelişmelerin nihayetinde eTCK 26.09.2004 tarihine kadar yürürlükte kalmış ve bu tarihte 5237 sayılı TCK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

1.2.3. 5237 Sayılı Kanun’da Rüşvet Suçu

5237 sayılı TCK ile Türk Ceza Hukuku’nda köklü bir değişim yapılmıştır. Fakat bu kanunun yürürlüğe girdiği ilk haliyle rüşvet suçunu düzenleyen 252. madde, eTCK düzenlemesiyle karşılaştırıldığında suçun uygulama alanını daraltmış ve suçun tanımlanmasında uluslararası kabul görmüş olan standartları yeterince karşılayamaz hale gelmiştir. Bu eleştiriler 2012 yılında yapılan son değişikliğe kadar devam etmiştir. 5237 sayılı TCK’da suçun unsurları arasına kamu görevlisinin “*görevinin gereklerine aykırılık*” unsurunun eklenmesi ve bu kapsamda sadece “nitelikli rüşvet” tanımı kapsamındaki fiilerin cezalandırılması, basit rüşvet olarak bilinen suç tipinin ise düzenlemenin dışında bırakılmış olması,⁶³ suçun cezalandırma alanını daraltması ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerin gerekliliklerini karşılayamaması nedeniyle bir geri adım olarak değerlendirilmiştir.⁶⁴

⁶¹ Bkz. Bölüm 4.

⁶² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler s. 275 vd.

⁶³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2015/13461, K. 2016/8508, T. 24.10.2016, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 18 Şubat 2019).

⁶⁴ GRECO Türkiye Hakkında Uygunluk Raporu, 2012,s.4; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.940-942.

5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde 252. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak haklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması hâlinde icbar suretiyle irtikâp suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekeceği yönünde bir değerlendirme yapılmıştır⁶⁵. Bu gerekçeye göre eTCK'daki basit rüşvet suçunun artık yeni kanunun 250. maddesindeki "İcbar Suretiyle İrtikâp" suçu olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Gerekçeyle birlikte basit rüşvet suçu, daha hafif bir yaptırım ile düzenlenmek yerine, yaptırımı ağır olan "İcbar Suretiyle İrtikâp" suçu kapsamına alınmıştır. Bu tercih ile basit rüşvet ağır bir yaptırımı bağlanmak istenmiş olsa da uygulama kanun koyucunun bu gerekçede ileri sürdüğü iradesinden farklı yönde gelişmiş; nihayetinde basit rüşvetle ilişki kararlarda tutarsızlıklar oluşmuştur.

Yargıtay tarafından ele alınan dosyalarda nitelikli ve basit rüşvet ayırımına ilişkin suçların 5237 sayılı TCK ile değiştirilmesine ilişkin olarak sanık lehine yorum ilkesi izlenerek, yargılama aşamasında daha az cezaya hükmedilebilecek olan hallerin dikkate alınması gerekliliği vurgulanmıştır.⁶⁶ Böylece Yargıtay kendi uygulamasını, işlenen basit rüşvet suçunu icbar suretiyle irtikâp olarak değil, 5237 sayılı TCK madde 257/3 uyarınca görevi kötüye kullanma suçu olarak nitelendirmek ve sanık lehine yasa hükümlerini dikkate almak suretiyle yasa koyucunun iradesinden farklı bir yönde ortaya koymuştur.⁶⁷

⁶⁵ Gündel s.4832.

⁶⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/8212 E. , 2009/11121 K., "Rüşvet alma suçundan sanık A... Y... 'ın bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda; atılı suçtan mahkûmiyetine dair, K... 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 16. 01. 2008 gün ve 2003/291 Esas, 2008/7 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı'ndan tebliğ name ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü; 765 sayılı yasanın 212. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde, 5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde "rüşvet bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. " demek suretiyle sadece nitelikli rüşvet suçuna yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlamasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, dosya kapsamında mevcut basit denetim raporu ile tanık beyanlarına göre de sol sahil sulama birliği başkanı olan müştekinin suç teşkil edecek bir usulsüzlüğünün tespit edilememesi şeklinde ortaya çıkan mevcut bu durum karşısında sanığın esasen yapması gereken işi yapması için maddi menfaat talebinde bulunmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle haksız çıkar sağlamak niteliğinde olduğu nazara alınıp; buna göre 5252 sayılı yasanın 9/3 ve CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca **lehe olan yasanın belirlenmesi suretiyle bir karara varılması gerekirken** yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün kazanılmış hak saklı tutulmak kaydıyla 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'un 321 ve 326. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 06. 10. 2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ", www.kazanci.com.tr, (Erişim: 27 Şubat 2017).

⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2009/5-167 E. ,2010/70 K., www.kazanci.com.tr, (Erişim: 27 Şubat 2017); Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/8347, K. 2017/4230, T. 9.10.2017, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 25 Şubat 2019); Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2015/6183, K. 2018/3016, T. 24.4.2018, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 3 Mart 2019).

Yargıtay'ın bu yorumu rüşvet suçuyla korunmak istenen hukuki yararın daraltılması olarak algılanmıştır.⁶⁸ Bu kararından farklı olarak Yargıtay bir başka kararında ise basit rüşvetin 252. madde kapsamında düzenlenmemiş olması nedeni ile, rüşvet veren kişinin cezasız kalmasına bir çözüm arayışı olarak, fiilin hakaret suçu kapsamında değerlendirmiş ve ilgilinin eylemi kamu görevlisinin şeref ve saygınlığını zedelediği için memura hakaret suçunun da uygulanabileceğini ifade etmiştir.⁶⁹ Bir başka kararında ise, bu sefer kanun koyucunun iradesine de uygun olarak basit rüşvet fiiline icbar suretiyle irtikap hükümlerini uygulamıştır.

Basit rüşvet fillerinin rüşvet suçu kapsamından çıkarılması ortada bir icbar olmasa bile, memurun görevi kötüye kullanma çerçevesinde cezalandırılmasına engel olmamakla birlikte; yalnızca yarar sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılmasını sağlarken, bahse konu yararı sağlayan kişinin ceza kapsamı dışında bırakması nedeniyle de eleştirilmiştir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar yasa koyucunun iradesi haklı bir işi yerine getirmek için rüşvet teklif eden kamu görevlisine karşı yararı sağlaması istenen kişiyi korumaya yönelik olsa da; bu yararı sağlayan kimsenin de, istisnai haller dışında, yaptığının yanlış olduğunu fark edecek kadar bilinçli olması beklenir.⁷⁰ Ayrıca kamu görevlisinin talebine yanıt vererek rüşveti veren kişinin ilgili düzenlemenin gerekçesine bağlı kalınarak cezalandırılmamış olmasının toplum vicdanına ters düşmesinin yanında, rüşvetle mücadelede uygulamayı aktif ve etkin bir sonuca da götürmemiştir. Kaldı ki, nitelikli rüşvet eylemi işleniş şekli açısından ne kadar karmaşık ise, basit rüşvet o kadar kolaydır. Bu nedenle basit rüşvet nitelikli rüşvetle kıyaslandığında daha sık karşılaşılabilecek bir suç tipidir. Basit rüşvetin bu yönü düşünüldüğünde, bu suçla mücadele edilmemesi, bireylerin rüşvet alıp vermeye alışmasına yol açabilecektir.⁷¹

⁶⁸ R. B. Tarhan, Rüşvetin Basit Halleri.

⁶⁹ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s.337; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2018/12532 E., 2019/347 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim: 23 Şubat 2019); Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/6667, K. 2016/6949, T. 29.6.2016, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 25 Şubat 2019).

⁷⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s. 1061.

⁷¹ R. B. Tarhan, Rüşvetle Bahşişi Kim Ayıracak.

5237 sayılı TCK'da rüşvet suçunun bu ilk düzenleniş şekliyle ilgili olarak yapılan bir diğer eleştiri de eTCK'nın 216. maddesinde rüşvete aracılık eden kimsenin, rüşveti veren ve alandan hangisinin suç ortağı olarak nitelendirileceği açık bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, 5237 sayılı TCK'da konunun aynı netlikte düzenlenmemiş olmasıdır.⁷²

Tüm bu eleştiriler 26 Mart 2010 tarihli GRECO raporuna da yansımıştır. Anılan raporda “(i) rüşvet suçlarının kapsamlı, tutarlı ve açık tanımlarını sağlamak, ve (ii) (a) tarafların rüşvet üzerinde anlaşmaya varıp varmadıklarına bakılmaksızın rüşvet vaat, teklif ve talepleri, (b) görevi ihlal teşkil edip etmediğine ya da görevlinin yetki alanı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın kamu görevlisinin görevi sırasında yerine getirdiği veya getirmediği eylemlerin tamamını belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde tespit etmek için mevcut ceza kanununu gözden geçirmeyi tavsiye eder” ve “rüşvet suçlarının, aracılardan oluşan rüşvet vakalarıyla yararın görevlinin kendisi için değil de üçüncü taraf için sağlanmasının amaçlandığı durumları net olarak kapsayacak şekilde anlamlandırılmasının sağlanmasını tavsiye eder” ifadelerine yer verilerek Türkiye'nin uluslararası alanda kabul göreceği daha etkin bir rüşvetle mücadele hükmünü yürürlüğe koyması gerekliliği vurgulanmıştır. Sözü edilen eleştiriler, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, AB uyum süreci ve yolsuzlukla mücadele alanında yapılan tüm bu çalışmalar sonucunda 5237 sayılı TCK, yürürlüğe konulmasının üzerinden uzun bir süre geçmeden kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişiklikler 05.07.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6352 sayılı Kanun⁷³ ile 5237 sayılı TCK'da yerini almış⁷⁴ ve 252. madde⁷⁵ güncel gereksinimlere uygun olarak değiştirilmiştir.

⁷² Özbek, Kanbur ve Doğan s. 976.

⁷³ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120705-2.htm>, (Erişim: 29 Mayıs 2018).

⁷⁴ Ünlü, Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu s.331.

⁷⁵ “**MADDE 252** – (1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılardan vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılardan vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır. (3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolünür. (4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci

Anılan değişlikle yukarıda bahsedilen GRECO tavsiye kararları da karşılanarak rüşvet suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırı” bir işin yapılması ve bu saikle hareket etmesi şartı kaldırılmıştır. Böylelikle görevin gereklerine uygun davranılması için menfaat temin edilmesi eylemi, rüşvet suçu kapsamına dâhil edilmiştir.

6352 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikler ile TCK 252. maddenin 1. ve 2. fıkraları çerçevesinde, rüşvet verme (aktif rüşvet) rüşvet alma (pasif rüşvet) birbirinden bağımsız müstakil suçlar haline getirilmiş ve bu suçlardan her birinin ayrı ayrı cezalandırılabilmesi mümkün kılınmıştır. Hiç kuşku yok ki maddenin yeni hali çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı olarak açıklanacağı üzere uluslararası alanda kabul görmüş olan “rüşvet” suçu tanımına uyum hususunda ciddi bir ilerlemedir. Diğer taraftan, GRECO, tartışmaları bir adım ileriye götürerek, özel sektörde rüşvet konusunun, “*kamu katılımlı veya kamu yararına hareket eden sınırlı sayıda teşekkülden ibaret olması hususundaki endişesini*” belirtmiş⁷⁶; AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’nin⁷⁷ 7 ve 8. maddelerine göre, özel sektör teşekküllerinde her

fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir. (5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafı iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. (6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. (7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. (8) Bu madde hükümleri; a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, d) Kamu yararına çalışan dernekler, e) Kooperatifler, f) Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır. (9) Bu madde hükümleri; a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine, b) Uluslararası veya uluslar üstü mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere, c) Uluslararası veya uluslar üstü parlamento üyelerine, d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere, e) Bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere, f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslar üstü örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır. (10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte; a) Türkiye’nin, b) Türkiye’deki bir kamu kurumunun, c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin, d) Türk vatandaşının, tarafı olduğu bir uyumsuzluk ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye’de buldukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.”

⁷⁶ GRECO, Türkiye Hakkında Uygunluk Raporu 2012, s.4-8.

⁷⁷ 27 Ocak 1999 tarihli AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, Türkiye tarafından 27 Eylül 2001 tarihinde imzalanmış ve 19.01.2004 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 5065 sayılı Kanunla yürürlüğe

görevde çalışan ya da bu teşekkülleri yöneten her kişiye uygulanabilir şekilde özel sektörde rüşvet almayı ve vermeyi cezalandırmayı tavsiye etmiştir.⁷⁸ GRECO'nun diğer beklentileri arasında Yabancı hakemlerin rüşveti konusunda Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'ne ek protokole uyum sağlanması ve etkin pişmanlıkla ilgili hükmün yeniden düzenlenmesi de bulunmaktadır.⁷⁹

Maddenin 4. fıkrası; “*Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir*” demektedir. Bu fıkra uyarınca taraflar arasında bir “rüşvet anlaşması” olmasına gerek yoktur.⁸⁰ Bu durumda 1. ve 2. fıkra hükümlerine göre verilecek suçun yarı oranında indirilmesi düzenlenmiştir.

Bu değişikliklere rağmen, GRECO'nun 28 Mart 2014 tarihli Türkiye Hakkında İkinci Uygunluk Raporunda, “*Bununla birlikte, GRECO Değerlendirme Raporunda ifade ettiği belirli rüşvet fiillerinin –yani (reddedilen) rüşvet teklif, vaat veya taleplerinin– rüşvet anlaşmalarıyla ve menfaatin rüşvet alana fiilen verildiği rüşvet olayları ile aynı yaptırıma tabi olmaması konusundaki endişelerini sürdürmektedir. Yetkililer, bu bağlamdaki konularını yeniden değerlendirmeye ve farklı rüşvet türleri için mevcut olan yaptırımları uyumlu hale getirmeye davet edilmektedir*” denilerek, metindeki anlaşma unsurunun rüşvet suçları arasında farklılaşmaya gidilmesine imkan vermesi eleştirilmiş ve rüşvetin anlaşma ya da anlaşmama unsurundan bağımsız şekilde suç olarak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁸¹

6352 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle rüşvet suçunun oluşumu için “anlaşma” olması yeterli kabul edilmiştir. Diğer taraftan, anlaşma iki tarafın

girmiştir.; Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/01/20040120.htm#2>, (Erişim: 29 Mayıs 2018).

⁷⁸ GRECO, Türkiye Hakkında Uygunluk Raporu, 2012, s.6-7.

⁷⁹ GRECO, Türkiye Hakkında Uygunluk Raporu, 2012, s.7 ; ayrıca bkz. B. Tarhan, Rüşvetin Anlaşması Mı Olur s.45.

⁸⁰ Tasarının ilk halinde bu durumda faile teşebbüs hükümlerine göre ceza verileceği ancak bu cezanın 2 yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Ancak metnin kabul edilen halinde teşebbüs hükmüne atıf yapılmamıştır.

⁸¹ GRECO, Türkiye Hakkında İkinci Uygunluk Raporu, 2012, s.6.

uygun irade beyanını gerektirdiği için reddedilen rüşvet teklifi, vaadi veya talebi şeklindeki rüşvet fiillerinin aynı yaptırıma tabi olmadığı açıktır.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin 15. ve 16. maddeleri ve AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 2., 3., 5. vd maddelerinde de rüşvet suçu çok benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, bu antlaşmaların tarafı olan ülkelerin uygulamaları benzer şekilde gelişmektedir.⁸²

TCK madde 252'nin yukarıda bahsedilen değişiklikleri EK'te sunulan TABLO -1'den izlenebilir.

1.3. Rüşvet Suçunun Unsurları

1.3.1. Genel olarak

Rüşvet suçu yapısı itibariyle bir tarafta rüşvet verenin, diğer tarafta rüşvet alan kamu görevlisinin bulunması gereken çok failli suç tipi kapsamına girmektedir.⁸³ Bu itibarla rüşvet veren ve alan açısından tek bir suç gerçekleşmektedir. Çok failli suçlar, tek bir kişi tarafından işlenmediği için birden fazla kişinin fail olarak suçun işlenmesine katılması gerekmektedir.⁸⁴ Öğretide çok failli suçlar yakınsama (*tekarüb*) ve karşılaşma (*telaki*) suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸⁵ Buna göre yakınsama (*tekarüb*) suçları; zorunlu olarak birlikte hareket etmesi gereken faillerin aynı yönde aynı amacı gerçekleştirmek için hareket ettikleri suçlar iken, karşılaşma (*telaki*) suçları zorunlu olarak suç işlenmesine farklı

⁸² R. B. Tarhan, Birleşik Krallık Rüşvet Yasası.

⁸³ M. Çakır s.30; Özbek, Kanbur ve Doğan s.978; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/14059, K. 2015/16663 T. 26.11.2015, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 8 Ocak 2019) ; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2015/5287, K. 2018/9565, T. 10.12.2018, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 8 Ocak 2019).

⁸⁴ Özbek, Kanbur ve Doğan s.978; İçel, Özgenç ve Sokullu Akıncı s.367; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.468.

⁸⁵ Gürgen s.7.

yönlerde hareket ederek katkıda bulunan faillerin gerçekleştirdikleri eylemlerdir.⁸⁶ Bu tanım itibariyle rüşvet, bir tarafın menfaat elde etmek için rüşvet verdiği, diğer tarafın ise yine menfaat elde etmek için rüşvet aldığı bir karşılaşma suçudur.⁸⁷ Bu nedenle çok failli bir suçtur ve ayrıca menfaatin teminine kadar suça iştirak mümkündür.⁸⁸

1.3.2. Korunan Hukuki Değer

Rüşvet, yüz kızartıcı suçlar⁸⁹ kapsamında sayılmaktadır.⁹⁰ 19. yüzyılda Osmanlı mevzuatı ile yasalarda yer aldığı söylenebilecek olan yüz kızartıcı suç kavramı, suçların bilimsel sınıflandırılmasında kullanılmamaktadır.⁹¹ Yüz kızartıcı suç, yasalarda tanımlanmamış fakat düzenlenerek uygulamaya bırakılmıştır.⁹² Ayrıca, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde “*Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar*” denilmek suretiyle rüşvet yüz kızartıcı suçlardan biri olarak sayılmıştır.

Rüşvet suçu eTCK'da “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler”, 5237 sayılı TCK'da da “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Devlet ve kamu kavramları arasındaki farklılığın korunan hukuki değer açısından da bir fark yarattığı değerlendirilmektedir.⁹³

⁸⁶ Gürgeç s.7.

⁸⁷ Küçükünce, Rüşvet Suçu s.81; Artuk, Rüşvet Suçu s.86.

⁸⁸ M. Çakır 31; Gündel s.4832.

⁸⁹ Mevzuatta tanımlanmamış olsa da öğretideki genel geçer tanımıyla, insana yakışmayan ve utanç verici suç olarak bilinmektedir. Suçların bilimsel sınıflandırılmasında kullanılmayan bu kavram, 19. yy. Osmanlı mevzuatı ile yasalarda yer almıştır. “Yüz kızartıcı suç” deyiminin bu şekil ve anlamı ile ilk defa 1914 tarihli ‘Çarşı ve Mahallat Bekçileri Hakkında Kanunu Muvakkat’ın 2. maddesinde kullanıldığı belirtilmiştir. Kanaatimce, kanunlarda bir tanım karşılığı bulunmayan bu kavramdan uzaklaşılmalı veya hangi suçların yüz kızartıcı olduğu net olarak tanımlanarak, bu tanımın yaptırım sonuçlarının belirlenmesi gereklidir.

⁹⁰ Akbulut s.638.

⁹¹ Malkoç, Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı s.586.

⁹² Erem, Yüz Kızartıcı Suç Kavramı s.172.

⁹³ Yarsuvat, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri s. 666-667 ve 688-689, Yarsuvat, “devlet idaresi” kavramı ile ilgili olarak “*Toplum içinde hukuk düzeni kurmak (yasama), kurulmuş olan bu düzeni muhafaza etmek (yargı) ve yasama iktidarı tarafından kanunlarla çizilen sınırlar içinde amme*

Rüşvet suçunu düzenleyen norm ile korunmak istenen hukuki değerin ne olduğuna dair öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır.⁹⁴

eTCK döneminde, rüşvet ile ilgili olarak yayımlanmış eserler ve hukuki tartışmalar incelendiğinde, rüşvet suçu, kamu idaresi aleyhine işlenen cürümler arasında olmakla birlikte, suçtan zarar gören kavramının karşılığını devlet idaresinin oluşturduğunun ifade edildiği görülmektedir.⁹⁵ Diğer taraftan, bu suçla dürüst bir idareye karşı halkın güveni kaybolmakta ve memuru tatmin etmek suretiyle haksız olan bir menfaatin elde edilebileceği kanaatinin bulunması nedeniyle kamu düzeninin tehdit edilmekte olduğu belirtilmiştir. Devlet idaresi kavramının idare hukuku açısından yürütme ile özdeşleştirilmesine karşın, rüşvet suçu bakımından yapılacak değerlendirmelerde devlet idaresi kavramıyla korunan menfaatin sadece yürütme faaliyetini değil, devletin yargı ve yasama faaliyetlerini de kapsamı gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁶

Bir hukuk toplumunda sosyal hayatın devamı bakımından önem arz eden ve kamu hizmeti olarak adlandırılan birtakım faaliyetler, devlet tarafından yahut devlet dışındaki kamu tüzel kişileri eliyle yerine getirilmektedir. Diğer taraftan Devlet bazı hallerde, kendi görevine giren konularda özel sektörden de hizmet alabilmektedir. Her durumda Devletin işleyişinin kapsamına giren görevlerin, diğer bir deyişle kamu görevlerinin ifa edilmesi aşamasında, kamu idaresinin güvenilirliğinin ve doğru bir biçimde işleyişinin gereği doğrultusunda hukuka uygun olarak tarafsız davranışın gözetilmesi gerekmektedir. Zira toplum,

hizmetlerinin ifası amacıyla kanunların uygulanmasını sağlamak (yürütme) fonksiyonlarını ifade eder." demekte ve devlet idaresinin yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini kapsadığını, bu kapsamıyla bu başlık altında tanımlanan suçlar açısından korunan hukuki değerin bu fonksiyonların yerine getiriciliği olduğunu ifade etmiştir. Yarsuvat devlet idaresi karşısında amme hizmeti kavramının farklılığını, "devletin genişleyen faaliyet sahasını daha enerjik şekilde korumak için yeni mefhumlara ihtiyaç vardır. Amme hizmeti basit bir işi ifade etmez. Aynı zamanda Devlet idaresine ait bir hareket ve icrayı ortaya koyar" diyerek ortaya koymuştur; Yurtcan s.1-2, Yurtcan "Kamu idaresi terimi, toplumun kamusal hayatı kapsayan bütün fonksiyonları ifade eder." diyerek devlet idaresi ve kamu idaresi arasındaki farkı tartışmıştır; Özalp s. 19.

⁹⁴ Toroslu s.296;Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1019.

⁹⁵ Erem, Ceza Hukuku Hususi Hükümler Cilt I s.298; M. T. Yıldız s.4; Suçun 765 sayılı TCK kapsamında Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler başlığı altında düzenlenmiş olması, devletin idari fonksiyonlarına giren bazı faaliyetlerin cezai korumadan yararlanamayacak olması nedeni ile eleştirilmiştir. Bkz. Küçükince, Rüşvet Suçu s.5.

⁹⁶ Erem, TCK Şerhi s.1332.

idarenin kamusal faaliyetlerini icra ederken tarafsız olduğuna inanmalıdır.⁹⁷ Dolayısıyla kamu görevlisi görevinin satın alınamayacağı bilinci ile görevini yalnızca kanun ve nizama uygun biçimde ifa edecek ve toplum da devlet faaliyetlerinin satın alınamayacağı bilincini taşıyacaktır.⁹⁸ Ayrıca, kamu görevlisinin adına faaliyet gösterdiği devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu sadakat yükümlülüğüne uymaması da kamu idaresine duyulan güveni sarsacağından⁹⁹ korunan hukuki değer kapsamında bu yükümlülüğün de önemini gözetmek gerekir.

5237 sayılı TCK'nın ilgili madde gerekçesi de dikkate alındığında, yasa koyucunun, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken dürüstlükten en ufak bir sapma gösterdikleri takdirde kamu idaresinin güvenilirliğinin sarsılacağı kaygısıyla ve toplumdaki mevcut güveni korumak amacıyla rüşvet suçunu düzenlediği anlaşılmaktadır.¹⁰⁰ Bu güveni sağlamanın nedeni, idareye güven duyulmadığında faaliyetlerinin toplumda meşru görülmemesi ve modern hukuk devleti anlayışında da toplumdaki inanılabilirlik ve güvenilirlikten kaynaklanan meşruiyetin varlığının büyük bir öneme sahip olmasıdır.¹⁰¹ Kamu görevinin icra edilmesi sırasında dürüstlükten en ufak sapmanın dahi kamu idaresinin güvenilirliğini sarsacağı kaygısını duyan kanun koyucu bu şekildeki bir düzenlemeyle, toplumda mevcut olan güvenin korunmasını amaçlamakta, zira idareye güven duyulmadığında idarenin faaliyetlerinin toplumda meşru olarak kabul edilmeyeceği öngörülmektedir.¹⁰² İşte rüşvetin suç sayılmasıyla devlet faaliyetlerinin çıkar karşılığı satılamayacağı veya satın alınamayacağı belirtilerek kamu idaresine karşı duyulan güven korunmak istenmiştir.¹⁰³

5237 sayılı TCK madde 252/8 ile, bu fıkranın kapsamına giren kuruluşlar bünyesinde görev yapan kişilerin kamu görevlisi sıfatını haiz olup olmadıklarına

⁹⁷ Alptekin s.23.

⁹⁸ Alptekin s.24.

⁹⁹ Erman ve Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar s.90.

¹⁰⁰ Hafizoğulları ve Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar s.59.

¹⁰¹ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s.339.

¹⁰² Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s. 339.

¹⁰³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s. 950.

bakılmaksızın, görevleriyle bağlantılı bir işin yapılması veya yapılmaması için vardıkları anlaşma çerçevesinde menfaat temin etmeleri de rüşvet suçu kapsamına alınmıştır. Bu durumda, etkin düzenlemeyle, sadece ulusal veya uluslararası kamu idaresinin güvenilirliğinin korunması değil, özel sektör kurumlarının da dürüst ve güvenilir biçimde çalışmasının sağlanması amaçlanmıştır.¹⁰⁴

5237 sayılı TCK madde 252/9 ile de yabancı veya uluslararası kamu görevlilerinin rüşvet alması veyahut onlara rüşvet verilmesinin de suç olarak düzenlendiği göz önünde bulundurulursa, korunan hukuki menfaatin yalnızca Türkiye çapında olmadığı, uluslararası alandaki güvenilirliğin korunması, serbest piyasanın ve rekabetin etkin bir biçimde işlenmesini de kapsadığı söylenmelidir.¹⁰⁵

Uluslararası ticari işlemler nedeniyle yabancı kamu görevlilerinin rüşvet oluşturan davranışlarının da 5237 sayılı TCK madde 252/9 ve 10 kapsamında cezalandırılması açısından korunan hukuki yararın, girişimciler için uluslararası piyasada oyunun genel kurallar içerisinde gerçekleştirilmesini sağlamak ve böylece yasa dışı yollarla uluslararası rekabetin bozulmasını engellemek olduğu söylenebilecektir.¹⁰⁶

Kanımca, rüşvet suçunda korunan tek bir hukuki değerden bahsetmek mümkün değildir. Yukarıda da açıklandığı gibi rüşvet, birden çok hukuki değeri koruyan bir suç tipidir.¹⁰⁷

1.3.3.Suçtan Zarar Gören ve Mağdur Kavramı

¹⁰⁴ Akyürek s.25.

¹⁰⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç s.7117.

¹⁰⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1019.

¹⁰⁷ Özbek, Kanbur ve Doğan s.977.

Bireylerin kamu hizmetlerinin eşitlik ve tarafsızlıkla yürütüldüğü ve kamu görevlilerinin satın alınamaz olduğu hususunda kamu idaresine karşı beslediği güven rüşvet suçunun işlenmesiyle birlikte sarsılır, bu durumda mağdur toplumu oluşturan herkes iken, kamu idaresi rüşvet suçundan zarar görendir.¹⁰⁸ Bu görüşlere göre suçun mağduru ve zarar gören birbirinden farklıdır, gerçek kişiler mağdur olabilirken tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilirler. Çünkü mağdur, suçlu hakkı ihlal edilen varlık ya da menfaate sahip olan gerçek kişi iken; tüzel kişiler gerçek kişi olmadıkları için mağdur olamazlar. Diğer taraftan, tüzel kişiler bazı durumlarda suçtan zarar gören olabilir.¹⁰⁹ Bu nedenle de devlet tüzel kişiliği suçtan zarar görendir.¹¹⁰ Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda işlenen rüşvet suçunda ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının da mağdur olacağına yönelik kararlarının yanında, ilgili kamu kurumunun suçtan zarar gören olduğunu ifade ettiği kararları da yer almaktadır.¹¹¹ Ancak bazı yazarlar; toplum ile birlikte kamu idaresinin de suçun mağduru olduğunu¹¹², ayrıca 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17 ve 18. maddeleri uyarınca hazine ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının da bu maddelerde sayılan suçların mağduru olduklarının kabul edildiğini belirtmişlerdir.¹¹³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararında suçtan zarar gören ve mağdur tartışması kamu davasına katılma kapsamında ele alınmıştır. Bu kararda konunun önemi şu açıklamalar ile ele alınmıştır “...5271 sayılı CMK'nın 237. maddesinin 1. fıkrasında; “Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler” hükmü ile kamu davasına katılma hak ve yetkisi bulunanlar üç grup hâlinde belirtilmiştir. Bu düzenleme, 1412 sayılı CMUK'nın 365. maddesindeki; “Suçtan zarar gören herkes,

¹⁰⁸ Tuğrul, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları s. 352; Artuk, Rüşvet Suçu s.93; Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s. 343; Özbek, Kanbur ve Doğan s.980.

¹⁰⁹ Alsharo s. 66.

¹¹⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.964.

¹¹¹ M. Çakır s.59.

¹¹² Akyürek s.28.

¹¹³ Tuğrul, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları s.352.

soruşturmanın her aşamasında kamu davasına müdahale yolu ile katılabilir” hükmü ile benzerlik göstermekte ise de yeni hükme, önceki kanunda yer almayan malen sorumlu ve dar anlamda suçtan zarar göreni ifade eden mağdur da eklenmek suretiyle, madde; öğreti ve uygulamadaki görüşlere uygun olarak, katılma hak ve yetkisi bulunduğu kabul edilenleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. ... Öğreti ve uygulamada kamu davasına katılma yetkisi bulunan kişinin “suçtan zarar görmesi” şartı aranmış, ancak kanunda “suçtan zarar gören” ve “mağdur” kavramlarının tanımı yapılmadığı gibi, zararın maddi ya da manevi olduğu hususu bir ayrıma tâbi tutulmamış ve sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle konuya açıklık kazandırılırken öğretilerdeki görüşlerden de yararlanılarak, maddede katılma yetkisi kabul edilen, “mağdur”, “suçtan zarar gören” ve “malen sorumlu” kavramlarının, kamu davasına katılma hususundaki uygulamaya ışık tutacak biçimde tanımlanması gerekmektedir. Malen sorumlu; işlenmiş olan suçun hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişidir. Mağdur; Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde, “Haksızlığa uğramış kişi” olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de, bunlar mağdur olamayacaklardır. Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de, suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belli bir kişi olmayıp; toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilecektir. Kamu davasına katılmak için aranan “suçtan zarar görme” kavramı kanunda açıkça tanımlanmamış, gerek Ceza Genel Kurulu, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında; “Suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hâli” olarak anlaşılıp uygulanmış, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir. Nitekim bu husus, Ceza Genel Kurulunun 03.05.2011 tarihli ve 155–80, 04.07.2006 tarihli ve 127–180, 22.10.2002 tarihli ve 234–366 ile 11.04.2000 tarihli ve 65–69 sayılı kararlarında; “Dolaylı veya muhtemel zarar, davaya katılma hakkı vermez” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Uyuşmazlık konusuna

ilişkin olarak, bir tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için CMK'nın davaya katılmayı düzenleyen genel kural niteliğindeki 237. maddesinde belirtilen şartın gerçekleşmesi, başka bir deyişle suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gerekir. Örneğin 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığının, ... usulüne uygun başvuruda bulunmaları hâlinde kamu davasına katılacakları açıkça hükme bağlanmıştır. Özel kanun hükümleri uyarınca davaya katılmanın kabul edildiği bu gibi durumlarda, belirtilen kurumların suçtan zarar görüp görmediklerini ayrıca araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Ceza Genel Kurulunun 03.05.2011 tarihli ve 155-80, 22.10.2002 tarihli ve 234-366 ve 21.02.2012 tarihli ve 279-55 ile 15.04.2014 tarihli ve 599-190 sayılı kararlarında da aynı sonuca ulaşılmıştır.”¹¹⁴ Bir suçun tüzel kişinin zararına olarak işlenmesi halinde, tüzel kişi suçtan zarar gören olarak görülecektir. Tüzel kişi ile birlikte, tüzel kişiliğin yetkili organlarındaki gerçek kişiler ile tüzel kişiliğin temsilcileri ve üyelerinin de suçtan zarar gören olarak sayılması gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁵

Kanaatimce, rüşvet suçunda ilgili devlet kurumlarının suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

¹¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2018/341 E. , 2019/161 K., www.yargitay.gov.tr , (Erişim: 3 Mayıs 2019).

¹¹⁵ İçer s. 157, “Örneğin tüzel kişiliğin parasına zilyet olan (K) ya karşı işlenen hırsızlık, dolandırıcılık, yağma suçunda suçun mağduru (K) iken, tüzel kişilikle tüzel kişiliğin yetkili organları da suçtan zarar gören konumundadır.”

1.3.4.Maddi unsurlar

1.3.4.1. Fiil

Türk Ceza Hukuku Sisteminde fiil, belirli bir amaca yönelen, kişinin isteğine ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icraî veya ihmalî bir insan davranışıdır.¹¹⁶

Kamu görevlisinin yasalara göre görev alanına giren; “*yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak*” yahut “*yapmamak mecburiyetinde olduğu şeyi yapmak veya yapmamak*” şeklindeki hareketleri rüşvet suçunun fiil unsuru olarak karşımıza çıkacaktır.¹¹⁷ Rüşveti sağlayan/veren kişi açısından ise “*menfaat sağlamak*” unsuru fiile esas alınacaktır.

5237 sayılı TCK madde 252/3’e göre, menfaatin vaat veya teklif edilmesi yahut verilmesi ile suç tamamlanmaktadır ve teklifin kamu görevlisi tarafından kabul edilmemiş olması rüşvet verme suçunun oluşumunu engellemektedir¹¹⁸; bu durumda maddenin dördüncü fıkrası uyarınca tamamlanmış suç için verilecek ceza üzerinden yarısı kadar indirim yapılacaktır. Dolayısıyla rüşvet suçunun ortaya çıkması için taraflar arasında bir rüşvet anlaşmasının bulunması yeterlidir. Rüşvet anlaşması, kamu görevlisinin görev alanına giren bir işin yapılması veya yapılmaması için tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıdır.¹¹⁹ Hatta 252. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca rüşvet konusunda tarafların anlaşması, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunması için yeterlidir; karşılıklı olarak menfaatlerin sağlanmış olup olmamasının bir önemi yoktur.¹²⁰

¹¹⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.213.

¹¹⁷ Evliyaoğlu s.517.

¹¹⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.954.

¹¹⁹ M. Çakır s.31.

¹²⁰ Yurtcan s.46. ; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/9448, K. 2015/13445, T. 3.7.2015, www.lexpera.com.tr (Erişim: 5 Şubat 2019).

Rüşvet suçunda, rüşvet anlaşmasının gerçekleşebilmesi için tarafların mutlaka bir araya gelmeleri gerekmediği gibi, rüşvet anlaşmasının yazılı olma şartı da bulunmamaktadır.¹²¹ Taraflar rızaları ile karşılıklı çıkar için rüşvet anlaşması yapmalıdır. Tarafların bu konudaki iradelerinin uyuşması, rüşvet anlaşmasının meydana gelebilmesi için yeterli görülmektedir. Rüşvet anlaşması hukuka uygun olmayan bir hususta yapılmış olduğundan, hukuk kurallarına uygun olarak yapılmış olması gerekmediği gibi, yapılmış olan anlaşma hukuk kuralları ve düzenince de korunmaz.¹²²

Anlaşma unsurunu ortada bir rüşvet anlaşması olmasa da rüşvet almayı yahut vermeyi teklif eden bakımından rüşvet suçunun tamamlanmış olacağı durumundan ayrı tutmak gerekir. Burada bahsedilen rüşvet anlaşması unsuru öncelikle rüşvet suçunu diğer suç tiplerinden ayırmak üzere düzenlenmiştir. Örneğin kamu görevlisi zorla veya ikna suretiyle iş sahibinin iradesini ortadan kaldırmışsa burada bir rüşvet anlaşması söz konusu olmadığından rüşvet suçu değil irtikâp suçu oluşacaktır.¹²³

Yapılması veya yapılmaması gereken iş kamu görevlisinin “*görevinin ifası ile ilgili*” olmalıdır. Bu noktada, “*görevinin ifası*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusundaki ağırlıklı görüş, ilgili işin kamu görevlisinin görev yaptığı kuruma ait olmasının suçun oluşması bakımından yeterli sayılacağına işaret etmektedir.¹²⁴ Bunun yanında yapılması veya yapılmaması gereken işin *belirli* bir iş olması gerekmektedir. Zira belli bir kamu görevlisini yanına çekmek veya sempatisini kazanmak için ona önceden, belirli bir işle bağlantısı olmadan sağlanan yararlar bu suçu oluşturmayacaktır.¹²⁵ Öte yandan, yarar sağlanması yönündeki iradenin açıkça ortaya konmuş olmasına da gerek

¹²¹ Bakıcı, s.270.

¹²² Artuk, Rüşvet Suçu s.86.

¹²³ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1023.

¹²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1022; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.954.

¹²⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1022; Yazarlar, belirli bir işin yapılması ya da yapılmaması amacının olmaması halinde rüşvet suçunun oluşmayacağını belirtirken örnek olarak bir avukatın sıklıkla dosya takip ettiği bir icra dairesinin müdürünü herhangi bir dosya işine bağlı olmaksızın yemeğe götürmesini vermişlerdir. 6352 sayılı kanun ile kaldırılmasından önce madde 257/3 kapsamında ele alınan bu tip menfaat teminlerinin şu anda suç karşılığının bulunmadığını, dolayısı ile yaptırımsız kaldığını da altını çizmişlerdir.

yoktur. Her iki tarafın da yarar/menfaat ve bunun karşılığında yapılacak iş arasında bir bağlantının bulunduğu bilinci ile hareket etmiş olması yeterlidir.¹²⁶

Yukarıda da ifade edildiği gibi, elde edilecek menfaatin fiilen alınmış olması şartı bulunmamaktadır. Rüşvetin alınması veya rüşvet anlaşmasının yapılması ile fiil tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla failin muhatap kamu görevlisine sağlamak istediği yararın cins, değer ve miktarını belirtmeksizin rüşvet teklif ve önerisinde bulunması da rüşvet suçunu oluşturacaktır.¹²⁷ Sağlanan menfaatin failin egemenlik alanına geçirilmesinin ya da geçirilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca menfaat temin edilene kadar suça iştirak mümkündür.¹²⁸

Kamu görevlisinin borçlarının silinmesinin talep edilmemesi gibi pasif davranışlarla da menfaat temin edilebilir ve bu şekilde de rüşvet suçu oluşabilir.¹²⁹

Bir görüşe göre, kamu görevlisi, kendisine menfaat sağlamayı teklif eden ferdi yakalatmak için anlaşmış olarak görünürse, bu durumda kamu görevlisi açısından gönüllü vazgeçme hükmüne başvurulabilir, dolayısı ile herhangi bir suç oluşmayacaktır.¹³⁰ Ancak başka bir görüş, taraflardan birinin rüşvet teklifine rıza göstermesindeki asıl amacının faili yakalatmak olması durumunda da bu taraf için rüşvet suçunun oluşacağı ancak bu durumda kişinin TCK md. 254'te düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmasının söz konusu olacağı yönündedir.¹³¹ “Kışkırtıcı ajanlık” olarak adlandırılan bu eylemin suç olarak tanımlanmaması gerektiği de ileri sürülmüştür.¹³² Diğer taraftan, kanaatimce, kamu görevlisinin suç işleme kastı olmaksızın, salt rüşvet vereni yakalatmak gayesi ile hareket ettiği hallerde, tek başına rüşvet verenin rüşvet konusu ile ilgili anlaşma yapıldığını düşünmesinin, suçun oluştuğunun kabulü açısından yeterli değildir. Bu yaklaşıma göre, kamu görevlisinin rüşvet vereni yakalatmak için

¹²⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1024.

¹²⁷ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s.344.

¹²⁸ Gündel s.4838; Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.85.

¹²⁹ Özbek, Kanbur ve Doğan s.988-989.

¹³⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.957; Özalp s.391.

¹³¹ G. Ergün s.43.

¹³² Kahraman s.308.

anlaşma yaptığı durumda, bir etkin pişmanlık başvurusu yapmak zorunda kalacaktır. Bu başvurusu sonucunda verilecek olan karar Adli Sicil Kanunu madde 4/g uyarınca adli siciline işlenecektir. Bir kamu görevlisinin adli sicilinde herhangi bir kayıt olmasını istemeyeceği izahtan varestedir. Dolayısı ile bu yaklaşım, rüşvetle mücadelede etkin rol alabilecek olan kamu görevlilerinin destek ve iş birliğini azaltabilecek, rüşvet vermeye teşebbüs eden kişileri yakalatmaktan imtina etmelerine neden olabilecektir. Bu nedenle, kamu görevlisinin, rüşvet vereni yakalatma gayesi ile hareket ettiği durumlarda, kamu görevlisi açısından suçun oluşmadığının kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.¹³³

1.3.4.2. Rüşvet Suçunun Konusu “Menfaat”in Anlamı

Rüşvet suçunun konusunu “menfaat” olgusu oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın rüşvetin tanımının yapıldığı 252. maddesinde rüşvetin konusu “*yarar*” olarak ifade edilmektedir.¹³⁴ Yarardan anlaşılması gereken, kamu görevlisinin ekonomik, hukuksal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edimdir.¹³⁵ Bir kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle yaptığı anlaşma çerçevesinde bir menfaat elde etmesi genel olarak suçun konusunu oluşturmaktadır.¹³⁶

Menfaatin kapsamının ne olduğu ile ilgili öğretide farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Bu görüşlerin farklılaştığı nokta maddi bir değer ile ölçülemeyecek olan menfaatlerin de rüşvet olarak kabulünün mümkün olup olmadığıdır. Rüşvette maddi değeri olan para, mal, hediye gibi menfaatler

¹³³ Faili yakalatmak amacıyla rüşvet anlaşması yapıldığı durumlarda Yargıtay taraflar arasında özgür iradeye dayalı bir rüşvet anlaşması bulunmadığından, rüşvet veren bakımından rüşvet vermeye teşebbüs suçunun oluşacağına hükmetmiştir: Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2011/13136, K. 2013/83, T. 09.01.2013: “...Görevli askerler K2 ve K3’in esasında sanıktan gelen teklifi kabul etmemekle beraber sanığa suçüstü yapılması için kabul etmiş görüntüsü verip yakalatma amacı güttüğü, taraflar arasında özgür iradeleri ile yapılmış bir rüşvet anlaşmasının gerçekleşmediği; bu itibarla eylemin rüşvet vermeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde tamamlanmış rüşvet verme suçundan hüküm kurulması...” www.lexpera.com.tr, (Erişim: 15 Ocak 2019).

¹³⁴ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s.344.

¹³⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1021.

¹³⁶ Evliyaoğlu s.67.

doğrudan verilebildiği gibi, dolaylı yollarla da sağlanabilmektedir. Örneğin, bir malın sahibinden değerinin üzerinde bir bedelle alınması, tatil, eğlence gibi menfaatlerin sağlanması da rüşvet olarak sayılabilmektedir.¹³⁷ Ayrıca manevi yararın da bu kapsamda değerlendirilebileceğine dair öğretide tartışmalar bulunmaktadır.¹³⁸ Etkin pişmanlık hükmünde rüşvet karşılığında edinilen şeyin iadesinin gerekli görülmüş olmasını ve maddenin gerekçesini de göz önünde bulundurarak ileri sürülen bir görüşe göre “*menfaat*” ifadesinin parasal veya benzeri maddi bir menfaati belirtmek amacıyla kullanıldığı sonucuna ulaşılmalıdır.¹³⁹ Diğer görüşe göre ise, insanın hoşuna giden, gururunu okşayan, övünmesine vesile olan veya sırf estetik hislere hitap eden hususlar ile cinsel veya benzeri arzuların tatmini de yarar kavramı içinde değerlendirilmelidir.¹⁴⁰ Ayrıca yarar, kamu görevlisinin kendisine sağlanabileceği gibi, onun bilgisi dâhilinde üçüncü şahsa da temin edilebilir.¹⁴¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından verilen kararda ücretsiz olarak fuhuş amaçlı kadın tedarik etme teklifinde bulunma eyleminin rüşvet teklif etme suçunu oluşturduğu, bu durumun yarar kavramına dâhil olduğu kabul edilmiştir.¹⁴²

Menfaat değerlendirmesi yapılırken, her hediyein rüşvet olmayacağını da gözetmek gereklidir. Hediye ancak, bir karşılıklı beklentisiyle alınıp veriliyor

¹³⁷ Gür, Yolsuzluk Nedir? Yolsuzluk Çeşitleri ve Ülkeler Arası Yolsuzluk Algılaması, s.199.

¹³⁸ Evliyaoğlu s. 518; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1067; Karşıt görüş için bkz. Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.9 “*Bir menfaatin rüşvet sayılabilmesi için Maddi bir değeri sahip olması gerekmektedir sırf Ma’nevi nitelikte ki menfaatler rüşvet ilişkisini konu olamaz. Örneğin bir kişiye manevi olarak rahatlamasını sağlayacak şekilde çeşitli davranışlarda bulunularak o kişinin içerisinde bulunduğu güven ilişkisine aykırı davranmasının sağlanması durumunda her ne kadar güven ilişkisine aykırılık durumu söz konusu olsa da bu ilişki rüşvet ilişkisi olarak değerlendirilemeyecektir.*”; (Kahraman s.310) “5237 s. kanunda suçun konusu olarak gösterilen menfaat ifadesinin soyutluğu nedeniyle öğreti ve yargı kararlarında manevi katkının hatta cinsel yararın da suçun konusunu oluşturduğu yorumları yapılmaktadır. Oysa rüşvet suçunda manevi değerlerin suçun konusunu oluşturmaması gerekir. Ekonomik suç anlayışının bir parçası olan rüşvet suçunda suçunun konusunun dar yorumlanması gerekir. Kanuni ifadenin farklı yorumlara neden olmayacak şekilde diğer ifadeyle manevi değerleri kapsamayacak şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle kanun koyucu rüşvet suçunun konusunu para ya da sair ekonomik menfaat olarak tanımlamalıdır.”.

¹³⁹ Akyürek s.26; G. Ergün s.44.

¹⁴⁰ Küçükkince, Rüşvet Suçu s. 68; Bu görüşteki diğer yazarlar; Önder s. 155, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.680, Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar s.297.

¹⁴¹ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu, s.345.

¹⁴² Tuğrul, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları s.371’ den aktarımla: 5.CD’nin 20.11.2007 tarih ve 2006/10651-2007/9002 sayılı kararı: “ ... oluşumu bu şekilde kabul edilen olayda sanığın, yapmaya mecbur olduğu adli görevini yapmaması için görevli memura 765 sayılı TCK’nın 211/1. Maddesi kapsamında ‘menfaat’ olarak değerlendirilen ücretsiz olarak fuhuş amaçlı kadın tedarik etme teklifinde bulunma eyleminin rüşvet teklif etme suçu oluşturduğu hükümleri de değerlendirilmek suretiyle bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde görevli memura hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...” şeklindedir.

ise rüşvet olabilir.¹⁴³ Benzer doğrultuda, rüşvet anlaşmasının taraflarının birbirlerine sağlayacakları menfaatler arasında da bir oran olması gerektiği ileri sürülmüştür. Sağlanan menfaat nezaket göstergesi bir hediye veya basit bir ikram ise menfaat temininden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁴⁴

Menfaat kavramının yorumu ile ilgili olarak 657 Sayılı DMK hükümleri de dikkate alınabilir. DMK'nın 29. maddesine göre devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlama amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır. Buna ek olarak, 30. maddede de devlet memurunun, denetimi altında bulunan veya kendi görevi veya mensup olduğu kurum ile ilgisi olan bir teşebbüsten, doğrudan doğruya veya aracı eliyle her ne ad altında olursa olsun bir menfaat sağlamanın yasak olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca 3628 Sayılı Kanun madde 3 uyarınca belli bir değer üzerindeki hediyein kurumlara teslim edilmesi gerekir.¹⁴⁵ Bir menfaatin rüşvet olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda dikkate alınması gereken bir diğer alan da kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerine ilişkin mevzuat olduğu düşünülmektedir. 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un ve bu kanuna dayanılarak çıkartılmış olan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik kapsamındaki bütün kamu görevlilerine uygulanır.¹⁴⁶

Kanaatimce, herhangi bir karşılıklı beklentisi ile sunulan herhangi bir menfaat rüşvet suçunun konusunu oluşturabilir. Burada kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir iş yapması ya da yapmaması için rüşvet alan ve rüşvet veren açısından önemli olan; menfaatin ve karşılığın kişilerin şahsında

¹⁴³ Sökmen s.237.

¹⁴⁴ G. Ergün s.44.

¹⁴⁵ DMK memurlara dürüstlük ve sadakat sorumluluğunu yüklemiştir. DMK'da çıkar çatışmaları ile ilgili özel bir maddesi bulunmamakla beraber, çıkar çatışması ilk kez Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile mevzuata girmiştir.

¹⁴⁶ Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun yetkisi dışındaki kurumlar şunlardır: Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu, Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı kurumları ile üniversiteler, genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dâhil tüm personel.

doğurduğu etkinin, her iki tarafın nezdinde de objektif bir iyileşme oluşturmasıdır. Böyle bir durumda rüşvet suçunun oluştuğundan bahsedilebilir.

1.3.4.3. Fail

Yukarıda “Genel Olarak” başlığı altında da ifade edildiği üzere, rüşvet alma ve verme zorunlu olarak birbirini gerektirdiği için faillerden biri rüşvet veren, diğeri ise rüşvet alan kamu görevlisidir. Rüşvet veren ve alan aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Dolayısıyla rüşvet çok failli bir tek suçtur.¹⁴⁷ Öğretide görevli veya temsilci tarafından işlenen rüşvet alma ve özel şahıs tarafından rüşvet verme şeklinde iki ayrı suç bulunduğu konusunda fikir birliği sağlanmıştır.¹⁴⁸

5237 sayılı TCK madde 252'nin son hali birbirlerine benzeseler de rüşvet alan bakımından tamamen aynı olmayan üç tip fail barındırmaktadır. Bunlar birinci, ikinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarda yer almaktadırlar.¹⁴⁹ İlk tip fail, kamu görevlileridir. İkinci tip, özel kanunlarda yer alan düzenlemeler nedeniyle görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılan kişiler ile 5237 sayılı TCK uygulaması bakımından kamu görevlisi sayılan kişilerdir. Üçüncü tip ise TCK'nın 252. maddesindeki 8. ve 9. fıkralarındaki düzenlemeler sebebiyle rüşvet suçunun faili olabilen diğer kişilerdir.¹⁵⁰

Rüşvet suçunun maddi unsurlarından olan fiil unsurunu irdelerken suçun çok failli bir suç olmasından dolayı rüşvet veren ile rüşvet alanın eylemleri birlikte değerlendirilmektedir. Faillerden birisinin cezai sorumluluğunun olmaması diğerini etkilemez.¹⁵¹

¹⁴⁷ Özbek, Kanbur ve Doğan s.978; M. Çakır s.31; Soyaslan s.692.

¹⁴⁸ Soyaslan s.680.

¹⁴⁹ Akyürek s.25.

¹⁵⁰ Eren s.179-180.

¹⁵¹ Özbek, Kanbur ve Doğan s.978.

1.3.4.3.1. Rüşvet Alan

a.a. Rüşvet Alan Fail Olarak Kamu Görevlisi

TCK'nın düzenlemesine göre rüşvet alan fail, yalnızca TCK madde 6/1-c kapsamına giren bir kamu görevlisi olabilmektedir.¹⁵² Madde 6/1-c uyarınca “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” kamu görevlisidir. İfade edilmelidir ki, rüşvet alan fail bakımından fiil, özgü suç niteliğindedir. eTCK'daki kamu görevlisi kavramının kimlerin memur sayılabileceği konusunda kesin bir teori getirmemiş olması nedeni ile ortaya çıkan belirsizlik¹⁵³, 5237 sayılı TCK'nın Tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, kamu görevlisi kavramını “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlamak sureti ile aşılmaya çalışılmıştır.

5237 TCK ile birlikte, eTCK'da yer alan ve suçun failinin memur ve kamu hizmeti ile görevli kişiler olacağına işaret eden ayırım ortadan kaldırılmıştır.¹⁵⁴ Kanaatimce, hem maddenin gerekçesi dikkate alındığında hem de eTCK yeniden düzenlenirken kavram farklılığına gidilmiş olması gözetildiğinde, 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi kavramı eTCK'nın memur kavramından daha kapsamlıdır.¹⁵⁵ İdare hukuku anlamında memurluk bir kadroya bağlılığı ifade etmekte iken, 5237 sayılı TCK açısından memurun

¹⁵² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.961.

¹⁵³ Küçükünce, Rüşvet Suçu s.22; İlgili Maddenin gerekçesinde “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 yegâne ölçüt gördüğü işin 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. 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 kişilerin üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” denilerek kamu görevlisi sıfatının tespiti açısından aranan ölçütün, kişinin gördüğü faaliyetin kamusal faaliyet olması olduğu belirtilmiştir.

¹⁵⁴ P. M. Kartal s.1375.

¹⁵⁵ Aynı doğrultuda; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.979; Baytemir, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ve Banka Zimmeti s.6; Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet-İrtikap- Rüşvet Suçları s.4 Karşıt görüş için bkz. Toroslu s.249 vd. Okuyucu s.40.

göreviyle devlet arasında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur.¹⁵⁶ Dolayısıyla kamu görevlisi kavramı memur ve kamu hizmetlisi kavramlarını da kapsayan daha üst ve geniş bir kavramdır.¹⁵⁷

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCK ile tanım ve kavramlar netleştirilmeye çalışılmış olmakla birlikte, kamu görevlisi tanımının kendisi de muğlak olan “kamusal faaliyet” kavramı kullanılarak yapılmış olması dolayısıyla, değişikliğin netlik getiremediği belirtilmiştir.¹⁵⁸ Kamu görevlisi tanımının kapsamına tam olarak kimlerin girdiğinin tespiti için tanımın temelindeki “kamusal faaliyetin yürütülmesi” ve “katılım” unsurlarının kapsamı ayrı ayrı incelenerek bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.¹⁵⁹

Kamusal faaliyet pozitif hukukta tanımı yapılmamış olan çok geniş bir kavramdır. Bu kavram yerine İdare Hukuku’nda “*kamu hizmeti*”¹⁶⁰, “*kamu fonksiyonu*”, “*kamu görevi*” gibi kavramlar kullanılmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından bu kavramın yorumlanmasının güç olabileceği söylenmelidir.¹⁶¹

Kamusal faaliyetin madde gerekçesindeki tanımı ise şöyledir: “*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 maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi*

¹⁵⁶ H. Aydın s.116; Dönmez, Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu s.2734 “Örneğin vakıf üniversitesinde görev yapan akademik personel de özel soruşturma ve kovuşturma kurallarına tabidir, ancak burada çalışan kamu görevlilerinin Devlet ile arasında istihdam ilişkisi bulunmamaktadır...”.

¹⁵⁷ Tuğrul, İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları s.346.

¹⁵⁸ Dönmez, Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu s.2730.

¹⁵⁹ Kamu görevlisi tanımı ile ilgili olarak kapsamlı değerlendirme için bkz. Eren s.180-228.

¹⁶⁰ Günday s. 295, “*Bu kavramın anayasal ve yasal bir tanımı olmadığı gibi yargı içtihatlarında da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak kamu hizmeti öğretide çeşitli açılardan tanımlanmıştır. Organik açıdan kamu hizmeti; belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmıştır. Maddî açıdan kamu hizmeti: bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Buna göre kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir. Nihayet şekli açıdan kamu hizmeti, belli bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukukî rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması gerekir.*”; A. Ş. Gözübüyük s. 259, “*Kamu hizmeti kimi kez faaliyet, iş, uğraş anlamında, kimi kez de kamu kuruluşları anlamında kullanılır. Burada kamu hizmetinin faaliyet, iş, uğraş anlamı üzerinde durulacaktır. Bu anlamda kamu hizmeti, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet olarak tanımlanabilir.*”

¹⁶¹ H. Aydın s.119.

bulunmamaktadır”. Buna göre bir faaliyette kamu adına yürütülen bir hizmet bulunuyorsa ve hizmetin kuruluşu siyasi iradeye dayanıyorsa, bu faaliyet kamu faaliyeti sayılır.¹⁶² Kamusal faaliyetin gerekçede üstünkörü ele alınmış olması, öğretinin bu kavramı tanımlama konusunda görüş birliğine varmasına yardımcı olmamıştır. Öğretide, kamusal faaliyet, kamu hizmeti kavramının idare hukukundaki karşılığı ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁶³ Bu noktada bir hizmetin kamuya yönelik sunulmasının kamu hizmeti sayılması için yeterli olmadığı ve önemli olan noktanın siyasi iradenin söz konusu faaliyeti kamu hizmeti kapsamında değerlendirip değerlendirmede olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁴

Maddenin tanımındaki kamusal faaliyete katılım kavramı da net değildir. Maddenin gerekçesinde sayılmış olan örnekler de kamu faaliyetlerinin çeşitliliği ve gelişen devlet fonksiyonları karşısında öğretide nezdinde ortak bir yaklaşımın gelişmesini zorlaştırmaktadır.¹⁶⁵ Kanunda tanımlanmamış olan bu kavrama ilişkin öğretide bir kısım yazarlar kamusal faaliyet kavramının 765 sayılı eTCK döneminde geliştirilen kamu görevi ile aynı anlama geldiğini savunsa da¹⁶⁶ çoğunluk kamusal faaliyet kavramının kamu görevi ve kamu hizmeti kavramını bünyesinde barındırdığını kabul etmektedir.¹⁶⁷ Bir başka ifade ile kamusal faaliyet kavramının kapsam ve içeriği değerlendirilirken kanun koyucunun amacının da göz önünde bulundurulması ve böylece taksici, belediye şoförü gibi kamuya yönelik hizmet veren kişilerin bu kavram kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, ancak devletin temel faaliyetleri kapsamında ve

¹⁶² H. Aydın s.120; Tan s.236; Derbil s.34.

¹⁶³ Eren s.190; görüşler için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.980; H. Aydın s.120; Dönmez, Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı s.118-119; Baytemir, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ve Banka Zimmeti s.5; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/16791, K. 2014/516, T. 17.1.2014 kararında: “5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesine göre, kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılması ve buna göre, toplum adına kanuna veya siyasi iradeye dayalı ve kamu gücü kullanılarak yürütülen bir hizmetin bulunması gerektiği, bu hizmetin yürütümüne genel idare esaslarına uygun yöntemle katılan kişinin de kamu görevlisi kabul edileceği, hizmetin yürütümüne katılımında önemli olan hususun kanunun verdiği yetkiye uygun olarak bir kamusal faaliyetin yürütülmesine iştirak edilerek bir kamu hukuku ilişkisinin kurulması olduğu, bu şekilde katılımın iş akdi ile de olsa kamusal faaliyeti yürüten birim ile çalışan arasında emir talimat, denetim-gözetim ilişkisi kurularak bu şekilde çalışan kişinin katıldığı kamusal faaliyet dolayısıyla az da olsa kamu gücünü temsil edip kullanmasının söz konusu olduğu..” şeklinde kamusal faaliyet tanımı yapmıştır. www.lexpera.com.tr (Erişim: 16 Nisan 2019)

¹⁶⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.980.

¹⁶⁵ Eren s.195.

¹⁶⁶ Okuyucu s.30 vd.

¹⁶⁷ Dönmez, Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı s.122; Özen ve Tozman, Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi s.44-45; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.980.

devletin yakın gözetimi altında gerçekleştirilen faaliyetlerin kamusal faaliyet olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.¹⁶⁸

Konuya ilişkin kaynaklar incelendiğinde, 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi tanımının muğlaklığı nedeniyle rüşvet alanın fail sıfatı taşıyıp taşımadığının tespitinin birçok olayda zor olabileceği ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁹ Bu zorluğun aşılmasının ilk adımı, somut olayın unsurları dikkate alınarak, şüphelilerin bağlı olduğu özel ya da kamu tüzel kişinin kamu faaliyetlerine katılımının şekli, aldığı rol, hak ve yükümlülükleri idare hukuku prensipleri çerçevesinde belirlenmesi olmalıdır.¹⁷⁰ Bu belirlemenin ardından da şüphelilerin bu faaliyetin içinde aldıkları görevin ne olduğunun kapsamlı şekilde incelenmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir. Bu analiz yapılırken, her aşamada, rüşvet suçunun düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki değer ne olduğunun gözetilmesi, verilen rüşvetin kamusal faaliyetlere duyulan güveni zedeleyip zedelediği, adil rekabet ortamını ortadan kaldırıp kaldırmadığının araştırılması gerekecektir.

Kamu görevlisi sıfatı sadece maddi ceza hukuku açısından değil aynı zamanda ceza muhakemesi açısından da önem arz etmektedir.¹⁷¹ Çünkü bu tip suçlarda failin kamu görevlisi olması halinde soruşturma ve kovuşturma usulü farklı olabilecek ve bu süreçler 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu

¹⁶⁸ Özen ve Tozman, Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi s.44-45.

¹⁶⁹ Türk Ceza Kanunu kapsamındaki Kamu Görevlisi ve Kamu Görevi kavramlarına ilişkin farklı görüşler için bkz. Özen ve Tozman, Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi s.44-45.

¹⁷⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/572 K. 2016/2733 T. 15.3.2016 kararında; *"Kamu görevlisinin tanımının yapıldığı 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesinin gerekçesinde kamusal faaliyetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olarak tanımlandığı, kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda ise bu kişilerin kamu görevlisi sayılamayacağı, açıklanan hukuksal durum karşısında Antalya ...'nın yazısına göre belediye personeli olmayan, yüklenici firma elemanı olarak istihdam edilen sanığın, kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suç niteliğindeki zimmet suçunun faili olamayacağı..."* şeklinde hüküm kurmuştur. www.lexpera.com.tr (Erişim: 12 Ocak 2019); Benzer yönde Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/14868 K. 2015/17178 T. 9.12.2015 *"Ayrıca; kamu görevlisinin tanımının yapıldığı 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesinin gerekçesinde kamusal faaliyetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğu, kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda ise bu kişilerin kamu görevlisi sayılamayacağı anlaşılmalı..."* hükmütmüştür. www.lexpera.com.tr (Erişim:12 Ocak 2019).

¹⁷¹ G. O. Ergün s. 533; Dönmez, Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu s. 2734.

Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun ve diğer bağlantılı Kanunlar çerçevesinde gerçekleşebilecektir.

Rüşvet suçu kapsamında, suçun işlenmesinden sonra kamu görevlisi sıfatının kaybedilmesi, mesai saati dışında olunması gibi unsurlar suçun oluşumu açısından önem taşımaz.¹⁷² Diğer taraftan, rüşvet anlaşması kamu görevlisi sıfatının kazanılmasından önce yapılmış, ancak işin yapılması ve menfaat temini kamu görevlisi sıfatının kazanılmasından sonra gerçekleştiyse, suç oluşur.¹⁷³ Burada önemli olan menfaatin temin edildiği anda, yani suç tamamlandığında, rüşvet alanın kamu görevlisi sıfatını taşımasıdır.¹⁷⁴

Rüşvet alma fiilinin nitelikli unsuru 252. maddenin 7. fıkrasında “*Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu nitelikli unsurun uygulanabilmesi için fıkra sayınların görevlerinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için rüşvet alması gerekir.¹⁷⁵ Bu hüküm kapsamında, hem rüşvet alan hem de veren açısından ceza arttırılmalıdır.¹⁷⁶ Tahdidi olarak sayılan failler yönünden getirilen ceza artırım maddesi faillerin kişisel özelliklerini dikkate almakta olduğu için bu kişilerin herhangi birinin suçuna iştirak edenlere bu madde hükmü uygulanmaz ve bu rüşvet veren sanıklar yönünden TCK madde 252/7 uyarınca ceza artırım yapılmaz.¹⁷⁷

a.b. Özel Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler Nedeniyle Görevleriyle Bağlantılı Olarak İşledikleri Suçlardan Dolayı Kamu Görevlisi Gibi Cezalandırılan Kişiler

¹⁷² Artuk, Rüşvet Suçu s.92.

¹⁷³ G. Ergün s.40.

¹⁷⁴ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.74.

¹⁷⁵ Artuk, Rüşvet Suçu s.94.

¹⁷⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1069.

¹⁷⁷ M. R. Koca s.358.

Bazı kuruluşların özel kanunlarında yer alan çalışanlarının memur sayılacağı ve memur gibi cezalandırılacağı şeklinde hükümlere dair farklı görüşler mevcut olsa da, TCK'nın 5.maddesinde yer alan ve özel kanunlarda yer alan suç tipleri için de TCK'nın genel hükümlerinin uygulanacağını belirten hüküm doğrultusunda bu kişiler bakımından TCK kapsamında kamu görevlisi sayılıp sayılmadıkları yönünde bir tespit yapılması gerektiği öğretide belirtilmiştir.¹⁷⁸

Özel yasalardaki hükümler, ilgili kurumlarda çalışan kamu personellerinin “ceza hukuku uygulamasında memur sayılması” ve “memur gibi cezalandırılması” anlamındaki hükümlerdir.¹⁷⁹ Burada vurgulanması gereken husus, memur/kamu görevlisi sayılma ve memur gibi cezalandırılma ayrımının getirdiği hukuki sonuçların net olarak belirlenmesidir.

Bir özel kanunda bir kamu personelinin memur sayıldığından söz edilmişse, bu durumda TCK uyarınca hem ilgili personelin kendisine karşı işlenen suçlarda hem de kendisinin işlediği suçlarda kamu görevlisi sıfatına bağlanan hükümler uygulama alanı bulacaktır.¹⁸⁰ Ancak failin sadece cezalandırma bakımından memur gibi cezalandırılacağı düzenlenmiş ise bu durumda ilgili personel memur sıfatını haiz olmayacak, ancak işlediği görev suçları bakımından memurların cezalandırılmasına ilişkin hükümler uyarınca (rüşvet, irtikâp, zimmet vb.) cezalandırılacaktır.¹⁸¹

¹⁷⁸ Tütüncü s.684.

¹⁷⁹ Gökcan ve Artuç s.33.

¹⁸⁰ ; Nitekim Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/13299 K. 2018/1454 T. 20.2.2018 kararında; " 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin son fıkrasında; "Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin, görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı 5237 sayılı TCK'nın uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır." hükmü yer almaktadır. 'Kamu görevlisi sayılır' hükmü gereğince, özel eğitim kurumunun görevlileri 'görevi kötüye kullanma' suçunun faili olabilirler ya da herhangi bir suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde cezanın artırılacağı öngörüldüğünde cezaları artırılır. Ancak düzenledikleri belgeler resmi belge sayılamaz." hükmetmiştir. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 15 Şubat 2019) ; Yine Yargıtay KİT personelinin TCK anlamında kamu görevlisi sayılacağını kabul etmiştir: Tütüncü, Rüşvet Suçunda Fail Kavramının Kazandığı Yeni Boyut'tan aynen aktarımla; "Posta dağıtıcısı olan sanığın posta gönderileri ile ilgili olarak ...'memur gibi' cezalandırılması gerektiği gibi, 5237 sayılı TCK m.5, m.6/c maddeleri gereği kamusal faaliyete katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi ... gerekmektedir." hükmetmiştir.

¹⁸¹ Gökcan ve Artuç s.32.

a.c. TCK Madde 252/8’de Sayılan Tüzel Kişiler ve 252/9’da Sayılan Yabancı Personel

TCK madde 252/8¹⁸² hükmü ile rüşvet suçu sadece kamu görevlisine rüşvet verilmesiyle sınırlı tutulmayıp, suçun faili olabilecek kişilerin kapsamı da oldukça genişletilmiştir. Şöyle ki, madde 252/8 ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler, halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişiler de rüşvet hükümlerine tabi olmuştur. Böylece TCK madde 6/1-c anlamında kamu görevlisi olmasa bile, kamu yararını ilgilendiren işlemler yapmaya yetkili birçok kurumun görevlilerinin de suçun faili olabilmesine olanak sağlanmıştır.¹⁸³ Bu suretle esasen kamu görevi ifa etmeyen kimseler, temsil ettikleri kurumların toplumsal önemi açısından yapmaları gereken bir işi yapmamaları veya yapmamaları gereken bir işi yapmaları için menfaat temin edilmesi kapsamında, rüşvet suçunda fail tanımına geleneksel yaklaşımdan farklı olarak, rüşvet suçu kapsamına alınmıştır.¹⁸⁴ Ancak her ne kadar değişikliğin şeffaflık ilkesinin tesisini ve haksız rekabetin önlenmesini amaçladığı anlaşılıyor olsa da, yalnızca fıkra da adı geçen tüzel kişiler bakımından rüşvet suçunun uygulama alanı bulması eleştirilmiştir.¹⁸⁵

TCK madde 252/9 hükmü kapsamında ise madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, OECD Konvansiyonu, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve AK Ceza Hukuku Sözleşmesi kapsamında getirilen uluslararası sorumlulukların bir yansıması olarak yabancı kamu görevlileri, uluslararası veya

¹⁸² TCK md. 252/8 madde metni şu şekildedir: *Bu madde hükümleri; a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, d) Kamu yararına çalışan dernekler, e) Kooperatifler, f) Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.*

¹⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1020.

¹⁸⁴ Soyaslan s.696-697.

¹⁸⁵ Tütüncü s.685.

uluslar üstü mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimler, jüri üyeleri veya diğer görevliler, uluslararası veya uluslar üstü parlamento üyeleri, kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişiler, bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemleri, uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslar üstü örgütlerin görevlilerine veya temsilcileri de rüşvet suçu kapsamına dâhil edilmiştir.

1.3.4.3.2. Rüşvet Veren

Rüşvet veren fail herhangi bir kimse olabilecektir. Maddede rüşvet veren açısından failde herhangi bir nitelik yahut sıfat gözetilmemiştir.¹⁸⁶ Rüşvet suçu iki taraflı ve çok failli bir suç olduğundan rüşvet veren suçun müstakil failidir.¹⁸⁷ Bu husus 5237 sayılı TCK madde 252’de; “*menfaat sağlayan kişi ... cezalandırılır*” şeklinde ifade edilmektedir. Rüşvet veren kamu görevlisi de olabilir. Bu durumda verilecek ceza 266. maddeye göre arttırılabilir.¹⁸⁸

1.3.4.4. İştirak

eTCK’da rüşvete aracılık da bir suç olarak tanımlanmıştır. Rüşvete aracılık eden müşterek fail olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁹ Fakat uygulamada aracılık edenlere ne tür cezalar verileceği konusunda sorunlar yaratmış olan bu suç tanımına 5237 sayılı TCK’nın 6352 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki halinde yer

¹⁸⁶ Kahraman s.165.

¹⁸⁷ Özalp s.210.

¹⁸⁸ Artuk, Rüşvet Suçu s.93.

¹⁸⁹ Özalp s.210.

verilmemiştir.¹⁹⁰ Esasen rüşvet suçuna iştirak, yukarıda da ifade edildiği gibi suçun tamamlanma anına kadar mümkündür.¹⁹¹

1.3.4.5. Uluslararası İşlemlerde Rüşvet

5237 sayılı TCK madde 9'a göre "Bu madde hükümleri; a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine, b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere, c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine, d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere, e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere, f) Uluslararası bir antlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır".

Burada yabancı devlet ya da uluslararası (hükümetler arası) örgüt görevlilerine veyahut uluslararası ticari kuruluş bünyesinde çalışan personele sağlanan bazı yararların da rüşvet suçunu oluşturacağı öngörülmüştür. OECD'nin Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler'in Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi'nin Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin iç hukuka yansımaları olan bu hüküm hem basit hem de nitelikli rüşvet hallerine uygulanır.¹⁹²

¹⁹⁰ Ünlü, Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Rüşvet Düzenlemesi ile İngiltere Rüşvet Kanunu'nun Karşılaştırması s.84.

¹⁹¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.946; İştirak ile ilgili daha detaylı değerlendirme için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1078.

¹⁹² Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1066.

Yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi, vaat veya teklifinde bulunulması ile yabancı kamu görevlisinin kendisine veya göstereceği bir başka gerçek ve tüzel kişiye menfaat sağlaması yönünde talepte bulunması, menfaat teklifi ve menfaati kabul etmesi de suç sayılmaktadır.

1.3.5. Manevi unsur

5237 sayılı TCK'nın düzenlemesine göre rüşvet suçu ancak kasten işlenebilecektir, suçun taksirli şekli cezalandırılmamakla birlikte suçun hem doğrudan, hem de olası kastla işlenebilmesi mümkündür.¹⁹³ Kanunun düzenlemesine göre, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur.¹⁹⁴ Bu açıdan aranan kast özel kasttır; hem rüşvet alan hem de rüşvet veren aynı saik ile hareket etmelidir.¹⁹⁵ Bu nedenle gerek kamu görevlisi gerekse karşı tarafın, yararın sağlanmasının ya da vaat veya taahhüt edilmesinin bir anlaşmanın sonucu olduğunu bilmesi ve karşı taraftan gelecek rüşvet önerisini serbest irade ile kabul etmesi gerekmektedir.¹⁹⁶ Buna ek olarak, 10. fıkroda cezalandırılan ve “uluslararası kamu görevlilerine rüşvet” suçu açısından aranan özel kast “uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacını” da içermektedir. Bir başka deyişle, 10. fıkroya göre yapılacak kast incelemesinde sadece bir işin görevin gereklerine uygun şekilde yapılması veya yapılmamasına ek olarak, bir işin ya da haksız

¹⁹³ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s.364.

¹⁹⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.966.

¹⁹⁵ Akyürek s.28-29.

¹⁹⁶ Baytemir, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu s.364.

yararın elde edilmesi veya korunması gayesi de özel kast olarak değerlendirilmelidir.¹⁹⁷

Kişinin haklı bir işinin, gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Çünkü bu durumda kamu görevlisinin irtikâp suçu işlediğini kabul ederek, TCK madde 250 gereğince kişiyi mağdur olarak kabul etmek ve rüşvet verme açısından rüşvet verme iradesi ile bir anlaşma yapılmamış olduğunu kabul etmek gerekmektedir.¹⁹⁸

1.3.6.Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1.3.6.1. Teşebbüs

Yukarıda “Fiil” başlığı altında detaylı olarak da ele alındığı gibi, rüşvet suçu kural olarak menfaatin temin edildiği anda oluşmakta¹⁹⁹, ancak 5237 sayılı TCK madde 252/3 uyarınca rüşvet anlaşmasının yapılması durumunda dahi suç oluşmuş gibi cezaya hükmedilmektedir. Rüşvet anlaşması durumunda aslında bir teşebbüs hali söz konusudur, fakat kanun koyucu suç siyaseti düşünceleriyle bu teşebbüs halini suçun tam cezasıyla cezalandırmaktadır. Bu haliyle rüşvet suçunun bir teşebbüs suçu olduğu ifade edilebilir.²⁰⁰

Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunmasına rağmen, bunun kişi tarafından kabul edilmemesi yahut kişinin kamu görevlisine menfaat konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi

¹⁹⁷ Akyürek s.28.

¹⁹⁸ Ünlü, Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu s.333.

¹⁹⁹ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.91.

²⁰⁰ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.91.

durumunda ise rüşvet suçuna teşebbüs gündeme gelecektir.²⁰¹ Zira suç tamamlanmamış olacaktır.

6352 sayılı Kanun’la değişik 5237 sayılı TCK’nın 252. maddesinin 4. fıkrasında “*Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hallerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir*” denilerek rüşvet suçuna özgü teşebbüs bu düzenleme ile yer almaktadır. 6352 sayılı Kanun’la getirilen bu yeni hükmün rüşvet suçuna özgü teşebbüs hali olduğu kanunun madde gerekçesinde²⁰² ifade edilmektedir.²⁰³

Gerekçede şu ifade yer almaktadır: “*...buna karşılık, kamu görevlisinin belli bir işi yapması veya yapmaması için kişiden para ve sair menfaat talebinde bulunmasına rağmen, bu talebin kişi tarafından kabul edilmemesi halinde ya da kişinin işinin görülmesi için kamu görevlisine menfaat teklifinde veya vaaide bulunmasına rağmen, bu teklif veya vaaidin kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi halinde, rüşvet suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 252. maddesine ikinci fıkra olarak yeni bir hüküm eklenerek, uygulamada tereddüt oluşturan hususlara açıklık getirilmiştir. Ancak, bu gibi hallerde rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı cezaya hükmedilmekle birlikte rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı hükmolunacak cezaya asgari bir sınır getirilmiştir.*” Böylece rüşvet teklif, talep veya vaaдинin kabul edilmemesi durumunda, teşebbüse ilişkin genel hüküm olan TCK 35. madde uygulanmayacak, rüşvet suçuna özgü teşebbüs halini düzenleyen bu hükme göre ceza miktarı belirlenecektir.²⁰⁴

²⁰¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/624, K. 2016/266, T. 24.5.2016, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 25 Ocak 2019).

²⁰² TBMM Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 24.

²⁰³ M. Çakır s.60; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/5410, K. 2014/9970, T. 21.10.2014, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 21 Şubat 2019) ; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/13504, K. 2014/4039, T. 10.4.2014, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 21 Şubat 2019).

²⁰⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2017/420, K. 2018/100, T. 11.1.2018, www.lexpera.com.tr, (Erişim:4 Nisan 2019).

Burada belirtmek gerekir ki bazı yazarlara göre maddenin 4. fıkrası bir teşebbüs hükmü değil, hafifletici neden hükmüdür. Örneğin *Yurtcan*, rüşvet teklifinin karşı tarafça kabul edilmemesi varsayımında bu fillerin teşebbüs olarak kabul edilip düzenlenmesi gerekirken, hafifletici neden olarak düzenlendiğini belirtmiştir.²⁰⁵ Bu karışıklığın sebebi maddenin gerekçesinin komisyonca sunulan ve maddenin teşebbüs hükmünü içeren ilk hali için yazılmış olması, ancak kabul edilen metinde teşebbüs hükmünün kaldırılmış olmasına karşın gerekçenin aynı kalmasıdır. Uygulamada bu tanımlandırma sorununun bir önemi kalmamıştır. Zira rüşvet teklif, talep veya vaadinin kabul edilmemesi durumunda maddenin 4. fıkrası uyarınca 1 veya 2. fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında indirileceğinden, teşebbüse ilişkin TCK madde 35'teki düzenleme rüşvet suçu açısından uygulama alanı bulamayacaktır.²⁰⁶

Uygulamada kişinin kamu görevlisine rüşvet teklif veya vaatte bulunmasına karşılık, kamu görevlisinin bunu kabul etmemesi rüşvet suçuna teşebbüs halinin en sık görüldüğü durumlardan biridir. Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunup kişinin bu talebi kabul etmemesi halinde de rüşvet suçu teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı bu gibi durumlarda, teklif veya talepte bulunan kişi suçun faili olmaktadır. Teklif veya talebi kabul etmeyen karşı taraf ise fail değil, tanık veya katılan olmaktadır.

1.3.6.2. İştirak

Rüşvet suçu çok failli suçlardandır ve anlaşma olması halinde iki taraf da fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu yönüyle rüşvet alan kamu görevlisi ve rüşvet veren kişi arasında iştirak ilişkisi değil, suçun oluşması için zorunlu birliktelik

²⁰⁵ Yurtcan s.46.

²⁰⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1030.

mevcuttur. Failler, ‘suça iştirak’ etmiş olmazlar; failin çokluğu suçun unsurudur. Her fail kendi fiili nedeni ile ceza alır.²⁰⁷

Rüşvet suçunda iştirake ilişkin olarak 5237 sayılı TCK madde 252/5 ve 6 hükümleri ile genel suç teorisi bakımından, dikkat çekici bir şekilde, kamu görevlisi sıfatını taşımayan kişilerin de bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilecekleri vurgulanmıştır.²⁰⁸

Rüşvet suçuna iştirak, fail (*müşterek fail*) sıfatıyla olabileceği gibi, şerik (*azmettirme veya yardım etme*) niteliğinde de olabilmektedir.²⁰⁹ Kişi suça fail sıfatıyla iştirak edebilir, zira 5237 sayılı TCK’nın 6352 sayılı Kanun’la değişik madde 252/5 ile rüşvet teklif veya talebinin karşı taraf iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvet temini hususlarında aracılık eden kişinin, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.²¹⁰ 5237 sayılı TCK’nın ilk halinde bu düzenlemeye yer verilmemesi rüşvet suçunun yapısındaki değişime dayandırılmıştır.²¹¹ Maddenin ilk halinin gerekçesinde “*rüşvete aracılık eden*”le ilgili neden bir hüküm bulunmadığı açıklansa da 6352 sayılı Kanun’daki maddenin gerekçesinde bu durumun tereddüt oluşturmasından dolayı maddenin tekrar düzenlendiği belirtilmiştir. Gerekçede bahsedilen tereddüt ifadesiyle kastedilmek istenen, rüşvete aracılık eden kişilerin iştirak çerçevesindeki konumunun özellikle kişinin rüşvet alanın mı yoksa rüşvet verenin mi vasıtası olduğunun tespitinde çekilen güçluktur.²¹²

5237 sayılı TCK’nın 252. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen rüşvet suçuna müşterek fail olarak iştirak edebilmenin şartı kanunda da açıkça ifade edildiği üzere “*rüşvete aracılık*” etmektir.²¹³ Rüşvete aracılık eden kişi, faille birlikte vermiş oldukları suç işleme kararıyla fiilin gerçekleştirilmesine katkıda bulunmakta ve suçun işlenmesi için iki taraf arasında bağlantı kurmaktadır. Bu

²⁰⁷ Hafizoğulları ve Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar s.59.

²⁰⁸ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.86-87; Soyaslan s.696-697.

²⁰⁹ M. Çakır s.73.

²¹⁰ Yurtcan s.47.

²¹¹ Doğan, Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim s.351.

²¹² Doğan, Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim s.352.

²¹³ M. Çakır s.73.

yönüyle rüşvete aracılık eden kişi bir suçun işlenmesine müşterek fail olarak iştirak edene benzetilebilir.

Kamu görevlisine veya kişiye rüşvet suçunu işleme kararı verdiren kişi ise azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Fakat kişi, hem azmettiren sıfatı taşıyorsa hem de rüşvet suçunun işlenmesine aracılık ederse, failliğin şerikliğe üstünlüğü kuralı gereğince sadece müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.²¹⁴

6352 sayılı Kanun'la gelen bir başka düzenleme ile 5237 sayılı TCK madde 252/6 uyarınca rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi de müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Üstelik bu kişilerin kamu görevlisi sıfatı taşıyıp taşıyamamaları da bu konuda bir önem arz etmeyecektir. Bu hüküm ile özel iştirak düzenlemesi yapıldığı anlaşılmaktadır.²¹⁵

1.3.6.3. İçtima

Rüşvet suçunun içtima türlerinden biri olan zincirleme şeklinde işlenmesi mümkündür.²¹⁶ Bu durumda faile tek ceza verilecek ve fakat ceza, iştirak hükümleri gereğince dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır. Burada dikkat edilecek husus, kamu görevlisinin menfaat temin ettiği kişinin mağdur olmadığıdır. Zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği madde 43/1 hükmünde kanun koyucu suçun aynı kişiye karşı işlenmesini zikretmekte, hemen ardından da mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da (rüşvet gibi) bu hükmün

²¹⁴ Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar s.225.

²¹⁵ Meran s.130.

²¹⁶ Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar s.230.

uygulanacağını ifade etmektedir.²¹⁷ Uygulamada Yargıtay bu gibi durumlarda rüşvet suçunda zincirleme suç hükümlerini uygulamaktadır²¹⁸.

Rüşvet suçunun zincirleme şeklinde işlenmesi rüşvet veren kişi açısından da gündeme gelebilecektir. Fakat rüşvet veren kişi şayet birden fazla kamu görevlisine bir işin yapılması veya yapılmaması için rüşvet vermişse, bu durumda kendisi açısından tek suç olduğu söylenecek, rüşvet alan her bir kamu görevlisi de bu suça müşterek fail olarak iştirak etmiş olacaktır. Zira bu gibi durumlarda her bir sanık için ayrı ayrı rüşvet suçu oluşmayacaktır. Suçun işlenişine katılan ve kendi görev alanına giren işle ilgili rüşvet alan her kamu görevlisi aynı ve tek rüşvet suçunun müşterek faili olarak sorumlu olacaktır. Şayet kişi birbirinden farklı işlerin yapılması veya yapılmaması için birden fazla kamu görevlisine rüşvet verirse, bu durumda her bir iş için işlenen fiil farklı rüşvet suçunu oluşturacaktır. Rüşvet suçu aynı neviden fikrî içtima olarak adlandırılan şekliyle işlenememektedir.

Rüşvet suçunun başka bir suçun işlenmesi için araç olarak kullanılması durumunda, failin gerçek içtima hükümlerince her iki suçtan dolayı sorumlu olması gerekir.²¹⁹ Eğer rüşvet anlaşmasının konusu olan eylem, bir başka suçun oluşumuna neden oluyorsa (örn: ihaleye fesat karıştırma) bu durumda ceza gerçek içtima kuralları uygulanarak tayin edilecektir.²²⁰ Rüşvet kamu görevlisi olan fail açısından görevi kötüye kullanmanın özel bir halidir, bu nedenle rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçlarına gerçek içtima hükümleri uygulanmaz.²²¹

Rüşvet suçunun anlaşma ile tamamlandığı kabul edildiğinde, kamu görevlisinin rüşvete konu olan menfaati temin etmek için kişiye karşı cebir, tehdit ya da yağma suçunu işlemesi durumunda da gerçek içtima kuralları

²¹⁷ M. Çakır s.76.

²¹⁸ M. Çakır s.75'ten aktarım: "Sanık Ali'nin cezaevine yasak eşya sokmak ve rüşvet almak suçlarını memuriyet görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle, yine rüşvet alma suçunu zincirleme şekilde işlediği halde, TCK'nın 43 ve 53/5. maddelerinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Y. 5. CD, 09.05.2011 tarih ve 2011/2105- 2011/ 3799 sayılı kararı); Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/9801, K. 2017/5043, T. 28.11.2017, www.lexpera.com.tr , (Erişim: 16 Mart 2019).

²¹⁹ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.114; M. Özen, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.214; Özbek, Kanbur ve Doğan s.999.

²²⁰ G. Ergün s.48, Hafızoğulları ve Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar s.62.

²²¹ G. Ergün s.48.

uygulanacaktır. Diğer taraftan, rüşvet suçu haksız menfaatin temin edildiği anda tamamlandığı için, anlaşma yapıldıktan sonra kişinin rüşvete konu menfaati kamu görevlisine temin etmekten kaçınması gönüllü vazgeçmeyi gündeme getirebilecektir.²²² Fakat kişinin vazgeçmesi anlaşmayı ortadan kaldırmayacağı için, TCK md. 36 uyarınca kamu görevlisi suçun tam cezasıyla cezalandırılacaktır. Bu görüşe göre, eğer kamu görevlisi menfaatin temini için kişiyi zorlarsa ayrıca icbar suretiyle irtikâp veya yağma suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gereklidir.²²³

1.3.7. Muhakeme usulü

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kamusal görev ve hizmetleri yerine getirirken işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine neden olacağı için, bu görevlilerin yargılanmaları özel bir sisteme tabi tutulmuştur.²²⁴

1.3.7.1. Genel olarak

Rüşvet veren failin kamu görevlisi olması gerekmediği için, kişinin yargılanması da özel bir soruşturma usulüne tabi değildir. İhbar üzerine veya re'sen Cumhuriyet Savcılığı tarafından herhangi bir kuruma bildirimde bulunulmasına gerek olmadan soruşturma yapılabilir.²²⁵ Bu noktada rüşvet veren

²²² Özgenç, İrtikâp ve Rüşvet Suçları s.116.

²²³ Özgenç, İrtikâp ve Rüşvet Suçları s.116.

²²⁴ Kamu görevlilerinin özel yargılama usulüne tabi tutulması lehindeki görüşlere yönelik eleştiriler için bkz.: Zengin s. 38-42.

²²⁵ Alşahin ve Fatma Sancar s.38-41.

ve kamu görevlisi olmayan kişiler açısından, CMK'nın soruşturma usulüne ilişkin ilgili düzenlemeleri işletilecektir.²²⁶

Kural olarak, rüşvet suçunun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında, cumhuriyet savcılar ve mahkemeler, CMK'da tanımlanmış özel koruma tedbirlerine başvurabilir.²²⁷

1.3.7.2. Genel Olarak Kamu Görevlilerine İlişkin Suçların Soruşturma Usulü

Kamu görevlilerinin özel yargılama süreçlerinde uygulanabilecek üç farklı sistem mevcuttur. Bunlardan ilki 1872 tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile kabul edilmiş olan *muhakeme sistemi*dir. Buna göre kamu görevlilerinin işledikleri suçların muhakemesi idari makamlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun kapsamında benimsenmiş ve ikinci sistem olan *tahkik sisteminde* idari makamlar tamamladıkları soruşturma aşamasında elde ettikleri bulgulara göre gerekli görürlerse soruşturma dosyasını kovuşturma aşamasının yürütülmesi için adli makamlara göndermektedirler. Bugün hukuk sistemimizde kabul edilmiş ve üçüncü sistem olan *izin sistemine* göre ise kamu görevlisinin işlediği suçtan dolayı soruşturmaya başlanabilmesi için yetkili idari mercilerden izin alınması gerekmektedir. Anayasa madde 129 ile kamu görevlilerinin yargılanması için kanunla belirlenen istisnalar dışında idari mercii izninin gerekli olduğu belirtilmiş, 4483 sayılı Kanun kapsamında da kamu görevlilerine görevlerinden dolayı cumhuriyet savcılarınca soruşturma açılabilmesi için idari mercilerden izin alınması esas benimsenmiştir.²²⁸

Şüpheli veya sanığın kamu görevlisi olması durumunda, soruşturma usulü kural olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında

²²⁶ Alşahin ve Fatma Sancar s.41.

²²⁷ Örn; Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma" (Madde 128) "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" (Madde 135) "Teknik araçlarla izleme" (Madde 140) ve "Zorlama amaçlı el koyma ve teminat belgesi" (Madde 248).

²²⁸ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Zengin s.32-34.

Kanun'a göre yapılmaktadır. Bu kanuna göre yapılacak soruşturmalarda izin şartı aranmaktadır.

4483 sayılı Kanun memurların adli görevlerine ilişkin suçlarına uygulanmaz çünkü kanun sadece idari görevlerinden doğan suçları kapsamına almaktadır.²²⁹ Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bir kararında, “1412 sayılı CMUK’un 154 ve 5271 sayılı CMK’nın 161’inci madde hükümleri uyarınca, sanığın yasal çerçevede kendisinden istenen adliye ile ilgili görevi yerine getirmeme biçimindeki eylemi nedeniyle hakkında Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan soruşturma yapılabileceği ve yargılama görevinin Adliye Mahkemelerine ait olacağı gözetilmeden yetersiz gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi, yasaya aykırıdır” denilmek suretiyle bu görüş benimsenmiştir.²³⁰

1.3.7.3. Kamu Görevlisinin Rüşvet Suçuna İlişkin Özel Soruşturma Usulü

4483 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 2. fıkrasında “Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır” denilerek soruşturma usulü açısından bir istisna getirilmiştir.

Başta yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi olmak üzere, yolsuzluğun önlenmesine dair pek çok uluslararası sözleşmeye taraf olan Türkiye de, kendi iç hukukunda uluslararası mevzuata uyum sağlamak, şeffaflığı arttırmak ve soruşturma süreçlerine işlerlik kazandırmak gerekçeleri ile 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı Kanunu’nu yürürlüğe koymuştur.²³¹ 3628 sayılı

²²⁹ Ayrıca, 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nda Yazılı Suçlar; Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlar; 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun’da Yazılı Suçlar, 5186 Sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun’da Yazılı Suçlar, 4483 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan diğer suçlardır; CMK, md.161/5.

²³⁰ Tarhan ve Mehmet Karadağ, 4483 Sayılı Kanun Kapsamına Giren Suçlar ve İlgili Yargı Kararları Sunumu slayt 6’dan aynen aktarım.

²³¹ Aktaş s.797-798; Uğur, 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’na Eleştirel Bir Bakış Ve Çözüm Önerileri s.291.

Kanun özel soruşturma ve kovuşturma usullerine yer verilen kanun vasfı taşımaktadır²³² ve 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesi doğrultusunda rüşvet suçu bakımından 4483 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.²³³

Rüşvet suçunun soruşturma usulü 3628 sayılı Kanun'un 17, 18 ve 19. maddeleri ile düzenlenmiştir.

3628 sayılı Kanun madde 17/2 uyarınca müsteşarlar, kaymakamlar ve valilere kanunun uygulanmayacağı ifade edilirken, 17/3'te görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Bu sebeple müsteşar, vali ve kaymakamların görevleriyle ilgili işledikleri suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu kuralın da bir istisnası bulunmaktadır. Kanun'un 2. maddesinin 3. fıkrasında ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinde genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Rüşvet suçu ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamındaki suçlardan olduğu için, vali, müsteşar ve kaymakamlar hakkında yapılan soruşturmalarda genel hükümlere başvurulması ihtimali bulunmaktadır. Diğer taraftan, faili müsteşar, vali veya kaymakam olan rüşvet fiili açısından 4483 sayılı Kanun'da öngörülen soruşturma izninin bir dava şartı olduğu ileri sürülebilir.²³⁴ Maddenin ikinci fıkrası gereğince şüphelilerin hukuki statülerine göre tabi oldukları kanunlarda özel bir soruşturma usulü düzenlenip düzenlenmediğinin incelenmesi ve varsa bu hükümlere göre soruşturma yürütülmesi gerekir.²³⁵

3628 Sayılı Kanun madde 18'e göre rüşvet suçunun işlendiğine yönelik ihbarlar doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılacaktır. Böyle bir durumda

²³² Eren s.402.

²³³ M. Özen, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.254.

²³⁴ Eren s.412; 4483 sayılı Kanun 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine göre soruşturma izni vermeye yetkili mercii kaymakam için görev yaptığı ilin valisi, (e) bendi uyarınca ise Cumhurbaşkanı kararıyla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanı veya ilgili bakanıdır. Bu Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasında, kaymakamlar, müsteşarlar, valiler hakkında soruşturma yürütmeye yetkili makamlar da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre kaymakamlar hakkında soruşturma, il cumhuriyet başsavcısı veya başsavcı vekili tarafından; müsteşarlar ve valiler ile ilgili soruşturma ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya başsavcı vekili tarafından yürütülecektir.

²³⁵ Bu özel usullere örnek olarak; 5441 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 82. maddesi; 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun'un 5/11. Maddesi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 133/1. maddesi gösterilebilir. Özalp s.495-507.

18.maddenin 2.fıkrası uyarınca Cumhuriyet Savcısı, suçun işlendiğine dair ihbarı, takipsizlik kararını veya iddianameyi Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirmekle yükümlüdür.²³⁶ Rüşvet suçu kanun gereği zaten şikâyete tabi olmayan ve re'sen soruşturulması gereken bir suçtur.²³⁷ Eğer bir inceleme ve soruşturma makamı veya müfettişler herhangi bir şekilde 3628 sayılı Kanun kapsamına giren bir suç olduğuna ilişkin bir tespitte bulunur veya delil elde ederlerse, bu durumu yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığı'na ihbar etmek ve belgeleri tevdi etmek zorundadır.²³⁸ Belirtilmelidir ki; ilgili soruşturma makamı veya müfettiş ihbarda bulunmayı veya dosyasını tevdi etmeyi gerekli görmemiş olsa bile, Cumhuriyet Başsavcılığı gerekçe göstererek bu dosyayı talep edip, soruşturma açabilirler.²³⁹

Yine 3628 Sayılı Kanun “*soruşturma usulü*” başlıklı 19. maddesine göre Cumhuriyet Savcısı rüşvet suçunun işlendiğini öğrendiğinde şüpheli ve sanıklar hakkında doğrudan doğruya soruşturmaya başlayacak ve durumu, atamaya yetkili amirine veya 8. maddede sayılan mercilere bildirecektir.²⁴⁰ Bu düzenlemeden de görüldüğü üzere rüşvet suçunun soruşturulmasında bir muhakeme koşulu olan izin şartı aranmamakta, sadece ilgili kuruma bildirim yapılmaktadır. Bu bildirim, sadece idarenin ilgili kamu görevlisi hakkında gerekli ise ceza soruşturmasına paralel olarak disiplin soruşturması açmasına imkan vermek için öngörülmüştür.²⁴¹ Bu şekilde, izin sisteminden bildirim sistemine geçilmiştir. Ancak burada bahsetmek gerekir ki, Cumhuriyet Savcısı'nın sanığın fiilini 17. maddenin birinci fıkrası kabul ederek makamlardan herhangi bir izin almaksızın doğrudan iddianame düzenleyip soruşturmayı başlattığı, ancak yargılama sırasında suçun vasfının değişip bu fıkranın kapsamının dışına düştüğü bir durumda nasıl bir yol izleneceği hususu

²³⁶ Bkz dipnot **Error! Bookmark not defined.**

²³⁷ M. Çakır s.79.

²³⁸ Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin TCK'nın 279. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturacağı yönündeki görüş için bkz. Gökcan ve Artuç s.888.

²³⁹ Şahin s.1-3.

²⁴⁰ Artuk, Gökcan ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.979.

²⁴¹ Alşahin ve Fatma Sancar s.38-41.

uygulamada karşı karşıya kalınabilecek bir sorundur.²⁴² Yargıtay'ın bu çalışmanın yazıldığı tarih itibariyle mevcut görüşü, rüşvet suçu gözetilerek düzenlenen iddianameyle açılan davada sonradan fiilin, örneğin, görevi kötüye kullanma olduğuna kanaat getirilmiş olsa bile herhangi bir durma kararı verilmeden dosyanın sonuçlandırılması yönündedir.²⁴³ Bazı yazarlar Yargıtay'ın bu durumda mahkemenin durma kararı vererek dosyayı izin için idari makama göndermesi gerektiği yönündeki içtihadının daha doğru olduğunu düşünmektedirler.²⁴⁴

3628 sayılı Kanun madde 19/2'de CMK'da yer almayan bir koruma tedbirine yer verilmiştir.²⁴⁵ Buna göre Cumhuriyet Savcısı şüpheliler hakkında, haksız edinilen malın kaçırıldığı yönünde delil ve emâre bulduğu takdirde sanığın ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını isteyebilir. Tüm ilgililer bu bilginin kendilerine ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde Cumhuriyet savcısına mal bildirimini vermek zorundadır. Söz konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe ve söz konusu para veya malın haksız edinildiği yolunda delil veya emareler varsa, Cumhuriyet savcısı kamu davası açılmadan önce ilgili tedbirlerin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yere bağlı hukuk mahkemesinden isteyebilir. Diğer taraftan CMK md. 128 de rüşvet suçu açısından aynı hususta düzenlemeler getirmektedir. Uygulamada ilgili iki hükmün birlikte nasıl uygulanacağı, ya da hangisine üstünlük verileceğine ilişkin bir netlik oluşmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimce, CMK md. 128 hükmü sonraki özel düzenleme olarak başvurulması gereken usuli düzenlemedir.²⁴⁶

²⁴² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.979.

²⁴³ Vasıf değişikliği olarak adlandırılan bu durumda, mahkemece yargılamaya devamla ek savunma hakkı verilerek suretiyle hüküm kurulmaktadır; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.979.

²⁴⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.979; Alşahin ve Fatma Sancar s.38-41.

²⁴⁵ Eren s.407.

²⁴⁶ Uğur, Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu & Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele s.384; Aynı doğrultuda bkz. Eren "MBBRVYMK'nın 19. maddesinin son fıkrası ile taşınmazlara, hak ve alacaklara, el koyma koruma tedbirini düzenleyen CMK'nın 128. maddesinin arasındaki farklılıklar soruya yanıt bulmayı güçleştirmektedir. Şöyle ki; söz konusu koruma tedbirine ancak CMK'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında sayılan suçlara ilişkin yapılan soruşturma veya kovuşturmalarda başvurulabilir. Ayrıca bu koruma tedbirine karar verilebilmesi için iki koşulun daha bulunması gerekir. İlki, suçun işlendiğine ve taşınmaz, hak ve alacakların bu suçtan elde edildiğine dair somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunmasıdır. İkinci koşul, tartışmalı olmakla birlikte taşınmaz, hak veya alacakların şüpheli ya da sanığa ait olmasıdır.¹²⁵⁹ Kanun koyucu, bu koruma tedbirine ağır ceza mahkemesinin oy birliğiyle alacağı karar ile başvurulabileceğini düzenleyerek hükmün uygulama alanını daraltıp, ek bir güvence daha

1.3.7.4. Yer Bakımından Uygulama Kuralları

Suç dünyanın neresinde işlenmiş olursa olsun, suçun özel tehlike arz etmesi ve insanlık yararına cezasız kalmaması için devletlerin kendini yargılama konusunda yetkili kılabilmesine izin veren evrensellik ilkesinin²⁴⁷ özü rüşvet suçu ile bağdaşmamaktadır. Soykırım, insan ticareti gibi insanlığa karşı işlenen suçlar için bir devletin uluslararası toplum adına yargılama yapmasına izin verne bu ilkenin, rüşvet suçu her ülkede farklı tanımlandığı için bu suç bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.²⁴⁸

Türkiye'nin taraf olduğu ve bu çalışmanın inceleme konusunun bir parçasını oluşturan uluslararası sözleşmeler; OECD Konvansiyonu, AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi kapsamında taraf devletlerin yargı yetkisine ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmiştir.²⁴⁹ Bu kapsamda Türkiye'nin yargı yetkisi bakımından temel kabul gören ilkenin mülkilik ilkesi olduğu belirtilmekle birlikte, rüşvet suçu bakımından ülkesellik, faile göre şahsılık, mağdura göre şahsılık ve koruma ilkelerinin benimsendiği belirtilmiştir.²⁵⁰ Bu kapsamda farklı ihtimaller gözetilerek aşağıdaki şekilde inceleme yapılması gerekmektedir.

öngörmüştür. Şartları dikkate alındığında CMK'nın 128. maddesindeki koruma tedbiri ile MBBRVYMK'nın 19. maddesinin son fıkrasında içeriği ve koşulları tam olarak belirtilmeden düzenlenen tedbir arasında temel hak ve özgürlükleri sınırlama noktasında ciddi bir farklılık mevcuttur. Bu durum karşısında CMK'nın 128. maddesindeki şartlar oluşmadan, MBBRVYMK'nın 19. maddesinin son fıkrasına dayanarak görevli mahkemeden ya da malın bulunduğu yerdeki hukuk mahkemesinden tedbir kararı alınabilir mi sorusunun yanıtı son derece önemli hale gelmektedir. Kanımızca rüşvet suçuna ilişkin soruşturmalarda CMK'nın 128. maddesindeki düzenleme, MBBRVYMK'nın 19. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye kıyasla sonraki özel kanun niteliği taşımaktadır. Çünkü CMK'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında sayılan suçlar arasında rüşvet suçu da yer almaktadır. Bu sebeple rüşvet suçuna ilişkin yapılan soruşturmalarda bakımından MBBRVYMK'nın 19. maddesinin son fıkrasına göre şüpheliye ya da aynı maddede sayılan yakınlarına ait taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulması sonucunu doğuran bir tedbiri talep etme olanağının bulunmadığını, hükmün zımni olarak ilga edildiğini savunmaktayız." diyerek CMK 128'in 3628 sayılı Kanun'un 19/2 fıkrasını zımnen ilga ettiğini savunmuştur. Eren s.408-409; farklı görüş için bkz. Özalp s.510, "3628 sayılı Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 19. maddesinin 3. fıkrasında, Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebileceği düzenlenmiştir. Burada hangi tedbirlere başvurulacağı açıkça belirtilmemiş ise de, para ve veya mal ile ilgili tedbirden bahsedilmesi ve kararın hukuk mahkemesi tarafından verileceği dikkate alındığında, bunun el koyma niteliğinde ihtiyati tedbir olarak değerlendirilmesi gerekir. Rüşvet suçu hem CMK'nın 128. maddesinde yer alan katalog suçlarından olması hem de 3628 sayılı kanun kapsamında olması nedeniyle, rüşvet suçu hakkında yürütülen soruşturmalarda hem CMK'nın 128. maddesi hem de 3628 sayılı kanunun 19/3. fıkrasının uygulanması mümkündür".

²⁴⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku s.128.

²⁴⁸ Özalp s.524.

²⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Özalp s.522-523.

²⁵⁰ Özalp s.524.

Rüşvet suçunun bir Türk vatandaşı yahut yabancı tarafından kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi durumunda, mülkilik-ülkesellik ilkesi gereği Türkiye’nin yargılama yetkisi mevcut olacak ve TCK md. 9 uyarınca, fail hakkında yabancı bir ülkede bu suç nedeniyle hüküm kurulmuş olsa dahi failin Türkiye’de yeniden yargılanması gündeme gelecektir.

TCK md. 10 uyarınca, yabancı ülkede Türkiye adına memuriyet veya görev üstlenen bir kişi bu görevinden dolayı rüşvet suçu işlemişse, yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuş olsa dahi Türkiye’de yeniden yargılanacaktır. Dikkat edilmesi gereken nokta, bu düzenleme kapsamında Türkiye adına görev alan kişinin Türk vatandaşı olmasına yönelik bir şart aranmadığıdır.²⁵¹ Böyle bir durumda rüşvet suçunun diğer failinin Türk vatandaşı olup olmamasına göre bir ayırım yapılacak ve Türk vatandaşı olması durumunda TCK md. 11/1 uygulama alanı bulacakken, diğer failin yabancı olması durumunda ise TCK md. 12 uygulanacak ve ancak TCK md 12/5 hükmü uyarınca rüşvet suçundan dolayı yargılama yapılması için Adalet Bakanı’nın istemi aranmayacaktır.²⁵² Ek olarak, TCK md. 11/1 kapsamında failin Türk kanunlarına göre cezalandırılabilmesi için aranan şartlardan biri olan yabancı bir ülkede hüküm verilmemiş olması şartının TCK md. 12/1 kapsamına giren yargılamalar için (failin yabancı olması) aranmaması da öğretilerde eleştirilmiştir.²⁵³

Bu düzenlemeler dışında rüşvet suçuna özgü olarak 252.maddenin 10.fikrasında düzenlenen özel yer bakımından uygulama kuralı kapsamında uluslararası rüşvet suçunun yabancı tarafından işlenmesi ve bu suçun işlenme amacının Türkiye’nin, Türkiye’deki bir kamu kurumunun, Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin, Türk vatandaşının, tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması olması halinde yargı yetkisine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Böyle bir durumda rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi

²⁵¹ Özalp s.525.

²⁵² Eren s.398-399.

²⁵³ Eleştiriler için bkz. Eren s.399.

dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye’de buldukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Bu noktada TCK md. 252/9 kapsamına giren suç tiplerinin 10.madde kapsamında sayılanlar dışında bir nedenle işlenmesi halinde 10.fikranın uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışılmış ve böyle bir durumda TCK md. 12/3 uyarınca araştırma yapılması gerektiği belirtilmiştir.²⁵⁴

Rüşvet suçu, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 12. maddesine göre suçunun cezasının üst sınırının 12 yıl olması nedeniyle ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Kovuşturma açısından CMK ilgili hükümleri dışında ayırt edici bir düzenleme bulunmamaktadır.

Rüşvet suçunda, yargılamaya CMK madde 237’nin kamu davasına mağdur ve suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişilerle, malen sorumlu olanların katılabileceklerine ilişkin hükmünün aksine, mağdur toplumu oluşturan herkes olduğu ve belirli bir mağdur olmadığı için herhangi birinin davaya katılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Diğer taraftan, kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kamu kurumunun da idari soruşturma yetkisi bulunması sebebiyle davaya katılma hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.²⁵⁵

Son olarak her ne kadar öğretilerde; TCK 13. maddesinin 2.fikrasına göre, rüşvet suçunun yurt dışında işlenmiş olması ve sonucunda bu suça ilişkin mahkumiyet veya beraat kararı verilmemiş olması halinde Adalet Bakanı’nın talebi üzerine Türkiye’de soruşturma ve kovuşturma açılacağı görüşü ileri sürülmüşse de²⁵⁶; 13.madde kapsamında yer alan suçlar 1.fikrada tahdidi olarak sayıldığından ve 2.fikra düzenlemesi ile 1.fikraya atıfta bulunulduğundan bu madde kapsamına giren suç tiplerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu madde 13 uygulaması ancak madde kapsamında sayılan tahdidi suçlar

²⁵⁴ Eren s.401.

²⁵⁵ Alşahin ve Fatma Sancar s.43; Aşağıda açıklandığı üzere, 3628 sayılı Kanun 18/2 uyarınca, bu kanun kapsamında yürütülen soruşturmalar açısından, Maliye Bakanlığı tarafından yapılan başvuru ile katılan sıfatı kazanacağı düzenlenmiştir. Kanunda Maliye Bakanlığı’nın katılan sıfatı kazanacağına ilişkin açık hükmü karşısında katılım talebinin reddedilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Aynı doğrultuda bkz. Eren s.405.

²⁵⁶ M. Özen, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.253.

için mümkün olabileceğinden ve rüşvet suçu bu maddede sayılan suçlar arasında yer almadığından kanımca bu görüşe katılmak mümkün değildir.

1.3.8.Suçu (Cezayı) Etkileyen Haller

1.3.8.1. Ağırlaştırıcı nedenler

Rüşvet suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin 7. fıkrasında *“Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar arttırılır”* denerek suçun cezasını ağırlaştırıcı nitelikli haller öngörülmüştür. Anılan fıkraya göre cezada artırım yapılırken sadece rüşvet alan kamu görevlisinin değil, rüşvet veren kişinin de cezasının artırılması gerekmektedir. Fakat rüşvet veren kişinin, kamu görevlisinin bu sıfatlara sahip olduğunu bilmesi gerekmektedir.²⁵⁷ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, rüşvete, rüşvet anlaşmasına veya rüşvet talebine konu olan işin hükümde sayılan kamu görevlilerinin göreviyle ilgili olması gerekir. Diğer taraftan, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında görev alan adli kolluk görevlilerinin, delillerle yakın temas halinde bulunmaları da gözetilerek, bu madde kapsamında sayılmaması dolayısı ile de cezasının arttırılmamış olması eleştirilmiştir.²⁵⁸

Hüküm uyarınca rüşvet talebinde bulunarak suça teşebbüs eden kamu görevlisinin de cezası arttırılacaktır.²⁵⁹

²⁵⁷ Özbek, Kanbur ve Doğan s.991; M. Özen, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.218.

²⁵⁸ Hafızoğulları ve Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar s.73.

²⁵⁹ M. Çakır s.60.

1.3.8.2. Hafifletici Nedenler

5237 sayılı TCK'da rüşvet suçu açısından cezanın azaltılmasını gerektirecek nitelikli hollere yer verilmemiştir. Fakat kanun koyucu aynı başlık altında düzenlenen zimmet ve irtikâp suçları açısından daha az cezayı gerektirecek nitelikli hollere yer vermiştir. Zimmet suçunu düzenleyen 247. maddenin 3. fıkrasında “Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir” denilerek, zimmete konu olan malın iade edilmek üzere kullanılması durumunda cezanın indirilmesi için hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Daha az cezayı gerektiren hal başlığı altında düzenlenen 249. maddede ise “zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir” denilerek zimmete konu olan malın değerinin azlığı cezada indirim sebebi teşkil etmektedir.²⁶⁰ Kanaatimce, rüşvet suçunda benzer bir hafifletici nedene yer verilememesinin sebebi Türkiye'nin rüşvete ilişkin düzenlemeleri ile ilgili OECD ve GRECO raporlarına yansıyan eleştirilerdir.

1.3.9. Gönüllü Vazgeçme ve Etkin pişmanlık halleri

Rüşvet suçunda suç anlaşmanın yapılması ile tamamlanmış olacağı için hangi durumda gönüllü vazgeçme hangi durumda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekeceği her zaman net olmayabilir.

Kural olarak, suçun icrası sürecindeki tüm aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkünken; etkin pişmanlıkta suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra başvurulabilir ve sonuçları özel hükümlerde düzenlenmektedir.²⁶¹

Gönüllü vazgeçme açısından, rüşvet suçunda taraflar anlaşmaya varırlarsa ancak rüşvet suçunun konusu olan menfaat sağlanmazsa gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü 5237 sayılı

²⁶⁰ Eleştiriler için bkz. M. Çakır s.61; Tezcan , Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. s.1073.

²⁶¹ Akdağ s.93.

TCK md. 36 uyarınca gönüllü vazgeçmeye başvurulabilmesi için, taraflardan birisinin rüşvet anlaşması tamamlanmadan önce anlaşmayı yapmaktan vazgeçmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 6352 sayılı Kanun ile değişik son halinde GRECO'nun da tavsiyeleri dikkate alınarak madde 252/4'te yapılan değişiklik uyarınca, anlaşmadan vazgeçmeyen taraf özel teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır.²⁶²

Etkin pişmanlık ise, kanunda düzenlenen bazı suç tiplerinde özel olarak öngörülmüştür. Buna göre etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra failin suçu işlediğini yetkili makamlar öğrenmeden önce bildirmesi durumunda cezasızlık veya cezada indirim gerekçesi olarak kabul edilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 254. maddesinde rüşvet suçuna özel etkin pişmanlık hükümleri yer almaktadır. Esasen bu hüküm, rüşvet suçlarının aydınlatılması için teşvik gayesiyle düzenlenmiştir.²⁶³ Rüşvet suçunda etkin pişmanlık uygulamasına ilişkin detaylar aşağıda yer almaktadır.

1.3.9.1. Genel olarak

5237 sayılı TCK'nın 254. maddesinde rüşvet suçuna özgü etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Rüşvet alan kamu görevlisinin veya rüşvet veren kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması durumunda faile ceza verilmeyecek, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 4. fıkrası gereğince mahkeme ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir.

Etkin pişmanlığı düzenleyen 254. madde şu şekildedir:

“(1)(Değişik: 2/7/2012-6352/88 md.) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili

²⁶² Özalp s.55; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2015/1118 E., 2018/9688 K., www.kararama.yargitay.gov.tr, (Erişim: 3 Ocak 2019).

²⁶³ Alşahin ve Fatma Sancar s.49-51.

makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) (Değişik: 2/7/2012-6352/88 md.) **Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.**

(3) (Değişik: 2/7/2012-6352/88 md.) **Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.**

(4) (Ek: 26/6/2009 – 5918/4 md.) **Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.”**

Rüşvet suçunda etkin pişmanlık hali madde gerekçesinde de belirtilmiş olduğu gibi cezayı ortadan kaldıran şahsi bir sebep olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan, hükümde rüşvet alan, rüşvet veren ve iştirak eden açısından farklı koşullar aranması, gerekçede de bu konudaki ayrıma ihtiyaç duyulmasının nedenlerine değinilmemiş olması eleştirilmiştir.²⁶⁴

Maddede geçen “*yetkili makam*” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği konusunda öğretide fikir birliği olduğu söylenebilir. “*Yetkili makam*” ibaresini geniş yorumlamak ve bu itibarla kamu görevlisi hakkında adli ve idari soruşturma yapmaya yetkili makam veya mercilerin yanında, kamu görevlisinin bağlı bulunduğu idari makamları da anlamak gerekmektedir.²⁶⁵ Kanaatimizce, etkin pişmanlık hükmü ile hedeflenen rüşvet suçlarının gizli kalmamasıdır, bu durum da suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının önünde hiçbir engel olmayacak şekilde bir bildirim yapılarak temin edilebilir. Bu nedenle maddede yer alan “*yetkili makam*” kavramının rüşvet suçu dolayısıyla soruşturma ve

²⁶⁴ Akyürek s.30.

²⁶⁵ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.107.

kovuşturma yapmaya yetkili makam olarak yorumlanması gerekir. Yargıtay uygulaması da bu doğrultuda gelişmiştir.²⁶⁶

Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında soruşturma safhasında 5271 sayılı CMK madde 171/1 gereği “*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*”, kovuşturma aşamasında ise CMK madde 223/4 gereği “*ceza verilmesine yer olmadığı kararı*” verilecektir.²⁶⁷

1.3.9.2. Rüşvet Alanın Etkin Pişmanlığı

Rüşvet alan kamu görevlisi eğer rüşvete konu menfaati temin etmişse, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce bu menfaati yetkili makamlara aynen teslim etmesi gerekmektedir. Eğer ki, kamu görevlisi rüşvetle ilgili kişiyle anlaşma yapmış ve fakat menfaati temin etmemişse, yine durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce yetkili makamlara anlaşmayı haber vermesi gerekir.

5237 sayılı TCK madde 254’ün “*Durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce*” ibaresi bazı yazarlar tarafından, öğrenilme kavramının soyut ve belirsiz olması nedeni ile eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, fail hakkında CMK hükümleri uyarınca başlatılmış bir soruşturma olmadığı halde, durumun resmi makamlar tarafından bir şekilde bilindiği öne sürülmek suretiyle, etkin pişmanlık hükmünün uygulanması engellenebilecektir.²⁶⁸

Kamu görevlisinin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için, kendisinden görülmesi istenen işi yapmış veya yapmamış olması önem taşımamaktadır.²⁶⁹ Fakat kamu görevlisinin kendisinden yapılması veya yapılmaması istenen işi yerine getirmesi durumunda, bu fiil başka bir bağımsız suç oluşturuyorsa, rüşvet suçuna özgü etkin pişmanlık hali bu fiilden dolayı ceza alınmaması sonucunu

²⁶⁶ Alşahin ve Fatma Sancar s.54.

²⁶⁷ Alşahin ve Fatma Sancar s.55.

²⁶⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1074.

²⁶⁹ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.107; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1028.

doğurmayacaktır.²⁷⁰ Dolayısıyla kişi rüşvet suçundan ceza almayacak, fakat başka bir suçu oluşturan fiilden dolayı ceza alabilecektir.

Etkin pişmanlıktan faydalanılabilmesi için rüşvete konu menfaatin aynen teslim edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kısmen yapılan veya ikame yapılan teslimlerde etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.²⁷¹ Bir görüş, şayet malın niteliği ya da bulunduğu hal gereği aynen teslim olanağı kalmamışsa da etkin pişmanlık hükümleri uygulanabileceğini ifade etmiştir.²⁷²

1.3.9.3. Rüşvet Veren Etkin Pişmanlığı

Rüşvet veren kişi de 254. maddenin 2. fıkrası gereğince etkin pişmanlıktan faydalanabilecektir. Rüşvet veren kişinin etkin pişmanlığında özellik arz eden husus, eTCK döneminde ve 5237 sayılı TCK'nın 6352 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki madde 254/2 ile düzenlenen bir durumdur. Buna göre rüşvet veren kişinin etkin pişmanlıktan faydalanması durumunda, verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilmekteydi. Fakat bu hüküm 6352 sayılı Kanun'la birlikte rüşvet vereni ayrıca ödüllendirici bir niteliğe sahip olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır.²⁷³ Böylece kişinin kamu görevlisine vermiş olduğu para veya sair menfaat de müsadere edilecektir.

1.3.9.4. İştirak Edenlerin Etkin Pişmanlığı

5237 sayılı TCK madde 254/3 ise rüşvet suçuna iştirak eden kişiler açısından da etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir.²⁷⁴ Rüşvet suçuna iştirak eden kişiler

²⁷⁰ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.107.

²⁷¹ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s.1029; Özbek, Kanbur ve Doğan s.998; Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.107; Tuğrul, Zimmet - Banka Zimmeti - Rüşvet ve İrtikap Suçları s.1286.

²⁷² Tuğrul, Zimmet - Banka Zimmeti - Rüşvet ve İrtikap Suçları s.1286.

²⁷³ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.110.

²⁷⁴ Öğretide suça iştirak eden kişilerin etkin pişmanlık düzenlemesini içeren bu hükmün yorumlanmasında, kişinin kimin fiiline iştirak ettiği esas alınarak sonuca varılması gerektiğini ifade eden bir görüş de bulunmaktadır: M. Kartal s.90.

rüşvete aracılık eden ve müşterek fail olarak sorumlu tutulacak olan kişiler olmakla birlikte, rüşvet suçunun azmettiren veya yardım edeni de olabilecektir.

Etkin pişmanlıkla ilgili son olarak madde 254/son fıkra gereğince, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilerin etkin pişmanlıktan yararlanmayacağını belirtmek gerekir. Bu hüküme ilişkin olarak yabancı kamu görevlisine rüşvet suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir.²⁷⁵ Diğer taraftan söz konusu farklılığın nedeninin OECD'nin 2. Ara dönem ilerleme raporunda (*Phase 2 bis report*) yer alan eleştiriler olduğunu belirtmek gerekir.²⁷⁶

1.3.10. Rüşvet Suçunun Yaptırımı ve Güvenlik Tedbirleri

TCK'nın yaptırım ve güvenlik tedbirleri düzenlemeleri kanunun farklı başlıkları altında toplanmıştır. Ancak, bu ayrıştırma eleştiri konusu da edilmektedir. Gerçekten de güvenlik tedbirleri olarak tanımlanan hususların dış dünyada yarattıkları etki açısından yaptırımdan ayrıştırılması güç görünmektedir.²⁷⁷

5237 sayılı TCK'da, 6352 sayılı Kanun'la değişikliğe uğradıktan sonraki mevcut durumda, rüşvet suçu için, basit ve nitelikli halin yaptırımı olarak dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Dolayısıyla rüşvet suçunun yaptırımı mevcut düzenlemede hem eTCK dönemindeki hem de 5237 sayılı TCK'nın 6352 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki yaptırımından farklıdır. Basit rüşvet suçunun tipikleştirilmemiş olması eşitlik ilkesine aykırı görülerek öğretilde eleştirilmiş, buradaki orantılılığın mahkemelerin ceza alt ve üst sınırı esas alan takdirleri ile aşılabileceği yönünde görüş bildirilmiştir.²⁷⁸

²⁷⁵ Alşahin ve Fatma Sancar s.56; Özalp s.55

²⁷⁶ OECD, 2. Ara Dönem İlerleme Raporu.

²⁷⁷ Hafizoğulları, 5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri; Hafizoğulları bu çalışmasında 5237 sayılı TCK'nın yaptırım yaklaşımını "*Kanun, ceza müeyyidesini, bir sistem içinde, açık, anlaşılır olarak düzenlemiş değildir. Gerçekten, ceza müeyyidesi ve güvenlik tedbirleri, ayrı yerlerde düzenlenmiş olmalarına rağmen, "Yaptırımlar" genel başlığı altında birbirine karıştırılmıştır. Kanun koyucunun müeyyideden ve tedbirden ne kastettiği belli değildir.*" diyerek ağır şekilde eleştirmektedir. Ayrıca, bkz. Öztürk ve Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Yazarlar, müsadereenin bir adli ceza olduğunu, güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmesinin hatalı olduğunu belirtmektedirler.

²⁷⁸ Eren s.378.

Verilecek olan ceza tayin edilirken 5237 sayılı TCK madde 61 hükmü uygulanacak, burada belirtilen cezadan indirim nedenleri dikkate alınacaktır.

Öngörülen yaptırımların rüşvet alan, rüşvet veren, rüşvete aracılık eden, kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi ile kendisine menfaat sağlanan tüzel kişinin temsilcisine dair farklı unsurlar ve görünüş şekillerine bağlı olarak tanımlanmış olması nedeni ile faillere farklı cezaların uygulanması mümkündür.²⁷⁹

Ek olarak, rüşvet suçu için TCK madde 252 kapsamında düzenlenmiş olan cezanın alt sınırı en az dört yıl hapis olduğundan ve bu süre TCK madde 49/2'de düzenlenmiş olan kısa süreli cezalar kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, verilecek hapis cezasının TCK madde 50 uyarınca adli para cezasına çevrilmesi mümkün olamayacaktır.²⁸⁰

Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Ancak rüşvet suçunun oluşumu için esas belirleyici unsurun kamu görevlisinin davranışı olduğunu belirten bir görüşe göre, rüşvet alma ve rüşvet verme eylemlerinin cezai yaptırımlarının farklılaştırılması gerekmektedir.²⁸¹

Güvenlik tedbirleri, gerçek kişi faillere uygulanacak olan güvenlik tedbirleri ve tüzel kişiye özgü güvenlik tedbirleri olarak ikiye ayrılabilir. Güvenlik tedbirleri açısından 5237 sayılı TCK madde 53 kapsamında belirli haklardan yoksun bırakılma ve madde 55 kapsamında müsadare hükümleri rüşvet suçu açısından da uygulama bulacaktır. Ayrıca, aşağıda 3. bölümde daha detaylıca inceleneceği üzere, 5237 sayılı TCK madde 253 uyarınca rüşvet suçunun işlenmesi sebebiyle tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

TCK'nın 53. maddesinde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Rüşvet suçundan mahkûm olan kişi,

²⁷⁹ Özalp s.430.

²⁸⁰ Meran s.306.

²⁸¹ Hafizoğulları ve Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, s.64.

5237 sayılı TCK'nın 53. maddesine göre hapis cezası infaz edilinceye kadar maddenin birinci fıkrasında belirtilen hakları kullanmaktan, mahkemenin kamu görevinin sona ermesine ilişkin açık bir hüküm kurmasına gerek olmaksızın, yoksun bırakılacaktır.²⁸² Bu güvenlik tedbirinin aslında üç türü bulunmaktadır. Ancak TCK'nın 53. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen türü, taksirli suçlardan mahkûmiyet hâlinde hak yoksunluğuna ilişkin olduğundan rüşvet suçundan mahkûmiyet durumunda uygulanmaz. Diğer iki tür ise kasıtlı suçlara ilişkin verilen mahkûmiyet kararıyla bağlantılıdır. Aşağıda belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin bu iki türü rüşvet suçuyla bağlantı kurularak incelenecektir.²⁸³

5237 sayılı TCK madde 53/5 uyarınca failin 53.maddenin 1.fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birini, bir başka deyişle kamu görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenen rüşvet suçundan hapis cezasına mahkûmiyeti nedeniyle, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir.²⁸⁴ Ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 maddesinde memur olma koşulları arasında; *“Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) 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 olmamak”* sayılmıştır. Bu maddeden ulaşılan sonuç, rüşvet suçundan dolayı mahkûm olanların kamu görevlisi olamayacağı, eğer kamu görevlisi iken böyle bir hüküm giymişseler kamu görevlerine devam edemeyecekleri ve memuriyetlerinin sona ereceği yönündedir.²⁸⁵

²⁸² Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.117.

²⁸³ Eren s.383-385.

²⁸⁴ Meran s.307.

²⁸⁵ Alşahin ve Fatma Sancar s.47-48.

Rüşvet suçunun konusunu oluşturan veya suçla elde edilen maddi menfaatler, 5237 sayılı TCK'nın 55. maddesinde düzenlenen “*kazanç müsadere*si” kapsamında müsadere edilir.²⁸⁶ Fakat müsadereye hükmedilebilmesi için menfaatin kamu görevlisi tarafından alınması veya kamu görevlisine verilmek üzere elden çıkarılması gerekmektedir. Eğer rüşvet konusunda anlaşma yapılmış ve fakat anlaşmanın gereği olarak rüşvete konu edilen menfaat verilmemişse, menfaatin müsadere

edilmesine hükmedilemeyecektir.²⁸⁷ Rüşvet konusu menfaatin sağlanmış olması halinde menfaat konusunun müsadere edilmesi zorunlu iken, iyi niyetli üçüncü kişinin eline geçmiş olan menfaatin müsadere

si 55/son uyarınca mümkün olmayacaktır.²⁸⁸

1.3.11. Zamanaşımı

5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinde dava zamanaşımı düzenlenmektedir. Madde 66/1/(d) bendine göre beş yıldan fazla, yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı 15 yıldır. TCK madde 252'de rüşvet suçu için dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden dava zamanaşımı süresi 15 yıl olarak uygulanmalıdır. 5237 sayılı TCK madde 68'de düzenlenen ceza zamanaşımı açısından, maddenin 1. fıkrasının (d) ve (e) bentlerinin esas alınarak, rüşvet suçunda beş yıldan fazla hapis cezalarında 20 yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında ise 10 yıl olarak uygulanmalıdır.²⁸⁹

²⁸⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.981; Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.118.

²⁸⁷ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s.119; eşyanın teslim edilmemiş olması halinde de rüşvet konusu menfaatin müsadere edilebileceğine ilişkin görüş ve müsadere hakkında detaylı analiz için bkz. Eren s.389 v.d.

²⁸⁸ Eren s.392.

²⁸⁹ Alşahin ve Fatma Sancar s.56.

2. BÖLÜM: RÜŞVET SUÇUNUN ULUSLARARASI BİR MESELE HALİNE GELMESİNİN TARİHİ

2.1. Uluslararası Alanda Rüşvetle Mücadelenin Ahlaki Yönüne İlişkin Tartışmalar

Çalışmanın giriş bölümünde de değinildiği gibi genel olarak yolsuzluk, özel olarak rüşvet fenomeni; gelişmiş ve gelişmekte olan ayrımı olmaksızın hemen her devletin bir şekilde karşı karşıya kaldığı, hem yerel hem de uluslararası yasama seferberliklerine neden olan bir evrensel sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹⁰ Etki ettiği alanlar bakımından rüşvet, ekonomik, politik, sosyolojik ve aynı zamanda psikolojik boyutu atlanmadan mücadele edilmesi gereken bir suç olarak kabul görmektedir.²⁹¹

Aynı zamanda rüşvet, hangi gerçek ve/veya tüzel kişi ve/veya kişilere, hangi boyutta bir menfaat temin ettiğinden bağımsız olarak, her zaman, bireysel değil genel bir meseledir. Çünkü temin edilen menfaat kime temin edilirse edilsin, toplum her bir rüşvet suçundan zarar görmektedir. Konunun çok boyutluluğunu daha anlaşılır kılmak için bir örnekle izah etmek gerekirse, ülkemizde herhangi bir elektrik üretim santralinin kurulum sürecinde gerekli idari izinler ve lisans başvuruları yapılırken, Çevre Etki Değerlendirme yani ÇED raporunun olumlu çıkması adına verilecek bir rüşvet, yalnızca üretim lisansına sahip firmaya ve o firmanın gerçek kişi sahiplerine menfaat temin etmekle açıklanabilir bir eylem değildir. Zira çevresel açıdan uygun olmayan bir bölgeye santral inşası için olumlu ÇED raporu verilmesi, söz konusu santralin bulunduğu bölgede çevreyi, bunun doğal sonucu olarak orada yaşayan bölge halkını zarara uğratabileceği gibi, bu zarar söz konusu bölgede yetiştirilen tarım ürünlerinin gönderildiği diğer bölgelerde yaşayan vatandaşlara kadar sirayet edebilecektir. Verilen örnekten de anlaşılacağı üzere rüşvet, cephesi oldukça

²⁹⁰ S.-R. Ackerman s.207-208.

²⁹¹ Akbulut s.633.

geniş bir olgudur. Basit bir ÇED raporu için verilecek rüşvet, ülkenin birden çok bölgesinde binlerce yurttaşın zarar göreceği arzu edilmeyen sonuçları beraberinde getirebilecektir.

Her ne kadar örneksene Türkiye üzerinden yapıldıysa da çalışmanın bu bölümünde uluslararası alanda rüşvetle mücadelenin ahlaki yönüne ilişkin tartışmalar üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda rüşveti vermenin ve rüşveti almanın arkasındaki motivasyon üzerine yapılmış tartışmalar, özellikle ahlaki boyut ekseninde irdelenecek, ardından rüşvetin suçlaştırılması ardındaki motivasyon ele alınacaktır. Bu bölümde cevap aranacak temel soru, rüşvetin ahlaken savunulabilir bir yanı olup olmadığı olacaktır. Böyle bir soruya, bu çalışma kapsamında ayrı bir başlık altında yer vermemin en temel sebebi, araştırma sürecinde, rüşvetin ahlaken savunulabilir yanları bulunabileceğine ilişkin ifadeler rastlamış olmamdır. İlerleyen bölümlerde aktarılabilecek olduğu üzere, rüşvetin savunulabilir yanlarına ilişkin bu ifadeler, ekseriyetle bir kültürel ve/veya ahlaki emperyalizm eleştirisiyle birleştirilmek suretiyle sunulmuş şekilde karşımıza çıkmaktadır.²⁹²

2.1.1. Rüşvet Veren Eylemini Meşrulaştıran Eleştiriler

Birinci bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere, rüşvet almanın ve vermenin ardındaki motivasyon genel anlamda bir menfaat temin etmektir. Rüşvet verenin işlediği suça ilişkin meşrulaştırma söylemlerinin, bir diğer anlamıyla mazaretlerinin, iki temel söylem üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bunlar, rüşvetin belli bir işin yürütümü veya geçerli hukukun optimum düzeyde uygulanması için verildiğine ilişkin söylemlerdir.²⁹³ Bu söylemler çoğunlukla, OECD üye devletleri için OECD Konvansiyonu'na, Amerika için FCPA'ye kadar şirketlerinin yabancı ülkelerde verdiği rüşvetlere ilişkin meşrulaştırma mekanizması olarak kullanılmış söylemler olarak görünmektedir. Bu yönüyle

²⁹² E. Spahn s.155; Nichols s.649.

²⁹³ Nichols s.647.

bu söylemlerin her ne kadar günümüzde uluslararası alanda rüşvetle ve yolsuzlukla mücadelede gelinen nokta itibariyle demode kaldığı söylenebilecek olsa da uluslararası kamuoyunun gündemini meşgul eden pek çok yolsuzluk davasında bu söylemler üzerinden kurulan savunmalara başvurulduğunu belirtmek gerekmektedir.²⁹⁴

Uluslararası iş yapmakta olan iş insanları için rüşvet olgusu oldukça ciddi bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹⁵ Özellikle gelişmiş ülke menşeli çok uluslu birçok şirket, gelişmekte olan ülkelerde iş yapmak istediklerinde, bu işin kurulması ve sürdürülebilir şekilde örgütlenmesi adına rüşvet vermeyi adeta bir yatırım harcaması kalemi olarak dikkate almaktadırlar. Bu sebeple, bir işin yürütümü ile ilgili rüşvet vermek uluslararası kamuoyu tarafından iyi ya da kötü veya haklı ya da haksız bir pratik olması değerlendirilmeksizin, kaçınılabılır olup olmadığına bakılmak suretiyle tartışılmıştır.²⁹⁶ İşin yürütümü için rüşvet vermenin tartışıldığı tek perspektif bir önceki cümledeki yaklaşımla sınırlı değildir. Bir işin yürütümüyle ilgili rüşvet vermenin kaçınılamaz bir eylem olduğunun iddiası yanında, bir de bu eylemin aslında her zaman ahlaka aykırı olmayabileceğine ilişkin bir iddia da bazı çevrelerce tartışılmıştır.²⁹⁷ Bu görüşe göre, bir kişi eğer bir iş ilişkisi kurmak ve geliştirmek hakkına sahip ise, bu hakkını kullanmasının önünde engel teşkil eden hususları temizlemek için rüşvet vermesi, mazur görülebilir bir eylem olarak kabul görmelidir.²⁹⁸

Tarihi belgeler incelendiğinde rüşvet çağlar boyu ahlaki açıdan yanlış bulunan bir olgu olarak görülmektedir. Öte yandan rüşvetin suçlaştırılması ardındaki sebeplere bakıldığında, toplumda ahlaki erozyonun önlenmesi, halk ve

²⁹⁴ Financial Times, Berlusconi defends need for bribery, <https://www.ft.com/content/be7b2b5c-76bb-11e2-ac91-00144feabdc0>. (Erişim: 12 Şubat 2019).

²⁹⁵ Bkz. Galang.

²⁹⁶ Nichols s.666.

²⁹⁷ Bkz. E. Spahn. "Aslında siyasal ve yönetsel yozlaşma, en başta az gelişmiş ülkelerde olmak üzere, siyasal rejimi ne olursa olsun her ülkede görülen genel bir sorundur. Bugünkü Çin'de, Marksizm'in yıkıldığı Rusya'da5, uzun bir Frankist rejimden sonra siyasal partilerin güçlenemediği İspanya'da, skandal boyutunda değişik rüşvet olaylarına rastlanırken, Japonya gibi bir ülkede, siyasilerin rüşvet alması, kamuoyunda bazen, yasaların ve uygulamanın aksine, olumsuz bir tepki yerine, zenginden aldığı fakirlere dağıtma şeklinde algılanarak, ilgi ve sempati uyandıran bir olaya dönüşebilmektedir. Yönetimde veba salgınına dönüşebilen rüşvet olaylarının, toplumlara çok büyük zararlar vermesinin yeni bir olgu olduğunu sanmak ise yanlıştır. Zira Ramsay MacMullen'in ortaya attığı ve bilimsel kaynaklara dayandırdığı bir çalışmaya göre, Roma İmparatorluğunun çöküşü, son dönemde, iktidarın kokuşup, baştan sona rüşvet içinde yüzmesiyle açıklanabilir". Tezcan, Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler s.644.

²⁹⁸ Nichols s.669.

hükümet arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesinin önlenmesi ve toplumdaki bireylerin uğrayacağı bireysel zararların önlenmesi gibi temel sebepler, meselenin sacayakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar arasında zarar önleme ve toplumun ahlaki değerlerinin kanunlara yansımaları sağlama gayelerinin bir arada bulunması, özellikle rüşvetin suçlaştırılması üzerine çalışan ceza hukukçuları arasında, hukukun ve ahlakın sınırlarının ne olması gerektiğine ve buna ilaveten bu iki kavramın birbiri ile etkileşimlerinin nasıl olması gerektiğine dair bir tartışma doğurmuştur.

Kanaatimce, bu tartışma, rüşvet suçunun ahlaken kolaylıkla yanlışlanabilir olmasına rağmen bu suçtan dolayı fertlerin ve dolayısıyla toplumun uğradığı doğrudan ve dolaylı zararların kolaylıkla tespit edilemiyor oluşundan kaynaklanmaktadır. Bu sebepten olsa gerek, yolsuzlukla ve özellikle rüşvetle mücadelede ceza hukuku araçlarının etkin kullanımı ancak 90'lı yıllarda mümkün olabilmıştır.

Uluslararası kamuoyu tarafından ahlaka aykırı olarak kabul edilen rüşvet olgusunun topluma ve fertlere verdiği zararların istatistiksel veriler ortaya konularak açıkça tartışılmamış oluşu, ceza hukuku araçlarının bu fenomenle mücadelede etkin kullanılmamasına neden olmuştur. 90'lı yıllar öncesinde rüşvetin toplumlar nezdinde yaratacağı dengesizlik ve çarpıklıklar, çevre düzenlemeleri, rekabet düzenlemeleri, gıda ve ilaç düzenlemeleri araçlarıyla regüle edilmeye çalışılmış ancak bütün bunlar rüşvetle topyekün bir mücadele ağırlığında olmaktan çok uzakta kalmıştır.²⁹⁹

Nihayetinde, 1996 yılında Dünya Bankası başkanı James Wolfensohn uluslararası alanda rüşvetle mücadelede köklü bir politika değişimini müjdelemiş ve yolsuzluk kanseriyle etkin mücadele edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.³⁰⁰ *Wolfensohn*, toplumların bu konuda aksiyon alınmasını arzuladığını çünkü yolsuzluğun fakirden zengine kaynak aktarılmasına ve yürütülen işlerin maliyetlerinde artışa sebep olduğunu, kamu harcamalarını

²⁹⁹ Sood ve Darley s.1317.

³⁰⁰ Wolfensohn s.140.

çarpıklaştırdığını ve yabancı yatırımcı nezdinde caydırıcılık teşkil ettiğini belirtmiştir.³⁰¹

Hiç şüphe yok ki, bürokratik kararların en yüksek fiyatı ödeyenin isteği yönünde alınıyor olması, demokrasi adını verdiğimiz yönetim şekline vurulabilecek en büyük darbedir. Zira böylesi bir durumda, vatandaşlar, kendi hayatları üzerindeki kontrollerini kaybettiklerini hissedecekler ve hukukun üstünlüğü ile demokratik rejime olan inançlarını yitirebileceklerdir.³⁰²

Rüşvetin varlığı, vatandaşların haklılık ve haksızlık arasına çektikleri çizginin belirginliği yitirmesine sebep olacak ve toplum haksız olanın bile, bedelini ödemek kaydıyla, istediği sonuca ulaşabileceği kanaatine varacaktır. Bu durum devlet teşkilatının anayasa ve kanunlarda kurgulandığı gibi işleminin önünde oldukça büyük bir engel teşkil edecektir.³⁰³ Toplumun makro ölçekte devlet teşkilatının işleyişine dair bakış açısının mikro ölçekte bireyler arasındaki ilişkilere de yansıtacağını öngörmek zor değildir.

2.1.2. Rüşvetin Kültürel Boyutu ile İlgili Değerlendirmeler

Hukukçular uluslararası çapta rüşvetin önlenmesi, tespit edilmesi ve uygulanacak yaptırımlarla ilgili çalışırlarken çoğu zaman rüşvet suçunun kültürel boyutunu atlayabilmektedirler. Özellikle ilerleyen bölümlerde gerekçeleri daha detaylı olarak aktarılacağı üzere, Amerika'nın başını çektiği uluslararası kamuoyu, rüşvetin tüm dünya ülkelerinde aynı esas ve usuller ile yasaklanmasını, aynı hukuki araçlarla kovuşturulmasını, dolayısıyla bu konuda bir uluslararası standart oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu çaba, başta ABD olmak üzere, gelişmiş ülkelerin geliştirmekte olan ülkelere belirli bir kültürü dayatması şeklinde algılanmış ve bazı çevrelerce kültürel ve ahlaki emperyalizm

³⁰¹ Nichols s.660; Wolfensohn s.45 vd.

³⁰² B. Ackerman s.694.

³⁰³ Akbulut s.634.

eleştirisine maruz kalmıştır. FCPA'nın azımsanmayacak derecede kusurları olması nedeni ile yürürlükten kaldırılması gerektiğini savunanlar olmuş bu eleştirilerini sınır dışına taşan uygulamaların ahlaki emperyalizmi desteklerken, uluslararası ilişkileri zedeleyebileceğini ileri sürerek devam ettirmişlerdir.³⁰⁴ Bu eleştiriler üç genel yaklaşım altında toplanmıştır. Bu yaklaşımlar, yaptırımlara dayalı ve baskıcı Amerikan yaklaşımı ("*Ugly American*" aspect), Rüşvet Karşıtlığı Retoriği yaklaşımı (*Wolf in Sheep's Clothing*) ve Coğrafi Ahlak Kuralı (*rule of geographic morality*)³⁰⁵ yaklaşımı olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁰⁶

Baskıcı Amerikan yaklaşımının eleştiri noktası, özellikle ABD'nin tüm dünyada tek taraflı baskı ile gelişmekte olan ülkelerin mevzuatlarında rüşvetin suçlaştırılması için yaptığı "zorbalık" olmuştur. Rüşvet Karşıtlığı Retoriği ise, yolsuzluk karşıtı kampanyaların gelişmiş ülkeler tarafından gelişmekte olan ülkelerin serbest ticaret ajandasına uygun davranmalarını sağlamak için kullandıkları birer araç olduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre gelişmiş ülkelerin bu noktadaki gayesi aslında yolsuzlukla mücadele etmek değil, fakat gelişmekte olan ülkelerin kararlarının yolsuzluk karşıtı kampanyalar ile kendi istedikleri yönde evrilmesini sağlamaktır. Coğrafi Ahlak Kuralı yaklaşımı ise aslında özünü belki de Samuel Huntington'ın Medeniyetler Çatışması eserinde bahsettiği Kuzey-Güney medeniyetleri çatışmasından almaktadır.³⁰⁷ Bu yaklaşıma göre, rüşvet veren konumundaki emperyalist Kuzey ülkeleri ile rüşvet alan konumundaki Güney ülkeleri arasında bir ahlak algısı farklılığı bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre bir Güneyli'nin bir Kuzeyli'den herhangi bir menfaati masa altından kabul etmesi veya istemesinin ardında aslında sömürgecilik dönemlerine kadar uzanan bir ödeşme, milli ve kişisel onuru Yükseltme algısının yattığı tartışılırken; Kuzey ülkelerinin Güney ülkelerde rüşvet karşıtı düzenlemeler yapılması yönünde oluşturduğu baskı, Güney

³⁰⁴ Salbu s.47-78: In an earlier work, I suggested that the FCPA contains flaws so substantial that it should be eradicated. More recently, I argued that any extraterritorially applied, broadly inclusive anti-bribery legislation runs two unacceptable risks: it can foster moral imperialism and it can create unjustifiable friction in transnational relations.

³⁰⁵ E. Spahn s.164.

³⁰⁶ E. Spahn s.156.

³⁰⁷ Bkz. Huntington.

lkeleri tarafından egemenliklerine müdahale ve bir çeşit ahlaki emperyalizm olarak algılanmaktadır.³⁰⁸

2.1.3. Değerlendirme

Yolsuzluğun yerel ekonomiye ve dolayısıyla küresel ekonomiye verdiği zararlar nihayetinde günümüz itibariyle küresel kamuoyu tarafından kabul görmüş bir gerçeklik olarak karıımıza çıkmış ve bilimsel olarak kanıtlanabilir bir nitelik kazanmıştır. Her toplumda dönemden bağımsız olarak görülen yolsuzluğun tamamen ortadan kaldırılması belki mümkün olamayacaktır. Yine de, birçok devlet, yolsuzlukla mücadelesini ulusal ve uluslararası düzeyde yürütmekte ve imzaladıkları çok taraflı uluslararası sözleşmelere paralellik gösteren yeni yerel ceza kanunlarını yürürlüğe koymaktadırlar. Tüm gelişmeler ile devletler, kamu görevlilerinin yolsuzluk yaparak kamusal menfaati zedelemesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadırlar.³⁰⁹

Rüşvetin denetimsiz bırakıldığı bir dünya yalnızca diğer suç faaliyetlerine imkân veren bir ortam yaratmakla kalmaz, aynı zamanda küresel olarak ekonomik büyümeyi yavaşlatır. Rüşvetle mücadele sağlık, eğitim ve altyapı kaynaklarından alarak “*ticaret yapma maliyetini %10 veya daha fazla*”³¹⁰ artırır³¹¹. Her ne kadar yolsuzluğun Dünya’ya maliyetini tespit etmek çok güç olsa da, IMF verilerine göre küresel ölçekte yolsuzluğa her yıl 1,5 - 2 trilyon Dolar arası bir bedel boa harcanmaktadır³¹². Ayrıca, Şirketlerin yönetimleri tarafından gerçekleştirilen yoz eylemlerin, çalıŐanlarda “*kendi çıkarına işlemler,*

³⁰⁸ E. Spahn s.157.

³⁰⁹ Tezcan, Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve nleyici Tedbirler s.644; Henning, Public Corruption: A Comparative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law s.794- 795.

³¹⁰ Dünya Ekonomik Forumu (World Economic Forum) tarafından yapılan bu tahmine birçok kaynakta referans verilmektedir.

³¹¹ L. E. Smith s. 1802; Dünya Ekonomik Forumu (World Economic Forum) tarafından yapılan bu tahmine birçok kaynakta referans verilmektedir.

³¹² “*Bu rakam Dünya gayri safi hasılasının yaklaşık %2’sine denk gelmektedir*”, IMF, Corruption: Costs and Mitigating Strategies, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>, s.5., (Erişim: 25 Ocak 2019).

zimmet, finansal dolandırıcılık ve rekabet karşıtı davranışlar” dâhil olmak üzere diğer haksız eylemlerde bulunabilecekleri inancının oluştuğu bir kurumsal kültür tehlikesi oluşturmakta olduğu ileri sürülmektedir.³¹³

Uluslararası alanda rüşvetle mücadelenin ahlaki yönüne ilişkin bu tartışmalar artık güncelliğini yitirmiştir. Uluslararası toplum ve örgütler yolsuzluğun her türüne karşı ortak ve etkin bir mücadeleyi yürütme ve sağlama iddasındadırlar. Diğer taraftan, özel olarak rüşvet ve genel olarak yolsuzluk olgularının toplumlar ve devletler üzerinde yarattığı yıkıcı etkilerin giderilmesi ve bu amaçla uluslararası alanda rüşvetle etkin mücadelenin toplumsal refaha küresel ölçekte, kuzey güney ekseninde³¹⁴ çift yönlü bir fayda sağladığının istatistiksel, somut ve tartışmaya açık olmayan veriler ile ispatlanması, hem suç olarak düzenleme hem de uygulama motivasyonunu yükseltecektir.

Bununla beraber, kanun koyucular, yolsuzluğu engellemek adına etkili yasalar hazırlamak ve sıkı sıkıya bağlı kalınması gereken mikro yönetime yönelik kılavuz ilkeler benimsemek arasında hassas bir denge gözetmelidirler. Çünkü biri olmadan diğeri eksik olmaya mahkûm olacaktır. Bütünüyle mikro ölçekte uyulacak kılavuz ilkelere eğilmek, bir süre sonra kamu yararına hizmet etmenin ötesinde kendi kendine ayrı bir amaç haline dönüşecek ve etkili yasaların gerçekleştirmek istediği amaçlara hizmet edemez hale gelebilecektir. Öte yandan mikroya hâkim olacak kılavuz ilkeler ortaya konmadan, etkili yasaların işlerliğini sağlamak da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla makroda etkili yasalar ve mikro ölçekte kılavuz ilkeler, yolsuzlukla mücadelede yasa koyucuların vazgeçilmez enstrümanlarıdır.³¹⁵

Bütün yapılan düzenlemelere, uyum ve ilerleme çabalarına, mevzuat değişikliklerine rağmen bir ülkede hala yolsuzluktan ve rüşvet sorunlarından bahseliyorsa, artık sorunu düzenlemelerin eksikliklerinde değil, o

³¹³ L. E. Smith s.1803.

³¹⁴ Spahn'ın ilgili makalesinde kuzey güney eksenini ayrıştırması ile ilgili olarak “*Ahlaki emperyalizm eleştirilerini farklı perspektiflerden ve dikkatli biçimde incelediğimiz takdirde, "Kuzey" bölgelerinde yolsuzlukla mücadele hakkındaki tartışmaları (Avrupa, ABD, Kanada, Japonya ve diğer gelişmiş ülkeler) ilerletebileceğimizi ve "Güney" bölgelerinde hukuk, devlet ve ticaret alanlarında önde gelen düşünce liderleri ile verimli bir münakaşayı teşvik edeceğimiz umudundayım.*” denilerek küresel ölçekte gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler açısından farklı boyutları ile ele alınması gerekliliği tartışılmıştır. E. Spahn s.163.

³¹⁵ Henning, Public Corruption: A Comparative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law s.794 - 795.

düzenlemelerin etkin şekilde uygulanmamasından ve daha önemlisi yolsuzluk mücadelesinde toplumsal kültürün henüz ortak paydaya varamamasından kaynaklandığını düşünmek haksız olmayacaktır. Yolsuzluk ve rüşvet olgusu ile mücadeleyi gaye edinmiş ülkelerin, kamuoyu gücünü oluşturması, bunun için de yolsuzluk ve rüşvet olaylarını göz ardı etmemesi, yargısal denetimi etkinleştirmesi, basın özgürlüğünü koruyucu ve arttırıcı düzenlemeler yapması, şeffaflık ve hesap verebilir bir yönetim anlayışı benimsemesi gerekmektedir.³¹⁶



³¹⁶ Tezcan, Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler s.686.

2.2. Uluslararası Alanda Rüşvetle Mücadele'nin Gelişim Evresi ve ABD Yabancı Yolsuzluk Aktiviteleri Kanunu ("FCPA")

Dünya tarihinde uluslararası alanda rüşvet ile mücadeleye yönelik olarak akdedilmiş antlaşmaların önemli bir kaynağı 1977'de Amerika'da kabul edilerek yürürlüğe konulan ABD Yabancı Yolsuzluk Aktiviteleri Kanunu ("FCPA") olarak gösterilebilir.³¹⁷

FCPA'nın yürürlüğe konuluş hikâyesinin bilinmesi bugün uluslararası alanda rüşvetle mücadele konusunun geleceğini değerlendirebilmek için gereklidir. Amerika'nın FCPA'ya ihtiyaç duymasına neden olan politik olaylar incelendiğinde, rüşvetin nasıl iktidar ve rekabet kavgasının silahı haline dönüştüğünü somut olarak görmek mümkündür. Amerikan politik ve ekonomik hayatını derinden etkileyen Watergate skandalının FCPA'nın yürürlüğe konulmasında tetikleyici rol oynadığı görülmektedir. Diğer taraftan, FCPA'nın uluslararası alandaki etkisine dair tartışmalar bugün daha da önem kazanmıştır³¹⁸.

Watergate Skandalı, ABD ve özellikle de Başkan Richard M. Nixon için kritik bir dönemde gerçekleşmiştir. 1972 yılında Nixon, bir yandan ABD'nin Vietnam Savaşı ile uğraşırken öte yandan yeniden seçilmeye çalışmaktadır ve bunun için de saldırgan bir seçim kampanyasına ihtiyaç duymuştur.³¹⁹ 1972 yılında, başkanlık seçimlerinin hemen akabinde, üçüncü sınıf bir hırsızlık vakası ile bağlantılı olarak tesadüfen başlayan Watergate soruşturması nihayetinde Nixon'ın Amerika tarihinin istifa ederek görevinden ayrılan ilk ve tek başkanı olmasına neden olan skandalı olarak Dünya tarihinde yerini almıştır. Watergate Otel ve İş Merkezi Kompleksi'nde yer alan Demokratik Milli Komitesi'ne

³¹⁷ "Foreign Corrupt Practices Act" farklı kaynaklarda farklı şekilde Türkçeleştirilmiştir. Tezde İngilizce başlığına daha yakın görüldüğünden PWC şirketinin tercih ettiği ABD Yabancı Yolsuzluk Aktiviteleri Kanunu şeklindeki isim tercümesi tercih edilmiştir, (<https://www.pwc.com.tr/en/fraud-forum/publications/fraud-forum-e-bulten-subat-2015.pdf>, (Erişim: 17 Kasım 2018); FCPA hükümleri Amerika Birleşik Devletleri İş ve Ticaret Yasası 15. Başlık Bölüm 30A altında yer almaktadır.

³¹⁸ Pieth , Low ve Bonucci s.10-11.

³¹⁹ <https://www.history.com/topics/watergate> (15 Ocak 2019).

(*Democratic National Committee*) hırsızlık amacıyla girdiği sanılan beş kişinin tutuklanması, Washington Post ile gazetecileri Carl Bernstein ve Bob Woodward'ın mücadeleciliği ve yargıç John Sirica'nın dikkat ve hukuka bağlılığı sayesinde birkaç yıla yayılan çok yönlü bir soruşturmanın başlangıcı olmuştur.³²⁰ Bu hırsızlık olayına ilişkin yargılama sırasında hırsızlığa karışan kişilerden birinin ifadesi ve birinin banka hesabında Nixon'ın yeniden seçim kampanyasında kullanılması amaçlanan bir paranın bulunduğu ilişkin Washington Post gazetesinde çıkan haber ilk kez Watergate ile Nixon arasındaki ilişkiyi ortaya çıkartmıştır.³²¹ Nixon'ın seçim kampanyasını yürüten komitenin (*Committee for the Re-Election of the President*) de kullandığı bir tür yolsuz fonun da (*slush fund*) tespit edilmesini beraberinde getirmiştir. Bu bulgular Nixon'ın başkanlığı arkasındaki karmaşık suç ağını gözler önüne sermekle kalmamış, Amerikan şirketlerinin finansal raporlamalarında usulsüzlükler yaptıklarına ve yurt dışında iş elde etmek için yapılan hukuka aykırı ödemelere ilişkin delillere de ulaşılmasını sağlamıştır.³²²

Bu olayların sonucunda ABD Başkanı Richard Nixon görevinden istifa etmek zorunda kalmıştır; bu istifa ABD tarihine bir başkanın kendisi hakkında yürütülen soruşturma sebebiyle istifa etmesinin ilk ve tek örneği olarak geçmiştir.³²³ Watergate, sadece bir başkanın istifasına yol açmamış, dünya hukuk tarihi açısından uluslararası alanda rüşveti düzenleyen yasaların ve antlaşmaların gelişim sürecini de başlatmıştır.

Watergate soruşturması, Amerikan şirketlerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet vermeleri hakkındaki araştırmaları da tetiklemiştir. Bu konudaki araştırmalar Watergate Özel Savcılığı (*Watergate Special Prosecutor*) ve Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (*Securities Exchange Commission*,

³²⁰ Bernstein s.61.

³²¹ <https://www.pbs.org/newshour/politics/complete-watergate-timeline-took-longer-realize> (Erişim: 18 Kasım 2018).

³²² Bernstein s.61; Watergate vakası kapsamında olayların tarih sırasına göre gelişimi hakkında bkz. <https://www.pbs.org/newshour/politics/complete-watergate-timeline-took-longer-realize>, (Erişim: 18 Kasım 2018).

³²³ New York Times; Wikipedia,Watergate Skandalı <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0808.html> (Erişim: 5 Mart 2016).

veya “*SEC*”), Church Komitesi’nin (*Senator Frank Church’s Subcommittee on Multinational Corporations*) ortak çalışmaları ile sürdürülmüştür.³²⁴

Watergate soruşturması kapsamında birçok şirketin yolsuzlukları ile ilgili bulgulara ulaşılması, nihayetinde şirketleri de hedef alan düzenlemelerin yürürlüğe konulmasının gerekçesi olmuştur. Dolayısı ile FCPA’ın yürürlüğe konulması sürecinin ilk aşaması olarak 1970’lerin ortalarına doğru Amerikan medyasında Amerikan şirketlerinin hem ülke içinde hem de dışında kamu görevlilerine el altından yaptığı ödemelerle iş kazandıklarını ortaya çıkartan bu gelişmeler gösterilebilir.³²⁵ Elbette yaşanan bu olaylar basit bir soruşturma sürecinin meyveleri olarak görülemez. Watergate soruşturma süreci ile devamındaki hukuki tartışmalar sonucunda ortaya dünya yolsuzluk tarihini değiştiren bir yasanın yürürlüğe konulmuş olması, Amerikan’ın yargı ve tabii ki medya bağımsızlığına sıkı sıkıya bağlılığının güçlü bir ifadesidir.

FCPA’ın yasalaşma sürecinin ilk adımı 1974 ile 1981 yılları arasında SEC icra bölümü direktörlüğünü yapmış olan Stanley Sporkin’in³²⁶ gelişen olaylara duyduğu kişisel merak olmuştur. Sporkin, 2004 yılındaki bir konuşmasında Watergate duruşmalarını televizyonda izlediğini ve bazıları borsada işlem gören, halka açık olan şirketlerin nasıl olup da Nixon’ın seçim kampanyasına yaptıkları yasa dışı katkıları, tâbi oldukları denetimlere rağmen muhasebeleştiribildiklerini merak ederek soruşturma açmaya karar verdiğini ifade etmiştir.

Bunun üzerine SEC tarafından savcılık tutanakları incelenmiştir. Watergate soruşturmaları sırasında, ayrıca yirmi kadar büyük firmanın Nixon’ın seçim kampanyasına yasa dışı yardımlarda buldukları belirlenmiştir. Diğer taraftan, Sporkin ve çalışma ekibi, bu soruşturmaları sırasında, kimi şirketlerin yabancı ülkelerin yetkililerini maaşa bağlamak adına gizli fonlar

³²⁴ Koehler, *The Story of Foreign Corrupt Practices Act* s.932.

³²⁵ Pieth , *Low ve Bonucci* s.10 para 2.1.1; *Hines* s.2-5.

³²⁶ Stanley Sporkin, Birleşik Devletler Columbia Bölge Mahkemesi’nde görev yapan eski bir hakimdi. 1961 ile 1981 yılları arasında Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (*Securities and Exchange Commission, “SEC”*) bünyesinde görev aldı ve 1974 ile 1981 yılları arasında SEC’in icra bölümü direktörü (Director of SEC’s Division of Enforcement) olarak görev yapmıştır. Bkz.<http://www.stanleysorkin.com/homepage/> (Erişim: 14 Kasım 2017).

oluşturduklarını, yabancı iştiraklerini fonları gizlemek için kullandıklarını ve siyasi kampanyalara usulsüz katkıların yanında, bu fonların yurt dışında sözleşmeler yapmak amacı ile de kullanıldığını fark ettiklerini aktarmıştır³²⁷. Şirket tarafından kampanyalara yapılan büyük ödemelerin, çeşitli şirketlerin muhasebe kayıtlarının dışında tutulmuş yolsuz fonlardan (*slush funds*) geldiği tam olarak tespit edilmiştir. Bu tarz fonların kurulmasında birincil yöntemlerden birisinin şirketin yabancı bir temsilci veya danışmana ödemeler yapması ve bu ödemelerin yabancı temsilci ya da danışman tarafından şirkete iadesi ile kayıt dışı bir kaynağın oluşturulması olduğu, bu fonlara giden paraların küçük bir kısmının seçim kampanyalarına katkı olarak döndüğü tespit edilmiştir. Fondaki kalan paranın ise, ilgili danışmanların elinde kaldığı ve “*şüpheli ödeme*” adı verilen ödemeler ya da gerçek anlamıyla rüşvet ödemeleri olarak yurt dışında iş edinmek için kullanıldığı anlaşılmıştır.³²⁸ Bu tespitler üzerine yürütülen soruşturma derinleştirilmiştir.

Bunların ortaya çıkmasının ardından, Church Komisyonu tarafından yapılan duruşmalar sırasında bahsedilen yirmi şirketten birisi olan uçak yapımcısı Northrop isimli şirket³²⁹ “*Lockheed*³³⁰ *de aynı şeyi yapıyor*” diyerek rakibi olan firmayı ihbar etmiştir. Northrop’un bu ihbarı, Lockheed’in iflastan kurtulmak için 250 milyon dolarlık bir federal devlet kredisi almış olması nedeni ile Amerikan Kongresi nezdinde büyük yankı uyandırmıştır.³³¹ Söz konusu

³²⁷ Koehler, The Story of Foreign Corrupt Practices Act s. 935: “*Bu araştırmalar esnasında meydana çıkan uygulamalar ciddi boyutta problemleri açığa çıkardı: (1) seçili şirket çalışanlarına, ilgili bölgelerde yasa dışı siyasi katkılar yapılmak üzere primler veriliyor olması, (2) sınır ötesi iştiraklerin, tümü ödendikleri yerlerde yasa dışı olan yerel ve yurtdışı siyasi katkıların kaynağı olarak döner nakit fon yaratılmasında ve kurumsal fonların aktarılmasında “paravan” olarak kullanılması, (3) hamiline hisse senetli yabancı şirketlerin, alım-satım sözleşmelerinde gizli ve yasa dışı “avanta” yatırılması için depo olarak kullanılması, (4) yabancı danışmanlara yapılan ve yönetime yönlendirilen ödemelerin, yasa dışı siyasi katkılar ve ticari rüşvet olarak kullanılması, (5) tercih edilebilir ticari koşullar karşılığında yabancı kamu görevlilerine yapılan doğrudan kurumsal ödemeler; ve (6) danışman veya komisyon temsilcilerine, muhasebeleştirilmesi, kontrolü ve kaydı, eğer varsa bile, bu hizmetlerin tutarlar ile orantılı olup olmadığını, hatta hizmetlerin o danışman veya temsilciler tarafından yapıp yapılmadığını dahi göstermeye yetersiz olan muhasebe metodları ile yapılan on milyonlarca dolara varan ödemeler. Kimi vakalarda, bu ödemeleri yapan taraflar ödemelerin yabancı kamu görevlilerine, iş elde etmek için rüşvet olarak verildiğini beyan ettiler. Öte yandan, hiçbir yabancı yetkili, bu gibi bir ödemeyi bu amaçla aldığını teyit etmedi ve bu ödemelere dair hala muhasebeleştirilmemiş büyük miktarda para söz konusu.*”

³²⁸ <http://www.stanleyporkin.com/homepage/>, (Erişim: 14 Kasım 2017).

³²⁹ Church Komisyonu Northrop dışında Gulf Oil, Mobil Oil ve Lockheed gibi birçok şirketi soruşturmuştur.

³³⁰ The Lockheed Corporation, merkez ofisi Amerika Birleşik Devletleri’nde bulunan çok uluslu bir havacılık şirkettir.

³³¹ Koehler, The Story of Foreign Corrupt Practices Act s. 935: Washington Post’un 21 Ağustos 1976 tarihli haberinde “*Herhangi bir Amerikan şirketinin dahi böyle bir işe dahil olması talihsiz olurdu. Ama Lockheed, diğer ülkelerce herhangi bir Amerikan şirketi olarak görülüyor. Amerikan savunma sanayisinin en büyük yüklenicisi ve varlığını da federal devletin kefil olduğu kredilere borçlu. Lockheed yurtdışında neredeyse*

ihbar ile başlayan incelemelerin sonucunda 1975'te Lockheed Aircraft Corporation, yabancı kamu görevlilerine ve siyasi kuruluşlarına masa altından en az 22 milyon Amerikan Doları aktarmış olduğunu SEC'e itiraf etmiştir. Rüşvet skandalına konu olayda; aralarında Türkiye'nin de bulunduğu İtalya, Japonya, Almanya, Hollanda, Suudi Arabistan gibi ülkeler belli bir miktar para karşılığında savaş uçağı alım tercihlerini Lockheed'in büyük umutlar bağlayarak ürettiği Tristar'dan yana kullanmışlardır. O dönemde dışarıdan bakıldığında sürpriz bir satış sonucu büyük bir gelir elde eden Lockheed, şirketin o tarihteki başkanı A. Carl Kotchian'ın rüşvet olayını itiraf etmesiyle olaya adı karışan ülkelerdeki devlet büyüklerinin de yargılanarak görevden alınmasına neden olmuştur.³³² Lockheed rüşvet skandalına adı karışan Türkiye'de³³³ de yankı bulan bu örnek, bugün FCPA'in gelişimine neden olan önemli yolsuzluk vakaları arasında görülmektedir.³³⁴

Soruşturmalara paralel olarak SEC tarafından şirketlerin gönüllü olarak SEC'e başvurarak kamu görevlilerine ödemiş oldukları ödemeleri bildirmeleri için bir program başlatılmıştır.³³⁵ Bu program şirketlere kendi iç denetimlerini yapma, sonuçlarını değerlendirme, herhangi bir uygunsuzluk tespit edilir ise bu

Amerikan devletinin bir kolu olarak görülüyor. Bundan ötürü, kirli çamaşırlarıyla bu ülke ve saygınlığına büyük oranlarda hasar verdi" denilerek Lockheed'in soruşturma kapsamındaki diğer şirketlerden farkını ortaya konulmuştur.

³³² Church; Jensen ve Gerber s.175-176; <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/Lockheed/> (Erişim: 14 Kasım 2017); Hunziker ve Kamimura; Çalışkan ve Kömürcü s.77; Jones, Watergate Special Prosecution Force Created... The Birth of the FCPA, s.1.

³³³ Çetin Altan bir köşe yazısında bu durumu; Türkiye'de politik dengelerin kurulmadığını, böyle bir ortamda da rüşvet alanlar güçlü yöndeyseler üstlerine gidilemeyeceğini, hatta kendileriyle iş birliği yapılacağını ileri sürerek yorumlamıştır. "Lockheed'in Türkiye'deki temsilcisi Nezih Dural hakkında açılan dava Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmüş, 19 ayrı dosyanın tümü 7.5 yıl sonucunda beraatla sonuçlanmıştır. Rüşvet skandalının ortaya çıkması en çok Japonya'da yankı uyandırmışken, Hollanda, İtalya ve Almanya'da daha az tepki çekmiştir. Hollanda'da kraliçenin hatırına sadece rüşvet alan Prens'in tüm resmi yetkileri kaldırılmış, İtalya'da da rüşvet alanlardan biri cumhurbaşkanının yakın dostu olduğundan cumhurbaşkanı istifa etmiştir. Türkiye'de ise olay yeterince irdelenemeyip adeta üstü örtülmüştür." Milliyet, 17 Aralık 1979, <http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/Lockheed/> (Erişim: 14 Kasım 2017).

³³⁴ U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640 s. 2, Bu husus kanun çalışmaları sırasında Kongre'de yapılan değerlendirmelere ilişkin House raporuna "Kurumsal yolsuzluk, Birleşik Devletler için dışişleri politikası bakımından derin sorunlar da doğurmaktadır. Uygunsuz ödemelerin açığa çıkması, istisnasız olarak, müttefik devletlerin utancına yol açmaktadır. Bu ödemeler, yabancı ülkelerin vatandaşları nezdinde Birleşik Devletler'e duyulan güveni sarsmakta ve dışişlerinde ABD'nin rakibi olan ülkelerin yaymaya çalıştığı güvensizliğe, Amerikan şirketlerinin başka ülkelerin siyasi süreçlerinde yolsuz bir etki yarattığını göstererek katkıda bulunmaktadır. Örneğin, 1976 senesinde Lockheed skandalı Japonya Devleti'ni siyasi temellerine kadar sarsmış ve rakiplere ABD ile Japonya arasındaki ilişkiyi zedelemeleri için etkili bir silah vermiştir. Başka bir vakada, Hollanda'da Prens Bernhard Lockheed'den 1 milyon Dolar tutarında bir ödeme aldığına dair soruşturmalar üzerine resmi makamından istifa etmek durumunda kalmıştır. İtalya'da ise Lockheed, Exxon, Mobil Oil ve diğer şirketlerce İtalyan Devleti yetkililerine yaptığı iddia edilen ödemeler hükümete olan güveni yıpratmış ve ABD dış politikasına, sadece İtalya ve Akdeniz'de değil, tüm NATO ittifakı nezdinde zarar vermiştir." ifadeleri ile yansımıştır.

³³⁵ SEC ifşa programlarının tarihi ile ilgili olarak bkz. Stevenson Jr.

uygunsuzluğu durdurma ve düzeltici aksiyonlar olarak faaliyetlerine devam etme imkânı tanımıştır. Esasen hedeflenen sonuç büyük problemlerin küçük problemlerden ayırt edilmesini sağlamaktır. Bu program kapsamında çok sayıda şirket SEC'e başvurarak yabancı kamu görevlilerine vermiş oldukları rüşvetler hakkında bildirimde bulunmuştur.³³⁶ Yapılan soruşturmanın ve SEC tarafından ilan edilen bu gönüllü ifşa programının sonucunda Amerikan borsasının en büyük ilk 500 şirketinin 117'sinin de içinde olduğu 400 şirketin yabancı kamu görevlilerine 300 milyon doları aşan miktarda ödemeler yaptığı tespit edilmiştir. Bu yolsuzluklara karışan endüstrilerin tipik olarak; kimya, ilaç ve sağlık, petrol ve gaz, gıda ve havacılık hizmetleri olduğu görülmüştür.³³⁷

Çok sayıda şirketin usulsüzlüğe bulaştığının tespiti ile birlikte SEC'in dosya yükü anormal artış göstermiş, SEC tüm bu soruşturmaları yürütmek için katlanılamaz bir iş yükünün atına girmiştir. Kongre nezdinde yapılan tartışmaların içinde FCPA bu iş yüküne bir çözüm olarak öngörülmüştür. *Sporkin*'e göre FCPA, şirketlerin şüpheli faaliyetlerine bir tepki olarak ortaya çıkmış bir düzenlemedir.³³⁸ Gerçekten de Amerika Birleşik Devletleri'nin önemli ticaret ortakları ile istişare etmeksizin FCPA gibi güçlü bir kanunu hayata geçirmesi ilginç olmakla beraber, ortaya çıkan vakaların boyut ve doğasına bakıldığında anlaşılabilir bir adım olarak da görülebilecektir.³³⁹ Ayrıca, FCPA'nın Amerikan şirketlerinin uluslararası saygınlığına katkıda bulunmasının yanında, böyle bir düzenlemenin varlığının çok uluslu ABD şirketlerinin yurt dışında karşılaştıkları yolsuzluk taleplerine direnmesine yardımcı olacağına inanıldığı vurgulanmıştır.³⁴⁰

FCPA öncesinde yürürlükte kayıt ve raporlama gerekliliklerini düzenleyen bazı yasalar (örneğin 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (*Securities Exchange Act*) veya İngilizce adıyla "*Securities Exchange Act of 1934*") olmakla beraber, bunlar ABD şirketlerinin uluslararası alandaki

³³⁶ Timmeny s.237.

³³⁷ Marceau s.286; Timmeny s.236-237; U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640 s.1-2.

³³⁸ Sporkin s.1-5; Perritt Jr. s.2-3; Obidario s.62.

³³⁹ Pieth , Low ve Bonucci s.11.

³⁴⁰ Koehler, The Story of Foreign Corrupt Practices Act, s.943.

yolsuzluk faaliyetlerini engellemede yetersiz kalmıştır. Kongre kısa süre içinde, vergi ile menkul kıymetler ifşa kanunları gibi kimi kanunların dolaylı olarak uygulamalarının bulunmasına karşın, engellenmek istenen ödemelerin ABD hukuku altında doğrudan yasaklanmadığını fark edince bu boşluk doldurulmak istenilmiştir. Ayrıca Vietnam savaşı nedeni ile itibar kaybına uğrayan ABD’de FCPA’ın yasalaştığı tarihte görevde olan Carter hükümeti ABD’nin uluslararası alandaki algılanış şeklini de rehabilite etme amacına odaklanmıştır.³⁴¹

Yürürlükteki mevzuatın uluslararası rüşvet ile mücadelede yetersiz kaldığı düşüncesi ile hem 1975 ile 1977 yılları arasında görev yapan 94. Kongre hem de 1977 ile 1979 yılları arasında görev yapan 95. Kongre tarafından şirketlerin yabancı ödemelerine ilişkin yirmi kadar kanun tasarısı tartışılmıştır. Bu tasarıların tartışılması sırasında yarışan iki yasama yaklaşımı değerlendirilmiştir. Bunlardan birincisi, kimi yabancı ödemelerin doğrudan yasaklanması ve daha geniş kapsamlı bir kategoride yabancı ödemelerin ifşasını gerektirecek bir rejim iken, ikincisi, yasaklayıcı ve cezalandırıcı yaklaşımdır.³⁴² Nihayetinde 1977’de göreve gelen Carter hükümeti şirketleri ifşaya zorlamak ile cezalandırmak arasında uygulama bakımından ayrışan bir zorluk olmadığından³⁴³ cezalandırıcı yaklaşımı tercih ederek yasalaştırılmasını desteklemiştir.³⁴⁴

1970’lerde FCPA gibi bir yasanın yayımlanmasının nedenleri ile ilgili olarak akademik tartışmaların zayıf kaldığı ifade edilmiştir.³⁴⁵ Gerçekten de çalışma aşamasında yapılan araştırmalarda FCPA’ın yayımlanmasının nedenleri incelenirken çoğunlukla Watergate skandalının yarattığı farkındalığın uluslararası yolsuzlukla mücadele tarihini değiştiren bu yasanın yayımlanma gerekçesi olarak ele alındığı görülmüştür. Diğer taraftan, FCPA, yürürlüğe konulduğu ilk günden itibaren, ekonominin korunması ve kamuya duyulan

³⁴¹ Rediker s.57.

³⁴² U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640.

³⁴³ U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640.

³⁴⁴ Koehler, fcpaprofessor.com.

³⁴⁵ Pieth , Low ve Bonucci s.10-11.

güvenin sağlanması amacı ile yürütülen rüşvetle mücadele çalışmalarının güçlü bir aracı olarak kabul edilmiştir.³⁴⁶

1977'de yürürlüğe giren FCPA'nın uygulaması, 2000'li yıllara kadar çok yaygın olmamıştır. Uzun süre boyunca, Amerikan Adalet Bakanlığı soruşturmaları şirketlerin gönüllü ifşaları üzerine gerçekleşmiştir. Yürürlüğe girmesinde olduğu gibi, FCPA uygulamalarının yaygınlaşması da bir skandal ile gerçekleşmiştir. 2001 senesinde Enron skandalı, özellikle son yıllarda cezalar ve soruşturmalara ilişkin artan trendin gerekçesi olarak değerlendirilebilir.³⁴⁷

Enron skandalı, Amerikan devletinin kurumsal yolsuzluk ile mücadele için FCPA'nın kullanımını tekrar gözden geçirmesine ve yaygınlaştırmasına yol açmıştır. Enron yöneticilerinin yasa dışı aktiviteleri FCPA kapsamında düzenlenen muhasebe hükümlerinin ve kurumsal düzenlemelerin önemini gözler önüne sermiştir. Böylece, Bush hükümeti ile birlikte Amerikan Adalet Bakanlığı ve SEC, FCPA ihlallerini daha sık ve agresif bir şekilde takip etmeye başlamıştır.³⁴⁸

Uluslararası alanda rüşvetle mücadele konusunda yapılan tartışmaları daha iyi anlayabilmek için düzenlemelerin kaynağı olan FCPA'nın temel esasları hakkında bilgi sahibi olmak gereklidir. Yurt dışında işlenen rüşvet suçları ile mücadelenin en zorlu tarafı meselenin uluslararası kapsamdayken coğrafi değişken dinamiklere sahip olmasıdır; zira bu suçların soruşturulma ve kovuşturulmasında mutlaka farklı ülkelerin adli iş birliklerine ihtiyaç vardır ve

³⁴⁶ Stewart s.1039.

³⁴⁷ 1985 senesinde Houston Natural Gas Co. ve InterNorth Inc. Şirketlerinin birleşimi ile kurulan ve zamanla ABD'nin en büyük finans şirketlerinden biri olan Enron, 2001 yılında SEC tarafından başlatılan bir soruşturmanın peşinden, 1997 senesinden beri gelirlerini yaklaşık \$586 milyon tutarında şişirdiğini açıklamıştı. Sonunda Adalet Bakanlığı bir cezai soruşturma başlattı, Enron New York Menkul Kıymetler Borsası'nda askıya alındı, Enron'un muhasebe firması olan Arthur Andersen adaletin engellenmesinden ötürü ceza aldı, binlerce çalışan işsiz kaldı ve Wall Street köküne kadar sallandı. Bu gelişmelerin tümü, Enron'un malvarlıkları, kârı ve zararına ilişkin isabetli olmayan kayıtlar tutması ve en nihayetinde durağanlaşan ekonomi sonucunda zayıflıklarının ortaya çıkması ile gerçekleşti. 2000 yılının sonunda Enron \$591 milyon zarar etmiş ve \$628 milyon borcu olan bir şirketti. Son olarak, Enron ile birleşme planları içinde olan Dynegy şirketinin bu işlemden geri adım atmasından günler sonra, Enron iflasını ilan etti. Enron'un kurucusu ve eski CEO'su Kenneth Lay dolandırıcılık ve banka dolandırıcılığı suçlarından hüküm giymeden hemen önce kalp krizi geçirerek öldü, Enron'un kayıplarını başka şirketler altında saklayan eski CFO Andrew Fastow ise elektronik dolandırıcılık ve banka dolandırıcılığı suçlarını itiraf etti. (<https://www.investopedia.com/updates/enron-scandal-summary/>) (Erişim: 18 Aralık 2018).

³⁴⁸ Richard s.424-425.

bu da incelemeleri son derece karmaşık bir hale sokmaktadır.³⁴⁹ Kaldı ki, Türkiye, gelişmekte olan ekonomisi, uluslararası ticarete aldığı rol ile FCPA kapsamında ele alınan ihlallerin işlendiği coğrafyalardan birisidir.³⁵⁰ Bu nedenle de Türkiye’de mukim, ancak ABD menşeli ya da ABD borsasında işlem gören firmalarla ticaret yapan gerçek ve tüzel kişilerin bu ticaretleri kapsamında FCPA’de kamu görevlisi olarak tanımlanan kişi ve kurumlarla iştigal ederken muhatap olabilecekleri yaptırımların bilincinde olmaları önem arz etmektedir.

2.3. 1977 Tarihli FCPA’ın Düzenleme Kapsamı ve Temel kavramları

FCPA temel olarak iki alanı kapsamaktadır. Bunlar, (i) yabancı kamu görevlisine verilen rüşvet ve (ii) şirketin kayıt tutma ve muhasebe yükümlülükleridir.³⁵¹ Bu yükümlülüklerle ilişkin düzenlemeler ile bu düzenlemelerle ilişkili hukuki ve cezai yaptırımlar birlikte (*in tandem*) uygulanmaktadır.³⁵²

FCPA yürürlüğe girdiği ilk yıllarda çok ciddi şekilde eleştirilmiştir. Bazı akademisyenlerin FCPA’ın uygulanması ile ABD’nin uluslararası ilişkilerinin bozulabileceğini dile getirdiği görülmektedir.³⁵³ Ayrıca, yurt dışında yapılan

³⁴⁹ Lashbrooke Jr s.227.

³⁵⁰ U.S. Department of Justice Deputy Attorney General Rosenstein Delivers Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act: "...Bu sonuç FCPA Ekibi, Güney Ohio Bölge Savcı Vekilleri, A.B.D. Posta Denetmenleri ve FBI' ile Birleşik Krallık, Brezilya, Avusturya, Almanya, Hollanda, Singapur ve Türkiye emniyet yetkililerinin iş birliğini yansıtmaktadır. Uluslararası ortaklarımız ile çalışmaya devam edeceğiz."

³⁵¹ Raporlar ve kayıt tutma yükümlülüklerine ilişkin hükümler Amerika Birleşik Devletleri İş ve Ticaret Yasası 15. Başlık Menkul Değerler Borsası Bölüm 2B altındaki madde 78’de yer almaktadır.

³⁵² Smallwood s.352.

³⁵³ Lashbrooke Jr s.234-235 Aynen aktarım: "Amerika Birleşik Devletleri, genel olarak yalnızca yurtdışı rüşvet ödemelerine karışan yerli şirketler ve şirket yetkilileri ile direktörlerini yargılayabilse de, yabancı kamu görevlilerinin eylemlerini de soruşturmak zorunda kalacaktır. FCPA soruşturmasının bir sonucu, rüşvet kabul ettiğinden şüphelenilen yabancı kamu görevlisinin kimliğinin açıklanması olacaktır. Böyle bir durumda devlet memuru olumsuz bir tanıtıma ve belki de istifa etmesi konusunda devlet baskısına maruz kalacaktır. Masumiyetini kanıtlama şansı olmayacağından, bu sonuç özellikle olumsuzdur. Açık bir şekilde, yabancı kamu görevlilerinin görevini kötüye kullandığını iddia eden Amerika Birleşik Devletleri tarafından yapılacak tek taraflı bir kovuşturma, uluslararası ilişkilerde önemli sorunlar doğuracak ve ABD’nin yurtdışındaki çıkarlarına zarar verecektir. Buna ek olarak, FCPA’ın uygulanması rüşvet veren kişinin iki ülkede aynı suçtan yargılanması sonucunu doğurabilir. Yalnızca Birleşik Devletler’in yargılamayı tercih etmesi halindeyse, kusurlu iki tarafa eşit olmayan muamele uygulanmış olur. En önemlisi, FCPA ABD’nin uluslar ötesi rüşvet konusunda çok taraflı bir anlaşma müzakere etmesini zorlaştırabilir. Ayrıca, ABD işletmelerinin rüşvet vermeyi

ödemelerin alışlageldiği gibi SEC'e bildirilmekten³⁵⁴ öte, yorum sorunları yaratacak belirsizlikler içeren bir yasa ile suç haline dönüştürülmesinin SEC'in bu belirsizlikleri “düzenleme gücünü” bir avantaj olarak kullanarak gidermeye yönelebileceği riskine dikkat çekilmiştir.³⁵⁵ İlerleyen bölümlerde, FCPA'nin yürürlükteki temel esaslarına ilişkin bölümde daha detaylı aktarıldığı üzere, yasanın yürürlüğe girdiği ilk dönemlerden bugüne kadar uzanan kavramsal belirsizliklerin yarattığı sorunlar ve eleştirilerin devam ettiğini belirtmek gerekir.

1977'den bu yana, FCPA yolsuzlukla mücadele hükümleri tüm “yerli ilgililer” veya “yurt içi ilgililer” ABD kişileri (*domestic concerns*)³⁵⁶ ve raporlama yapan³⁵⁷ yabancı menkul kıymet ihraççılarına (*issuers*) uygulanmaktadır.³⁵⁸ FCPA sadece raporlama yapan ihraççı şirketlere değil, tüm yerli ilgililere uygulanmaktadır. Yerli ilgililer ise bahsedilen raporlayan şirketler dışındaki her şey olarak tanımlanmaktadır. Örneğin, bir ortaklık veya bir birey bir yerli ilgili teşkil edebilir.

FCPA'nin ilk hali, ABD şirketlerinin yabancı iştirakleri tarafından yapılan yolsuzluk ödemelerini her durumda suç olarak kabul etmemektedir. Söz konusu yabancı iştiraklerin kanun kapsamı dışında bırakılması hususu 94-831 sayılı Konferans Raporu'nda³⁵⁹ aksi takdirde ortaya çıkabilecek “iç yargı, yürütme ve

Kabul etmemesi, bu işletmeleri ödeme yapabilen ve bu konuda istekli olan yabancı firmalarla rekabette dezavantajlı duruma düşürecektir.”

³⁵⁴ Lashbrooke Jr s.231 Aynen aktarım: “FCPA öncesi menkul kıymetler yasalarının SEC tarafından uygulanması bir takım yurtdışı yolsuzluk faaliyetlerinin kontrol altına alınmasında etkili olmasına rağmen, FCPA'nin yürürlüğe girmesinden önce SEC'in yetki alanı yurtdışında ticari faaliyet gösteren ABD işletmelerinin üçte birinden azını kapsamaktaydı. Ayrıca FCPA öncesi menkul kıymetler yasaları, yatırımcının herhangi bir menkul kıymetin değeri hakkında bilinçli bir karar verebilmesini sağlamak için yalnızca önemli hususların açıklanmasını gerektirmektedir. Bu standart kapsamında, önemlilik konusu bilginin piyasa etkisinin belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yurtdışında yapılan şüpheli veya uygunsuz ödemeler menkul kıymetin değerini etkilemediği sürece önemli husus olarak kabul edilmemektedir.”

³⁵⁵ Miller s.294.

³⁵⁶ 1977 tarihli Foreign Corrupt Practices Act metninin 15 USC 78 dd2 - 104(d) kısmı, Türkçe'ye “yerli ilgililer” veya “yurt içi ilgililer” olarak da çevrilebilecek olan “*Domestic Concerns*” tanımını şöyle yapar: “Yerli ilgililer” tanımı, (A) ABD'de vatandaşı, sakini veya ABD'de yerleşik herhangi bir birey; veya (B) asıl ticari merkezi ABD'de bulunan, veya ABD eyaletlerinden birinin hukuk sistemi uyarınca kurulmuş olan, ya da ABD sınırları, hakimiyeti ya da topluluğu içinde kurulmuş olan herhangi bir şirket, ortaklık, kurum, anonim şirket, ticaret fonu, adi şirket ya da şahıs şirketi anlamına gelir.”

³⁵⁷ Raporlama yapan şirket, işlem gören bir menkul kıymeti ihraç eden veya 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu uyarınca raporlama yapma zorunluluğu bulunan şirkettir. § 78dd-1(a)'da İngilizce ifadesi ile “any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title or which is required to file reports under section 15(d) of this title...” denilmektedir.

³⁵⁸ Tarun s.3.

³⁵⁹ U.S. 94th Congress House of Representatives, Report No. 94-831.

diplomasi” zorluklarına değinilerek açıklanmaktadır. Diğer taraftan raporda da belirtildiği gibi ana şirket, doğrudan kendisinin ve “kontrol” ettiği gerçek kişi temsilcilerinin veya iştiraklerinin dâhil olduğu rüşvet verme eylemlerinden sorumlu olacaktır.³⁶⁰ Ana şirketin yabancı iştirakinin eylemlerinden sorumlu tutulması ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerden birinde, bir ana şirketin yabancı bir aracı vasıtasıyla yabancı bir kamu görevlisine dolaylı olarak rüşvet verdiği en az üç durum olacağı ifade edilmiştir. Buna göre; ilk olarak, yerli bir şirketin hukuka aykırı bir uygulama hakkında fiilî bilgiye (*actual knowledge*) sahip olması ve bu tür bir uygulamayı yetkilendirmesi ya da büyük ölçüde desteklemesi halinde, ana şirkete bir yardımcı veya suç ortağı olarak cezai yaptırımlar uygulanmalıdır. İkinci olarak, fiilî bilgi veya yetkilendirmenin kanıtlanamadığı durumlarda, ana şirketler ilgili davalarda zımnî bilgiyle (*constructive knowledge*) isnat edilmelidir. Örneğin, yabancı iştirakler tarafından yapılan olağan dışı miktarlardaki nakit ödemeler soruşturma açılmasına neden olmalıdır. Bir ana şirketin iştirakinin yurt dışındaki faaliyetlerinden sorumlu tutulabileceği üçüncü bir durum da bunların arasında asil-vekil ilişkisi (*principal-agent relationship*) olan durumdur. Bir iştirakin temsilci olarak kabulünde imtiyazlı hisse senetlerinin çoğunluğunun ana şirkete ait olması tek ölçüt değildir. Fakat iştirakin ana şirket adına sözleşme imzalaması gibi bazı durumlarda iştirak ana şirketin temsilcisi (*agent*) olarak kabul edilebilir. Yabancı bir iştirakin ana şirketin temsilcisi olması halinde, ana şirket iştirak tarafından temsil yetkisi kapsamında yapılan tüm şüpheli ödemelerden sorumlu olacaktır.³⁶¹

³⁶⁰ Konferans raporunda bu konu şöyle ifade edilmektedir: “...katılımcılar ABD şirketlerinin yabancı iştiraklerinin kanundaki doğrudan yasaklamalar kapsamına alınmasının getireceği potansiyel yargı, uygulama ve diplomasi zorluklarının farkına vardı. Ancak, katılımcılar, bir kişi veya kuruluş aracılığıyla dolaylı olarak yabancı bir kamu görevlisine rüşvet veren bir ihraççı veya yerli ilgilinin de kanun kapsamında yükümlü kabul edileceğini açıklığa kavuşturmak istemektedir. Katılımcılar, bu tür yargı, uygulama ve diplomasi zorluklarının ABD vatandaşı, uyruğu veya mukimi olan kişiler açısından mevcut olmayabileceğini kabul etmişlerdir. Bu nedenle, kanun kapsamında yer aldığı özellikle belirtilen kişiler dışındakiler (ihraççı veya yerli ilgili adına faaliyette bulunan yetkililer, direktörler, çalışanlar, temsilciler veya hissedarlar), ABD vatandaşı, uyruğu veya mukimi olmaları halinde, yalnızca bir ihraççı veya yerli ilgili yabancı iştirakin işlerine ilişkin bir faaliyette bulduklarında yükümlü olacaktır. Ayrıca katılımcılar, bir ihraççı veya yerli ilgili kanun tarafından yasaklanan bir eylemde bulunması halinde, ABD yargı yetkisi altında olan yabancı uyruklar ve mukimlerin de kanun kapsamında yer alacağına karar verdiler.”

³⁶¹ Miller s.303-304.

İlerleyen bölümde FCPA'nın uğradığı değişikliklerden daha detaylı şekilde bahsedilecek olmakla birlikte, 1977 tarihli FCPA'nın "ihraççı" olmayan yabancı işletmeler ile yabancı ülke vatandaşlarına uygulanmamakta olduğunu belirtmek gerekir. Diğer taraftan, bir ihraççı ya da yerli ilgili yasayı ihlal etme iradesi ile ve yargının coğrafi yetki sınırlarının etrafından dolanmak saikiyle hareket ediyorsa, her ne kadar bir ödeme doğrudan ABD'deki bir kaynak tarafından ya da buradaki araçlar kullanılarak yapılmamış olsa da, uygunsuz bir ödemenin yapılması için talimat verilmesi de FCPA'nın ihlali olarak yorumlanabilir.³⁶²

Eğer bir ticari teşebbüs (*business enterprise*) yasayı ihlal nedeni ile sorumlu tutulur ise, o şirketin suçun işlenmesine kasten iştirak eden çalışan ve temsilcileri (*agent*) de hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşabilecektir.³⁶³

1998 değişikliklerini müteakip, FCPA'nın artık bir yabancı şirket ya da gerçek kişi üzerinde de bu şirket veya kişilerin doğrudan veya bir vekil aracılığıyla, Birleşik Devletler sınırları içinde yolsuz bir ödemenin ilerleyişine dair eylemlerde bulunmalarından ötürü sorumluluk doğuracağı düzenlenerek, düzenleme bugünkü halini almıştır.³⁶⁴

1977 tarihli FCPA, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun geleneksel kapsamını değiştirmiş ve genişletmiştir. Yasada ifadesini bulan bir iş almak (*obtain*) veya elde tutmak ya da bu amaçlarla birisine yönlendirilmesi (*direct or retain a business*) için bir ödeme yapılmasının zorunlu olması önemli birer kavramdır. Buna göre "bir teşebbüs için iş elde etmek veya elde tutmak amacıyla eylemlerini veya kararlarını etkilemek için yabancı bir kamu görevlisine bir ödeme veya hediye sunmak, vermek veya verilmesine izin vermek" yasalara aykırıdır. Teklifin, hediyenin veya ödemenin amacı, yabancı

³⁶² Miller s.303.

³⁶³ Smallwood s.354.

³⁶⁴ Marceau s.308.

bir kamu görevlisinin, yabancı siyasi partinin veya adayının yolsuz davranması olmalıdır.³⁶⁵ Maksat, işletme için iş elde etmek veya elde tutmak olmalıdır.³⁶⁶

Suçun oluşumu için kast unsuru aranmaktadır.³⁶⁷ FCPA §78dd-1(a) (*Prohibition*) maddesi altında; ihraççılar ve yerli ilgililerin yabancı bir yetkiliye, siyasi partiye veya parti yetkilisine ya da adayına, ya da ihraççının ya da yerli ilgililerin, yabancı bir yetkiliye, partiye veya parti üyesine aktaracağını bildiği (*know*) ya da bilmesini gerektirecek bir sebebin bulunduğu (*reason to know*) herhangi bir kişiye, herhangi bir değer aktarımında bulunması, izin vermesi veya vaat etmesi yasaklanmıştır.

FCPA’ın ilk halinde “*yabancı kamu görevlisi*” kavramı da sınırlanmıştır. FCPA kapsamında yabancı kamu görevlisi olarak kabul edilmiş kişiler sadece resmî ve kamusal görevler ifade edenlerle (*acting in an official capacity*) sınırlı olarak ve rutin idari faaliyetleri yürütenler (*essentially ministerial or clerical*) kapsam dışında bırakılarak tanımlanmıştır. Daha sonra değiştirilecek olan bu tanım, devletin kontrolüne sahip olduğu özel teşebbüsleri dışlayan bir tanım olmuştur.³⁶⁸ FCPA kapsamında yabancı siyasi partilere veya adaylarına yapılacak benzer ödemeler veya hediyeler de aynı şekilde hukuka aykırıdır.

İlerideki tartışmaların daha anlaşılır olması açısından, yürürlüğe girdiği ilk hali ile FCPA’ın rüşvetle mücadele ile kayıt ve raporlamaya ilişkin hükümleri aşağıda daha detaylı şekilde ele alınmaktadır.

³⁶⁵ Lashbrooke Jr s.233.

³⁶⁶ Miller s.296.

³⁶⁷ Smallwood s.354.

³⁶⁸ Koehler, The Story of Foreign Corrupt Practices Act s.1010.

2.3.1. Rüşvetle Mücadele Hükümleri

FCPA, yürürlüğe girdiği ilk hali ile (“1977 tarihli FCPA”) bir ihale, mal veya hizmet satışı gibi bir işi almak veya koruma veya bu yönde uygunsuz bir avantaj elde etmek amacıyla ABD dışı bir devlet memuruna para ödenmesini veya değerli bir şey verilmesini veya vaat edilmesini yasa dışı kılmaktadır. Yasaklamalar, resmi görevdeki bir devlet memurunu etkilemek ya da iş almak veya elde tutmak ya da ödemeyi yapan şirketin işlerini yönlendirmek için devlet içindeki nüfuzunu kullanmaya teşvik etmek amacıyla ödeme yapmayı da kapsamaktadır.³⁶⁹ Bu hüküm, şirketler ve çalışanları ve aynı zamanda satış acenteleri gibi üçüncü taraflar tarafından yapılan ödemeler ve verilen hediyeler için de geçerlidir. Ayrıca metnin ifadesinden de anlaşıldığı üzere, teklif ve vaat de suçtan sorumluluk için yeterli kabul edilmiştir.

1977 tarihli FCPA’in, şüpheli ya da yasa dışı ödemelerin ifşa edilmesini gerektiren muhasebe hükümlerine ek olarak, Kongre herhangi bir yabancı yetkiliye rüşvet verilmesini yasaklayan hükümler getirmiştir; diğer taraftan bu düzenlemeler tüm ödemeleri yasaklamamıştır. Sadece yolsuz niyetlerden kaynaklanan ödemeler, belirli kişilerin belirli faaliyetlerde bulunmaları veya bulunmamaları için yapılan ödemeler ve bir işi almak, yönlendirmek veya tutabilmek (*obtain, direct or retain a business*) için yapılan ödemeler yasaktır. Şirketlerin veya şirket adına faaliyette bulunan bireylerin “yolsuzluk” ödemeleri yaparak ihraççılar veya yerli ilgililer kapsamındaki hükümleri kasten ihlal etmesi halinde, 1977 tarihli FCPA uyarınca cezai yaptırımlar uygulanması öngörülmüştür.³⁷⁰

1977 tarihli FCPA’de herhangi bir değer standardı mevcut olmadığı için; bahsedilen yasakların her türlü değer aktarımı için geçerli olduğu kabul edilmiştir. Diğer taraftan 1977 tarihli FCPA’in “yabancı kamu görevlisi” (*foreign official*) tanımına bakıldığında, görevleri hizmete ait veya memurlukla ilgili olmayan yabancı çalışanlara veya kamu görevlisi olmayan yabancılara

³⁶⁹ Timmeny s.239-240.

³⁷⁰ Miller s.298 vd.

yapılan ödemelerin açıkça yasaklanmadığı görülmektedir. Ayrıca, yukarıda belirtildiği gibi eylemin “yolsuz” olması için ödenen paranın kamu görevlisinin eylemini etkilemesi gerekli görülmüştür.³⁷¹ Bu tanımlama şekli ile 1977 tarihli FCPA’nın hedefinin “kolaylaştırma” (*facilitation*) ya da bir diğer ifadesi ile “yağlama” (*grease*) ödemelerini hedef almadığı belirtilmiştir.³⁷² FCPA’de bir şirketin bir ülkede hak sahibi olduğu bir şey için bir kolaylaştırma ödemesi yapılmasına açıkça izin verilmemektedir. Metinde bu tip ödemelere, bir bakanlık görevlisini veya bir kurumdaki düşük düzeyli çalışanı hariç tutularak yabancı kamu görevlisinin tanımlanması ile imkân verilmiştir.³⁷³ Düzenleme ifadesi ile bir iş almak veya elde tutmak ya da bu amaçlarla birisine yönlendirilmesi için bir ödeme yapılmasının zorunlu olmasına dikkat çekilerek, bir ülkede vergi mevzuatı veya başka bir mevzuat konusunda bir fayda elde etmek amacıyla bir ödeme yapılmasının kolaylaştırma ödemesi olarak görülmeyebileceği ifade edilmiştir.³⁷⁴ Düzenlemenin bu yönü hakkında 1977 tarihli FCPA’nın işlemleri kolaylaştırmayı amaçlayarak düşük seviyeli kamu görevlilerine yapılan ödemeleri değil, rekabeti zedeleyen ödemeleri yasaklamak gayesi ile tasarlandığı ifade edilmiştir.³⁷⁵

³⁷¹ U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640.

³⁷² Lashbrooke Jr s.233; 23 CONG. REC. H 11,932 (daily ed. Nov. 1, 1977) Vekil Eckhardt’ın açıklamaları: “Kolaylaştırma ödemelerinin amacı bir işletme adına iş elde etmek veya elde tutmak değil idari veya sekretery işleri konusunda alt düzey kamu görevlilerini teşvik etmek olduğundan, FCPA bu ödemeleri yasaklamamaktadır.” FCPA işlemlerin sorunsuz bir şekilde yürütülmesini destekleyen kolaylaştırma ödemelerini değil, rekabete zarar veren ödemeleri yasaklamaktadır. Kolaylaştırma ödemelerinin soruşturma ve yaptırım maliyetleri bu ödemelere ilişkin kovuşturmayı imkânsız hale getireceğinden, bu konudaki istisna ekonomik gerekçelerle açıklanabilir.

³⁷³ Timmeny s.239-240.

³⁷⁴ Timmeny s.239-240; Miller s.300, Miller kolaylaştırma ödemeleri ile ilgili olarak açıklamalarında “FCPA ayrıca, gümrüklü gönderileri hızlandırmak, atlantik ötesi telefon görüşmeleri yapmak, gerekli izinlerin alınmasını sağlamak ve yeterli polis koruması almak gibi zorunlu işlemleri kolaylaştırma amacı taşıyan “kolaylaştırma” ödemelerini açıkça kapsam dışında bırakmaktadır. Yine de bazı durumlarda hangi ödemelerin kolaylaştırma ödemesi olduğunun belirlenmesi fiili bir sorun olmaktadır. Örneğin, gümrük veya vergi iadesi işlemleri konusunda yardım almak için bir kamu görevlisine yapılan bir ödeme, özel muamele beklentisi içinde yapılıyorsa kolaylaştırma ödemesi olarak kabul edilmeyebilir. Şerefiye ödemelerine ilişkin fiili sorunların aksine, kolaylaştırma ödemelerine ilişkin fiili durumlar şirket lehine çözümlenmelidir. Kongre, şirketleri yurtdışında gerekli günlük işlerini etkin bir şekilde tamamlamasını sağlayacak aracı kurumlardan mahrum etmeyi amaçlamamıştır. Kongre bu ödemeleri suç olarak kabul etmeyerek, birçok yabancı ülkede yetkililerin, hizmetlerin gerçekleştirilmesinden önce ödeme alma beklentisini zımnen kabul etmiştir. Bu fark kamu yararı açısından bakıldığında anlamlıdır. Kolaylaştırma ödemelerinin kamuya verdiği zarar, doğrudan rüşvetin yol açtığı zarardan çok daha azdır çünkü kolaylaştırma ödemeleri hâlihazırda gerçekleşecek olan işlemleri yalnızca hızlandırmaktadır. Ayrıca, bu tür ödemelere izin verilerek şirketlere sağlanan faydalar da önemlidir. Ancak, ödemeyi yapanın takdire bağlı bir özel muamele talebi içinde olduğu durumlarda yabancı kamu görevlilerinin beklentileri konusunda bir iddiada bulunma ihtimali düşüktür.” diyerek kolaylaştırma ödemesinin “zorunluluk” unsuruna vurgu yapmış ve özel muamele görmeyi içermediğini ifade etmiştir.

³⁷⁵ Koehler, The Story of Foreign Corrupt Practices Act s.1003; U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640.

Committee Report'ta³⁷⁶ ayrıca “yolsuz şekilde” (*corruptly*) kelimesinin 18 U.S.C. § 201(b) kapsamında öngörülen “art niyetli” bir amaç veya gerekçe anlamına geldiği ve yurt içinde rüşveti yasakladığı belirtilmektedir.³⁷⁷ Özetle, “yolsuz şekilde” ifadesi yalnızca yabancı bir kamu görevlisinin takdir yetkisindeki görevleri uygulamasını etkileme ve bir fayda elde edilmesi amacını taşıyan ödemeleri suç kabul etmektedir. Dört kategoriye ayrılan şüpheli yabancı ödemeler – doğrudan rüşvet, şerefiye, kolaylaştırma ödemeleri ve zorunlu ödemeler – göz önüne alındığında, bu unsurların sınırlarının belirgin olmadığı görülmektedir. Doğrudan rüşvet, FCPA tarafından yasaklanan ödemelerin en belirgin örneği olarak gösterilmektedir. Bu tür ödemeler genellikle yabancı devletlerin çeşitli iş fırsatlarına izin vermesini sağlama amacı taşımaktadır. İşletme izinleri, maden veya petrol hakları, fiyat artışları ve ürün ruhsatları bu tür iş fırsatlarına örnek gösterilmektedir. Yalnızca bir şirket ile yabancı bir devlet arasında iyi niyet oluşturmak amacıyla yapılan ödemeler, FCPA kapsamında “yolsuz şekilde” olarak kabul edilmemekte ve bu nedenle şirketi FCPA konusunda bir yükümlülük altına sokmamaktadır.³⁷⁸ ABD’li şirket yöneticileri tarafından çoğunlukla “kolaylaştırma” (*facilitation*) veya “yağlama” (*grease*) ödemesi olarak anılan bu ödemelerin ise her zaman ayrıştırılması çok kolay değildir. ABD’li şirketlerin yabancı bir ülkede iş yapmak için gerekli olarak gördükleri ve bazı durumlarda şirket yöneticilerinin bir yabancı kamu görevlisinin görevlerinin bizzat kamu hizmetlerine dair olup olmadığını bilmelerinin mümkün olmaması nedeniyle, bu istisna yasanın uygulanmasındaki belirsizliklerden ancak çok küçük bir kısmını ortadan kaldırmıştır. ABD’li kamu görevlilerinin görevlerinin doğasını anlamak dahi zaman zaman zor bulunmaktayken, yabancı kamu görevlilerinin görevlerinin nadiren açıkça belirlenmiş veya ifade edilmiş olmalarından ötürü problemin büyüdüğü ileri sürülmüştür. Yine de 1977 tarihli FCPA bir yöneticinin yabancı kamu görevlisinin görevlerinin esasen hizmete veya memurluğa ait olup olmadığını

³⁷⁶ Securities and Exchange Commission, Statement of Policy With Regard to the Foreign Corrupt Practices Act Review Procedure Established by the Department of Justice, s. 1538.

³⁷⁷ Lashbrooke Jr s.233.

³⁷⁸ Miller s.298 vd, Yazara göre bu kapsamda kayda değer ödemeler söz konusu olduğunda, dar yorum yapılmazsa, önemli bir boşluk oluşacaktır.

değerlendirmesi yönünde bir sorumluluğu olduğunu düzenlemiştir; bu düzenleme söz konusu tespitin hatalı olması halinde cezai sorumluluk ihtimali doğacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir.³⁷⁹

2.3.2. Kayıt ve Raporlama Hükümleri

FCPA'nın 104. bölümündeki ilk muhasebe hükmü 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'na 13(b)(2) bölümünü eklemiştir. Getirilen yasaklar, sadece Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (*Securities Exchange Act*) uyarınca kayıtlı olan ve SEC'e rapor hazırlayan *ihraççı* kuruluşlar şirketler için geçerlidir. Bu hüküm, tüm ihraççıların varlıklarına ilişkin işlemleri ve tevdileri makul detayda (*reasonable detail*) yansıtan defterleri, kayıtları ve hesapları tutması ve bulundurması gerektiğini belirten bir hüküm içermektedir. İç kontrollere ilişkin 13(b)(2)(B) bölümünde ise tüm ihraççıların, işlemlerin yönetimin yetkisine uygun olarak yürütüldüğüne; işlemlerin, finansal tabloların hazırlanmasına imkân verecek ve varlıklara ilişkin hesap verebilirliği koruyacak şekilde kaydedildiğine; varlıklara yalnızca yönetim yetkileri kapsamında erişim izni verildiğine ve hesapların makul aralıklarla mevcut varlıklar ile karşılaştırıldığına ve ortaya çıkan farklılıkları düzeltmek için gerekli adımların atıldığına dair makul güvence (*reasonable assurance*) sağlamaya yetecek bir iç muhasebe kontrol sistemi kurması ve sürdürmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.³⁸⁰ Defter ve kayıtların yeterli (*adequate*) olup olmadığı noktasında geniş bir bakış açısı ile inceleme yapmak gerekli görülmüştür. Ayrıca, FCPA'nın bir amacı kayıtların yasa dışı aktiviteleri gizlemek için yanlış tutulmasını yasaklamak iken, “*defter, kayıt ve hesaplar*” tanımında, yasama tarihçesine de atıf yapılarak, “*genel kabul görmüş muhasebe prensipleri*”nin (*generally accepted accounting principles*) esas alınması gerekliliğine işaret edilmiştir.³⁸¹ Bir şirket tarafından tutulan

³⁷⁹ Shaw s. 173; U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640.

³⁸⁰ Brennan s.231.

³⁸¹ Baker s.819-820.

“defter, kayıt ve hesaplar” sisteminin FCPA’ın iç denetim kontrol gereksinimlerini karşılayacak şekilde olması öngörülmektedir.³⁸²

FCPA bunun yanı sıra, örneğin ihraççıların malvarlığına dair “işlem ve tasarrufları isabetli ve adil bir şekilde yansıtan defter, kayıt ve hesaplar hazırlama ve tutma” yükümlüklerini düzenlemektedir. Bu hükümler altında, gerçeği yansıtmayan bir belge veya isabetsiz bir kaydın herhangi bir uygunsuz ödemenin olmaması halinde dahi bir ihlalin doğabileceği öngörülmüştür. Böylece, ufak ödemelere dair bile olsa yanlış sınıflandırılması, gerçeği yansıtmayan faturaların bulunması, muvazaalı sözleşmelerin (*sham contracts*) icra edilmesi FCPA defter ve kayıt hükümlerinin ihlalini teşkil edebilecektir. Son olarak, FCPA şirket içi kontrol hükümleri halka açık şirketlerin, rüşveti tespit etmek ve engellemek için yeterli olacak makul ölçüde etkin iç muhasebe sistemleri bulundurmaları gerekliliğini düzenlemektedir. FCPA kayıt ve muhasebe hükümleri büyüklük veya niteliklerine bakılmaksızın tüm işlemlere uygulanacaktır. İç kontrol hükümleri, kayıt dışı gizli ödeneklere ya da kurumsal varlıkları ödeme yapmak amacıyla veya yönetimin istemediği bir şekilde kullanarak, şirketin emir ve talimatlarının dışında hareket edebilecek olan şirket çalışanlarının eylemlerini FCPA’ın kapsamına almak için öngörülmüştür. Aynı zamanda, şirket varlıklarına ilişkin kontrollerin yapılmasını, yani şirketin kendi varlıkları ile ilgili olarak bilgi sahip olmasını ve şirketin içinde neler olup bittiğinin farkında olmasını sağlamayı amaçladığı belirtilmiştir.³⁸³

Kanun kabul edildikten ve yasalaştıktan sonra SEC FCPA’ın amaçlarını daha ileriye taşımak için çeşitli kurallar kabul etmiştir. SEC tarafından kabul edilen kurallardan biri FCPA kapsamında tutulması gereken defter ve kayıtların tahrif edilmesini yasaklamaktadır.³⁸⁴ Kabul edilen diğer bir kural da bir şirket yetkilisi veya yöneticinin maddi olarak yanlış veya yanıltıcı bir beyanda bulunmasını veya denetimler veya denetimlerle bağlantılı olarak muhasebecilere veya denetçilere esaslı bir hususu belirtmekten kaçınmasını yasaklamaktadır.

³⁸² Baker s.823.

³⁸³ Brennan s.231; U.S. 95th Congress Senate Report no. 95-114 s.4; U.S. 94th Congress House of Representatives, Report No. 94-831 s.3.

³⁸⁴ Securities and Exchange Commission § 240.13b2-2.

Son olarak, şirketlerin denetimlerini gerçekleştiren muhasebecileri veya denetçileri raporlarını hazırlarken etkilemek adına herhangi bir eylemde bulunmaktan yasaklı oldukları belirtilmiştir.³⁸⁵

Bu kurallara ilişkin yorum sorunları pratik tartışmalara da yansımıştır. Örneğin “*makul detayda kayıt tutmak*” (*reasonable detail*), “*makul güvence vermek*” (*reasonable assurance*) gibi kavramların ne anlama geldiği, nasıl yorumlanması gerektiği yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle Amerikan Barolar Birliği (ABA) yayınladığı açıklayıcı kılavuzunda Kongre’nin amacının yolsuzlukla mücadelede “*makul*” davranışlara dair erişilebilir standartlar getirmek olduğu ifade edilmiş, eğer bir uygunsuzluğun şirketin muhasebe kayıtlarına önemli bir etkisi yok ise, bunun SEC’in denetiminin dışında kaldığı yönünde görüş bildirilmiştir. SEC’in görüşünden farklı olan bu görüş uzun yıllar SEC ve ABA arasında tartışma konusunu olmuştur.³⁸⁶

Düzenlemenin yürürlüğe girdiği ilk zamanlarda kayıt ve defter tutma yükümlülüklerinde belirsizlikler olduğuna, bu belirsizlikler içinde yasanın muhasebeye ilişkin hükümlerinin hesap verilebilirlik standartlarını gerçekleştirmek açısından sadece araç olabileceğine, ancak yasanın nihai amacının bu teknik gerekliliklerin sağlanmasının ötesinde olduğunun göz önünde tutulması gerektiğine dikkat çekilmiştir.³⁸⁷

1977 tarihli FCPA’nın muhasebe hükümlerine dair ana eleştiriler üç kategori altında sınıflandırılabilir, bu kategoriler (1) kayıt tutma ve ifşa bölümlerinde belirtilen standartların muğlaklığından ötürü ortaya çıkan uyum masrafları; (2) neyin ifşa edileceğine dair maddiyat standardının bulunmaması ve (3) kayıt tutma ve muhasebe kontrol hükümlerine uyulmaması karşısında cezai yaptırımlar öngörülmemesidir.³⁸⁸ Bunlara ek olarak, şirketlerin büyüklüğüne bağlı olarak bu standartlara tam anlamıyla uyum sağlamanın mümkün olamayacağı ve basit bir hatanın dahi düzenlemelere aykırı olduğu

³⁸⁵ Timmeny s.241; Committee on Corporate Law and Accounting s.322-324.

³⁸⁶ Timmeny s.242; Committee on Corporate Law and Accounting; United States General Accounting Office Report to the Congress: Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S. Business s.263.

³⁸⁷ Baker s.841.

³⁸⁸ Brennan s.232.

iddiası ile karşılaşabileceği, dolayısı ile defter ve kayıt tutma yükümlülüklerinin şirketlerin ticari işleyişini çok zorlaştırdığı ifade edilmiştir.

2.4. Uygulama ve Cezalar

FCPA yukarıda açıklandığı gibi, menkul kıymet “*ihraççı*”sı olarak kayıtlı şirketlerin yolsuz faaliyetleri ile menkul kıymet ihraç etmeyen “*yerli ilgililer*” ve “*yabancı kişiler veya işletmeler*” arasında bölünmüştür. Bu bölünme FCPA’ın uygulanmasına dair bir sorumluluk paylaşımı gerektirmiştir. SEC, muhasebe standartlarının özel hukuk uygulaması ile sorumlu kılınmışken, Adalet Bakanlığı’nın ise cezai kapsam ile ilgili çalışması öngörülmüştür.³⁸⁹ SEC, ihraççılara uygulanan rüşvetle mücadele hükümleri açısından hukuki yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Adalet Bakanlığı ise rüşvetle mücadele hükümleri açısından hukuki ve cezai yaptırımlar uygulama yetkisine sahiptir.³⁹⁰

Cezai sorumluluğun doğabilmesi için Amerikan Adalet Bakanlığı’nın bir şirket çalışanının bilerek FCPA’ın hükümlerini yolsuzlukla mücadele, defter ve kayıt tutma ile iç kontrol hükümlerini ihlal ettiğini makul şüphenin ötesinde ispatlaması gerekmektedir. Kıyasen, SEC’in bilme halini ispatlaması gerekmez, defter ile kayıt ve iç kontrol hükümlerinin ihlal edilmiş olduğuna dair bir kanıt sunması yeterli bulunmaktadır. Bu ispatın yapılması ise pratik açıdan zorluklar içermekte ve FCPA’ın ABD’de yabancı kamu görevlilerine verilen kurumsal rüşvete karşı caydırıcı etkisi, ancak başarılı bir kovuşturmayla bağlı kalmaktadır. FCPA’ın caydırıcılığı ve etkinliğine dair tartışmalarda; savcılıkların yurt dışında bulunan gerekli delilleri elde edemeyebileceği, yurt dışında alınan yeminli yazılı ifadelerle ilişkin usulî geçerlilik tartışmalarının çıkabileceği, uluslararası kabul görmüş adil yargılanma ve savunma hakkına ilişkin düzenlemeler nedeni ile engellerle (örneğin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı karşısında mahkemeye

³⁸⁹ Smallwood s.355.

³⁹⁰ Crag ve William Woof s. 10.

getirilen delillerin bireylere karşı kullanılmasının mümkün olmayabileceği) karşılaşılabileceği tartışılmıştır.³⁹¹ Bunlar hakkında net çözüm önerilerinin getirilememiş olduğu ifade edilebilir.

1977 tarihli FCPA, kimi eylemler için 10.000 Dolar, kimi eylemler için ise 1.000.000 Dolar'a kadar çıkabilen para cezaları ile 5 yıla kadar hapis cezaları öngörmüştür.

2.5. Tartışmalar ve Değişiklikler

Zaman içinde FCPA'nın Amerikan şirketlerini rekabetçi bir dezavantaj içine sokup sokmayacağı detaylı şekilde tartışılmıştır.³⁹² Buna paralel olarak, ABD şirketlerinin FCPA'ya dair şikâyetleri ile değiştirilmesine veya yürürlükten kaldırılmasına dair ilk girişimlerinin temel argümanı da uluslararası alanda yabancı şirketlerle daha etkin bir biçimde rekabet edebilmek olmuştur.³⁹³ FCPA'nın rekabete etkisi tartışılırken, bir taraftan Birleşik Devletler'in yabancı yolsuzluk uygulamalarıyla ilgili güçlü ve yalnız duruşundaki zorluklara işaret edilmiş, diğer taraftan da bu tür uygulamaların yaygınlaştırılması konusunda uluslararası iş birliği eksikliğinin hızlı şekilde giderilmesinin önemli olduğu ve açık bir şekilde hem yabancı işletmelerin hem de rüşvet alanların (aslında belki de zorla talep edenlerin) denetlenmesini sağlayacak bir uluslararası iş birliği ve çok taraflı bir antlaşma yapılması ihtiyacı dile getirilmiştir.³⁹⁴

FCPA'nın yürürlüğünün ilk yıllarında kavramlar üzerine de tartışmalar yaşanmıştır. Federal Amerikan Devletinin mali denetimiyle sorumlu olan GAO (*General Accounting Office*), Sayıştay Başkanı (*Comptroller General*) başkanlığında her sene Amerikan Kongresine o yılın bütçe ve harcamalarına dair

³⁹¹ Lashbrooke Jr s.240.

³⁹² Koehler, *The Story of Foreign Corrupt Practices Act* s.975.

³⁹³ Obidario s.64-65.

³⁹⁴ Lashbrooke Jr s.239-240.

rapor sunmakta ve yasal değişikliklere dair güncelleme ve tavsiyelerini iletmektedir.³⁹⁵ 1981 yılında sunulan raporda FCPA'e dair eleştirilerin derlenmesi adına 250 şirketin görüşü edinilmiş, raporda FCPA'in muhasebe hükümlerine dair cezai yaptırımların kaldırılması tavsiye edilmiştir. Bu raporda FCPA'in Amerikan ticari hayatına, daha iyi iç denetim ve mali raporlama mekanizmalarının kurulması ve yabancı kamu görevlilerine yapılan ödemelerin azaltılması yönünde çok ciddi etkileri olduğu vurgulanmış; diğer taraftan, kanunun anlaşılması ile ilgili ciddi kafa karışıklıkları olduğu, rüşvet ile ilgili kavramların açık olmadığı, bu nedenle de şirketlerin gereksiz maliyetlere katlanmak zorunda kaldıkları belirtilmiştir.³⁹⁶ Şirket ve devlet yetkilileri, akademisyenler ve hukukçular 1977 tarihli FCPA kapsamında yer alan rüşvet düzenlemelerini, neyin “uyum” olarak değerlendirilebileceğini muğlak bir şekilde tanımladıkları için eleştirmişlerdir. Kimi yorumcular bu belirsizliğin ABD şirketlerinin FCPA’i ihlal edip onun sert cezai yaptırımları ile karşı karşıya kalmak korkusuyla yurt dışında iş fırsatlarından feragat etmek zorunda kalmalarına sebep olduğunu ifade etmişlerdir.³⁹⁷

GAO Raporu özetine göre, katılımcıların %30’u FCPA’in yurt dışındaki işlerini azalttığını söylerken, %70’i ise düzenlemenin yolsuzlukla mücadele hükümlerinden en az bir tanesinin yetersiz veya oldukça yetersiz seviyede anlaşılabilir olduğunu belirtmişlerdir.³⁹⁸ FCPA’in yolsuzlukla mücadele hükümlerindeki önemli belirsizlikler ise katılımcılar tarafından aşağıdaki gibi listelenmiştir;

(1) bir şirketin yabancı temsilcilerinin eylemlerinden doğan sorumluluğunun derecesi,

(2) “yabancı kamu görevlisi” ifadesinin tanımı,

³⁹⁵ <https://www.gao.gov/about/>.

³⁹⁶ United States General Accounting Office Report to the Congress: Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S. Business; Wade s.261.

³⁹⁷ Brennan s.235.

³⁹⁸ United States General Accounting Office Report to the Congress: Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S. Business.

(3) bir ödemenin rüşvet mi (FCPA uyarınca yasa dışı) yoksa “kolaylaştırma ödemesi” mi olduğu (FCPA uyarınca yasal);

(4) SEC ve Adalet Bakanlığı’nın yetkilerinin nasıl birlikte uygulandığı.³⁹⁹

1980’lerin sonuna doğru FCPA’ye yönelik eleştiriler artmıştır. Bu eleştirilerin hedefi FCPA’nın ABD’li şirketlerin ticari rekabetini zorlaştırıcı etkilerini ortadan kaldırılması olmuştur. Eleştirilerde FCPA’nın mümkünse tamamen ortadan kalkması, bu yapılamıyor ise, Amerikan şirketlerinin yoğun rekabet içinde oldukları ülkelerde de benzer bir yasalaşmanın olması için çaba harcanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁰⁰ Kanun tasarıları, örneğin 1983 tarihli İş Muhasebesi ve Dış Ticaret Sadeleştirme Kanunu (*1983 Business Accounting and Foreign Trade Simplification Act*), yalnızca ABD yurt içi mevzuatında açıklamalar içermemiş, aynı zamanda Başkan’ın yasa dışı ödemelere dair uluslararası antlaşmalar müzakere etmesini ve buna dair gelişmeleri Kongre’ye bildirmesini öngörmüştür. Fakat FCPA kapsamında Amerikan hükümetine uluslararası alanda benzer nitelikte bir düzenlemenin yayımlanması için çalışma yapması yönünde bir ödev yüklemek üzere değiştirilmesi 1988 Ticaret ve Rekabetçilik Hakkında Torba Yasa’ya (*The Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988*) kadar mümkün olmamıştır.⁴⁰¹

FCPA yürürlüğe girdiği günden itibaren revizyon girişimleri ile karşı karşıya kalmıştır.⁴⁰²

2.5.1.1988 Değişiklikleri

Eleştiriler ve uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak FCPA ilk kez 1988’de önemli değişikliklere uğramıştır (“**1998 Değişiklikleri**”). Kongre FCPA’i daha

³⁹⁹ Brennan s.236; United States General Accounting Office.

⁴⁰⁰ Pieth , Low ve Bonucci s.12.

⁴⁰¹ Barutciski ve Bandali s.5.

⁴⁰² Shaw s.163.

geniş bir yasama eforunun parçası olarak, Amerikan şirketlerinin küresel rekabet kabiliyetini artırmak amacı ile değiştirmiştir. Buna dair önlemler, Ticaret ve Rekabetçilik Hakkında Torba Yasa (*The Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988*) kapsamında alınmıştır. O zamanlara ait yayınlara bakıldığında FCPA'nın biraz esnetilmesi yönünde bir değişime tâbi tutulduğu görülmektedir. Bu değişim ise ciddi şekilde eleştirilmiştir. Öyle ki, FCPA'nın mimarlarından biri olan Senatör Proxmire verdiği bir demeçte 1988'de yapılan değişikliklerin “*rüşveti geri getirme değişiklikleri*” olduğunu ifade etmiştir.⁴⁰³ FCPA'deki değişikliklerin kapsamlı bir yasa tasarısının içine gömülmüş olması da eleştirilerin bir diğer konusu olmuştur. Buna göre, içinde Amerikan ekonomisini ve dış ticaretini çok olumlu yönde etkileyecek farklı kanunlara ilişkin farklı düzenlemelerin bulunduğu bir yasa tasarısının içinde ele alınmış olmasının nedeninin FCPA değişikliklerinin eleştirilebilmesini engellemek olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰⁴

1988 Değişiklikleri oldukça kapsamlıdır. Bu değişiklikleri kayıt ve muhasebe standartları ile ilgili hükümlerdeki değişiklikler ve yolsuzlukla mücadele hükümlerindeki değişiklikler olarak ikiye ayırmak mümkündür. İlerleyen bölümlerde bu değişiklikler hakkında detaylı açıklamalar yer almaktadır.

2.5.2. Yolsuzlukla Mücadele Hükümlerine İlişkin Değişiklikler

1988 Değişiklikleri rüşvete ilişkin olarak yedi konuda revizyon öngörmüştür.

Suçun manevi unsuru (*mens rea*) olan bilmeyi gerektirecek bir sebebin bulunması (*reason to know*) standardı “bilme” (*knowledge*) standardı ile değiştirilmiştir. Bu standart bir ödemenin usulsüz olduğunu bilinçli bir şekilde

⁴⁰³ Rushford s.34097

⁴⁰⁴ Shaw s.162-163; Brennan s.229.

öğrenmekten kaçınmayı (*conscious disregard/willful blindness*) da içermektedir.⁴⁰⁵ Ancak Konferans Raporu'nda açıkça basit taksirlerin (*simple negligence*) ve beceriksizliklerin (*mere foolishness*) cezai sorumluluğa yol açmayacağı ifade edilmiştir.⁴⁰⁶ Suçun manevi unsurunun, bilmeyi gerektirecek bir sebebin bulunması standardı kapsanacak şekilde düzenlenmişken, bilme standardı ile değiştirilmesi, yasama raporlarında basit taksir ve beceriksizliklerin cezai sorumluluğa yol açmayacağı ifadelerinin de yer almasıyla birlikte, tüzel kişilere cezai sorumluluk yüklenmesi için FCPA'in önceki haline kıyasla ispatı daha zor bir standart getirdiği için eleştirilmiştir.⁴⁰⁷

Değişiklikler ile failer genişletilerek eylemleri ile bir FCPA ihlaline katılan yabancı gerçek ve tüzel kişiler de kapsama alınmış ve hükümlerin sadece gerçek kişilere değil, tüzel kişilere de uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Diğer taraftan, FCPA nedeni ile herhangi bir yabancı kamu görevlisinin soruşturulması ya da cezalandırılmasının halen mümkün olmadığı belirtilmelidir.⁴⁰⁸

Küçük çaplı bir rüşvet tipi olan ve kolaylaştırma ödemesi (*facilitation payment*) olarak bilinen, rutin devlet faaliyetlerinin gerçekleştirileceğinden emin olmak ya da bunlara ilişkin süreçleri hızlandırmak maksadıyla yapılan ödemeler FCPA kapsamından çıkarılmıştır.⁴⁰⁹ Bu revizyonla gelen istisna olumlu karşılanmıştır. Tartışmalara göre birçok yönetici “kolaylaştırma ödemelerinin” bazı ülkelerde en ufak işleri bile yapmak için gerekli olduğunu düşünmekte olduğu için, ABD firmaları “kolaylaştırma ödemelerinin” cezai kovuşturmaya yol açmayacağına emin olurlarsa, onlar açısından uluslararası ticaretin daha çekici bir alternatif olabileceği ifade edilmiştir.⁴¹⁰ FCPA 1988 Değişiklikleri bu kısma “*rutin devlet işlemi istisnası*” başlığını vermiş ve istisnayı “*bir yabancı kamu görevlisi, siyasi partisi veya siyasi parti yetkilisine, rutin bir devlet işleminin ifasını temin etmek veya hızlandırmak adına yapılacak kolaylaştırma*

⁴⁰⁵ Shaw s.172; Brennan s.238.

⁴⁰⁶ U.S. 100th Congress House of Representatives, Conference Report No. 100-576 s.4.

⁴⁰⁷ Brennan s.237.

⁴⁰⁸ Hansberry s.202.

⁴⁰⁹ Obidario s.65.

⁴¹⁰ Shaw s.174.

ve hızlandırma ödemeleri” olarak tanımlamıştır. FCPA bu ödemelerin rekabeti engellemek veya bir kamu görevlisinin kararlarını etkilemek amacıyla değil, rutin devlet işlemlerini kolaylaştırmak adına yapıldıkları kabulüyle istisna kapsamında tutulması yaklaşımını benimsemiştir.

FCPA’de bu konudaki değişiklikler, odağı ödemenin yapıldığı kişidense ödemenin yapılması maksadına yönlendirmiştir. Spesifik olarak değerlendirilen boyut, ödeme maksadının izin verilen maksatlara uygunluğu ve böyle bir ödemenin yapıldığı yabancı ülkede iş yapabilmek için gerekliliği olmuştur. Bu belirlemeyi yapabilmek için de “rutin devlet işlemi” istisnası getirilmiştir.⁴¹¹ Bu kapsamda, “rutin devlet işlemi” tanımına, ruhsat almak, devlet yazışmaları, polis koruması, posta teslimatı, yardımcı hizmetler, kargo işleri ve bunlar gibi işlemler dâhil edilmiştir. Değişiklikler rutin devlet işlemi kapsamına herhangi bir işin birine verilmesine veya o kişi ile yapılmaya devam edilmesine dair kararların dâhil olmadığını açıkça ifade etmiştir.⁴¹² Bu değişiklik uygulamada yorum sorunlarına yol açtığı için eleştirilmiştir.⁴¹³ Bu nedenle Amerikan Adalet Bakanlığı (*Department of Justice*) 1988 Değişiklikleri’ne dair bir yorum yayınlarak, alt seviye ve üst seviye yetkililer ayrımı yapmış, bu ayrımı bir ödemenin kolaylaştırma ödemesi olup olmadığının belirteci olarak tanımlamıştır.⁴¹⁴ Bunun yanında, değişikliklerle ilgili yasama geçmişi (*legislative history*) incelendiğinde “iş tutmak/iş sürdürmek” (*retain a business*) kavramının yorumuna ilişkin olarak işi elde etmenin sadece bir sözleşmenin imzalanması ya da yenilenmesini değil, o sözleşmenin yürütümüne ilişkin işlemlerin yapılması için rüşvet verilmesini de kapsadığı ifade edilmiştir. Diğer taraftan bu ifadenin geniş yorumlanarak normal temsil ve lobi çalışmalarını kapsamaması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹⁵

FCPA’in faillik tanımı ve yabancı kamu görevlisi kavramlarındaki değişiklikler nedeni ile kapsamının genişlemesine karşılık, ödemenin yapıldığı

⁴¹¹ 15 U.S.C. 78 §§ 78dd-1(b), 78dd-2(b).

⁴¹² Shaw s.173-174; Brennan s. 241; Ayrıca “rutin devlet işlemi “ tanımı için bkz. 15 U.S.C. 78 §§ 78dd-1(f)(3)(A).

⁴¹³ Juedes s.46.

⁴¹⁴ Obidario s.66; Brennan s.242.

⁴¹⁵ U.S. 100th Congress House of Representatives, Conference Report No. 100-576.

ülkede hukuka uygun olduğuna dair karşı savunma imkânı (*affirmative defense*) getirilmiştir. Bunun ise iki nedenden ötürü kolaylaştırma ödemeleri istisnasından bile belirsiz bir doğaya sahip olduğu ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi, yazılı hukukun herhangi bir ülkede devlet yetkililerine bir ödeme yapılmasına izin vermesi, ikincisi ise özellikle gelişmemiş ekonomilerde yasaların sürekli ve hızlı değişimine adapte olmanın zorluğu olarak belirtilmiştir. Bir başka karşı savunma (*affirmative defense*) ise ödemenin amacına ilişkin olarak öngörülmüştür. Eğer yapılan ödeme seyahat masrafı gibi makul ve gerçek bir masrafa (*bona fide expenditures*) ilişkin ise ya da bir ürünü tanıtmak veya sergilemek amacını taşıyor ise, ya da yabancı bir devlet ile yapılacak bir sözleşmeyi ifa etmek gibi bir nedenle verildi ise, bu durumda FCPA'ye aykırılık oluşmayabileceği düzenlenmiştir.⁴¹⁶

Değişikliklerden bir diğeri de yasa tasarısı tartışılırken öneriyi getiren kongre üyesi ismi ile anılan “*Eckhardt Amendment*”ın⁴¹⁷ metinden çıkarılması olmuştur. Bu düzenlemeye göre bir şirketin eylemi olmadan ve hakkında inceleme yapılmadan sadece gerçek kişilerin cezalandırılması mümkün değildir. FCPA'nın bu düzenlemeyi içeren orijinal halinde ceza hükümlerine girizgâh olarak “*her ne zaman bir ihraççı veya yerli ilgilinin bu hükümleri ihlal ettiği saptanırsa...*” (“*whenever an [issuer or domestic concern] is found to have violated [the FCPA's anti-bribery provisions] ...*”) ifadesi yer almıştır. Eckhardt'ın önerdiği bu düzenleme şirketlerin belki de kendilerini savunacak imkâna sahip bile olamayacak olan çalışanlarını günah keçisi yapmalarını engellemek amacını taşımıştır. Değişiklik ile bu ifadenin metinden çıkartılmasının çalışanlar açısından güç bir çalışma ortamı yaratabileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Obidario s.66.

⁴¹⁷ Koehler, fcpaprofessor.com: Yasama geçmişi (Legislative History): “*Yasama geçmişi mevzuat geliştirme süreci içinde ortaya çıkan, komite raporları, yasama danışmanlarının analizleri, komite görüşmeleri, meclis tartışmaları, yasama eylemlerinin geçmişi gibi çeşitli tipte materyaller içerir. Yasama geçmişi bir mevzuatın hazırlanmasındaki amacın keşfedilmesi için kullanılır fakat hukukçular bir kanunun yaşam geçmişinin, metnin anlamını yansıtmadaki anlamının, eğer varsa, boyutu üzerinde anlaşmazlığa düşmektedirler.*” https://en.wikipedia.org/wiki/Legislative_history (Erişim: 11 Mart 2017) : ABD'de yasama geçmişine başvurmak her zaman tercih edilen bir yol değildir. Özellikle lafzi yorum ve amaçsal yorum metodları açısından yasama geçmişi amaçsal yorum yapılması gereken durumlarda bir kaynak olabilir. Diğer taraftan, yasama geçmişi, çok uzun tartışmaların içinden gereken bilginin çekilip kullanılmasına da neden olabileceği için eleştirilmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. DeForrest s.46-47.

⁴¹⁸ Brennan s.244.

2.5.1. Muhasebe Kayıt Ve Raporlama Yükümlülüklerine İlişkin Değişiklikler

1988 Değişiklikleri muhasebe kısmına dair üç basit farklılık öngörmüştür. Öncelikle, birinci grup değişiklikler ile teknik ve önemsiz hatalar nedeni ile dahi sorumluluk doğabileceğine ilişkin eleştiriler de dikkate alınarak, FCPA muhasebe hükümlerinin hangilerinin ihlal edilmesi halinde cezai kovuşturma söz konusu olabileceğinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. İkinci grup değişiklikler kapsamında bir ABD şirketinin azınlık hissedarı olduğu bir iştirakinin muhasebe standartlarına uymaması halinde doğacak sorumluluğuna dair açıklama da getirilmiştir. Buna göre, artık ABD menşeli bir çok uluslu şirketin, bir yabancı firmanın yüzde elli veya daha az hissesine sahip olduğu halde, iştirakinin bulunduğu ülkedeki yasalara uygun ve “*mevcut koşullar altında beklenebilecek iyi niyet ölçüsünde*” FCPA’ın gereksinimlerini karşılayacak bir muhasebe sistemi kullanmasına yönelik teşvik ve yönlendirmede bulunduğunu ortaya koyması halinde sorumluluğunun ortadan kalkacağını düzenlenmiştir.⁴¹⁹ Üçüncü grup değişiklikler “*makul detay*” (*reasonable detail*) ve “*makul güvenceler*” (*reasonable assurance*) tanımlarını açıklığa kavuşturmayı amaçlamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi 1977 tarihli FCPA’ın kayıt tutma gereksinimleri, Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (*Securities Exchange Act*) altında kayıtlı tüm şirketlerin, uluslararası iş yapış yapmadığına bakılmaksızın, işlemlerinin düzgün bir şekilde yapıldığına dair “*makul güvence*” (*reasonable assurance*) sunmak adına muhasebe kontrolü sistemleri bulundurmasını öngörmektedir. Aynı zamanda, tüm şirketlerin “*makul ayrıntı ile ihraççının malvarlığı tasarrufları ile işlemlerini isabetli ve adil olarak gösteren*” kayıtlar tutmaları yönünde bir yükümlülük getirmektedir.⁴²⁰ 1988 Değişiklikleri bu iki terimin anlamını “*ihtiyatlı yetkilileri kendi işlerinde tatmin edecek oranda bir detay ve güvence seviyesi*” (*level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in conduct of their own affairs*) olarak belirlemiştir. Fakat bu değişiklikler de kullanılan

⁴¹⁹ U.S. 100th Congress House of Representatives, Conference Report No. 100-576 s.2.

⁴²⁰ U.S. 100th Congress House of Representatives, Conference Report No. 100-576 s.2.

kavramların yeterince aydınlatıcı olmamasının daha da çok belirsizlik yarattığı eleştirisine maruz kalmıştır.⁴²¹

2.5.2. Diğer Değişiklikler

1988 Değişiklikleri ayrıca uygulamaya ilişkin olarak kılavuzlar yayınlanmasına ilişkin hüküm eklerken, Başsavcı'ya (*Attorney General*) bu kılavuzların gerekliliğine karar verme yetkisi de tanımıştır. Ayrıca, Adalet Bakanlığı'na da kendisine yapılan başvurulara otuz gün içinde yanıt vererek görüş (*opinions*) yayınlama yükümlülüğü getirmiştir.⁴²²

Geleceğe dair önemli olan bir başka değişiklik ise Başkan için, önemli rakip ülkeler ile yolsuzluğa karşı bir uluslararası antlaşma müzakere etme yükümlülüğünün öngörülmesi olmuştur. Başkan, Kongre'ye yapılan müzakereler hakkında bir rapor sunmakla yükümlü kılınmıştır.⁴²³

Son olarak ceza hükümlerinde çok ciddi oranda artışa gidilmiştir. Gerçek kişiler açısından 10.000 Dolar olan ceza üst sınırı 100.000 Dolar'a, şirketler için olan ceza üst sınırı ise 1.000.000 Dolar'dan 2.000.000 Dolar'a yükseltilmiştir.⁴²⁴

Bu değişiklikler, kongrenin uluslararası yolsuzluğu engellemeye dair özverisinin altını çizme amacını taşıırken, bir taraftan da ABD şirketlerinin FCPA ihlallerini bu kanunun kimi kısımlarını daha açık ifade ederek önlemeyi amaçlamıştır. 1988 Değişiklikleri'nin özellikle üçüncü tarafların işlemlerine dair "*bilmek veya bilmeyi gerektirecek bir sebebin bulunması*" (*reason to know*) standardının, "*farkındalığın ispatı*" boyutuna indirgenmesi ve FCPA'de yer alan karşı savunma (*affirmative defenses*) imkânlarının (kolaylaştırma ödemeleri,

⁴²¹ Brennan s.232-233.

⁴²² Brennan s.245.

⁴²³ Obidario s.67.

⁴²⁴ Brennan s.245; U.S. 100th Congress House of Representatives, Conference Report No. 100-576 s.8.

yasal ödemeler ve gerçek masraflara dair) genişletilmesi nedeniyle düzelemenin etkisini zayıflattığı öne sürülürken,⁴²⁵ bir taraftan da yeni düzenlemelerin aksine Amerikan şirketlerinin eski kısıtlamalardan uzak olan hayatlarına devam ettikleri yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür.⁴²⁶

2.5.3. 1998 Değişiklikleri

FCPA ikinci kez ise, 1998 senesinde Uluslararası Yolsuzlukla Mücadele ve Adil Rekabet Kanunu (*International Anti-Bribery and Fair Competition Act*) ile değiştirilmiştir (“**1998 Değişiklikleri**”). 1998 Değişiklikleri’nin maksadı FCPA’i OECD Konvansiyonu’nun öngördüğü uluslararası hukuk yükümlülüklerine uygun hale getirmektir.⁴²⁷ OECD Konvansiyonu’na uyum sağlamak adına, ABD hükümeti OECD Konvansiyonu ve mevzuat teklifleri için meclis onayını almayı amaçlamıştır. Kongre’nin iki kanadı da teklif edilen mevzuata dair görüşmeler yapmıştır. 20 Kasım 1998’de Temsilciler Meclisi Uluslararası Yolsuzlukla Mücadele ve Adil Rekabet Kanunu’nu oybirliği ile kabul etmiş ve bu kanun ile 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu ve 1977 tarihli FCPA değişikliklere uğramıştır. Senato ise ilgili mevzuatı 21 Kasım 1998’de oybirliği ile kabul etmiştir. OECD Konvansiyonu’na uyum sağlamaya dair değişiklikler önemli olmalarına karşın FCPA’nin genel hatlarını değiştirmemiştir.

FCPA “*birini bir fiili yapmaya veya yapmamaya ikna etmek*” ifadesi yerine, OECD Konvansiyonu düzenlemelerinin “*uygunsuz avantajlar*” elde etmeye dair dilini içermekteydi. Değişiklik öncesinde FCPA, bir devlet yetkilisinin davranışlarını yasal görevini ihlal etmesine veya gücünü bir devlet kararını etkileyecek biçimde kullanmasına neden olacak şekilde yapılan

⁴²⁵ Pieth , Low ve Bonucci s.24.

⁴²⁶ E. J. Smith s.377.

⁴²⁷ Pieth , Low ve Bonucci s.24-25; Obidario s.63-64.

ödemeleri kapsamaktaydı. Sonuç olarak, FCPA, 1998 Değişiklikleri sonucunda OECD Konvansiyonu'nun rüşvete dair genişletilmiş tanımını benimsemiştir.⁴²⁸

1998 Değişiklikleri maddi olarak ve yetki bakımından FCPA'nin kapsamını önemli bir şekilde değiştirmiştir.⁴²⁹ 1998'de çeşitli değişikliklerin yürürlüğe girmesi ile FCPA'nin yolsuzlukla mücadele hükümleri artık doğrudan ve araçlar vasıtasıyla ABD sınırları içinde yolsuz ödemelere yol açan yabancı şirket ve kişilere de uygulanır hale gelmiştir.⁴³⁰ Yetkiye dair değişiklikler FCPA'nin kapsamını OECD Konvansiyonu'nun yetkiye dair temellerini yakalayacak şekilde ve ciddi boyutta genişletmiştir. Her ne kadar FCPA "vatandaşlık" temeli üstüne kurulu bir yetki kapsamına sahip olsa da bu yetkiye dayanılabilmesi için bir uluslararası ticaret aracının (mesela telefon görüşmesi gibi) rüşvet işleminde kullanılması gerekmektedir. FCPA'nin de bir parçası olduğu 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun 10. Kısım'ında da aynı yetki sınırı temellemesi kullanılmıştır. Bu nedenle Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun 10. Kısımına dair kararlar FCPA'nin yetki sınırlarının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Bir yolsuzluk eylemi kapsamında iletişimin kullanımını 10. Kısım kapsamında federal yetkilere dayanılması için yeterli kabul edilmiştir. Yetkiye dair değişiklikler, FCPA'nin kapsamını herhangi bir coğrafi bağa veya iletişimin kullanımına gerek olmaksızın uygulanmasını sağlayacak şekilde genişletmiştir.⁴³¹ Değişiklikler ile birlikte, FCPA artık ABD sınırlarında bulunmayan yabancılara da, ABD'deki yolsuz faaliyetler ile bağları olması ve yasaklanmış ödemelerin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaları halinde uygulanabilir hale getirilmiştir.⁴³² Dolayısıyla, OECD Konvansiyonu'na uyum sağlamak için FCPA'nin kapsamı hem kamu görevlisi tanımında, hem de fiillerin kapsamında yapılan değişiklikler yoluyla genişletilmiştir.

FCPA'nin bu yeni ve geniş yetki alanı *U.S. v. Saybolt North America* davasında gözler önüne serilmiştir. Bu davada ikisi de bir Hollanda şirketinin iştiraki olan Saybolt Incorporated ve Saybolt North America Inc. FCPA'nin

⁴²⁸ Obidario s.67.

⁴²⁹ Obidario s.67.

⁴³⁰ Tarun s.2; Hansberry s.201.

⁴³¹ Obidario s.68.

⁴³² Juedes s.402.

yolsuzlukla mücadele hükümlerini ihlal ile suçlanmış ve Saybolt Incorporated'in müdürü (ABD'de oturma izni bulunan bir Birleşik Krallık vatandaşı) FCPA ihlalleri ile suçlanmıştır. Daha sonra, Saybolt yönetim kurulu başkanı (Hollanda'da yaşayan bir Hollanda vatandaşı), benzer suçlarla gıyabında suçlanmıştır. İki şirket suçlarını itiraf etmiş ve 4.9 milyon Dolar cezaya ek olarak beş yıl tedbir altına alınmışlardır. Saybolt yönetim kurulu başkanı, hakkında ise hem hapis hem de para cezasına hükmedilmiştir.⁴³³ FCPA ihlalleri dolayısıyla ceza alan Amerika'da yaşamayan ve ABD vatandaşı olmayan ilk yabancı kişi olurken, buna gerekçe olarak ABD yetki alanında FCPA ihlalleri gerçekleştiren bu iki şirket ile yakın ilişkisi ve pozisyonu gösterilmiştir.⁴³⁴

Bilindiği üzere, uluslararası hukuk bağlamında devletlerin cezalandırma yetkileri beş temel ilkeye, bir başka deyişle yetki temellendirmesine dayanmaktadır. Bunlar (1) "bölgesel yetki (mülkiyet ilkesi), (2) "vatandaşlık" temelli yetki (kişisel ilkesi), (3) vatandaşı olmayan birinin, bir devlete karşı davranışlarını kapsayan "pasif kişisel" yetki (ikame yetki ilkesi), (4) bir devletin ulusal çıkarlarını ihlal eden davranışlara karşı "koruyucu" yetki (korunma ilkesi) ve (5) her yetki alanında yasaklanacak ağırlıkta davranışlara karşı "evrensel" yetki (evrensellik ilkesi) olarak tanımlanmaktadır.⁴³⁵ FCPA ise yetki alanını hem bölgesel yetki hem de vatandaşlık temelli yetkiye dayanarak kurmaktadır.⁴³⁶ Vatandaşlık temelli yetki 78dd-1 ve 78dd-2 kısımlarında, bölgesel yetki ise 78dd-3'te ifade edilmektedir. Uygulamada, Amerikan savcılarını FCPA uyarınca delil toplamak için Karşılıklı Hukuki Yardım Antlaşmaları, İşbirliği Anlaşmaları ve istinabe yollarına başvurmaktadır. Teorik olarak Karşılıklı Hukuki Yardım Antlaşmaları devletler arasında imzalanan ve imzalayan ülkelerin birbirlerine soruşturmalarında yardımcı olacaklarına dair yükümlülükler öngören antlaşmalar olmasına rağmen, pratikte ABD diğer devletlerin farklı

⁴³³ An FCPA Enforcement Action With Many Interesting Wrinkles, <http://fcpaprofessor.com/category/saybolt/>, (Erişim: 12 Aralık 2017).

⁴³⁴ United States V. Saybolt North America Inc., Et Al. Court Docket Number: 98-CR-10266-WGY.

⁴³⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku s.85-86; Torre s.12.

⁴³⁶ Torre s.12.

yaklaşımları ile karşılaşmıştır. Kimi ülkeler kısa sürede mümkün olan tüm delilleri paylaşırken, kimileri antlaşmaları bütünüyle görmezden gelebilmiştir.⁴³⁷

OECD Konvansiyonu hükümlerinin benimsenmesine dair önemli bir başka değişiklik ise yabancı kamu görevlisi tanımı kapsamının uluslararası örgütleri kapsayacak şekilde genişletilmesidir. FCPA gibi, OECD Konvansiyonu da yabancı kamu görevlisi tanımında “*yabancı bir ülkede yasama, idare veya yargı yetkilerine sahip bir görevde yer alan, atanmış veya seçilmiş herhangi bir kişi*” ile “*bir yabancı ülkenin kamu idaresi veya kamu işbirliği dâhil olmak üzere kamusal bir işlevini yerine getirenleri*” kapsama almaktadır.⁴³⁸ Fakat FCPA’ye kıyasen OECD Konvansiyonu’nun “*yabancı kamu görevlisi*” tanımı “*uluslararası kamu kuruluşu*” yetkili veya temsilcilerini de kapsamaktadır. 1998 Değişiklikleri ile FCPA tanımı da uluslararası kamu kuruluşu yetkililerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁴³⁹ FCPA’de yapılan bu değişiklikler uluslararası rüşvet işlemlerine dâhil olan iki Dünya Bankası çalışanının başarılı şekilde cezalandırılması için kritik önem taşımıştır. *US v Basu*⁴⁴⁰ ile *US v Sengupta*⁴⁴¹ davalarında iki eski Dünya Bankası çalışanı FCPA’yi ihlal ettiklerini ve Kenyalı bir devlet yetkilisine rüşvet verdiklerine dair suçlarını kabul etmişlerdir.⁴⁴²

2.6. Yürürlükteki FCPA’ın Temel Esasları ve Güncel Uygulama

FCPA uygulamaları 2000’li yılların ortalarına kadar oldukça düşük profilli davalarla ilerlemiştir. Fakat 2005 yılından itibaren FCPA uygulaması çarpıcı şekilde artmıştır ve bu tarihten sonra da artmaya devam etmiştir. Ayrıca, FCPA

⁴³⁷ Torre s.18.

⁴³⁸ Obidario s.67.

⁴³⁹ Seitzinger s.5.

⁴⁴⁰ U.S. vs. Basu (D.D.C. 2002).

⁴⁴¹ U.S. vs. Sengupta, No. 1:02CR00040 (D.D.C. 2002).

⁴⁴² Obidario s.68.

kapsamında görülen davalarda gerçek kişilerin de soruşturma kapsamına alındığı örnekler artarken hem gerçek hem tüzel kişilere verilen cezalarda ciddi oranda artış görülmüştür.⁴⁴³

2006 yılının Ekim ayında, yakın zamana kadar Adalet Bakanlığı'nın Ceza Bölümü yöneticiliğini yapmış olan ABD Başsavcı Yardımcısı Alice Fisher, Adalet Bakanlığı'nın FCPA uygulamalarına dair özeninin, küresel yolsuzluğun kökünü kurutmak ve dünya piyasalarının güvenilirliğini sağlamak gibi ulvi bir hedeften kaynaklandığını belirtmiştir.⁴⁴⁴ Diğer taraftan, FCPA'den kaynaklanan soruşturma, kovuşturma ve benzeri somut olay örnekleri incelendiğinde, kimi zaman kavramsal belirsizlikler nedeni ile uygulama sorunları yaşandığı görülmektedir. Bu sorunlar çoğunlukla FCPA'in yasama geçmişi (*legislative history*) incelenerek çözümlenmektedir.⁴⁴⁵ Aşağıda daha detaylı açıklandığı üzere, FCPA nedeni ile yürütülen soruşturmalar nadiren mahkeme kararı ile sonuçlanmakta, ağırlıklı olarak ise Non-Prosecution Agreement veya "NPA" ile Deferred Prosecution Agreement veya "DPA" olarak anılan, Amerikan Adalet Bakanlığı ve SEC ile soruşturmanın muhatabı olan tüzel ve gerçek kişiler arasında yapılan uzlaşmalarla kapanmaktadır.

2.6.1. Kapsam ve Temel Kavramlar

Yukarıda FCPA'in düzenleme kapsamında açıklandığı gibi, FCPA Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun bir parçasıdır ve iki temel düzenlemesi vardır. Bunlar (i) rüşvetle mücadele hükümleri ve (ii) defter ve kayıt tutma yükümlülükleridir.

⁴⁴³ E. J. Smith s.378.

⁴⁴⁴ Fisher s.1.

⁴⁴⁵ Koehler, fcpaprofessor.com.

2.6.2. Fiiil

2.6.2.1. Rüşvetle Mücadele Hükümleri Açısından Fiiil

Değişikliklere uğramış bu haliyle FCPA⁴⁴⁶, belirli sınıfta insan ve tüzel kişilerin, yabancı kamu görevlilerine, bir işi edinmek veya elde tutmak adına ödemeler yapmasını yasa dışı kılmak amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Yani sadece yolsuz niyetlerden kaynaklanan ödemeleri, belirli kişilerin belirli faaliyetlerde bulunmaları veya bulunmamaları için yapılan ödemeleri ve bir işi almak, yönlendirmek veya tutabilmek (*obtain, direct or retain a business*) için yapılan ödemeleri yasaklamaktadır.⁴⁴⁷ FCPA açısından, bir işi almak, yönlendirmek veya tutabilmek maksadı, uygulama ifadesi ile “iş maksadı kriteri” (*business purpose test*) geniş yorumlanmalıdır. Kamu ile yapılan işlerde bir işin kazanılması veya tutulması için rüşvet verilmesi oldukça sık rastlanan bir durumdur ancak iş maksadı kriterinin kapsamı yalnızca bir işin kazanılması veya tutulması ile sınırlı değildir. Bir işin yürütümü ve herhangi şekilde işe ilişkin bir menfaat temin etme çabası da FCPA’ın yasakladığı davranışlar arasındadır. Örneğin gümrük vergilerinin azaltılması veya kaldırılması için rüşvet ödemek, rakiplerin pazara girişini engelleyici şekilde kamu müdahalesi için rüşvet ödemek ve benzeri örneklerde iş maksadı kriterinin karşılandığı kabul edilmektedir.⁴⁴⁸

FCPA’ın nasıl uygulanacağına ilişkin ilkeleri ortaya koyan ve DOJ ile SEC’nin ortak çalışmasının ürünü olan SEC ve Amerikan Adalet Bakanlığı tarafından 2012’de yayınlanan FCPA Uygulama Kılavuzu (*A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*)⁴⁴⁹ FCPA kavramlarının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin önemli bir kaynaktır.

⁴⁴⁶ 15 U.S. Code §§ 78dd-1, vd.

⁴⁴⁷ 15 U.S. Code §§ 78dd-1 (a) (Prohibition).

⁴⁴⁸ 15U.S.C. §§78dd-1(a),78dd-2(a),78dd 3(a); U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission FCPA Uygulama Kılavuzu s. 12-14.

⁴⁴⁹ U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission FCPA Uygulama Kılavuzu.

Geniş bir perspektiften bakıldığında FCPA ihlalinin beş ana unsuru bulunmaktadır. Şöyle ki, bir gerçek veya tüzel kişi kanunu ihlal ettiği ancak belli unsurların birlikte kanıtlanabilir olduğu durumlarda mümkün olabilecektir. Bu unsurlar, (a) bir ödeme, teklif, yetkilendirme veya para ya da herhangi bir menfaatin teminine ilişkin söz verme eylemlerinin (b) siyasi parti görevlileri ve kamu iktisadi teşekküllerinin yöneticileri de dahil olmak üzere yabancı bir kamu görevlisine veya yabancı bir kamu görevlisine verileceğini bilerek başka bir kişiye, (c) yolsuz bir niyetle, (d) Bu kişinin davranış veya kararlarını etkilemek, bu kişinin görev tanımına aykırılık teşkil edecek şekilde hareket etmesini veya görevini ihmal etmesini sağlamak ya da uygunsuz bir avantaj sağlamak ya da bu kişinin yetkisini resmi bir eylem veya kararı etkilemek adına kullanmasını sağlamak, ve (e) tüm bunları bir işin kazanılması, yürütümü veya bir başkasına yönlendirilmesini desteklemek amacıyla yapmaktır. FCPA yalnızca, bir kamu görevlisine yapılan ve kamu görevlisinin yetkisini veya makamını kullanarak herhangi bir kişiye, bir işin kazanılması, tutulması, yürütümü veya yönlendirilmesi yönünde avantaj sağlamayı amaçlayan ödemelere uygulanmaktadır.⁴⁵⁰

Uygulamada Amerikan Adalet Bakanlığı ve SEC'in FCPA kavramlarını geniş yorumlama eğiliminde oldukları görülmektedir. Örneğin; 2013 yılında *Archer Daniels Midland Company* ("ADM") isimli bir şirket, Amerikan Adalet Bakanlığı ve SEC ile vardığı uzlaşmada federal hükümete 54 milyon Dolar ceza ödemeyi kabul etmiştir. Bu dosyada ilginç olan ADM'nin Ukraynalı iştirakinin, zaten kendisine ait olan KDV iadesi için Ukrayna'lı kamu görevlilerine rüşvet vermiş olması nedeni ile FCPA kapsamında uzlaşmaya gidilmiş olmasıdır. Bu örnek, verilen rüşvetin "bir işi almak, yönlendirmek veya tutabilmek" için verilmiş bir rüşvet olup olmadığı değerlendirilmemiş olduğu için eleştirilmiştir.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ https://www.jonesday.com/Foreign_Corrupt_Practices_Act_Overview/#_edn5, (Erişim: 20 Ocak 2018).

⁴⁵¹ Woody s.1747, İç atf: Mike Koehler, Why You Should Be Alarmed by the ADM FCPA Enforcement Action, 9 White Collar Crime Rep. (BNA) 54 (Jan. 24, 2014) ; <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=2383938> (Jan. 24, 2014).

Menfaatin konusu herhangi bir şey olabilir (*anything of value*). FCPA açısından önemli olan menfaatin değerinden ziyade temin amacıdır. Menfaatin bir yabancı kamu görevlisini yolsuz bir niyetle (*corrupt intent*) etkileme (*influence*) amacıyla sağlanması gerekmektedir.⁴⁵²

FCPA “kolaylaştırma ödemeleri” (*facilitation payments*)⁴⁵³ile ilgili bir istisna (*exception*), bu istisna dışında da ilgili ülkenin mevzuatı uyarınca izin verilen ödemeler (*payments permitted by written laws*)⁴⁵⁴ ve makul ve iyi niyetli harcamalar (*reasonable and bona fide expenditures*)⁴⁵⁵ olarak ifade edilen iki tür karşı savunma (*affirmative defence*) imkanı içermektedir.

Yukarıda 2.3.1. Rüşvetle Mücadele Hükümleri başlıklı bölümde de ele alındığı gibi, bir ödemenin *kolaylaştırma ödemesi* vasfını taşıması için o ödemenin yabancı memur tarafından rutin bir devlet işlemi kapsamında verilmesi gerekmektedir. Burada FCPA’ın rutin devlet işlemi (*routine government action*) ifadesi, sağlanan menfaatin yeni bir işin tesisi veya olması gerekenin aksine bir kararın verilmesi için sağlanmaması koşulunu ifade etmektedir. Uygulamacılar tarafından, FCPA’ın kolaylaştırma ödemeleri istisnasının amacının kesinlikle küçük rüşvet fiillerini kapsamı dışında bırakma amacıyla olmadığı, bu istisnaya dayanmanın da oldukça riskli bir tercih olacağı ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

Yazılı hukuka uygun şekilde yapılan ödeme karşı savunması açıkça mevzuatta yazılı bir düzenleme olmasını gerekli kılmaktadır. Sağlanan menfaat, ilgili ülkenin mevzuatına uygun ise ve o ülkenin uygulamaları açısından hukuken meşru bir zeminde sağlanmış ise, FCPA açısından uygun bir ödeme olarak kabul edilebilir.⁴⁵⁷

⁴⁵² FCPA Uygulama Kılavuzu, (U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s. 14).

⁴⁵³ 15 U.S.C. §§78dd-1(b), 78dd-2(b), 78dd-3(b).

⁴⁵⁴ 15 U.S.C. §§78dd-1(c)(1), 78dd-2(c)(1), 78dd-3(c)(1).

⁴⁵⁵ 15 U.S.C. §§78dd-1(c)(2), 78dd-2(c)(2), 78dd-3(c)(2).

⁴⁵⁶ https://www.jonesday.com/Foreign_Corrupt_Practices_Act_Overview/#_edn21 (Erişim: 20 Ocak 2018).

⁴⁵⁷ FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s. 32

Makul ve iyiniyetli harcama savunması kapsamında, sağlanan menfaat seyahat ve konaklama masrafları gibi orta dereceli masraflar olup ve iyi niyetli bir harcamaysa ve direk olarak (a) promosyon, tanıtım gösterisi, ya da ürün ya da hizmetlerin açıklanmasına ilişkin ya da (B) yabancı bir hükümet ya da onun temsilciliği ile bir sözleşmenin akdedilmesi ya da ifa edilmesi için yapılması gereken masraflarsa istisna olarak kabul edilebilir.⁴⁵⁸

Fiil ve iş arasındaki bağın (*business nexus element*) kurulmasına ilişkin kriterlerin halen çok net bir şekilde anlaşılmadığı, yoruma açık kavramlar olarak ele alındığı görülmektedir. Ayrıca FCPA'nın uluslararası uygulaması arttıkça bir işi almak, yönlendirmek veya tutabilmek kavramlarına ilişkin belirsizliğin de giderilemediği ifade edilmiştir.⁴⁵⁹ Örneğin *United States v. Kay* davasında sanıklar Kay ve Murphy, Haitili kamu görevlilerine sanıkların şirketi tarafından ithal edilen pirinç üzerindeki vergilerin düşürülmesi için rüşvet ödedikleri iddiası ile karşılaşmışlardır. Sanıklar, vergilerin azaltılması için yaptıkları ödemelerin bir işi almak veya tutabilmek için yapılmadığı yönünde savunmada bulunmuşlardır ve kanunun dilinin sanıkların davranışlarının yasallığına dair belirsiz olduğunu iddia etmişlerdir.⁴⁶⁰ Buna karşılık mahkeme ise FCPA dilinin belirsiz olup olmadığını incelemiş ve kanunun dilinin herhangi bir kişinin anlamını anlayabileceği kadar açık olduğunu, ticari bağlantının ve “iş edinilmesi veya tutulması” dilinin yeterince belirli olduğunu ve kanunun bilinebilir olduğunu değerlendirmiştir. Sanıklar kanunun yorumuna geriye etkili olmaması gereken yeni bir yorum getirildiğini ifade etseler de mahkeme pirinçler üzerindeki verginin şirketin başka şirketler ile rekabet etme amacına istinaden azaltıldığını ve dolayısıyla “işlerin tutulabilmesi” maksadının bulunduğunu tespit etmiş, dolayısıyla kanunun anlamının genişletilmediğine karar vermiştir.⁴⁶¹

FCPA kapsamında bir şirketin uluslararası alanda faaliyet gösterirken Amerikalı ya da yurt dışında mukim iştiraklerinin eylemleri nedeniyle sorumlu

⁴⁵⁸ FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s. 33

⁴⁵⁹ Rediker s.60.

⁴⁶⁰ Cohen, Holland ve Wolf s.1265.

⁴⁶¹ *United States v. Kay*, 513 F.3d 432, 439 5th Cir. 2007.

tutulması mümkündür. Bu sorumluluk (i) doğrudan eyleme katılmış olması ya da eylemi bilmesi (*knowledge*) ve onaylaması nedeni ile doğrudan sorumluluk (*direct liability*), (ii) yolsuz bir menfaat temini olduğunu öngörmesi ve bilmesine rağmen hiçbir eylemde bulunmayarak, engel olmamasından kaynaklanan dolaylı sorumluluk (*indirect liability*), ya da (iii) kendi adına hareket eden gerçek ya da tüzel kişi temsilcisinin kendisi tarafından kontrol edilen yolsuz eylemlerine engel olmadığı için doğan sorumluluk (*agency liability*) şeklinde görülebilir.⁴⁶² Yukarıdaki bölümlerde detayları ile tartışıldığı gibi, FCPA temel olarak kast unsuru aramaktadır. Diğer taraftan, failin ödemenin yolsuz olduğunu bilmesini gerektirecek bir sebebin bulunduğu (*reason to know*) haller FCPA kapsamındadır, dolayısıyla FCPA ihlalleri bir kişinin FCPA ihlalinin ortaya çıktığına veya çıkacağına dair “kayda değer bir kesinlik”le öngörü sahibi olmasına bağlı olarak da ortaya çıkabilir.⁴⁶³ Ana şirketlerin FCPA sorumluluğuna dair kritik mesele, bir iştirak tarafından yapılan şüpheli ödemelerin ne boyutta belgelendiği ve bu ödemelerin ana şirket ile tartışılması olacaktır. Uygunsuz olduğu farz edilen ödemeler olumsuz bulgulara (*red flag*) neden olacak bir şekilde yapıldıysa, ana şirketin bilgiyi bilinçli olarak görmezden gelme teorisine göre dolaylı sorumluluğu doğacağı gerçeğidir.⁴⁶⁴

FCPA’ye dair yaygın bir eleştiri⁴⁶⁵, rüşvet eylemlerinde talep tarafını (başka bir tarafla pasif rüşveti) düzenlememesidir. İş insanları, kamu görevlilerinin ödeme, hediye veya ağırlama taleplerini bir tür "haraç" olarak nitelendirmekte ve kendilerini hem açgözlü yabancı kamu görevlilerine karşı, hem de ülkelerindeki adli makamlara karşı her iki yönden mağdur görmektedirler. Rüşvet verenler hapse girerken rüşvet alanların dokunulmaz biçimde suç işlemeye devam etmeleri ve suç gelirlerinin kaymağını yemeleri adaletsiz görülmektedir.⁴⁶⁶ Diğer taraftan, pasif rüşvete dair düzenleme

⁴⁶² FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s.22.

⁴⁶³ Cohen, Holland ve Wolf s. 1246.

⁴⁶⁴ Marceau s.298.

⁴⁶⁵ Aynı eleştiri çalışmanın ilerleyen bölümlerde de ele alınacak olan OECD Konvansiyonu için de ileri sürülmektedir.

⁴⁶⁶ E. K. Spahn s.9.

yapılmamasının ardında diplomatik açıdan sorunlarla karşı karşıya kalınabilecek olması olarak öngörülmektedir.

2.6.2.2. Kayıt ve Muhasebe Hükümleri Açısından Fiil

FCPA, ayrıca menkul kıymet senetleri ABD’de kote olmuş şirketlerin de yasada belirtilen muhasebe hükümlerine uymasını gerektirmektedir (Bkz. 15 U.S.C. § 78m). Bu muhasebe hükümleri, FCPA yolsuzlukla mücadele hükümleri ile ardışık olarak uygulanmak üzere tasarlanmıştır. FCPA’ın muhasebeye ilişkin bahedilen hükümlerinin iki ana bileşeni bulunmaktadır. Bunların birincisi, “Defterler ve kayıtlar” başlıklı hüküm uyarınca ihraççılara getirilen defter ve kayıt tutma zorunluluğudur. Bu kayıtlar makul detayda olması ve ihraççının tüm alışverişleri ile tüm varlıklarına ilişkin tasarrufları yansıtması gerekmektedir. İkinci ana bileşen ise, “İç kontroller” başlıklı hüküm uyarınca getirilen ve yönetim ekibinin, ihraççı şirketin tüm varlıkları üzerinde kontrolü, yetkisi ve bununla birlikte sorumluluğu bulunmasını temin edecek bir iç kontrol mekanizması kurulması yükümlülüğüdür. Bu yükümlülükler her ne kadar FCPA’ın bir bölümü olarak yasalaşmış olsa da, yalnızca rüşvet temelli yasa ihlallerine uygulanması için kurgulanmamıştır. FCPA’ın muhasebeye ilişkin hükümleri aslında, tüm halka açık şirketlerin varlık ve yükümlülüklerine ilişkin hesapları makul detayda kayıt altına almalarını sağlamak için kurgulanmıştır. Bu yönüyle muhasebe hükümleri, DOJ ve SEC tarafından yürütülen davalarda iddia makamının argümanlarını dayandıracığı belkemiği niteliğine olacaktır.⁴⁶⁷

FCPA Uygulama Kılavuzunda normalin dışındaki ödeme yöntemleri, ilgili ülkenin yolsuzluk tarihi⁴⁶⁸, sözleşmenin tarafının yolsuzlukla mücadele hükümlerini imzadan imtina etmesi, normalin dışında yüksek komisyon talepleri, mali kayıtların şeffaf olmaması, bir kamu görevlisinin iş yapılması için yönlendirdiği belli bir kişi ya da kurumlar gibi durumların yakından incelenmesi

⁴⁶⁷ <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> s. 39 (Erişim: 3 Şubat 2018).

⁴⁶⁸ Bu noktada TI’ın raporlarından ve endekslerinden faydalanılması tavsiye edilmektedir.

gereken, Kılavuzun ifadesiyle kırmızı bayrak kaldırılacak nitelikte, durumlar olduğu belirtilmiştir.⁴⁶⁹

2.6.3.Fail

FCPA gerçek kişilere, şirketlere, bu şirketlerin yöneticilerine, şirketin hisselerine sahip olan ve bu şirketler adına hareket eden gerçek ve tüzel kişilere uygulanmaktadır. Rüşvetle mücadele hükümleri kişilerin sınıflandırıldığı kategorilere göre kaleme alınmıştır. Bu nedenle ilk anda okunduğunda oldukça kafa karıştırıcıdır.⁴⁷⁰ 15 U.S.C. 78dd-1 “ihraççılar”a (*issuers*) U.S.C. 78dd-2 “yerli ilgililer”e (*domestic concerns*) ve 15 U.S.C. 78dd-3 “Yabancı kişiler veya işletmeler”e (*foreign nationals or businesses*) uygulanmaktadır. Defter ve kayıt tutma ile iç denetim yükümlülükleri ise 15 U.S.C. 78m(b)(2)(A) ve 78m(b)(2)(B) hükümlerinde düzenlenmektedir.⁴⁷¹

FCPA kapsamında bir kişinin rüşvetle mücadele hükümleri uyarınca cezalandırılabilmesi için öncelikle kanunun kapsamına giren bir kişi olması, fiilin ülke içi ticarete ilişkin bir etki doğurması, bir kişinin bir işi yapması ya da yapmaması ile ilişkili olarak ve kişinin davranışını etkilemek için menfaat temin edilen ya da menfaat teminin vaat edildiği bilinçli ve yolsuz bir eylem olması gereklidir. Yukarıda açıklandığı üzere, FCPA’in 1988’de değişikliğe uğramasından önceki halinde sadece hisse senedi ihraç eden kuruluşlar ve yerli ilgililere uygulanması söz konusu iken, 1988 değişiklikleri yasanın kapsamını genişletmiştir.

FCPA bugün itibariyle üç kategorideki kişilere uygulanmaktadır: (1) hisse senedi ihraç eden kuruluşlar veya onlar adına hareket eden kişiler

⁴⁶⁹ FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s.27.

⁴⁷⁰ Koehler, fcpaprofessor.com.

⁴⁷¹ Koehler, fcpaprofessor.com.

(*issuers*)⁴⁷², (2) yerli ilgililer (*domestic concerns*) veya onlar adına hareket eden kişiler⁴⁷³ ve (3) yabancı kişiler veya işletmeler (*foreign nationals or businesses*).⁴⁷⁴ Metinde her kavram ayrıca ilgili kısımda tanımlanmıştır.

Hisse senedi ihraççısı ABD borsasında hisseleri işlem gören ya da ilgili düzenlemeler kapsamında SEC'e periyodik raporlar sunan şirketler ve bu şirketlerin temsilcisi ya da onun adına hareket eden kişiler anlamına gelmektedir.⁴⁷⁵

Yerli ilgili ise ABD'de yerleşik özel ve tüzel kişiler ile bu kişilerle alakalı herhangi bir memur, müdür, çalışan ya da bunlar adına hareket eden kişileri tanımlamaktadır.

Yabancı kişiler veya işletmeler kavramı ise, ihraççı veya yerli ilgililerle alakalı herhangi bir memur, müdür, çalışan ya da bu belirtilen ulusal şirketler ve bireyler adına hareket eden kişilerdir. FCPA'nın bu yabancı kişi veya işletmelere uygulanabilmesi için ülkesel bir vasıtanın kullanılması gerekmektedir. Bu sebeple FCPA uyarınca, Amerika üzerinden bir başka yerdeki kişiyle telefon görüşmesi yapmak, e-posta göndermek, mesaj veya faks göndermek ya da almak, tıpkı Amerikan bankacılık sisteminin kullanılması veya Amerika'nın bir kalkış ya da varış noktası olduğu seyahatlerde olduğu gibi devletlerarası ticaretin söz konusu olması halinde, bu vasıtaları kullanan belirtilen kişilerin de FCPA kapsamında yaptırımla karşılaşması mümkün olacaktır.⁴⁷⁶ Yukarıda 2.5.5. no.lu 1998 Değişiklikleri başlıklı bölümde de açıklandığı gibi, FCPA'nın bu uygulama kapsamı çok geniştir.⁴⁷⁷ *United States v. Ousama M. Naaman* davası bu geniş kapsama bir örnek teşkil etmektedir. Bu örnekte Kanada vatandaşı Ousama Namaan, Birleşmiş Milletler Oil For Food programı için sözleşme müzakerelerinde bulunan *Innospec* adlı bir kimyasal ürünler üreticisi adına, 2004 ile 2008 yılları arasında Iraklı kamu görevlilerine 6.8 milyon Dolar rüşvet

⁴⁷² 15 U.S. Code §§ 78dd-1(a).

⁴⁷³ 15 U.S. Code §§ 78dd-2(a), vd.

⁴⁷⁴ 15 U.S. Code §§ 78dd-3(a) vd.

⁴⁷⁵ Tarun s.1.

⁴⁷⁶ FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s.11.

⁴⁷⁷ 15 U.S. Code §§ 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3 vd.

teklif etmiş, bu sayede yaptığı sözleşmeler yoluyla kendisi de 2.7 milyon Dolar komisyon almıştır. Şirket FCPA ihlalleri yanında, elektronik dolandırıcılık suçlarını da itiraf etmiş ve Namaan da aynı şekilde suçlamaları kabul etmiştir. Namaan bir ABD vatandaşı olmasa da, Amerikan Adalet Bakanlığı Namaan'ın davranışlarının FCPA ihlalleri teşkil ettiği kanısına varmıştır. Namaan'ın fiilleri ABD sunucularını kullanarak gönderdiği e-mailler ve ABD'de açılmış banka hesaplarından gönderilen ödemeler olarak gösterilmiştir.⁴⁷⁸ *U.S. v. Kozeny* davasında ise Viktor Kozeny adlı Çek Cumhuriyeti vatandaşı bir Bahamalar sakininin, ABD'de vatandaşlığı veya ikameti olmamasına karşın Azerbaycan'da SOCAR adlı devlete ait bir enerji şirketinin özelleştirmesi için kamu görevlilerine ve ailelerine rüşvet verdiği tespit edilmiştir. Kozeny, özelleştirmeden faydalanacak olan ve İngiliz Virgin Adaları hukuku uyarınca kurulu Oily Rock ve Minaret şirketlerini temsilen Azeri yetkililere rüşvet vermek veya verilmesini onaylamak ile suçlanmıştır. Kozeny, bu şirketlerin kontrolünü elinde bulundurduğu ve şirketlerin yatırımcıları ile hissedarlarının çoğunun Amerikan vatandaşları ve yerli ilgililer olması sebebiyle, bu Amerikan vatandaşları veya yerli ilgililerin temsilcisi olarak isnat edilmiştir.⁴⁷⁹

Bu noktada, ABD hukukunun sınır ötesine agresif şekilde uzanmasının bir örneği olarak gösterilen ve Enron skandalı ile ilişkili NatWest Three davasına da değinilebilir. 2002'de ABD Texas Güney Bölgesi Savcısı tarafından NatWest isimli şirketin üç temsilcisi (*Natwest Three*) hakkında FCPA'nın ihlal edilmesi gerekçesi ile bir iddianame düzenlemiştir. NatWest soruşturması, eylemlerin kabaca %95'i Amerika dışında gerçekleşmesine rağmen federal savcılar, ABD ile minimal ya da ikincil bağlantıları bulunan kişi ve tüzel kişiler aleyhinde kovuşturma başlatmışlardır. NatWest davasında sanıkların üçü de İngiltere'de ikamet eden Birleşik Krallık vatandaşları olmalarına ve ABD çıkarlarının vaka ile doğrudan bağlantısının net olmamasına rağmen, federal savcılar, ABD'de gerçekleşen yolsuz bir planın "ilerletildiği" kanısına vararak bireylerin

⁴⁷⁸ Rediker s.74-75; *United States v. Ousama M. Naaman* Court Docket Number: 08-cr-246-esh, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-ousama-m-naaman-court-docket-number-08-cr-246-esh> (Erişim: 18 Şubat 2019)

⁴⁷⁹ *United States V. Viktor Kozeny, Et Al.* District Court Docket No: 05-CR-518-SAS.

işlemlerinin kovuşturmaya yeterli bir temel teşkil ettiği kanısına varmış ve sanıkları ABD’de yargılamışlardır. Bu dava, ABD’nin yasalarını sınır ötesi uygulamak konusunda ne kadar istekli bir tutum sergilediğinin göstergesi olarak anılmaktadır.⁴⁸⁰

FCPA kapsamında, ABD’de yerleşik olmayan veya herhangi bir faaliyet göstermeyen şirketlerin de yaptırıma tabi olmasına bir başka örnek olarak *Snamprogetti/ENI* davasında bir Hollanda şirketi olan Snamprogettinin yönetici, çalışan ve temsilcilerinin Amsterdam’da bir banka hesabından New York’taki banka hesaplarına 132 milyon Dolar aktarıldığından ötürü yargılanması gösterilebilir.⁴⁸¹ *Telia*⁴⁸² ve *VimpelCom*⁴⁸³ davalarında da benzer şekilde ABD’de bulunan "muhabir" banka hesaplarına ve hesaplarından yapılan ödemeler, yetki iddialarının dayanağını oluşturmuştur. Muhabir banka hesaplarının bu yasal dayanağı oluşturmak için yeterliliği ise henüz mahkemeler önünde test edilmemiştir. Buna ek olarak, FCPA ile doğrudan ilgili olmasa da *Jesner v. Arab Bank* davasında Yüksek Mahkeme bir kanunun yurt dışına etkisinin istisnai olduğunu öne sürmüştür. Mahkeme, yabancı bir kişinin hareketlerinin ABD’de etki uyandırması halinde bile yasaların yerel olarak uygulanacağına dair varsayımın ortadan kaldırılması için kuvvetli bir etkinin varlığının aranacağını belirtmiştir.⁴⁸⁴ SEC ve Adalet Bakanlığı’nın yakın zamandaki eylemlerinin hukuken dayanaksız, beklenmedik ve saldırgan olduğu düşünülebilir.⁴⁸⁵

Gerçek kişilerin fail olarak değerlendirilmesi açısından da FCPA’ın uygulanması gelişmektedir. 2015 senesinde Başsavcı Vekili Sally Quillian Yates tüm savcılar ve ilgili kurumlara sunduğu bilgi notunda (“Yates Memo”), şirketlerin illegal faaliyetlerinden caydırılması, kurumsal davranış değişikliğinin sağlanması ve ilgili tarafların cezalandırılması adına ihlalleri gerçekleştiren

⁴⁸⁰ Morley; Marceau s.293.

⁴⁸¹ U.S. v. Snamprogetti Netherlands B.V. Court Docket No. 10-CR-460 (07/07/10) <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-snamprogetti-netherlands-bv-court-docket-number-10-cr-460>. (Erişim: 15 Nisan 2018).

⁴⁸² U.S. v. Telia Company AB, Docket No. 17-CR-581-GBD <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/telia-company-ab>. (Erişim: 15 Nisan 2018).

⁴⁸³ U.S. v. Vimpelcom Ltd. Court Docket No. 16-CRM-137 <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/vimpelcom>. (Erişim: 15 Nisan 2018).

⁴⁸⁴ *Jesner Et Al v. Arab Bank, PLC*. No. 16-499. (24/04/18) https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf. (Erişim: 15 Nisan 2018).

⁴⁸⁵ (Ashe s.2900)

kişilerin şahsi olarak cezalandırılması gerektiğini savunmuştur. Başsavcı vekili, şirketlerin ancak kişiler vasıtasıyla hareket ettiği ve dolayısıyla yolsuzlukla mücadelenin en verimli ve etkin yolunun da bireylere odaklanması ve onların davranışlarının incelenmesi ile mümkün olabileceği yönünde görüş oluşturmuştur. Ayrıca sadece şirketlere odaklanarak yapılacak bir araştırmaya kıyasla, kişilerin cezai ve hukuki sorumluluklarının ortaya çıkması ihtimalinin daha yüksek olacağını ileri sürmüştür.⁴⁸⁶

2.6.4. Yabancı Kamu Görevlisi Kavramı

FCPA'nın yabancı kamu görevlisi tanımı da oldukça muğlak bulunmuştur. Tanıma göre yabancı kamu görevlisi (*foreign official*), “*herhangi bir yabancı devlet veya onun herhangi bir devlet dairesi, kurumu veya iştirakinin, ya da bir uluslararası kamu organizasyonunun herhangi bir memur veya çalışanı ile devlet daireleri, kurumları ya da iştirakleri ile uluslararası kamu organizasyonlarının yetkisi altında veya bunlar adına hareket eden herhangi bir kişi*” olabilir. Amerikan Adalet Bakanlığı ve SEC “yabancı kamu görevlisi” tabirini geniş bir şekilde yorumlamış ve özellikle yabancı devletlere ait olan veya bunlarca yönetilen şirketlerin çalışanlarına nasıl uygulanacağını açıkça belirlememiştir. Yakın zamanda birçok FCPA davası devletlere ait şirketleri içerse de Amerikan Adalet Bakanlığı ve SEC bu konuda şirketlerin önceden müşterileri ve ticari ortaklarının ilgili ülkelerin “iştirakleri” sayılıp sayılmayacağına dair kuralları belirlememiş ve yol gösterici olmamıştır. Belirsizlikler ise zaman içinde DoJ tarafından verilmiş olan görüşlerle giderilmeye çalışılmıştır.⁴⁸⁷

Bir şirket FCPA anlamında devlet iştiraki olarak görüldüğünde, bu şirketin tüm çalışan ve temsilcileri kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir.

⁴⁸⁶ FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission.

⁴⁸⁷ Cohen, Holland ve Wolf s.1250.

Mahkemeler kamu görevlisinin bu geniş tanımını test etmemişlerdir ve yakın zamanda Kongre üyeleri Adalet Bakanlığı'nı devletin kamusal yetkilerini kullanmaksızın hareket eden bir iştirakin çalışanlarının hangi koşullarda bir kamu görevlisi sayılabileceğini açıklamaya teşvik etmişlerdir.⁴⁸⁸ Son olarak FCPA Uygulama Kılavuzu'nda ise, elbette diğer koşullar da değerlendirilmek kaydıyla, eğer bir şirket yabancı bir devlet tarafından kontrol edilmiyorsa, yani devlet şirketin hisselerinin %50'sinden fazlasına sahip değil ise ilgili iştirak (*instrumentality thereof*) olarak kabul edilmesinin muhtemel olduğu ifade edilmiş olmakla birlikte, %50 hisse oranının tek başına bir kriter olmayacağına işaret edilmiştir.⁴⁸⁹

Amerikan Adalet Bakanlığı, kamu görevlisi ve iştirak tanımlarının değiştirilmesi gibi bir niyeti olmadığını açıklamış ve bunu da eğer rüşvet ödemiyorlarsa şirketlerin korkacak bir şeyleri olmadığı şeklinde gerekçelendirmiştir.⁴⁹⁰ Yine de iştirak tanımının yorumlanmasında belirsizlikler mevcuttur. Örneğin, bir Amerikan inşaat şirketi olan KBR'ın Nigeria LNG Limited şirketinin çalışanlarına yaptığı ödemeler kovuşturma konusu olmuştur. Kurumlar, Nigeria LNG Limited şirketinin hisselerinden sadece %49'u Nijerya devletine, kalan %51'lik kısmı da Shell, Total, Eni gibi çok uluslu şirketlere aitken bu çalışanların kamu görevlisi olduğunu iddia etmiştir. Nihayetinde, KBR uzlaşma anlaşması imzalamış⁴⁹¹ ve kurumların "kamu görevlisi" tanımını açıklaması gereği doğmamıştır.⁴⁹² FCPA ve pratikteki uygulamasına dair eleştirilebilecek olan yönlerden birisi de ilerleyen bölümlerde detaylarına değinilecek olan NPA ve DPA'lerin günümüzde yaygınlaşması ile soruşturmaların davalara dönüşmemesi ve dolayısıyla FCPA kapsamındaki terimlerin içtihatla ele alınarak uygulamanın açıklığa kavuşmamasıdır.

⁴⁸⁸ Juedes s.44.

⁴⁸⁹ Sivachenko s.408, FCPA Uygulama Kılavuzu s 21.

⁴⁹⁰ Juneja s.295.

⁴⁹¹ <https://www.justice.gov/opa/pr/kellogg-brown-root-llc-pleads-guilty-foreign-bribery-charges-and-agrees-pay-402-million> (Erişim: 8 Şubat 2019).

⁴⁹² Juneja s.296.

Zaman içinde FCPA uygulamalarının sorumlu ve sorumlularının kapsamının genişletilmesi yönünde geliştiği görülmüştür. KBR örneği, bir şirketin çoğunluk hisselerinin özel şirketlere ait olmasına rağmen, bir kısım devlet kontrolünün varlığı halinde de şirket çalışanlarının “kamu görevlisi” olarak kabul edilebileceğini göstermektedir.⁴⁹³

Oldukça ilginç bir başka vakada ise Brezilya devletinin bir iştiraki olan Petroleo Brasileiro SA (“Petrobras”) FCPA ihlallerini hem ihraççı, hem de kamu görevlisi olarak değerlendirilebileceği bir vaziyette gerçekleştirmiştir. Kısaca, Petrobras’ın bir devlet iştiraki olması çalışanlarını kamu görevlisi kılarken, Petrobras hisselerinin ABD borsalarında işlem görmesi şirketi FCPA anlamında ihraççı kılmaktadır. Petrobras skandalına ilişkin olarak *U.S. v. Odebrecht*⁴⁹⁴ soruşturması sonucunda Amerika’nın da dâhil olduğu 27 ülkede faaliyet gösteren Brezilya’da kurulu holding şirketi Odebrecht ve ayrıca *U.S. v. BRASKEM*⁴⁹⁵ soruşturmasında Odebrecht’in iştiraki olup ayrıca Amerika’da bir ihraççı olan BRASKEM, toplamda 3.5 milyar Dolar ceza ödemeyi kabul etmişlerdir. Bu şirketlerin seneler içinde iş edinmek ve tutmak, Petrobras’la adi ortaklığını devam ettirmek ve BRASKEM’in Petrobras’tan satın aldığı hammaddelerin fiyatını düşürmek adına oldukça yüksek devlet makamlarında yer alan kamu görevlilerine ve Petrobras yetkililerine rüşvet ödediği tespit edilmiştir. Hatta Odebrecht şirketinin sadece rüşvet vermek adına “Yapısal Operasyonlar Bölümü” adlı bir rüşvet bölümü kurduğu anlaşılmıştır. Bir ihraççı olarak FCPA kapsamında bulunan ve öte yandan bir devlet iştiraki olan bu şirket aleyhinde bir soruşturmanın ilginç bir paradoksa yol açabileceği öngörülmektedir.

FCPA kapsamında “ilgili iştirak” (instrumentality) ve “kamu görevlisi” kavramlarının geniş yorumlanması eğilimi gözlemlenmektedir.⁴⁹⁶ Bu nedenle, FCPA’ye tabi olanların yabancı müşterileri veya ticari ortakları

⁴⁹³ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Marceau s.285-310.

⁴⁹⁴ United States v. Odebrecht S.A - Docket No. 16-CR-643.

⁴⁹⁵ United States v. Braskem S.A. - Docket No. 16-CR-644.

⁴⁹⁶ Cohen, Holland ve Wolf s.1255.

ile onların devletleri arasındaki herhangi bir bağlantıyı dikkatli ve tutucu bir bakış açısı ile incelemeleri önerilmektedir.⁴⁹⁷

2.6.5. Uygulayıcı Kurumlar

FCPA'nın uygulamasında görevli iki kurum bulunmaktadır: Adalet Bakanlığı ve SEC.

Adalet Bakanlığı ceza hukukunun uygulanmasına ilişkin bir kurum olarak yolsuzlukla mücadele hükümleri ile defter ve kayıt ile iç kontrol hükümlerinin kasıtlı ihlallerine dair cezai uygulamadan sorumlu olan tek kuruluştur. Adalet Bakanlığı, tanımlandıkları şekilde “ihraççılar”, “yerli ilgililer” ve bunlar haricindeki “yabancı kişiler veya işletmeler” üzerinde yetki sahibidir.

Adalet Bakanlığı politikası uyarınca, “*FCPA'nın yolsuzlukla mücadele hükümlerinin ihlallerine dair iddialara dayanan soruşturma veya kovuşturma (...) veya FCPA'nın kayıt tutma hükümlerine ilişkin ihlaller (...) Ceza Bölümü'nün açık yetkilendirmesi olmaksızın yürütülemez*”. Dolayısıyla, ceza hukukunun diğer alanlarının aksine, Adalet Bakanlığı'nın FCPA uygulaması oldukça merkezileştirilmiştir ve çok az sayıda kişinin karar verme yetkisi ve takdiri bulunmaktadır. Özel hukukun uygulanmasına ilişkin bir kurum olarak SEC'in ise “ihraççılar” (ve onların çalışanları ve temsilcileri) üzerinde yetkisi bulunmaktadır ve yolsuzlukla mücadele hükümleri ile defter ve kayıt ile iç kontrol hükümlerinin ihlallerine karşı özel hukuk cezaları talep edebilir. Geçtiğimiz senelerde, SEC ihraççı olmayan kişilere karşı da davalıların bir ihraççının temsilcisi olarak bahsedilen hükümleri ihlal ettiği ve/veya bu

⁴⁹⁷ Cohen, Holland ve Wolf s.1274.

hükümlerin ihlaline yardım veya teşvikte bulunduğunu öne sürerek davalar açmıştır.⁴⁹⁸

FCPA Uygulama Kılavuzu⁴⁹⁹, Adalet Bakanlığı ve SEC'in ayrı iki kurum olarak kanunu nasıl yorumladığını ve bu kanunun icrasına dair yaklaşım ve prosedürlerini açıklamaktadır.⁵⁰⁰ Bu metin de FCPA uygulamaları açısından önemli bir kaynak olarak görülmektedir. Öte yandan, bu FCPA Kaynak Kılavuzu'nda her ne kadar etkin uyum programlarının içerikleri ve bu programların bulundurulmasının kovuşturmalarda kararlara etkilerine değinilse de, kovuşturmaların formülize edilmiş bir şekilde anlaşılamayacağı ve savcıların uyum programlarını değerlendirirken kendi makul yaklaşımları ile hareket edecekleri vurgulanmaktadır.⁵⁰¹

2.6.6. Cezalar, Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar

2.6.6.1. Para ve Hapis Cezaları

FCPA, bireyler ve şirketler hakkında verilen hükümlerin Birleşik Devletler Ceza İhkeleri kapsamında belirlendiği dikkate alındığında, bir ceza kanunudur. Diğer taraftan hem ceza hem de özel hukuk yaptırımları öngörmektedir.⁵⁰² 1998 değişiklikleri öncesinde yabancı ülke vatandaşları yalnızca FCPA'in özel hukuk cezalarına tâbi olurken, değişiklikler ile yabancı ve yerli vatandaşlar arasındaki eşitsizlik ortadan kalkmıştır ve günümüzde yabancı kişiler de cezai yaptırımlara tâbi olabilmektedir.⁵⁰³

FCPA yolsuzlukla mücadele hükümlerini kasten ihlal eden gerçek kişiler 250.000 Dolar'a varan para cezaları ve/veya beş yıla kadar hapis cezasına

⁴⁹⁸ Koehler, fcpaprofessor.com.

⁴⁹⁹ Resource Guide, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission 2012.

⁵⁰⁰ Juneja s.300.

⁵⁰¹ Juedes s.410.

⁵⁰² FCPA Uygulama Kılavuzu, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s. 68 - 70.

⁵⁰³ Tarun s.19.

çarpıtılabilmektedirler. FCPA muhasebecilik hükümlerini ihlal eden bireyler ise 5 milyon Dolar'a kadar para cezası ile yirmi yıla kadar hapis cezasına çarpıtılabilmektedirler. Şirketlerin ise muhasebecilik hükümlerinden ötürü ihlal başına 25 milyon Dolar ve yolsuzlukla mücadele hükümlerinin ihlallerinden ötürü ihlal başına 2 milyon Dolar'a kadar cezaya çarpıtılmaları mümkündür.

FCPA uygulama tarihinde verilmiş en uzun hapis cezası, 2011 yılında Terra Telecommunications Corp. yöneticisi olarak Haiti Telco adlı bir kamu iştirakinin görevlilerine rüşvet verdiği ortaya çıkan Joel Esquenazi'ye verilmiş⁵⁰⁴, aynı suç sonucunda başka bir Terra yöneticisi Carlos Rodriguez ise 84 aylık bir hapis cezasına çarpıtılmıştır.⁵⁰⁵

Bir başka olayda, Temsilciler Meclisi'nde vekil olarak görev yapan Demokrat Parti üyesi William Jefferson, FCPA ihlal teşebbüsleri de dahil olmak üzere 7 suçtan ötürü cezalandırılmış ve 13 yıl hapis cezasına hükmedilmiştir.⁵⁰⁶ Başka bir örnekte, Charles Paul Edward Jumet adlı 53 yaşında bir Amerikan vatandaşı, Panamalı kamu görevlilerine yolsuz ödemeler yaptığını ve FBI'a bu ödemelere dair yanıltıcı bilgiler verdiğini kabul etmiş ve 2010 yılında o zamana dek bir FCPA ihlaline ilişkin verilmiş en ağır hapis cezasına (87 ay) çarpıtılmıştır.⁵⁰⁷ Birbiri ardına rekor niteliği taşıyan tüm bu cezaların 2010 yılından sonra gelmiş olması, 2015 yılında yayınlanan Yates Memo ile birlikte değerlendirildiğinde, gerçek kişilere uygulanan cezaların ağırlığının artmakta olduğu görülmektedir.⁵⁰⁸

Bunlara ek olarak, özel hukuk para cezaları kapsamında, rüşvet hükümlerinin ihlalinde hem gerçek hem de tüzel kişiler ihlal başına 16.000 Dolar'a varan; muhasebe ve kayıt tutma ihlalleri karşılığında gerçek kişilerin

⁵⁰⁴ U.S. v. Joel Esquenazi: Docket No. 09-CR-21010 <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-joel-esquenazi-et-al-court-docket-number-09-cr-21010-jem> (Erişim: 13 Nisan 2018).

⁵⁰⁵ U.S. v. Carlos Rodriguez: Docket No: 09-CR-21010-JEM <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/carlos-rodriguez> (Erişim: 13 Nisan 2018).

⁵⁰⁶ U.S. v. Jefferson (E.D. Va., Docket No: 07-CR-209-TSE) <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-william-j-jefferson-district-court-docket-no-07-cr-209-tse-court> (Erişim: 13 Nisan 2018).

⁵⁰⁷ U.S. v. Charles Paul Edward Jumet Court Docket No: 09-CR-397-HEH <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-charles-paul-edward-jumet-court-docket-number-09-cr-397-heh> (Erişim: 13 Nisan 2018).

⁵⁰⁸ <http://www.fcpablog.com/blog/2016/8/15/jessica-tillipman-the-ten-longest-fcpa-related-prison-senten.html> (Erişim: 5 Mart 2018).

150.000 Dolar ve şirketlerin 750.000 Dolar'a varan cezalara çarptırılması mümkündür. Gerçek kişilere verilecek olan cezaların işveren tarafından ödenmesi mümkün değildir.⁵⁰⁹ Özel hukuk ve ceza hukuku cezaları arasındaki fark, ceza hukuku kapsamındaki cezaların manevi unsur (suç işleme kastı) gerektirmesi, fakat özel hukuk cezalarında böyle bir koşul bulunmamasıdır.⁵¹⁰

Yukarıda bahsedilen yaptırım tutarları, her bir ihlal başına uygulanmaktadır. Bu da somut olaylarda potansiyel ceza miktarının çok yüksek miktarlara çıkması anlamına gelebilmektedir. Dahası, Alternatif Cezalar Kanunu (*Alternative Fines Act*)⁵¹¹ altında, para cezalarının çok daha yüksek tutarlara varmaları söz konusu olabilmektedir. Mağdurun zararının veya sanığın elde ettiği veya amaçladığı kazancın iki katına kadar cezalar doğabilmektedir. Uygulamada Alternatif Cezalar Kanunu altında verilen cezalar çoğu önemli FCPA davasında kanunun izin verdiği en yüksek cezayı aşmakta ve Adalet Bakanlığı'nın dokuz haneli astronomik cezalarına imkân tanımaktadır.

FCPA ihlali teşkil eden veya ihlaller ya da ihlal girişimleri sonucu elde edinilen her türlü malvarlığına bu cezalar kapsamında el konulabilmektedir ve bireylerin tâbi kaldığı cezalar işverenleri veya yöneticileri tarafından ödenememektedir. FCPA altında yasa dışı ödemeler işletme gideri olarak vergilerden düşülememektedir.⁵¹²

FCPA ayrıca yasa ihlallerinde bulunan şirketlere, şirket yetkilileri, direktörleri, çalışanları veya temsilcilerine SEC tarafından 10.000 Dolar'a varan para cezalarının da verilmesine imkân tanımaktadır. SEC, ilave ceza talep eden ayrı bir dava açarak ve durumun koşullarına bağlı olarak, ihlal sonucu edinilen kazançlar kapsamında 500.000 Dolar'a kadarlık bir meblağ da talep edebilmektedir.⁵¹³

⁵⁰⁹ Resource Guide, U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission s. 69.

⁵¹⁰ <https://www.visualofac.com/regulations/fcpa-violations-penalties/> (Erişim: 15 Mart 2019).

⁵¹¹ 18 U.S.C.A. § 3571 (d) Bkz: (<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/12/03/response2-appx-m.pdf>).

⁵¹² Tarun s.19.

⁵¹³ Tarun s.2.

2.6.6.2. Kazançların Zorla İadesi (*Disgorgement*) ve Peşin Hüküm

2004 yılının ortalarından itibaren SEC, FCPA davalarında rüşvet eyleminden edinilen haksız kazançların zorla iadesi (*disgorgement*) ve peşin hüküm uygulamasına başlamıştır.⁵¹⁴ Böylece, ilk olarak *SEC v. ABB Ltd.* davası kapsamında İsviçre uyruklu bir elektrik sağlayıcısı haksız kazancın zorla iadesi kapsamında 5.9 milyon Dolar ceza ödemiştir.⁵¹⁵

2.6.6.3. Devlet Tarafından Askıya Alma ve Men Edilme Yaptırımları

FCPA ihlallerinde bulunan bir şirket, ABD'nin farklı kamu kurumlarının ihalelerinden men edilme (*debarment*) cezasıyla karşı karşıya kalamaktadır. Bir kurumun askıya alma veya men etme yaptırımını çoğu zaman devlet çapında etki göstermektedir. Benzer şekilde, AB de Kamu İhale Direktifi (*Public Procurement Directive*)⁵¹⁶ altında zorunlu men etme hükümlerini uygulamaya almıştır.⁵¹⁷

Men edilme yaptırımları özellikle büyük ve masraflı operasyonlara sahip küresel şirketler için caydırıcıdır. Örneğin, bugüne kadarki en büyük tutarlı FCPA ihlali cezalarından birini ödeyen Siemens AG'nin, FCPA iç kontrol ve defter ile kayıt hükümlerinin ihlallerini itiraf etmesinin ve 1.7 milyar Dolar tutarında bir ceza ödemesinin ana sebebi olarak, şirketin ABD ve AB'de

⁵¹⁴ Disgorgement teriminin tam bir Türkçe karşılığı olmamakla birlikte, Black's Law Dictionary'nin tanımı "*bir şeyin (örneğin yasa dışı edinilen kar gibi) talep veya yasal zorunluluk üzerine iade edilmesi*" şeklindedir. Ayrıca, American Jurisprudence, haksız kazancın zorla iadesinin, menkul kıymetler dolandırıcılığı sonucunda mahkemece kararlaştırılabilecek bir hüküm olduğunu, ancak cezai bir yaptırım değil, hakkaniyete dayalı bir çözüm olduğunu belirtir.

⁵¹⁵ Securities and Exchange Commission v. ABB Ltd, Case No. 1:04CV1141 [RBW] (U.S.D.C., D.D.C.), <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr18775.htm> (Erişim: 17 Ocak 2019)

⁵¹⁶ 2004/18/EC.

⁵¹⁷ Tarun s.20.

karşılaşabileceği men edilme yaptırımlarından çekinmesi anlaşılmaktadır.⁵¹⁸ Bu vakada ilk kez muhasebe hükümlerinin ihlalinin cezai yaptırımlara yol açtığı görülmüş, ayrıca ana şirket rüşvet suçlamaları ile karşılaşmamış ve bu sayede birçok faaliyet alanından men edilme cezalarından kurtulmuştur.⁵¹⁹ Siemens AG'nin ödediği cezaların 350 milyon Dolar'lık kısmı haksız kazançların zorla iadesi kapsamında nitelenmiştir.⁵²⁰

Yukarıda da belirtildiği gibi Alternatif Para Cezaları Yasası (*Alternative Fines Act*) uyarınca, bir FCPA ihlali söz konusu uygunsuz ödemeyi yapanın elde etmek istediği faydanın iki katına kadar bir para cezası ile sonuçlanabilir. Ayrıca, önerilen ceza aralığını hesaplamak için ABD Ceza İlkeleri (*U.S. Sentencing Guidelines*) kullanılmaktadır⁵²¹. Bu İlkelerde; kurumdaki çalışan sayısı, üst düzey personelin söz konusu eylemde yer almış veya göz yummuş olup olmadığı, suç geçmişi, kurumun daha önce bir uyum ve etik programına sahip olup olmadığı, gönüllü açıklama, iş birliği ve sorumluluğun kabul edilip edilmediği bir para cezasını etkileyebilecek unsurları arasında sayılmıştır.⁵²²

2.6.6.4. Uzlaşma mekanizmaları

Deferred Prosecution Agreement (“DPA”) olarak anılan Kovuşturmanın Ertelenmesi Anlaşmaları ile Non-Prosecution Agreement (“NPA”)’ler 90’lı yıllarda ortaya çıkmıştır. DPA ve NPA’ler hem Adalet Bakanlığı hem de SEC tarafından uygulanabilmektedir. Her ikisinin de yetki alanına giren konular söz konusu olduğunda her iki kurum da kendi yetkileri kapsamındaki konularda, paralel şekilde DPA ve NPA uygulayabilmektedir. Adalet Bakanlığı ve SEC çoğunlukla yayınlanmış olan ilkeler ve iç politikaları uyarınca DPA ve NPA’leri değerlendirmektedir ve bu değerlendirme sırasında çoğu zaman (1) bir firmanın

⁵¹⁸ Tarun s.340.

⁵¹⁹ United States V. Siemens Aktiengesellschaft Court - Docket Number: 08-CR-367-RJL.

⁵²⁰ Siemens AG'nin alabileceği ceza 2.7 milyar Dolar tutarına varabilecekken, şirketin soruşturmaya sağladığı destek ve operasyonlarını şeffaf ve sorumlu kurumsal uygulamalar ile değiştirmekteki gayretleri indirime imkân tanımıştır.

⁵²¹ U.S. Sentencing Guidelines Manual için bkz. <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf> (Erişim: 9 Haziran 2018).

⁵²² Koehler, fcpaprofessor.com.

DPA ve NPA'lerin altına yatan soruşturma için iş birliği yapmaya istekli olup olmadığı, (2) bu firmanın bir “uyum kültürü” teşvik edip etmediği faktörleri önemli olmaktadır.

DPA uygulamasının ilk örneği olarak 1994 yılında *Prudential Securities Inc.* (“Prudential”) ve New York Güney Bölge Savcılığı arasında yapılan bir anlaşma ile Savcılık tarafından bir şikâyet sunulması ve bundan kaynaklanacak soruşturmanın 3 yıl süre ile ertelenmesi öngörülmüştür. Prudential’ın vekili tarafından teklif edilen bu anlaşmada, daha çok küçük suçlara uygulanan bir metodun adapte edilerek uygulandığı görülmüştür. Yapılan DPA kapsamında Prudential’ın şirket evraklarını sunacağı, tanıklara erişim için yardım sağlayacağı, başkaca bir suç işlemeyeceği, 330 milyon Dolar tutarında bir ceza ödeyeceği ve devletin onayına tâbi olmak kaydıyla dışarıdan bir yönetici (*ombudsman*) atayarak bu yönetici vasıtasıyla anonim etik ve uyum şikayetleri alacağı düzenlenmiştir. Böylece Adalet Bakanlığı kurumsal reformu sağlarken aynı zamanda Prudential’ın batmasına yol açacak bir cezaya hükmedilmesinin önüne geçmiştir.⁵²³

1996 senesinde ise *Colonial Realty* adlı bir şirketin soruşturmasına bağlantılı olarak bu şirketin denetimini yapmış bulunan Arthur Andersen muhasebe firması ile Adalet Bakanlığı arasında, Arthur Andersen’in kovuşturulmayacağına dair bir anlaşma imzalanmıştır. Anlaşmanın kapsamında Arthur Andersen herhangi bir suç ikrar etmemiş olup temelde Adalet Bakanlığı kovuşturma yapmamayı taahhüt ederken Arthur Andersen de iş birliği yapmayı ve 10 milyon Dolar ödemeyi taahhüt etmiştir. Bunun dışında herhangi bir açıklama veya gerekçe verilmemiştir.⁵²⁴

1977’den 2004’e kadar Adalet Bakanlığı FCPA denetimlerine ilişkin konuları şirket hakkında suçlamada bulunarak veya bulunmayarak çözümlenmiştir. 2004 yılı ve sonrasında, Adalet Bakanlığı kovuşturamama anlaşmasını (NPA) ve kovuşturmanın ertelenmesi anlaşmasını (DPA) FCPA

⁵²³ Buell s.827-828.

⁵²⁴ Buell s.829.

kapsamına dâhil etmiştir. 2010 yılından sonra Adalet Bakanlığı'nın soruşturmalarının %85'i NPA veya DPA yoluyla çözülmüştür.⁵²⁵

NAP ve DPA birbirinden çok farklı iki mekanizmadır. Öncelikle, NPA, mahkeme yoluyla yapılan bir anlaşma değildir. NPA, henüz bir soruşturma başlamadan şirketin söz konusu eyleme ilişkin sorumluluğunu kabul ederek bir dizi uygunluk taahhüdü konusunda mutabakata varılması koşuluyla, diğer tarafın şirket aleyhine soruşturma açmamayı kabul ettiği, mahkeme dışında müzakere edilen bir anlaşma biçimidir. DPA ise, soruşturma açılmasından sonra devreye giren, mahkeme önünde sonuçlandırılan bir kovuşturma açmama anlaşmasıdır.⁵²⁶

FCPA soruşturmalarının çok büyük bir kısmının NPA ve DPA ile sonlanmasının nedeni olarak şirketlerin prestij kaygıları ifade edilmiştir.⁵²⁷ Bunların olumlu yanı, yetkililere benzer sonuçların ve hissedarlar, çalışanlar veya kredi verenlerin olumsuz sonuçlar ile karşılaşmalarının engellenmesi imkânını tanımaları ve öte yandan şirketlerin tamamen yaptırımsız kalmalarını engellemeleridir. Pratik deneyimler şirketlerin herhangi bir nedenle bir FCPA soruşturmasına tâbi olma ihtimali karşısında, tüm gerçekleri aydınlatmak ve kovuşturma sürecinden kaçınmak adına çok ciddi çaba harcadıklarını göstermektedir. SEC uygulamalarında ise FCPA soruşturmaları genellikle suç duyurusu veya idari karar yoluyla çözümlenmektedir. 2010 yılından bu tarihe dek en büyük 10 anlaşmadan 8'i imzalanmıştır ve 2008 ile 2013 yılları arasında şirketlere uygulanan FCPA cezaları 4 milyar Dolar seviyesine ulaşmıştır.⁵²⁸ Diğer taraftan, bir şirketten farklı olarak, bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakılabilir ve hapse girmesi söz konusu olduğundan, bireylerin Adalet Bakanlığı'nı dava yolu ile ispat yükümlülüğü altına sokmayı seçebildiği görülmektedir. Bireysel FCPA davalarına ilişkin kayıtlarının karmaşıklığına rağmen bütünsel olarak bakıldığında Adalet Bakanlığı'nın bu tür davaları

⁵²⁵ Koehler, Foreign Corrupt Practices Act Statistics, Theories, Policies and Beyond s.161.

⁵²⁶ NPA ve DPA'nın uygulanmasında aranacak olan kriterler, FCPA Uygulama Kılavuzunun 7. Bölümünde açıklanmaktadır.

⁵²⁷ Cohen, Holland ve Wolf s. 1248 (Erişim: 09 Mayıs 2017).

⁵²⁸ Juedes s.56.

kaybettiği ifade edilmiştir.⁵²⁹ Bu doğrultuda, FCPA'in geçmişinde, sadece iki şirketin çekişmeli yargılama yoluyla Adalet Bakanlığı'na karşı çıkarak mahkemede Adalet Bakanlığı'nı ispat yükümlülüğü altına soktuğu ifade edilmektedir. Bunlardan biri 1991 yılında *Harris Corporation* (ve bazı yöneticilerinin), Adalet Bakanlığı'nın sunduğu kanıtların ardından hâkimin beraat kararı vermesiyle kazanılan FCPA davasıdır. Diğerinde ise 2011 yılında *Lindsey Corporation* (ve bazı yöneticilerinin), FCPA'yı ihlal etme teşebbüsü ve esaslı FCPA ihlallerinden suçlu bulunmuştur. Ancak, ilk derece mahkeme hâkiminin iddia makamının çok sayıda kusurunu tespit etmesi üzerine hükümler iptal edilmiştir.⁵³⁰ Bir başka örnekte, Kolombiyalı kamu görevlilerine usulsüz ödemeler yaptığı iddia edilen *PetroTiger* şirketinin eski bir yöneticisi Joseph Sigelman Adalet Bakanlığı'nı iddialarını ispata zorlamıştır. Diğer sanıkların aksine Sigelman, dava yoluna gitmeyi tercih etmiş ve davada Adalet Bakanlığı'nın geniş "kamu görevlisi" yaklaşımını test etmeyi amaçlamıştır. Davada Adalet Bakanlığı, eski avukatı ve aynı davada suçunu itiraf etmiş olan Sigelman'ın eski avukatı Gregory Weisman, Sigelman aleyhine beyanda bulunmamıştır ve eninde sonunda Adalet Bakanlığı iddiasını ispatlayamayınca Sigelman'a herhangi bir hapis cezası öngörmeyen bir uzlaşma anlaşması teklif etmiştir. Hüküm aşamasında ise Adalet Bakanlığı'nın sıkça kullandığı FCPA davalarında ispat güçlüğüne dair retorik, hâkim tarafından da eleştiriye maruz kalmıştır.⁵³¹ Diğer taraftan bu dava Sigelman'ın suçluluğunu kabul ederek ceza indirim anlaşması (*plea agreement*) yapması ile sonlanmıştır.⁵³²

FCPA konusu olan olayların mahkemelerin denetimine gitmeden uzlaşma yolu ile sonuçlanıyor olması pratikte ciddi şekilde eleştirilmektedir. Özellikle, savcıların neredeyse hukuk yaratma gücünü elde ettikleri konusunda serzenişlere rastlanabilir. Ayrıca DPA ve NPA mekanizmasının şirketlere

⁵²⁹ Koehler, What Percentage of DOJ FCPA Losses Is Acceptable?.

⁵³⁰ Koehler, How are FCPA enforcement actions typically resolve?.

⁵³¹United States V. Joseph Sigelman Court Docket Number: 14-CR-00263-JEI; <https://www.wsj.com/articles/ex-ceo-of-petrotiger-sentenced-to-probation-over-bribery-1434469990> (Erişim: 16 Mayıs 2018).

⁵³²United States V. Joseph Sigelman Court Docket Number: 14-CR-00263-JEI; <https://www.justice.gov/opa/file/477886/download> (Erişim: 18 Şubat 2018).

gerçekten ne kadar tasarruf sağladığı da öngörülebilir değildir. Uzlaşma sürecinde ve sonrasında verilen taahhütler nedeniyle çok yüksek miktarlara varan maliyetlere katlanıldığı da ifade ve tecrübe edilmektedir.⁵³³

2.6.6.5. Kurumsal İcra Politikası ve Pilot Program

Başsavcı Yardımcısı Rod J. Rosenstein 29 Kasım 2018 tarihinde FCPA Kurumsal İcra Politikasını (FCPA Corporate Enforcement Policy) açıklamıştır.⁵³⁴ ABD Adalet El Kitabı'na (*Justice Manual*)⁵³⁵ dâhil edilen politikanın amacı, FCPA Pilot Programını geliştirmek ve kalıcı hale getirmek, suç teşkil eden eylemlerin Adalet Bakanlığı tarafından etkin bir şekilde belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlamak ve olası bir FCPA ihlalini Adalet Bakanlığı'na kendiliğinden bildiren bildirmemeyi değerlendiren şirketlere daha fazla netlik sunmak olarak sunulmuştur. Yeni Kurumsal İcra Politikası'nın, yalnızca Adalet Bakanlığı'nın cezai kovuşturmaları için geçerli olduğu, kovuşturma veya SEC soruşturması için gerekçe olmayan durumlarda bir etkisinin olmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu Politika kapsamında, bir şirketin kusurlu davranışı kendiliğinden bildirmesi, tam olarak iş birliği yapması ve zamanında ve uygun bir şekilde konuyu çözümülemesi halinde, ağırlaştırıcı sebepler bulunmadıkça şirkete dava açılmayacağı varsayılacaktır. Politika kapsamındaki haklardan yararlanabilmek için, şirketin kusurlu davranış sonucunda ortaya çıkan tüm yasa dışı kazançlarının iadesi, hak kayıpları ve zararların ödenmesi gerekmektedir. Daha fazla şeffaflık sağlamak amacıyla, politika, bu uygunluk kriterlerini ve bir şirketin politikadan tam olarak

⁵³³ Sivachenko s.416-417.

⁵³⁴ Burada bahsedilen Kurumsal İcra Politikası, Amerikan Adalet Bakanlığı'nın uygulamalarına yönelik bir iç rehber niteliğindedir. İlgili düzenlemelerde bir değişiklik yaratmamaktadır. Amacı sadece soruşturma ve kovuşturma makamının uygulamalarında standardizasyonu sağlamaktır.

⁵³⁵ Amerikan Adalet Bakanlığı'nın resmi sayfasında yer alan arşivde "*United States Attorneys' Manual*" olarak yer almaktadır. <https://www.justice.gov/jm/justice-manual> (Erişim: 25 Ekim 2018) : "Bu, Adalet Kılavuzunun (AK) resmi ve güncel kopyasıdır. AK daha önce Amerika Birleşik Devletleri Savcılık Kılavuzu olarak biliniyordu. 2018 yılında bu kılavuz elden geçirilmiş ve adı değiştirilmiştir. Kısımları dönemsel olarak güncellenebilir. Genellikle, son güncelleme tarihi her kısmın sonunda yer almaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Savcılık Kılavuzu'nun önceki versiyonları ABDSK arşivinden görüntülenebilir."

faydalanmasını engelleyebilecek ağırlaştırıcı nedenleri ayrıntılı olarak ele almaktadır.⁵³⁶

Adalet Bakanlığı ağırlaştırıcı bir nedenden dolayı bir ceza kararının gerekli olduğuna karar verse dahi, şirket mükerrer suçlu olmadıkça ABD Ceza İlkelerinde yer alan en düşük para cezasından yüzde 50 oranında indirim almaya hak kazanabilecektir. Gönüllü olarak kendini raporlamayan, ancak yeni politikanın diğer tüm gereklerini yerine getiren bir şirket, ilkelerde yer alan en düşük para cezasından yüzde 25 oranında indirim alabilecektir.⁵³⁷

Adalet Bakanlığı, SEC gibi, FCPA ihlallerini bildirmeleri ve müteakip soruşturmalarda tam bir iş birliği yapmaları için şirketleri sürekli olarak teşvik etmeye çalışmaktadır. Kurumsal İcra Politikası'nın, dava açılmaması vaadi veya ceza indirimi olasılığı ile kendiliğinden yapılacak bildirimleri teşvik etmek konusunda Pilot Programın bir adım ötesine geçiyormuş gibi görünmekle beraber, Adalet Bakanlığı'nın politika kapsamına uygunluk kriterleri ve ağırlaştırıcı nedenleri nasıl yorumlayacağı da dâhil olmak üzere, uygulamaya yönelik önemli sorunları da beraberinde getirdiği ileri sürülmüştür. Diğer taraftan, şirket kendiliğinden bildirim yapmasa bile, Politika'nın, söz konusu şirketi yüzde 25'lik indirim hakkı kazanabilmek için diğer uygunluk kriterlerini karşılamaya çalışmaya teşvik edebileceği de vurgulanmıştır.⁵³⁸

Başsavcı Yardımcısı Rosenstein, FCPA Kurumsal İcra Politikası'nı ilan ederken Pilot Programın yürürlüğünden önceki 18 ayda kendiliğinden yapılan FCPA bildirimlerinin sayısının 18 olduğunu belirtirken, Pilot Programın yürürlükte olduğu 18 ayda bu sayının 30'a çıktığını ifade etmiştir. Bununla beraber Amerikalı uygulamacılar, Adalet Bakanlığı'nın ilgililerin kendi kendilerini raporlamaya daha fazla teşvik etmek için, kendi kendini raporlayan şirketlerin dava edilip edilmediği veya haklarında başlamış olan soruşturmaya

⁵³⁶ U.S. Department of Justice Deputy Attorney General Rosenstein Delivers Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act ; <https://www.paulweiss.com/practices/litigation/anti-corruption-fcpa/publications/fcpa-enforcement-and-anti-corruption-developments-2017-year-in-review?id=25839> (Erişim: 19 Ocak 2018)

⁵³⁷ U.S. Department of Justice FCPA Corporate Enforcement Policy.

⁵³⁸ <https://www.paulweiss.com/practices/litigation/anti-corruption-fcpa/publications/fcpa-enforcement-and-anti-corruption-developments-2017-year-in-review?id=25839>, (Erişim: 19 Ocak 2018).

ve/veya kovuşturmaya devam edilip edilmediğinin – şirketlerin adları açıklanmadan – kamuoyu ile paylaşılmasının önemini vurgulamıştır. Adalet Bakanlığı'nın Pilot Program kapsamında yalnızca 7 davanın reddedilmiş olduğunu kamuya açıklamasının ardından, kendiliğinden bildirim yapan diğer şirketlere ilişkin süreç ve sonuçların açık olmadığı eleştirisi yöneltmiştir.⁵³⁹

Kurumsal İcra Politikası bireylerin sorumlu tutulmasında kurumsal iş birliğini de vurgulamaktadır. Politika, şirketlerin iş birliği yapmış kabul edilebilmesi için kurumsal suça karışan bireylere ilişkin tüm bilgileri Adalet Bakanlığı'na sunması gerekliliği Yates Memo'ya dayanmaktadır. Kurumsal İcra Politikası buna ek olarak, şirketlerin tam iş birliği yapmış kabul edilebilmesi için şirket yetkilileri, çalışanları veya temsilcilerinin suç faaliyetindeki rolüne ve üçüncü taraflar ve bunların yetkilileri, çalışanları veya temsilcilerinin potansiyel suç faaliyetlerine ilişkin tüm bilgileri açıklamasını gerektirmektedir. Başsavcı Yardımcısı Rosenstein Kurumsal İcra Politikasını ilan ederken, “*kurumsal yolsuzluk konusunda etkin bir caydırıcılık için bireylerin kovuşturmaya tâbi olması gerektiğini*” belirtmiştir. Yeni politikanın kurumsal açıdan kendiliğinden bildirimleri artıracığını ve bu sayede Adalet Bakanlığı'nın bireyleri tespit etme ve cezalandırma becerisinin de artacağını savunmuştur. Bireylerin kovuşturulmasına verilen önem ile tutarlı olarak, Başkan Trump'ın göreve gelmesinden itibaren FCPA ihlallerinden dolayı Adalet Bakanlığı tarafından on dört kişiye kovuşturma açılmıştır. *Rosenstein*, Adalet Bakanlığı'nın neden şirketlerden ziyade bireylerin kovuşturulmasına odaklandığını “*kurumsal sorumluluk bireysel sorumluluktan kaynaklanan dolaylı bir sorumluluk olduğu için şirketlere farklı muamele edilmesi akla yatkındır*” görüşü ile açıklamıştır. Şirketler, Kurumsal İcra Politikası kapsamında iş birliğine ilişkin tüm hakları elde edebilmek için, bireylerin soruşturmalarında iş birliği yaparak eylemlerinin bireysel sorumluluğa odaklandığını göstermeleri gerektiğini bilmelidir.⁵⁴⁰

⁵³⁹ <https://www.paulweiss.com/practices/litigation/anti-corruption-fcpa/publications/fcpa-enforcement-and-anti-corruption-developments-2017-year-in-review?id=25839>, (Erişim: 19 Ocak 2018); US Department of Justice Deputy Attorney General Rosenstein Delivers Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act.

⁵⁴⁰ U.S. Department of Justice FCPA Corporate Enforcement Policy.

Rosenstein tarafından açıklanan Kurumsal İcra Politikası daha sonra Adalet Bakanlığı'nın ticari kurumlar ve diğerlerinin federal soruşturma ilkeleri kılavuzuna (*DOJ's Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*) da yansıtılmıştır.⁵⁴¹

Bu çalışmanın yazıldığı sırada son bir gelişme olarak, 8 Mart 2019'da Adalet Bakanlığı tarafından FCPA Kurumsal İcra Politikası (*FCPA Corporate Enforcement Policy*) güncellenmiştir. Yapılan değişiklik ile şirketlerin, çalışanların kişisel iletişimleri de dâhil olmak üzere, iç iletişimlerinin kayıt ve kontrolünü sağlayacak olan sistemlere sahip olup olmadığının incelenmesi önerilmiştir.⁵⁴²

2.6.6.6. Dodd-Frank Yasası ve İhbarcıların Ödüllendirilmesi Sistemi

Temmuz 2010'da Kongre, Dodd-Frank yasası adı ile bilinen Dodd-Frank Wall Street Reformu ve Tüketici Koruma Kanunu (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*)'nu kabul edilmiştir.⁵⁴³ Bu yasa ile FCPA'e ihbarcılarının korunması ile ilgili bir kısım düzenlemeler de eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, ihbarcılarının ihbarı sonucunda herhangi bir uygunsuzluk tespit edilirse, bu uygunsuzluğun tespiti nedeni ile kesilen ceza ya da varılan uzlaşma sonucunda elde edilen bedelin %10 ile %30 arasındaki bir kısmının ödül olarak ihbarcıya verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Dodd-Frank yasası ihbarcılara ödülleri teslim almalarına dek anonim kalma ve rapor edilen FCPA ihlallerine dayalı bir suçtan ötürü hüküm giymezler ise ödülleri teslim alma imkânı vermektedir. FCPA'e aykırılık nedeni ile verilen cezalar ya da yapılmış olan

⁵⁴¹ <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. (Erişim: 15 Eylül 2018).

⁵⁴² <https://www.justice.gov/jm/justice-manual>, Justice Manual, § 9-47.120(3)(c). (Erişim: 25 Ekim 2018)

⁵⁴³ Kanun metnine <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf> 'den erişilebilir.

uzlaşma bedellerine bakıldığında bu durum ihbarcılar açısından milyon dolarlara denk gelen bir teşvik olarak algılanmıştır.

Dodd-Frank FCPA uygulamaları açısından önemli etkiler yaratmıştır. Dodd-Frank yasasının ardından 12 Ağustos 2011’de yürürlüğe konulan ihbarcı programı (*whistleblower program*) ile ihbarcının kendi isteği ile SEC ya da mahkemeler tarafından kararlaştırılan 1 milyon Dolar’ı aşan bir yaptırıma yol açan bir kovuşturmayla sebep olacak bir bildirimde bulunması sonucunda ödüle hak kazanacağı; fakat uyum görevlilerinin, yabancı kamu görevlilerinin, şirket avukatlarının, SEC’e bildirim yapmak üzere hukuken veya bir sözleşmeden kaynaklı yükümlülüğü olanların, serbest muhasebecilerin, ihlali bir şirket çalışanından öğrenen şirket yöneticilerinin ya da ihlali eyalet ya da federal ceza hukuku ihlalleri vasıtasıyla öğrenenlerin ödüle hak kazanamayacağı belirlenmiştir.⁵⁴⁴

Dodd-Frank yasasından önce FCPA kapsamında ihbarcılarının korunmasına dair bir hüküm yer almamıştır. 2009 senesinde ABD’li şirketlerin yurt dışındaki faaliyetleri sırasındaki uygunsuz hareketleri Kongre üyelerinin tartışmalarına konu olmuş, bu tartışmaları takiben 2010 senesinde Dodd-Frank yasası yürürlüğe girmiştir.⁵⁴⁵

Dodd-Frank yasası, yolsuzluğa karşı mücadeleye yeni bir yaklaşım getirmiştir. Bu mücadele daha önce devletler ile uluslararası organizasyonlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından sürdürülmekteyken, Dodd-Frank bireyleri daha önce çoğunlukla devlet tarafından kontrol edilen bu çabalara katkıda bulunmaya teşvik eden yenilikçi bir tutum olarak ortaya çıkmıştır.⁵⁴⁶

Dodd-Frank yasası ile ihbarcılar “*menkul kıymetler kanununun ihlallerine dair Komisyon’a, Komisyon’un kural veya düzenlemeleri ile belirlediği şekilde bilgi sağlayan kişi veya birlikte hareket eden kişiler*” olarak tanımlanmıştır.⁵⁴⁷ Dodd-Frank, ihbarcılarının, FCPA ihlallerine dair orijinal

⁵⁴⁴ Daha detaylı bilgi için bkz. Securities and Exchange Commission. «SEC Adopts Rules to Establish Whistleblower Program.

⁵⁴⁵ Hansberry s. 204.

⁵⁴⁶ Vlasic ve Atlee s. 459.

⁵⁴⁷ Hansberry s. 203.

bilgileri (*original information*) gönüllü olarak paylaşmaları ve verilecek olan cezanın 1 milyon Dolar'ı aşması halinde, SEC'in takdiri dâhilinde ödüllendirilebileceklerini düzenlenmiştir. SEC, ödülün tutarına karar verirken, bilginin önemi, sağladığı yardım ve devletin potansiyel ihlalleri engellemekteki çıkarları gibi çeşitli hususları değerlendirecektir.⁵⁴⁸ Bu anlamda “orijinal bilgi” ise ihbarcının bağımsız bilgi ve analizi üzerine ulaştığı ve hâlihazırda SEC tarafından bilinmeyen bilgileri kapsamaktadır. Bilgiler, adli veya idari yargıda duruşmalardan kaynaklanmamalı, devlet kaynakları veya medya raporlarında yer almamalıdır.⁵⁴⁹

Dodd-Frank yasasının ihbarcılara ilişkin bu düzenlemeleri çeşitli açılardan eleştirilmiştir. En önemlisi, Dodd-Frank yasası ile ihbarcılara büyük meblağlarda ödül kazanma ihtimallerinin yanı sıra, anonim kalma imkânını da tanımış olması nedeni ile hüküm giymedikleri sürece FCPA ihlallerine iştirak etmiş ihbarcılarının da bu imkânlardan faydalanma imkânına sahip olması tartışma yaratmıştır. Eleştirilerde, finansal kazançlar elde etmek isteyen ihbarcılarının eksik veya gerçeği yansıtmayan ihbarlarda bulunmaları, hatta FCPA ihlallerini teşvik eden veya doğuran davranışlarda bulunmaları mümkün olmakla beraber, gerçek olmayan ihbarlarda bulunan ihbarcılarının herhangi bir cezai yaptırım ile karşılaşmayacakları ileri sürülmüştür.⁵⁵⁰

Dodd-Frank yasası altında, ihbarcılarının şirketlerin iç idari yollarına başvurmaları gerekmemektedir. İç idari yollara veya iç uyum programlarına başvuru zorunluluğu hususu SEC'in kural belirleme aşamasında tartışılmış, fakat son aşamada şirket iç yollarına başvurmanın bir zorunluluk olarak belirlenmemesine karar verilmiştir.⁵⁵¹ Buna karşın, iç uyum programlarına veya şirket yönetimine başvurunun teşvik edilmesi adına, şirketlerin ihbarcılarının ihbarları üzerine SEC'e başvurmaları veya ihbarcılarının şirketlerini müteakip SEC'e başvurmaları hallerinde yine ödül alabilecekleri, hatta bu dâhilî

⁵⁴⁸ Vlasic ve Atlee s. 452.

⁵⁴⁹ Vlasic ve Atlee s.454.

⁵⁵⁰ Hansberry s.208.

⁵⁵¹ Daha detaylı bilgi için bkz. SEC Adopts New Rules to Establish Whistleblower Program.

başvuruların yapılmış olmasının ödül tutarlarının hesaplanmasında olumlu etki yapacağı SEC tarafından 2011’de yayınlanan kurallar ile belirlenmiştir.⁵⁵²

İhbarcılar belirlenen ödüllere itiraz edebilecekleri gibi, işverenlerinin misilleme niteliğinde davranışlarına karşı da korunmaktadırlar. İhbarcıların kanuna uygun olarak yaptıkları ve bir başka finansal düzenleme olan 2002 tarihli Sarbanes-Oxley Kanunu⁵⁵³ altında gerekli görülen veya korunan açıklamalarıyla, Dodd-Frank yasası altındaki ve SEC yetki alanına giren diğer düzenlemeler kapsamındaki ihbarları nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa tâbi tutulmaları da yasaklanmıştır.⁵⁵⁴

Dodd-Frank yasası ile ihbarcılara işveren tarafından verilen zararlara karşı özel hukuk davaları açma imkânı da tanınmıştır. Bunların sonucunda, Dodd-Frank öncesi yıllarda senede bir düzine kadar ihbar alan SEC, günde bir ya da iki değerli ihbar almaya başladığını açıklamıştır.⁵⁵⁵ Bu da yasanın ne kadar etkili sonuç doğurduğunun önemli bir göstergesidir. Dodd-Frank yasasının hükümlerinin uygulamaya girmesi ile birlikte, zaten ispat külfeti henüz tam anlamıyla ortaya çıkmamış kamusal otoritelerin FCPA ihlallerine dair ithamlarına karşı dava kapsamında savunmalarda bulunmaktan ve bu nedenle ortaya çıkabilecek hisse değerlerinin düşüşünü izlemekten kaçınmak için sulh yolu ile cezalar ödemeyi tercih eden şirketlerin, anonim ihbarlar şeklinde bir başka zorlukla daha karşı karşıya oldukları ifade edilmiştir.⁵⁵⁶

Tüm bunların yanı sıra, bir FCPA ihlalden haberdar olan bir çalışanın FCPA altında bilgileri ifşa etme yükümlülüğü olup olmadığı sorusu ise cevaplanmamıştır. Dodd-Frank ihbarcı hükümlerinin etkilerine dair yapılan yorumlarda, hangi açıklamaların FCPA altında gerekli veya korunan ihbarlar olduğuna ilişkin açık bir görüş bulunmamaktadır. Bu husus, mahkeme

⁵⁵² Securities and Exchange Commission Securities Whistleblower Incentives and Protections, 17 CFR Parts 240 and 249.

⁵⁵³ Bu kanuna, Dodd-Frank Yasası 21F(h)(1)(A)(iii) kısmında atıf yapılmaktadır. Aynı kısımda, herhangi başka bir kanun, kural ya da düzenleme ile SEC yetki alanına giren düzenlemeler kapsamındaki ihbarlara da ihbarcı korumalarının uygulanacağı düzenlenmiştir.

⁵⁵⁴ McAllister s.49-51.

⁵⁵⁵ Clarke, SEC gets more whistleblower tips.

⁵⁵⁶ Hansberry s.197.

kararlarında da henüz aydınlatıcı bir şekilde tartışılmamıştır.⁵⁵⁷ Yine açıklığa kavuşmamış bir başka mesele ise, Dodd-Frank yasası ile ihbarcılar “*Komisyon’a ihbarda bulunan kişiler*” olarak tanımlanmışken, şirket içinde yönetime ihbarda bulunan kişilerin ihbarcı olarak korunup korunmayacağıdır. Bununla birlikte, Dodd-Frank yasasının yurt dışında uygulanıp uygulanamayacağı da net değildir. *Asadi v. G.E. Energy* davasında hem şirket içindeki ihbarların, hem de yurt dışında gerçekleşen vakaların Dodd-Frank yasası kapsamına girip girmediği tartışılmıştır. Irak ve ABD vatandaşı olarak Ürdün’de G.E. Energy’de çalışan *Asadi, G.E. Energy*’nin Irak Elektrik Bakanlığı ile yakın ilişkileri olan bir kişinin şirketin Bakanlık ile 250 milyar Dolar tutarında bir iş birliği anlaşması müzakereleri esnasında işe alınmasının FCPA altında bir ihlal teşkil edebileceğini tespit edip yöneticisine bu durumu bildirmiş, daha sonra ise “*şaşırtıcı bir olumsuz performans değerlendirmesi*” almasını takiben işten çıkarılmıştır.⁵⁵⁸ *Asadi*, Texas Güney Bölge Mahkemesi nezdinde üstlerine yaptığı açıklamaların FCPA ihlallerine ilişkin olduğunu, Sarbanes-Oxley Kanunu altında gerekli olduğunu ve Dodd-Frank yasası altında korunması gerektiğini savunsa da, mahkeme Dodd-Frank yasasının yurt dışına uygulanamayacağına istinaden iddialarını reddetmiştir. Bölge mahkemesi davaya yol açan olayların çoğunluğunun yabancı bir ülkede gerçekleştiğini ve Dodd-Frank yasasının yalnızca yurt içinde uygulanmak üzere tasarlandığını tespit etmiştir. Temyiz aşamasında ise Temyiz Mahkemesi 5. Dairesi ise Dodd-Frank’ın misilleme karşıtı hükümlerinin ancak doğrudan Komisyon’a bildirimde bulunan çalışanlara koruma sağladığını ve ayrıca yasanın yurt dışına uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵⁵⁹

Asadi kararı, Dodd-Frank yasası kapsamında ihbarcılar için endişe verici başka değerlendirmeler de içermiştir. Öncelikle, Dodd-Frank yasasının misilleme karşıtı hükümlerini dar bir şekilde yorumlamak suretiyle yasanın yurt dışına ve özellikle de şirket içinde yapılan ihbarlara uygulanmayacağı tespitinin yasanın ruhuna uygunluğu tartışmalıdır. SEC’in “ihbarcı” tanımını iç raporlama yapan ihbarcıları da kapsayacak şekilde geniş yorumu reddedilmektedir.

⁵⁵⁷ McAllister s.52.

⁵⁵⁸ *Asadi v. G.E. Energy (USA) L.L.C. (Asadi II)*, 720 F.3d 620, 623 5th Cir. 2013.

⁵⁵⁹ McAllister s.55.

Böylece, şirket içinde bildirim yapan ihbarcılar herhangi bir korumadan yoksun kalmaktadır; zira ancak SEC'e yapılacak bildirimler ile bir ihbarcının misilleme karşısı hükümler kapsamında korunacağına karar verilmiştir. Bu yorumun sonucunda ihbarların sayısının azalabileceği riski öngörülmektedir.⁵⁶⁰

Bir başka dava *Liu v. Siemens A.G.*'de ise, davacı Çin'de Siemens A.G.'nin sağlık bölümünün uyum müdürü olarak çalışan Liu, Siemens'in Çin ve Kuzey Kore'deki kamu hastanelerine tıbbi ekipman satarken verdiği yüksek teklifler altında rüşvet ödemeleri gizleyerek, şirketin 2008 senesindeki FCPA ihlalleri ardından getirilen iç kontrol hükümlerinin etrafından dolandığını iddia etmiş ve bunu takiben yetkilerinin bazıları elinden alınmıştır.⁵⁶¹ *Asadi* davasındaki tespitlere dayanan New York Güney Bölge mahkemesi Sarbanes-Oxley Kanunu'nun ifşa gerekliliğine dair düzenlemelerinin yurt dışına uygulanmayacağı ve Dodd-Frank altındaki misilleme karşısı hükümlerin Liu'yu korumayacağı kararını almıştır. Temyiz aşamasında da karar değişmemiştir. Mahkeme, her ne kadar Liu tarafından Siemens'in kimi hisselerinin New York Borsası'nda kote edilmiş olduğu ve bundan ötürü ABD menkul kıymetler hukukuna tâbi olduğu öne sürülse de, Yüksek Mahkeme'nin Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (*Securities Exchange Act*) hükümlerinin ancak yurt içinde kote edilmiş menkul kıymetlere dair işlemler ile başka menkul kıymetlerin yurt içi işlemlerine uygulanabilir olduğuna dair, daha önceki tarihli *Morrison v. Nat'l Aus. Bank* davasında varılmış olan içtihat kararı nedeni ile Liu'nun başvurusunu reddetmiştir.⁵⁶² Bahsedilen *Morrison* davasında ise Yüksek Mahkeme, menkul kıymetler kanunlarının Kongre tarafından yürürlüğe konulmasındaki maksadın, bu hükümlerin yurt dışında gerçekleşen işlemlere uygulanmasını kapsamadığı sonucuna varmıştır.

⁵⁶⁰ Pacella s.724-725.

⁵⁶¹ *Liu v. Siemens A.G.* (Liu I), 978 F. Supp. 2d 325, 326 (S.D.N.Y. 2013) aff'd, 763 F.3d 175 (2d Cir. 2014).

⁵⁶² *Morrison v. Nat'l Aus. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247,267 (2010).

2.7. Değerlendirme

FCPA tartışmasız olarak bugün bildiğimiz uluslararası alanda rüşvetle mücadeleyle yönelik düzenlemelerin temel kaynağıdır. İlginç bir şekilde zaman içinde, FCPA kaynak olduğu düzenlemelerin suç tanımı açısından bir adım öne geçmesi ile kendisini uluslararası düzenlemelere uydurmuştur. FCPA, bugün küresel ölçekte tanınan ve çok uluslu Amerikan şirketleri ile iş yapmak isteyen her kurum açısından anlaşılması ve uyum sağlanması gereken bir düzenleme haline gelmiştir.

FCPA uygulama örnekleri arasında Türkiye'ye deki iştirak ve şirketlerinde konu olduğu incelemeler de bulunmaktadır. 3M⁵⁶³, Fresenius Medical⁵⁶⁴, Smith Wesson⁵⁶⁵, Delta Pine⁵⁶⁶, ABB⁵⁶⁷, Tyco⁵⁶⁸, Siemens⁵⁶⁹, Daimler⁵⁷⁰, Telia⁵⁷¹, Alexion⁵⁷², Teradata Corporation⁵⁷³ gibi uluslararası şirketler hakkında yürütülmüş olan incelemelerde, bu şirketlerin Türkiye'deki iştiraklerinin eylemleri de ihlal tartışmalarına konu olmuştur. Bunlar dışında SEC tarafından Amerikan Kongresi'ne sunulan 2017 yıllık raporunda Türkiye'den de bir whistleblower başvurusu almış oldukları ifade edilmiştir.⁵⁷⁴

⁵⁶³ Declination for 3M: <http://www.fcpablog.com/blog/2013/2/20/declination-for-3m.html> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁶⁴ Securities and Exchange Commission Administrative Proceeding File No. 3-19126 <https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-85468.pdf>; 3M'in açıklaması için bkz: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/66740/000110465913010881/a13-1203_110k.htm. Rekabet Kurumu'nun 27.9.2012 tarih ve 12-46/1409-461 sayılı Kurul Kararı için: <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=9901b33b-00b4-4004-ac9f-5bb00be9af01>. (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁶⁵ <https://www.sec.gov/news/press-release/2014-148>; <https://www.sec.gov/litigation/admin/2014/34-72678.pdf> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁶⁶ <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2007/lr20214.htm> ;

<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20214.pdf> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁶⁷ <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21673.htm> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁶⁸ <https://www.sec.gov/news/press-release/2012-2012-196.htm> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁶⁹ <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/12/19/siemens-sentencing-memo.pdf> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁷⁰ <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-24-10daimlerag-sent.pdf> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁷¹ <https://www.sec.gov/litigation/admin/2017/34-81669.pdf> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁷² <http://fcpa.stanford.edu/investigation.html?id=34> ; <https://fcpatracker.com/product/alexion-pharmaceuticals-inc/> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁷³ <http://www.fcpablog.com/blog/2018/2/26/teradata-fcpa-investigation-ends-with-double-declination.html> , (Erişim: 3 Mart 2019).

⁵⁷⁴ <https://www.sec.gov/files/sec-2017-annual-report-whistleblower-program.pdf> , (Erişim: 3 Mart 2019).

Görülebileceği üzere FCPA, etkisi ülkemize de erişen bir yasa olmasının yanında, denetim şirketleri ve uluslararası alanda faaliyet gösteren avukatlık bürolarıyla FCPA kendi ekonomisini yaratan bir hukuki düzenlemedir.

FCPA ihalali nedeni ile verilen cezaların vardığı rakamlar tüm dünyanın dikkatini çekecek kadar büyük olabilmektedir. 2018 yılında Petrobras isimli şirketin yaptığı NPA kapsamında DOJ ve SEC'e ödemeyi kabul ettiği para cezasının miktarı 1.78 Milyar Dolardır. Bu bedelin 853 Milyon Doları'nın Amerikan Adalet Bakanlığı'na, 933.5 Milyon Doları'nın da kazancın zorla iadesi (*disgorgement*) kapsamında SEC'e ödenmesi taahhüt edilmiştir.⁵⁷⁵

Bütün bu cezaların yanında FCPA soruşturmalarına muhatap olan şirketler çok yüksek iç denetim maliyetlerine katlanmaktadır. Örneğin *Siemens AG*'nin tâbi olduğu soruşturma süreci sırasında da hizmet aldığı danışmanlarına 550 milyon Euro ödediği ifade edilmiştir.⁵⁷⁶ Benzer şekilde, aldıkları cezalara ek olarak *Baker Hughes*'un 50 milyon dolar, *Avon*'un ise 500 milyon dolarlık bir iç denetim, uyum süreç ve politikalarında (*compliance*) iyileştirme ve avukatlık hizmeti maliyetine katladıkları belirtilmiştir.⁵⁷⁷ *Avon*, Çin'deki faaliyetlerine ilişkin FCPA kovuşturmasını 135 milyon Dolar tutarında bir uzlaşma bedeli ödeyerek çözerken, *Avon*'un yaşadığı zorluğun en akılda kalıcı tarafı şirketin soruşturma sürecinde 500 milyon Dolar tutarında harcama yapmış olmasıdır. *Avon* tarafından yapılan çalışma ve harcamalar Adalet Bakanlığı'nın kararında, pek de alışageldik olmadığı ifade edilen şu açıklamaya yansımıştır: “*Departman (Bakanlık), Şirket'in kendi ticari çıkarlarını da göz önüne almakla birlikte, uyum programları ve iç kontrolleri için şirket çapında inceleme ve geliştirme harcamalarını değerlendirmeye almıştır. Bu çalışmalar Departman (Bakanlık) talep veya yönlendirmesi olmaksızın yapılırsa ve zaman zaman soruşturmanın ilerlemesinde istenmeyen gecikmelere yol açsa da, Departman*

⁵⁷⁵<http://www.fcpablog.com/blog/2018/9/28/petrobras-smashes-the-top-ten-list-and-we-explain-why.html> (Erişim 25 Ocak 2019).

⁵⁷⁶FCPA Compliance and Ethics Bussiness Solutions to Compliance and Legal Challenges <http://fcpacompliancereport.com/2012/11/the-high-costs-of-non-compliance/>.

⁵⁷⁷ Juedes s.56.

*(Bakanlık) Şirket'in çabalarının önemli uyum ve iç kontrol gelişiminde sonuç aldığına dikkate almaktadır".*⁵⁷⁸

Ortalama bir insan için algılanması güç miktarlara ulaşabilen bu para cezaları, yaptırımlar ve uyum harcamalarına rağmen FCPA'nın hala Amerikan şirketleri açısından yeterli güçte caydırıcı olmadığı da ileri sürülmüştür. Jonathan M. Karpoff, D. Scott Lee ve Gerald S. Martin tarafından geliştirilen yeni bir model, FCPA'nın 1978'den Mayıs 2013'e kadar olan uygulamalarından alınan verilerle uluslararası rüşvetin gerçek maliyetleri için tahminler sağlamaktadır; bu modele ayrıca "*Karpoff Modeli*" de denilmektedir.⁵⁷⁹ Model açıkça göstermektedir ki yabancı kamu görevlilerine rüşvet, Amerikan şirketleri için hala kârlı bir yöntemdir; FCPA uygulamalarının maliyeti, şirketlerin yolsuz eylemlerinden elde ettikleri kazançları aşmaktadır.⁵⁸⁰

Karpoff Modeli'ne göre bir şirketin rüşvet eylemlerini yakalaması ihtimali yalnızca %6.4 olarak tahmin edilmektedir. FCPA sorumluluğu çerçevesinde şirketlerin maruz kaldığı para cezaları ve iç soruşturmalar gibi doğrudan maliyetler ve itibar zedelenmesi gibi dolaylı maliyetlerin toplamına bakıldığında, şirketlerin yalnızca FCPA temelli zararlarının şirketlerin piyasa değerlerinin %2.6'sına denk geldiği tahmin edilmektedir. FCPA uygulamalarının maliyetleri ile beraber şirketlerin yakalanma ihtimalleri de göz önüne alındığında görülmektedir ki "*şirketler rüşvet vermektedir, çünkü rüşvet vermek kazandırır*".⁵⁸¹

Bu noktada her ne kadar FCPA uygulamalarının yüksek maliyeti konusuna güçlü bir vurgu bulunsa da bu maliyetlerin rüşveti kârsız hale getirecek kadar yüksek olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁵⁸² Karpoff Modeli'ne göre,

⁵⁷⁸ Koehler, Foreign Corrupt Practices Act Statistics, Theories, Policies and Beyond s.34.

⁵⁷⁹ L. E. Smith s.1817 (İç atıf: Karpoff et al., supra note 72, at 1).

⁵⁸⁰ L. E. Smith s.1817.

⁵⁸¹ L. E. Smith s.1818 (İç atıf: Karpoff et al., supra note 72, at 3).

⁵⁸² L. E. Smith s.1818 (İç atıf: Karpoff et al., supra note 72, at 3-4).

toplamda rüşvetin şirketler için kârsız hale gelmesi için ya uygulanan cezalar 9.2 kat arttırılmalıdır, ya da mahkûmiyet ihtimali %58.5 oranında artmalıdır.⁵⁸³

Bu tablo, FCPA ihlalleri nedeni ile verilen rekor seviyedeki cezaların karşısında, ihlalde bulunan şirketlerin ihlalden dolayı edinmiş olduğu öngörülen kazancın ne kadar yüksek olduğu hakkında bir fikir vermektedir. Doğrudan Amerikan hazinesine giden cezalar ise bu cezadan gerçekten zarar gören topluluklara geri döndürülmemektedir. Bu açıdan bakıldığında, bu düzenlemelerin salt Amerikan hükümetinin ekonomik çıkarlarına olan bir düzenlemeye uyum sağlama çabası yerine, uluslararası alana yayılarak uygulanmasının rüşvet fenomeninin yarattığı ekonomik yıkımın küresel ölçekli etkilerinin azaltılması ve toplumlarının kayıplarının geri döndürülebilmesi adına faydalı olacağı öngörülebilir.

⁵⁸³ L. E. Smith s.825 (İç atıf: Karpoff et al., supra note 72, at 5. ("*[Bu]...rüşvet için öngörülen cezalarda veya yakalanma ihtimalinde veya ikisinde birden somut bir artış yapılmadığı sürece...rüşvetin kârlı olmaya devam edileceğini göstermektedir.*").

3. BÖLÜM: ULUSLARARASI ALANDA RÜŞVETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHİ VE GELİŞİMİ

FCPA uluslararası alanda rüşvetin gelişiminden bahsedilirken göz ardı edilemeyecek kadar önemli bir yasadır. Geçtiğimiz bölümde de adı geçen ve 2017 yılında Adalet Bakanlığı Başsavcı Vekili (*Deputy Attorney General*) Rosenstein'in yaptığı konuşmada da vurgulandığı gibi, FCPA sadece Amerika'da oyunun kurallarını değiştirmekle kalmamış, ABD'yi uluslararası alanda rüşvet ve yolsuzlukla mücadelenin oyun kurucusu haline dönüştürmüştür. Birçok ülke kendi yolsuzlukla mücadele yasalarını geliştirerek ABD'nin yolsuzlukla mücadele çabalarına katılmıştır. Bu düzenlemelerin amacı sadece ticari hayatı iyileştirmek değildir, bu düzenlemeler aynı zamanda daha iyi ve güvenilir devlet yönetimini de teşvik etmektedir.⁵⁸⁴ 1988'de yapılan değişiklik kapsamında Amerikan başkanına yasanın uluslararası savunuculuğu görevinin verilmiş olası rüşvetle mücadeleyi bugünkü uluslararası yasal alt yapısına kavuşturan en önemli etken olmuştur.⁵⁸⁵

Özel sektör nezdinde de, Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*) ("ICC"), FCPA'nın 1977 senesinde yürürlüğe girmesinden bir yıl sonra kendi İrtikâp ve Rüşvet ile Mücadele Kuralları'nı yayınlamıştır. ICC, uluslararası ticarete rekabet edebilmek için ödenen rüşvetlerin şirketlerin kolektif kârları veya satın aldıkları ya da sağladıkları mal ve hizmetlerin kalitesini arttırmadığını fark ederek böyle bir girişimde bulunmuştur; fakat bu etik kurallar çoğunlukla etkisiz kalmıştır. Yine de bu kurallar uluslararası alanda rüşvet ile mücadelenin ilk belgelerinden biri olarak önem kazanmıştır.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ U.S. Department of Justice Deputy Attorney General Rosenstein Delivers Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act,

⁵⁸⁵ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.11-13.

⁵⁸⁶ Carrington s.133; Özalp s.63.

ABD'nin OECD nezdindeki çalışmaları, 1989'de başlayan "Yasa dışı Ödemelere Dair Geçici Çalışma Kurulu" (*Ad-hoc Working Group on Illicit Payments*)'nin çalışmalarına başlamasını sağlamıştır. O sıralarda, uluslararası alanda yolsuzlukla mücadele konusunda çalışan ve uluslararası kuruluşlara bu konuda destek olan bir STK bulunmadığı gibi, başka uluslararası organlar ise bu konu ile ilgilenmemiş ve özel sektör de meseleye karşı kayıtsız kalmıştır.⁵⁸⁷ ABD, FCPA'nın rüşvetle mücadele konusunda önemli bir araç olduğunu, Goodyear'a karşı 1989'da, General Electric'e karşı 1994'te ve Lockheed Corporation'a karşı 1995'te sonlanan yüksek profilli davalar sonucunda deneyimlemiş, böylelikle FCPA'ı uluslararası alana aktarmakla yolsuzlukla daha etkin bir mücadele yürütülebileceğine ilişkin savunuculuğu rol olarak üstlenmiştir. Öte yandan, Avrupa ve Asya'da önemli rakipler FCPA ile pek ilgilenmeseler de, uluslararası rüşvete karşı hiç olmazsa bir aksiyon almayı değerlendirmişler ve bu tavır değişikliği, aşağıda daha detaylı şekilde ele alınacak olan 1994 Tavsiyesi'nin yürürlüğe konulmasını sağlamıştır.⁵⁸⁸

Bu amaçla, kendisi de FCPA'nın hazırlanmasına dâhil olan o tarihin Dışişleri Bakanı Warren Christopher 1993'ten itibaren bir OECD düzenlemesinin hayata geçirilmesini teşvik için çalışmalarını yoğunlaştırmıştır.⁵⁸⁹ Soğuk savaşın bitişi ve 1990'lardan itibaren farklı ülkelerde, tıpkı ABD'deki örneklerde görüldüğü gibi önemli yolsuzluk skandallarının patlaması da düzenleyicilere ve kamuya yolsuzluğun derin olumsuz etkilerini hissettirmiş ve önleyici tedbirler almaları için teşvik görevi görmüştür.⁵⁹⁰

Haziran 1996'da düzenlenen Lyon Zirvesi'nde G-7 ülkeleri uluslararası alanda yolsuzluk ile mücadele etmek için taahhüt altına girmişlerdir. Lyon Zirvesi'nin başarısı ile motive olan ABD, senelik OECD toplantısında yurt dışı yolsuzluğun yasaklanması için yine baskısını arttırmıştır. Nihayetinde 26 Mayıs

⁵⁸⁷ Pieth , Low ve Bonucci s.15.

⁵⁸⁸ Pieth , Low ve Bonucci s.15-16.

⁵⁸⁹ Pieth , Low ve Bonucci s.15.

⁵⁹⁰ Hess ve Dunfee s.601.

1997’de OECD uluslararası ticari işlemlerde yolsuzluk ile mücadele etmek konusunda taahhütte bulunmuştur. Bu mutabakat, üye ülkelerin 1 Nisan 1998 tarihi itibarıyla yolsuzluk karşıtı mevzuat tasarılarını oluşturmuş olmalarını ve 1998’in sonuna kadar yasama üyelerinin bahsedilen mevzuat tasarılarını onaylamış olmalarını öngörmüştür.⁵⁹¹

Bu gelişmelere paralel olarak, 1996 yılında Amerikan Devletleri Örgütü’nün 35’inden 23’ü Amerikan Ülkeleri Arası Yolsuzluk Karşıtı Konvansiyonu’nu (Inter American Convention Against Corruption) imzalamıştır ve bu belge dünyanın ilk yolsuzluk karşıtı antlaşması olmuştur. Bu antlaşma 23 üye ülkenin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesine cezai yaptırımlar getirmesi ve ulusal mevzuatlarını rüşvet ve yasa dışı edinilmiş faydalara ilişkin spesifik yolsuz davranışları suç haline getirmesini zorunlu hale getirmiştir.⁵⁹²

Benzer şekilde 1995’te Dünya Bankası kendi satın alım kurallarını daha şeffaf ve rüşvet karşıtı hale getirmiştir. 1996 Aralık ayında ise BM Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluğa Karşı Bildirge (*United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions*)’yi yayınlamıştır.⁵⁹³ Bu tavsiye niteliğindeki metin hukuken bağlayıcı olmasa da, siyasi açıdan önemli bir değere sahiptir. Bildirge’nin asıl amacı OECD ve diğer kurumlar ile STK’lar nezdinde, devletlerin, özel sektörün ve toplumun iş birliği ile rüşvetin aşılabileceğine dair bir güven yaratmaktır.

Hem AK, hem de TI yolsuzlukla mücadele çabalarını 1994 Tavsiyesi’nin ardından yoğunlaştırmıştır.⁵⁹⁴ 1999’da OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi 41 ülkenin imzası ile kabul edilmiş ve 15 Şubat 1999’da yürürlüğe girmiştir.

⁵⁹¹ Pieth , Low ve Bonucci s.13.

⁵⁹² Türkiye’nin taraf olmadığı bu antlaşma çalışma kapsamında incelenmemektedir, diğer taraftan yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi konusunda ilk antlaşma olmasına dikkat çekmek gerekir. http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf, (Erişim: 18 Mart 2019).

⁵⁹³ Birleşmiş Milletler Declaration Against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions, G.A. Res 51/191, U.N. Doc A/RES/51/191.

⁵⁹⁴ Pieth , Low ve Bonucci s.16.

Görüldüğü gibi, 90'lı yıllardan itibaren uluslararası kurumlarının attığı adımlar yolsuzlukla ilgili mücadeleye fevkalade katkı sağlamıştır ve yolsuzlukla mücadele konusunda evrensel bir mutabakat zemini oluşturma çalışmaları bu kurumların aldığı inisiyatiflerle ivme kazanmıştır. OECD'nin başardıklarına kıyasla önemli bir başarıları bulunmasa da, AK ve BM yanında, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, BM ve AB'nin de yolsuzluk ve rüşvetle mücadele konusuna çeşitli katkıları olmuştur. Ayrıca anılan bu kuruluşların her biri, hem ürettikleri metinlerde hem de organizasyon üyeleri arasındaki etkileşimde OECD Konvansiyonu'nu rehber olarak kullanmıştır.⁵⁹⁵

Birçok ülke rüşveti kendi ulusal düzenlemeleri ile yasaklasa da, sınır ötesi rüşvet ile mücadele etmeyi amaçlayan çok uluslu konvansiyonlar ulusal düzenlemelere kıyasla oldukça yakın tarihlidir.⁵⁹⁶ İlerleyen bölümlerde, tüm yolsuzlukla mücadele konulu uluslararası metinler değil ancak, "rüşvet" suçunu bünyesine alan ve düzenleyen uluslararası antlaşmalar, bunların gelişim süreçleri ve düzenlemelerinin kapsamı ele alınacak, kavramsal bir karşılaştırma yapılmaya çalışılacaktır.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus da rüşvet fiillerinin suç hâline getirilmesine ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetlerinin bulunmadığıdır. Aşağıda bahsedilecek olan antlaşma hükümleri suç tipi yaratmamaktadır. Bu antlaşmalar taraf devletlere ilgili fiilleri suç hâline getirme konusunda uluslararası yükümlülük yüklemekte veya tavsiyede bulunmaktadır.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Unzicker s.678.

⁵⁹⁶ E. J. Smith s.14 -15.

⁵⁹⁷ Eren s.47.

3.1. OECD ve Rüşvet Suçuna İlişkin Düzenleme ve Tavsiyeler

3.1.1. Gelişim Evresi

ABD'nin uluslararası alanda rüşvetle mücadele konusundaki muhatabının OECD olmasının tarihsel birtakım sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerden en önemlisi, 1961 yılında kurulan OECD'nin yerini aldığı 1948 yılında kurulmuş olan selefi Avrupa İktisadi İşbirliği Teşkilatı'nın (OEEC) kuruluş amacının, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'nın yeniden inşası için Marshall Planı doğrultusunda temin edilen Amerikan yardımlarının düzenlenmesi ve yürütülmesi olmasıdır.⁵⁹⁸ Avrupa'nın savaş sonrası yeniden inşa süreci sona erdiğinde işlevini yitiren OEEC, 1961 yılında yerini demokrasi ve serbest piyasa ekonomisi ortak hedefleriyle yola çıkan üye ülkelerin kurduğu OECD'ye bırakmıştır.⁵⁹⁹ OECD, Paris'te kurulmasının ardından Avrupa'nın savaş sonrası yeniden inşa edilmesinde kritik bir rol oynamıştır. Bretton Woods kurumları ile birlikte, OECD, Avrupa politikasına saldırgan, merkantilist ticaret zihniyetinden iktisadi iş birliğine geçişi sağlayan bir paradigma değişikliği yerleştirmeyi amaçlamıştır.⁶⁰⁰ Kurulduğu günden günümüze OECD'nin amacı üye ülkelerde güçlü ekonomiler inşa etmek, verimliliği arttırarak serbest ticareti geliştirmek ve sanayileşmiş ülkelerde olduğu kadar gelişmekte olan ülkelerde de kalkınmaya katkıda bulunmak olarak süregelmiştir.⁶⁰¹ Dünya ticaret ve yatırım hacminin yüzde 80'ini üreten üye ülkeleri⁶⁰² ile tarihsel arkaplanı ve misyonu

⁵⁹⁸ <http://www.oecd.org/about/history/>, (Erişim: 25 Mart 2019).

⁵⁹⁹ Pieth , Low ve Bonucci s.10-13.

⁶⁰⁰ Pieth , Low ve Bonucci s.13.

⁶⁰¹ Cernic s.75-77.

⁶⁰² www.oecd.org.tr, (Erişim: 25 Mart 2019).

birlikte düşünülduğünde, şüphesiz, uluslararası ticari işlemlerde rüşvetin engellenmesi meselesiyle en ilgili teşkilat OECD'dir.

Bu doğrultuda ABD de 1989 yılında OECD'den yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunun cezalandırılmasının sağlanması amacıyla bir sözleşme hazırlanması talebinde bulunmuştur. Bu talebin OECD nezdinde değerlendirilmesi neticesinde, aynı yıl içinde yasa dışı ödemelere ilişkin geçici çalışma grubu kurulmuş ve bu grubun çalışmaları sonucunda 1994 yılında uluslararası kuruluşların konuya ilgisinin artmasında büyük pay sahibi olacak olan uluslararası ticari işlemlerde rüşvetin önemi konusunda OECD Tavsiyeleri⁶⁰³ yayımlanmıştır.⁶⁰⁴ İlk kez 27 Mayıs 1994 tarihinde yayımlanan ve daha sonra 1997 yılında genişletilen uluslararası ticari işlemlerde rüşvetin önlenmesi konusundaki 1994 Tavsiyesi, konuya ilişkin kabul edilen ilk uluslararası belge niteliğindedir.⁶⁰⁵ Böylelikle, aslında OECD'nin gündeminde 70'li yıllardan beri bulunan yolsuzluk hususunda uluslararası arenada o güne kadar atılmış en somut adım atılmıştır. OECD'nin 1976 yılında yayımladığı Çok Uluslu Şirketler Rehberi (*OECD Guidelines for Multination Enterprises*)'nde⁶⁰⁶, yolsuzluğa ve çok uluslu şirketlerin kâr maksimizasyonu odaklı stratejilerine yöneltilen genel nitelikli eleştirilerle sınırlı tutumu, 1994 Tavsiyesi ile birlikte yerini uluslararası ticari işlemlerde rüşvetle etkin mücadele politikasına bırakmıştır.⁶⁰⁷

3.1.2. OECD Tavsiyeleri (1994-1997)

1994 yılında OECD nezdinde kurulan Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu'nun (*Working Group on Bribery*) 1997 yılında OECD Konvansiyonu'nun

⁶⁰³ 1994 yılından sonraki zaman diliminde düzenli aralıklarla yayımlanan tavsiyeler ve ilerleme raporları bulunması sebebiyle tavsiyeler yayımlandıkları sene ile birlikte anılacaktır. Ör. 1994 Tavsiyesi.

⁶⁰⁴ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.31-36.

⁶⁰⁵ Yastı.

⁶⁰⁶ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, (Erişim: 12 Kasım 2018).

⁶⁰⁷ Pieth , Low ve Bonucci s.16.

imzalanmasından önceki dönemde yaptığı çalışmalar, uluslararası rüşvetle mücadelede tek yönlü eylemlerden kolektif bir eyleme geçiş için gerekenlerin saptanması şeklinde gerçekleşmiştir. 1994 Tavsiyesi, hukuken herhangi bir bağlayıcılığı olmayan bir metin olsa da değerinin bağlayıcılığından çok politik etkisiyle ölçülmesi gerekmektedir. Zira 1994 Tavsiyesi ile birlikte uluslararası örgütlerin ve sivil toplum kuruluşlarının, rüşvetin üstesinden gelinebileceğine olan inancı pekişmiştir. Bu inancın pekişmesindeki en büyük etken, devletlerin, özel sektörün ve sivil toplumun eşgüdümlü çalışması ile uluslararası rüşvetle mücadelenin önündeki en büyük problem olan uluslararası alanda yaptırım sorununun ortak çıkarlar etrafında gönüllülük esasıyla aşılabileceğinin anlaşılmasıdır.⁶⁰⁸

1994 Tavsiyesi uluslararası işlemlerle alakalı olarak kamu görevlilerine verilen rüşvetin tespit edilmesi, önlenmesi ve bununla mücadele edilmesine ilişkin OECD üyesi ülkelere genel nitelikte tavsiyeler şeklinde kurgulanan bir ilk bölüm ile başlamaktadır. Bu kapsamda 1994 Tavsiyesinin “Genel” başlıklı ilk bölümünde, üye ülkelere, uluslararası ticari işlemlerle alakalı olarak yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin saptanması, önlenmesi ve bununla mücadele edilmesi tavsiye edilmektedir. Henüz ilk bölümünden de görüldüğü üzere 1994 Tavsiyesi de, ilerleyen sayfalarda detaylı olarak bahsedilecek olan OECD Konvansiyonu’nun hükümleri gibi, odağına pasif rüşvet suçunu koymaktadır.⁶⁰⁹

1994 Tavsiyesinin “Yurt İçi Eylemler” başlıklı ikinci bölümü ise, geçici bir yapılması gerekenler listesi şeklinde kurgulanmış olup üye ülkeleri kendi iç düzenlemeleriyle alakalı bir incelemeye davet etmektedir. 1994 Tavsiyesi, içeriğiyle her ne kadar uluslararası rüşvetin önlenmesi konusunda büyük bir adım sayılmasa da, bu belgenin devletlerin uluslararası rüşvetin önlenmesi konusunda resmen attığı ilk somut ve anlamlı adım olduğunu unutmamak gerekir.

⁶⁰⁸ Pieth , Low ve Bonucci s.13-17.

⁶⁰⁹ Aykın ve Avcı s.3.

1994 Tavsiyesi ile birlikte OECD üyesi ülkeler, bu Tavsiye'nin uygulamasının OECD nezdinde denetlenmesi, gözden geçirilmesi, üye ülkelerin uygulamalarını iyileştirmek için birbirlerine teklifler yapmaları ve birbirlerini desteklemeleri hususlarında da mutabık kalmışlardır.⁶¹⁰ Ancak yine de 1994 Tavsiyesi üye ülkeleri tamamen kararlı bir şekilde uluslararası rüşvetin önlenmesi konusunda mücadele etmeye tek başına ikna edememiştir. Bunun en temel sebebi, OECD'nin bu konudaki çalışmalarının arkasındaki itici güç olan Amerikan iş dünyasının etkin lobiciliğidir. 1994 Tavsiyesi'nin yayımlandığı tarihte ABD dışındaki üye ülkeler ve özel sektör, halen kısıtlı bir zaman içinde ulusal düzenlemeler seviyesinde mecburi bir uyumlaştırma çalışmasının uluslararası ticari işlemlerde rüşveti rekabetçi pozisyonlarına zarar vermeden azaltacağına inandırılmaya ihtiyaç duymaktaydılar. Takip eden süreçte, OECD üyesi devletlerin iç hukuk düzenlemeleri 1995 yılında analiz edilmiştir. 1996 yılında Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu'nun çalışmaları neticesinde, uluslararası rüşvetle mücadelede önceliğin, uluslararası rüşvetin suç haline getirilmesi ve izin verilen ile yasaklanan davranışlar arasında net bir çizgi çekilmesi olduğu konusunda mutabık kalınmıştır.⁶¹¹ Ayrıca 1996 Tavsiyesi ile kamu görevlilerine verilen rüşvetin vergiden düşülmesinin engellenmesi de önerilmiştir.⁶¹²

Bu kapsamda Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu, üye ülkelerin ulusal ceza yasalarını düzenlerken somut bir standarda bağlı kalabilmelerini sağlayabilmek adına, rüşvet suçuna ilişkin kabul edilmiş ortak unsurları (*Agreed Common Elements*) belirleyerek ortaya somut kriterler koymuştur. Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu tarafından ortaya konulan bu kriterler daha sonra 1997 yılında imzalanacak olan OECD Konvansiyonu'nun ana hatlarının ortaya çıkmasını sağlamıştır. 1994 Tavsiyesini takip eden yıllarda Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu'nun gayretleriyle olgunlaşan süreç sonunda meyvesini vermiş ve 23 Mayıs 1997 tarihinde OECD 1997 Tavsiyesi yayınlanmıştır. Böylelikle 1994 Tavsiyesi ile ortaya konulan soyut prensipler yerini daha anlamlı ve belirgin

⁶¹⁰ Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions, <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/312/312.en.pdf>, (Erişim: 13 Kasım 2018).

⁶¹¹ Pieth , Low ve Bonucci s.17.

⁶¹² Eren s.48-49.

çizgileri olan bir metne bırakmıştır.⁶¹³ 1997 Tavsiyesi toplamda 7 ana başlık altında taraf devletlerin atması gereken somut adımların anlatıldığı bir metin şeklinde kurgulanmıştır. Bu başlıklar sırasıyla, Genel, Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Suç Haline Getirilmesi, Vergiden Düşülebilirlik, Muhasebe Gereklilikleri ile İç ve Dış Şirket Denetimleri, Kamu Alımları, Uluslararası İşbirliği, Takip ve Kurumsal Düzenlemeler, Üye Olmayan Ülkeler ile İşbirliği ve Uluslararası Devlet ve Sivil Toplum Kuruluşları ile İlişkiler şeklindedir.

1997 Tavsiyesinin ekinde ise Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu'nun çalışmaları neticesinde ortaya çıkan rüşvet suçuna ilişkin kabul edilmiş ortak unsurlar (*Agreed Common Elements of Criminal Legislation and Related Action*) yer almaktadır.⁶¹⁴ Bu başlıklar ve ekte yer alan unsurlar yukarıda da bahsedildiği üzere OECD Konvansiyonu'nun yol haritasını oluşturmuştur.⁶¹⁵

OECD Konvansiyonu 29 OECD üyesi devlet ile teşkilat üyesi olmayan Brezilya, Arjantin, Şili, Slovakya ve Bulgaristan tarafından 21 Kasım 1997'de imzalanmış ve 2 senelik bir geçiş döneminin ardından 15 Şubat 1999'da yürürlüğe girmiştir. Daha önceki sayfalarda da bahsedildiği gibi, bu nitelikte bir konvansiyonun OECD nezdinde imzalanmış olmasının başlıca nedeni, OECD üyesi ülkelerin küresel ticarete hem ihracat hem de ithalat alanında en yüksek paya sahip olan ülkeler olmaları ve küresel ticaretin hacminin hatırı sayılır bir kısmını gerçekleştiren çok uluslu şirketlerin büyük çoğunluğunun üye ülkelerin tâbiyetinde olmalarıdır. OECD Konvansiyonu yani **Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi**, adından da anlaşılacağı üzere, yalnızca yabancı devlet görevlilerine rüşvet vermeyi önleme ve cezalandırma amacı güderek pasif rüşvet suçunu kapsam dışında bırakmıştır.⁶¹⁶

⁶¹³ Pieth , Low ve Bonucci s.18.

⁶¹⁴ Revised Recommendation of the Council On Combating Bribery in International Business Transactions., [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)123/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=En) (Erişim: 13 Kasım 2018).

⁶¹⁵ Aykın ve Avcı s.2.

⁶¹⁶ Tarhan, Gençkaya ve Ergin s.59.

OECD Konvansiyonu Türkiye tarafından 17 Aralık 1997 yılında imzalanmıştır. 01 Şubat 2000 tarihli ve 4518 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile OECD Konvansiyonu'nun onaylanması uygun bulunmuştur. Ardından 09 Mart 2000 tarihli ve 2000/385 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile OECD Konvansiyonu Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.⁶¹⁷

3.1.3.OECD Konvansiyonu

OECD Konvansiyonu, toplamda 17 madde ve 1 ekten oluşmaktadır. Bu bölümde Konvansiyon'un maddeleri ve kullanılan kavramlara ilişkin bir analiz yapılacaktır. Geneli itibariyle 1997 Tavsiyeleri'nin genişletilmiş ve hukuki bağlayıcılığı kuvvetlendirilmiş bir sürümü⁶¹⁸ olarak karşımıza çıkan OECD Konvansiyonu'nun 1. maddesi “*Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verme Suçu*”nu düzenlemektedir. Konvansiyon rüşvet dışındaki yolsuzluk türlerine uygulanmamaktadır. Bu anlamıyla, etkisi itibariyle tamamen yerel veya dolaylı ya da doğrudan menfaat temin eden kişinin bir kamu görevlisi olmadığı rüşvet suçları da Konvansiyon'un kapsamı dışında kalmaktadır. Bunun yanı sıra, uluslararası bir işin yürütümüyle bağlantılı olmayan veya böylesi bir işin kazanılması veya korunmasına dair avantajlar temin etme gayesiyle işlenmeyen rüşvet suçları da Konvansiyon'un kapsamı dışındadır.⁶¹⁹

Sözleşme ile yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçu (md.1), tüzel kişilerin sorumluluğu (md.2), yaptırımlar (md.3), para aklanması (md.7), muhasebe kuralları (md.8), adli yardımlaşma (md.9), iade (md.10), sorumlu makamlar (md.11), denetim ve takip (md.12) konuları düzenleme altına alınmıştır.

⁶¹⁷ 4518 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

⁶¹⁸ Pieth , Low ve Bonucci s.19.

⁶¹⁹ Sambrook s.75.

Konvansiyon 1. madde uyarınca uluslararası ticaretin yürütülmesinde bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi ve muhafazası amacıyla kamu görevlilerinin ifası zımında hareket etmesi veya hareket etmekten kaçınması için, yabancı bir kamu görevlisine kasıtlı olarak doğrudan veya dolaylı olarak hak edilmemiş para veya diğer yararlar öneren, vaat eden veya veren kişinin⁶²⁰ cezalandırılması için taraf ülkelerin gerekli tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca teşvik, yardım veya yetkilendirme yolları da dâhil olmak üzere, yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verilmesine ortak olma veya teşebbüs etme fiillerinin de taraf devletler tarafından suç olarak sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçuna iştirak ve teşebbüs hususları da birinci maddede düzenlenmiştir.

OECD Konvansiyonu rüşvet suçunun sadece veren tarafı ile ilgilenmektedir.⁶²¹ OECD Konvansiyonu 1. maddesine göre rüşvet haksız bir ödeme veya başka herhangi bir menfaat olabilir.⁶²² Bu düzenlemede rüşvet verilenin cezalandırılması konusunda bir hüküm yer almamaktadır. Yabancı kamu görevlilerinin rüşvet istemesi veya kabul etmesi fiillerinin suç hâline getirilmesi konusunda OECD Konvansiyonu'nda hüküm bulunmamaktadır. Uluslararası alandaki güncel tartışmalarda da rüşvetin talep eden tarafına yönelik bu düzenleme eksikliği eleştirilerin konusu olmakta ve OECD nezdinde de OECD Konvansiyonu'nun bu düzenleme eksikliğini pratik yansımaları değerlendirilmektedir. 2018 yılında Rüşvetle İlgili Çalışma Grubu yıllık istişare (*consultation*) kapsamında bir rüşveti alan kamu görevlileri ile ilgili

⁶²⁰ Konvansiyon'da taraf devletlerce cezalandırılması gereken fiiller olarak rüşvet "önermek, vaat etmek ve vermek" sözcüklerinin seçilmiş olmasının nedeninin, taraf devletlerin sözleşme kapsamındaki suç hâline getirme yükümlülüğünü eksiksiz bir biçimde, boşluk bırakmaksızın yerine getirmesinin sağlanması gayesinin güdülmesi olduğu tartışılmıştır, bkz. Eren s.51 "Bu tespitin temel dayanağı "önermek" ve "vaat etmek" kelimelerinin sözlük anlamlarına dayanmaktadır. Şöyle ki "önermek" kelimesi haksız menfaati sağlamaya hazır olduğunun belirtilmesini anlatır. "Vaat etmek", yapılan anlaşma kapsamında haksız menfaatin sonraki bir zamanda sağlanacağına söz vermek anlamına gelir. Vermek ise rüşvet teşkil eden haksız menfaatin aktarılmasını ifade eder. Ancak vermek eylemi bakımından mutlaka fiziksel olarak menfaatin teslimi gerekli değildir. Örneğin banka hesabına yapılan bir havale bu kapsamda değerlendirilebilir. Kelime anlamları dikkate alındığında rüşvet önermek ve vermek fiillerinin gerçekleşmesi bakımından daha önceden yapılmış bir rüşvet anlaşmasının varlığının gerekmediği anlaşılmaktadır".

⁶²¹ Henning, Public Corruption: A Comparative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law s.816.

⁶²² OECD Corruption: Glossary of International Criminal Standards, s.38.

düzenlemeler ve sonuçları araştırmıştır.⁶²³ Bu araştırma kapsamında ortaya çıkan tabloda, ülke uygulamalarında rüşveti alan ve veren açısından farklı hukuki sonuçların ortaya çıkabildiğini, rüşveti alan kamu görevlilerinin cezalandırılmayabildiğini ya da rüşvet veren tarafa oranla daha düşük cezalarla muhattap olabildiğini göstermiştir.⁶²⁴ Bu çalışma rüşvetin veren tarafa olduğu kadar talep eden tarafına da odaklanan holistik bir bakış açısının, rüşvetle mücadelede etkinlik kazandırılması açısından önemini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Konvansiyon madde 1/4/a uyarınca “*Yabancı Kamu Görevlisi*” tanımı yapılarak, seçilmiş veya atanmış olması farketmeksizin idari ya da adli bir görevi bulunan, kamu kurum ve kuruluşları da dâhil olmak üzere yabancı bir ülke için kamusal bir görev ifa eden her şahsın yabancı kamu görevlisi olduğu hüküm altına alınmıştır. Yabancı kamu görevlisi tanımının bu haliyle Konvansiyon’a girmesi ve özellikle siyasi parti mensuplarını kapsamıyor oluşu, bunları kapsam dışında bırakmanın büyük bir yasal boşluk yaratacağını düşünen ABD tarafından hayal kırıklığı ile karşılanmıştır.⁶²⁵ Aynı fıkranın b bendinde ise bir yabancı ülke kavramının, bir devletin ulusal düzeyden mahalli düzeye kadar tüm seviyelerini kapsayacağı düzenlenmiştir.⁶²⁶

OECD Konvansiyonu kolaylaştırma ödemeleri (*facilitation payments*) ile ilgili olarak, FCPA’ye de benzer şekilde, açık bir hüküm içermemektedir. Bu açıdan katı bir rüşvet tanımı yapılması sonucunda bazı ülkelerde bürokrasinin alt seviyelerinde gerçekleşen ödemelerin yasaklanmasının Konvansiyon’un ülkeler tarafından akdedilmesinin önünde engel yaratacağının kabul edilmiş olduğu ifade edilmiştir.⁶²⁷ Diğer taraftan, kolaylaştırma ödemelerinin ne olduğunun tanımlanmamış olması, bu ödemelerin bazı durumlarda rakip şirketleri birbirine karşı avantajlı ya da dezavantajlı konuma getirebileceği ve kamu görevlisinin

⁶²³ OECD Foreign Bribery Enforcement What Happens to the Public Officials on the Receiving End?; <https://oecdonthellevel.com/2018/12/05/taking-the-fight-against-corruption-to-the-demand-side-of-bribery/> (Erişim: 18 Mayıs 2018) ;<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/40498754.pdf> (Erişim: 15 Haziran 2018).

⁶²⁴ OECD Foreign Bribery Enforcement What Happens to the Public Officials on the Receiving End, s.7.

⁶²⁵ Gantz s.486.

⁶²⁶ 4518 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun madde 1.

⁶²⁷ Henning, Public Corruption: A Comperative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law s.819-820.

tarafsızlığına zarar verebileceği öngörüsü ile eleştirilmiştir. Bu eleştiriler de dikkate alınarak, OECD tarafından yayımlanan 2009 Tavsiye Kararı'nda düşük miktarda kolaylaştırma ödemelerinin engellenmesi tavsiye edilmiştir.⁶²⁸

Konvansiyon'un 1. maddesindeki yabancı kamu görevlisine rüşvet suçu tanımına bakıldığında, "aracılar vasıtasıyla" denilmek suretiyle yabancı kamu görevlisine dolaylı olarak teklif ya da vaat edilen ya da verilen haksız ödemelerin ya da diğer menfaatlerin de rüşvet kapsamında sayılması gerektiğinin düzenlendiği görülmektedir.⁶²⁹ Aracı gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Bu konuda bir kavram sınırlaması bulunmamaktadır.

Konvansiyon'un 2. maddesi, bu çalışmanın ana konusunu oluşturan tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu madde uyarınca taraf devletlerin, yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verilmesi halinde, işlenen suçtan tüzel kişilerin de sorumluluğuna gidebilmek için gereken önlemleri alacağı hüküm altına alınmıştır. Madde metninden de görüleceği gibi tüzel kişinin sorumluluğuyla ilgili herhangi bir hukuki nitelendirme yapılmamıştır.

Yaptırım hususu Konvansiyon'un 3. maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde uyarınca taraf devletler, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi suçunun etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlayacaktır.

Buradaki caydırıcılığın belirlenmesinde referans alınması gereken metin, önceki sayfalarda bahsedilen, 1997 Tavsiyesi'nin ekidir.⁶³⁰ Buna göre, yaptırımlar taraf ülkelerin iç hukuklarında tanımlanan rüşvet suçunda uygulanan yaptırımlardan farklı olmayacak ve gerçek kişiler için, karşılıklı adli yardım ve suçluların iadesine imkân verecek ölçüde hapis cezası öngörecektir.⁶³¹

⁶²⁸ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, IV no.lu tavsiye, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf> (Erişim: 15 Haziran 2018).

⁶²⁹ Aykın ve Avcı s.3.

⁶³⁰ Agreed Common Elements of Criminal Legislation and Related Action annexed to the Revised Recommendation of the Council On Combating Bribery in International Business Transactions, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)123/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=En), (Erişim 15 Haziran 2018)..

⁶³¹ Aykın ve Avcı s.4.

Konvansiyon'un 3. maddesinin 2. fıkrası ile taraf ülkelerin yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçunda tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmelerini sağlayacak tedbirleri almaları, ancak iç hukukları uyarınca cezai yaptırımların uygulanmadığı durumlarda tüzel kişilere etkili, orantılı ve caydırıcı başkaca yaptırımlar uygulamaları hüküm altına alınmıştır.

Aynı şekilde buradaki orantılılık ve caydırıcılığın belirlenmesinde referans alınması gereken metin de 1997 Tavsiyesi'nin ekidir. Buna göre suç konusu rüşvet ve rüşvet aracılığıyla sağlanan ticari işlemler sonucunda elde edilen kazançların tutarı dikkate alınarak, tüzel kişilere para cezaları ya da diğer idari yaptırımların uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Konvansiyon'un yaptırımları düzenleyen 3. maddesinin 3. fıkrası ise yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin ve rüşvet gelirlerinin müsadere edilebilir olması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bu fıkrada bahsedilen rüşvet gelirlerinin anlaşılabilmesi için başvurulması gereken kaynak ise OECD Konvansiyonu Şerhi'dir.⁶³²

Burada sözü edilen rüşvet gelirleri, rüşvet aracılığıyla elde edilen ya da muhafaza edilen ticari işlemler ya da diğer haksız menfaatlerden kaynaklanan kazanımlar olarak tanımlanmıştır.⁶³³ Rüşvetin ya da gelirlerinin saklanması, harcanması ya da üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunması nedeniyle müsadere edilmesinin imkânsız hale geldiği durumlarda, OECD Konvansiyonu'nda rüşvet ya da rüşvet gelirlerine eş değerdeki malvarlığının müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır.⁶³⁴ Konvansiyon'un 3. maddesinin 3.fıkrası, eş değerdeki malvarlığının müsadere edilebilmesine ilaveten, eş değer etkiye sahip para cezalarının da uygulanmasına imkân vermektedir.

⁶³² Commentaries on the OECD Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf (Erişim: 15 Haziran 2018).

⁶³³ Commentaries on the OECD Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, s. 21, https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf (Erişim: 15 Haziran 2018).

⁶³⁴ OECD Corruption: Glossary of International Criminal Standards, s.44-4.

Bunun yanı sıra taraf devletlerin, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi suçundan yaptırıma tâbi tutulan her şahıs için ilave, idari ve hukuki tedbirleri göz önünde bulundurması gerektiği düzenlenmiştir.

3.1.4.OECD Konvansiyonu'nun Uluslararası Alanda Yolsuzlukla Mücadele Uygulamalarına Etkisi

OECD Konvansiyonu'nun gerekli kıldığı yolsuzlukla mücadele konusunda taraf devletlerarası adli yardımlaşma ve iş birliği mekanizmaları küresel boyutta ulus ötesi yolsuzluk yasalarının uygulanmasıyla ilgili uygun zemini hazırlamış olmasına rağmen, pek çok OECD üyesi devlet bu mekanizmaları işleterek kendilerinin yabancı yolsuzluk karşıtı yasalarını uygulamakta ABD kadar muvaffak olamamışlardır. OECD üye devletlerinin büyük çoğunluğu, ülkelerinde yürürlükte bulunan yabancı yolsuzluk yasalarını neredeyse hiç uygulatamamışlardır. TI ve OECD Rüşvetle Çalışma Grubu'nun çalışmalarına da yansıyan bu husus, pek çok üye devlette yürütülen yabancı rüşvet soruşturmalarının politik olarak yeterince desteklenmediğine ve bu soruşturmalara yeterli kaynak ayrılmadığına ilişkin bir kanaat oluşmasına neden olmaktadır.

OECD Konvansiyonu üye ülkelere mevzuatlarını hangi yönde geliştirmeleri gerektiği yönünde güçlü bir rehberlik yapmaktadır. Diğer taraftan, yasaların değişiminin uygulamaya etkisinin nasıl olması gerektiği ve icraları hakkında aynı derecede yol gösterici olduğunu söylemek güçtür. Özellikle taraf devletlerin daha etkin soruşturma ve kovuşturma süreçleri yönetmeleri için yeterli bir yönlendirmede bulunmamaktadır. Taraf devletler ilgili yasalarını OECD Konvansiyonu ile mükemmel seviyede uyumlu hale getirirken, hala bu yasaların uygulanması konusunda düşük performans gösterebilmektedir. Üstelik de bu durumun sadece teorik bir sorun olmadığı, Konvansiyon'un imzalanmasından on beş sene geçmiş olmasına rağmen 2012 yılında taraf devletlerden yarısının hiçbir yabancı kamu görevlisine rüşvet nedeni ile yerel

bazda soruşturma ve kovuşturma süreci yürütmediği ifade edilmiştir.⁶³⁵ Türkiye de bunun güzel örneklerinden birisidir.

OECD Konvansiyonu'nu henüz arzu edilen seviyede bir uygulama etkinliği sağlamamakla birlikte, son on yıl içinde taraf devletlerarasından birkaç ülke yolsuzlukla mücadele konusunu öncelik haline getirerek somut adımlar atmıştır. Özellikle ilerleyen bölümlerde daha detaylı olarak aktarılacağı üzere, Almanya, İsviçre ve Birleşik Krallık'ta yolsuzlukla mücadele konusunda hem yasalarda yapılan revizyonlarla somut adımlar atılmış hem de araştırma ve soruşturma süreçlerine politik destek sağlanarak yolsuzluk olaylarının aydınlatılması için çaba harcanmıştır. Hatta global ekonomik etkileri olabilecek birkaç davanın soruşturma süreçlerinde ABD otoriteleriyle iş birliği yapılmıştır. OECD Konvansiyonu taraf devletlerinden birkaçı savcılara geniş yetkiler vererek, davaların uzlaşma yolu ile sona erdirilmesini, bu yöntemle de hem olayların aydınlatılmasıyla ilgili bir teşvik sağlanması, hem de inceleme süreçlerinin hızlanması hedeflenmiştir. Örneğin Birleşik Krallık, 2011 yılında güncellediği UKBA ile Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmakta olan DPA sistemini uygulamaya almıştır. Öte yandan yine Fransa, yürürlükteki Loi Sapin II yasasını, yine Amerikan tarzı NPA'ı uygulamaya alarak revize etmek için adımlar atmakta ve bu anlaşmayı yapmaya yetkili olacak resmi bir devlet organı yaratılması ile ilgili çalışmalar yürütmektedir. Yolsuzlukla mücadele konusunda Amerika Birleşik Devletleri bir rol model olarak karşımıza çıksa da, OECD üyesi devletler arasında Amerika'nın yolsuzluk karşıtı yasalarını ihraççı konumdaki Amerikan şirketlerini koruyacak ve onlara tüm dünyada rekabet avantajı temin edecek şekilde işlettiği konusunda yaygın bir şüphe bulunduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle de dünyada yolsuzlukla mücadelenin geleceğinin, her devletin kendi içinde yürütmekte olduğu veya yürüteceği soruşturmalarla şekilleneceği de öngörülmektedir.⁶³⁶

⁶³⁵ Brewster, The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention s.87; Özer s.151.

⁶³⁶ Brewster ve Buel, The Market for Global Anticorruption Enforcement s.212-214.

Ülkemizde de bu bölümde ele alınan uluslararası antlaşmaların içinden OECD Konvansiyonu, mevzuat uyumlaştırma çalışmaları açısından uyum seviyemizin en yüksek olduğu antlaşmadır.⁶³⁷

3.2. AK ve Rüşvet Suçuna İlişkin Düzenleme ve Tavsiyeler

İnsan hakları, hukukun üstünlüğü, demokrasinin korunması temel ilkesi üzerine inşa edilmiş politikaları hayata geçirmek için kurulmuş olan AK⁶³⁸ de uluslararası alanda rüşvetle mücadelede etkin rol alan kurumlarından birisidir. AK rüşvetin önlenmesini yolsuzlukla mücadelenin önemli bir unsuru olarak görerek, düzenlemelerinde rüşvet suçunun suç haline getirilerek önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır.

AK'nin rüşveti suç haline getirmeyi öngören ve yolsuzlukla mücadele kapsamında uluslararası alanda rüşvetle mücadeleyi hedef alan düzenlemeleri ve faaliyetleri arasında Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi (*Criminal Law Convention On Corruption*) esaslarından ve Yolsuzluğa Karşı Olan Ülkeler Topluluğu (*The Group of States against Corruption*) ("GRECO")'nun çalışmalarından bahsetmek gereklidir.

3.2.1. Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi (*Criminal Law Convention On Corruption*)

AK nezdinde 1994 yılında gerçekleşen Avrupa Adalet Bakanları Konferansı'nda (Valletta, 1994) yolsuzluğa karşı mücadele çalışmalarının AK'nin bir hedefi olarak başlatılmasının ardından⁶³⁹, 1995 yılında (Strazburg,

⁶³⁷ TEPAV s.8.

⁶³⁸ <http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konsevi.tr.mfa> (Erişim: 5 Mayıs 2017)

⁶³⁹ Council Of Europe GRECO - Group of States against Corruption - The Council of Europe anti-corruption body (2017).

1995) Yolsuzlukla İlgili Çokdisiplinli Grup (*Multidisciplinary Group on Corruption*) kurulmuş, ardından da Kasım 1996'da (Strazburg, 1996) AK Bakanlar Komitesi tarafından Yolsuzluğa Karşı Eylem Programı (*Programme of Action against Corruption*) açıklanmıştır. Bunları 1997 yılında yine AK Bakanlar Komitesi'nin (97) 24 sayılı kararı ile yayımlanan Yolsuzlukla Mücadelede Rehber İlkeler'i (*Guiding Principles for Fight Against Corruption*) takip etmiştir. Bu şekilde, AK bünyesinde çalışmalara etkinlik kazandırmak, uluslararası yasal enstrümanların hızla geliştirilmesi amacı ile yolsuzlukla mücadele alanında ve özellikle rüşvetle mücadeleyi esas alan bir düzenleme yapılmasına karar verilmiştir. Nihayetinde, AK Bakanlar Komitesi tarafından 27 Ocak 1999'da onaylanan "Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi" belirli yolsuzluk suçları için ortak bir ceza politikası ve uygulama standardı geliştirmek gayesiyle yürürlüğe konulmuştur. 2000 yılında ise ülkemizin yolsuzlukla mücadele alanındaki çalışmaları sırasında gözetmesi gereken bir diğer belge olan Kamu Görevlileri İçin Davranış Kuralları (*Codes of Conduct for Public Officials*) tavsiyeleri yayımlanmıştır.⁶⁴⁰

Sözleşmeye taraf olan devletler, kamusal yaşamda, kamu yönetiminde ve özel sektörde yolsuzluğu engellemek amacıyla, iş birliği içinde çalışmayı ve Sözleşme'nin öngördüğü asgari standartları karşılayan düzenlemeler yapmayı kabul etmişlerdir. Çeşitli yolsuzluk suçlarının düzenlendiği 42 maddelik bu sözleşmede rüşvet suçu da detaylı olarak düzenlenmiştir. Türkiye tarafından 27 Eylül 2001 tarihinde Strazburg'da imzalanan "Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi", TBMM'de 5065 sayılı kanunla 14 Ocak 2004 tarihinde kabul edilmiştir.⁶⁴¹

Sözleşme ile ulusal kamu görevlilerinin aldığı aktif rüşvet (md.2), ulusal kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen pasif rüşvet (md.3), ulusal meclis üyelerinin aldıkları rüşvet (md.4), yabancı kamu görevlilerinin rüşvet alması (md.5), yabancı meclis üyelerinin rüşvet alması (md.6), özel sektördeki aktif

⁶⁴⁰ TEPAV s.8... bunların yanında Avrupa Birliği'ne aday olan ülkemizin Aday Ülkelerde Yolsuzlukla Mücadelenin Güçlendirilmesine İlişkin On İlke'yi (*Ten Principles for Improving the Fight Against Corruption in the Candidate Countries*) de yolsuzlukla mücadele çalışmalarında dikkate alması gerekmektedir. https://www.tepav.org.tr/upload/files/1269871534r6711.Yolsuzlukla_Mucadele_Kanunlar_Yonetmelikler_Uluslararası_Sozlesmeler_Eylem_Planlari.pdf. (Erişim: 17 Mayıs 2017)

⁶⁴¹ Karakaş ve Çak s.93.

rüşvet (md.7) ve pasif rüşvet (md.8), uluslararası örgütlerdeki görevlilerin aldığı rüşvet (md.9), uluslararası niteliğe sahip meclis üyelerinin aldığı rüşvet (md.10), uluslararası mahkemelerdeki yargıç ve savcılarının aldığı rüşvet (md.11) suçları düzenlenmiştir.

2003 tarihinde imzaya açılan “Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’ne Ek Protokol (No.191)” ile rüşvet suçuna ilişkin olarak ülke içi hakemlere rüşvet verilmesi, ülke içi ve yabancı hakemlerin rüşvet eylemi, ülke içi jürilerin rüşvet eyleminin de suç olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde Sözleşme’nin kapsamı genişletilmiştir.⁶⁴² Türkiye aynı zamanda Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 15.01.2003 tarihinde imzaya açılan Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’nin 191 Nolu Ek Protokol’ünü de 12.04.2012 tarihinde imzalanmış. TBMM tarafından söz konusu ek protokolün 07.05.2014 tarih ve 5939 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan ek protokol, Bakanlar Kurulu’nun 06.06.2014 tarihli kararıyla onaylanmıştır.⁶⁴³ Bu protokol ile ulusal ölçekte hakemler ve jüri üyelerinin rüşvet fiillerinin cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmasını öngörmektedir. Bu düzenlemeler, Sözleşme’nin ulusal kamu görevlileri ile ilgili rüşvet fiillerinin taraf devletlerce suç hâline getirilmesine ilişkin hükümleri ile aynıdır.

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, OECD Konvansiyonu’ndan farklı olarak yabancı kamu görevlilerine ilişkin rüşvet suçunun oluşabilmesi için uluslararası ticaretin yürütülmesinde iş veya diğer bir haksız menfaati elde etmek veya muhafaza etmek için bir menfaatin sağlanması unsurunu içermemektedir.⁶⁴⁴

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, bu çalışma kapsamında incelenen diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili olarak detaylı bir hüküm içermektedir. Bu hüküm Sözleşme’nin madde 18 düzenlemesidir. Buna göre, “*Taraflardan her biri, tüzel kişiliğin temsil gücüne veya tüzel kişi adına karar alma yetkisine; ya da tüzel kişi*

⁶⁴² Özer s.53.

⁶⁴³ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/191> (Erişim: 6 Temmuz 2018).

⁶⁴⁴ Özalp s.77.

bünyesinde kontrol icra etme yetkisine dayanarak tüzel kişi bünyesinde lider pozisyonda olan tüzel kişi organının bir parçası olarak veya herhangi bir gerçek kişi tarafından tüzel kişinin menfaati için aktif bir şekilde rüşvet alma, nüfuz ticaretinde bulunma, bu Sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilen kara para aklama faaliyetini gerçekleştirme ve gerçek kişilerin yukarıda sayılan suçlarda yardımcı veya kışkırtıcı bir faktör olarak yer almaları gibi cezai nitelikteki suçlar açısından tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmelerini sağlamak için gerekli olan yasal niteliğe sahip olan ya da diğer nitelikteki tüm tedbirleri alır”.

3.2.2. Yolsuzluğa Karşı Olan Ülkeler Topluluğu (*The Group of States against Corruption*) (GRECO)

AK nezdinde, Valletta 1994’te uluslararası yolsuzlukla mücadele çalışmalarının güçlenmesi için örgütlenme ihtiyacı ortaya konulmuştur.⁶⁴⁵ Akabinde, 4 Mayıs 1998 tarihinde gerçekleştirilen 102. AK Bakanlar Komitesi toplantısında alınan (98) 7 sayılı ilke kararı ile⁶⁴⁶, 1999 yılında taraf ülkelerin bu sözleşmeye uygun davranıp davranmadıklarını denetleme ve gözetleme göreviyle, Yolsuzluğa Karşı Olan Ülkeler Topluluğu (*The Group of States against Corruption*) (GRECO) kurulmuştur. GRECO’nun asli görevi, üye ülkelerin mevzuatlarının AK’nin yolsuzlukla mücadele standartlarına uygunluklarını etkin bir şekilde takip edip, değerlendirip, ihtiyaç duyulan yasal ve kurumsal değişikliklerin yapılmasını sağlamaktır. Böylelikle, GRECO’ya üye ülkelerin yolsuzlukla mücadele kabiliyetleri geliştirilebilecektir.⁶⁴⁷

GRECO kendi tüzüğüne göre yönetilmektedir. Her üye ülke, örgütün genel toplantılarına katılma ve oy hakkına sahip iki tane üye atama hakkına

⁶⁴⁵ TEPAV, Yolsuzlukla Mücadele Mevzuatı ve Uluslararası Müktesebat ; https://www.tepav.org.tr/upload/files/1269871534r6711.Yolsuzlukla_Mucadele_Kanunlar_Yonetmelikler_Uluslararası_Sozlesmeler_Eylem_Planlari.pdf. (Erişim: 17 Mayıs 2017)

⁶⁴⁶ Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü GRECO.

⁶⁴⁷ Y. Çakır s.131.

sahiptir. GRECO, hem OECD hem de BM ile iş birliği içinde çalışmakta, her iki kuruluşun da etkinliklerine gözlemci statüsü ile katılmaktadır.⁶⁴⁸ Ülkemiz, 1 Ocak 2004 tarihinde GRECO'ya üye olmuştur.⁶⁴⁹

Yukarıda aktarılan denetim mekanizması sayesinde, GRECO 2004 yılında üye olan Türkiye ile ilgili bugüne kadar dört değerlendirme raporu hazırlamış ve yolsuzlukla mücadele konusunda ülkemizin atması gereken somut adımlara işaret etmiştir. Birinci ve ikinci değerlendirme raporu, birleşik şekilde, 10 Mart 2006 tarihinde, üçüncü değerlendirme raporu 26 Mart 2010 tarihinde ve son olarak dördüncü değerlendirme raporu 16 Ekim 2015 tarihinde, Strasbourg'ta kabul edilmiştir. Bu değerlendirme raporlarına bakılarak aslında Türkiye'nin yolsuzlukla mücadele konusunda son yirmi sene içerisinde geçirdiği tüm aşamalar anlaşılabilir.

GRECO raporları ile ilgili olarak genel bir değerlendirme yapıldığında ilk iki değerlendirme raporunun, Türkiye'nin yolsuzlukla mücadele konusunda hangi aşamada olduğunun tespiti ve bu konuda atılması gereken ilk somut adımları ortaya koymuş olduğu ifade edilebilir. Bu raporlara göre Türkiye'de yolsuzluk çözülmesi gereken en önemli problemlerden biri olarak görülmektedir. I. Uygunluk raporunda alıntılanan TESEV'e ait 2001 tarihli anket çalışmasında toplanan veriler uyarınca toplumun, Türkiye'de yolsuzluğun kamu ve özel sektörde hem merkezde hem de yerelde oldukça yaygın olduğuna dair bir algısı bulunmaktadır. Yine aynı çalışma, yolsuzluğun yoğunlaştığı alanların, özelleştirme programları ve kamu ihaleleri olduğunu ortaya koymaktadır. Yolsuzluk meselesinde kamunun bu derece dahiliyeti bulunduğu dair algı, hem GRECO raporu hem yukarıda bahsedilen TESEV anketi uyarınca, ülkemize yapılacak yabancı yatırımların önündeki temel engel olarak görülmektedir. GRECO birinci ve ikinci değerlendirme raporunda, yakın geçmişteki bir takım yolsuzluk skandallarının, yolsuzluğun politikanın en yüksek mertebelerine, kamu idaresine ve hatta yargıya kadar yayılmış bulunduğu aktarılmaktadır. Birinci ve ikinci birleşik değerlendirme raporunda GRECO'nun, Türkiye'ye verdiği tavsiyeler özetle, özellikle meclis üyelerinin ve

⁶⁴⁸ Y. Çakır s.131.

⁶⁴⁹ Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü GRECO.

genel olarak kamu görevlerinin yargı bağısıklıkları ile soruşturma usullerinin gözden geçirilmesi ve yolsuzluğun tespiti ile kovuşturulmasının kolaylaştırılmasına hizmet edecek şekilde regüle edilmesi, yolsuzluk soruşturmalarını yürütecek tüm kamu görevlerinin özel bir eğitim programına tabi tutulması, kamu denetçiliği kurumunun Türkiye'deki kurumuna yüksek önem verilmesi ve yolsuzluğun tespiti ile bildirilmesini kolaylaştırıcı uygulamalar ve politikalar ortaya koyulması başlıkları altında toplanabilecektir.⁶⁵⁰

GRECO'nun üçüncü değerlendirme raporu ana tema olarak siyasi partilerin fonlanmasında şeffaflık meselesi üzerine eğilmektedir. Özetle ikinci değerlendirme raporunda GRECO, siyasi parti hesaplarının daha şeffaf tutulmasını, üyelerin giderleri hakkında daha kapsamlı beyanlarda bulunmalarını ve siyasi parti ile adayların kampanyalarının fonlanması süreçlerinde oluşabilecek yasa ihlallerine etkili, caydırıcı yaptırımlar öngörülmesini tavsiye etmektedir.⁶⁵¹ Bununla beraber, yabancı hakemlerin de rüşveti konusunda ek düzenleme yapılmasını tavsiye etmiştir.”⁶⁵² Bu raporda ayrıca, GRECO özel sektörde rüşvet konusunda, 5237 sayılı TCK md. 252'nin “*kamu katılımlı veya kamu yararına hareket eden sınırlı sayıda teşekkül*”ü kapsamasını yetersiz bularak; özel sektör her görevde çalışan ya da bu teşekkülleri yöneten her kişiye uygulanabilir şekilde özel sektörde rüşvet almayı ve vermeyi, AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 7 ve 8.maddeleri uyarınca, cezalandırmayı tavsiye etmiştir.⁶⁵³ GRECO'nun diğer bir tavsiyesi ise etkin pişmanlıkla ilgili hükmün yeniden düzenlenmesi olmuştur. ⁶⁵⁴ GRECO'ya göre, rüşvet anlaşmasının tamamlanması ile suçun oluşmasının şart koşulmuş olması nedeni ile, gönüllü vazgeçme halinde rüşvete teşebbüs cezasız kalacaktır.⁶⁵⁵ GRECO,

⁶⁵⁰ GRECO, Türkiye Hakkında I. Değerlendirme Raporu paragraf 80; [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_orgutler/greco_turkiye_raporlar/GrecoEval1-2\(2005\)3_Turkey_TR.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_orgutler/greco_turkiye_raporlar/GrecoEval1-2(2005)3_Turkey_TR.pdf)

⁶⁵¹ GRECO, Türkiye Hakkında III. Uygunluk Raporu paragraf 80, [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_orgutler/greco_turkiye_raporlar/GrecoRC3\(2012\)4_Turkey_TR.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_orgutler/greco_turkiye_raporlar/GrecoRC3(2012)4_Turkey_TR.pdf)

⁶⁵² B. Tarhan, Rüşvetin Anlaşması Mı Olur; GRECO Türkiye Hakkında III. Uygunluk Raporu, paragraf 25-26.

⁶⁵³ GRECO Türkiye Hakkında III. Uygunluk Raporu, paragraf 29.

⁶⁵⁴ B. Tarhan, Rüşvetin Anlaşması Mı Olur, GRECO Türkiye Hakkında III. Uygunluk Raporu, paragraf 25-26.

⁶⁵⁵ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. sf. 55

AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin bir anlaşma yapılmasını şart koşmadığını rüşvet teklif, vaat veya talebine teşebbüsün de ceza miktarında indirim yapılmadan, ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir.⁶⁵⁶

5237 sayılı TCK 2012 yılında değiştirilirken GRECO'nun bu tavsiyeleri de dikkate alınmıştır. Ancak değişiklikler kapsamında hala GRECO'nun tavsiyelerine tam uyumlu olmayan hususlar yer almaktadır. Bu uygunsuzluklar GRECO'nun dördüncü değerlendirme ve uyum raporlarında ele alınmıştır.

GRECO'nun dördüncü değerlendirme raporunda⁶⁵⁷ değerlendirme konusu olarak meclis üyeleri, hâkimler ve savcılar düzeyinde yolsuzluğun önlenmesi ele alınmaktadır. Bu kapsamda GRECO dördüncü değerlendirme raporunda Türkiye'ye, sivil toplumun yasama prosedürüne daha çok dâhil edildiği ve yönetişimin ön plana çıkarıldığı bir yasama süreci tasarlanmasını, meclis üyelerinin mal beyanlarının doğrulanmasına dair bir sistem geliştirilmesini, HSYK'nın daha bağımsız bir yapıya kavuşturularak politik etkilerden uzaklaştırılmasını ve hem meclis üyelerinin hem hâkim ve savcılarının görevlerini yerine getirirken uyacakları etik kodların düzenlenerek yayımlanmasını tavsiye etmiştir.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ GRECO, Türkiye Hakkında III. Uygunluk Raporu paragraf 14.

⁶⁵⁷ GRECO, Fourth Evaluation Round Corruption Prevention in Respect Of Members Of Parliament, Judges and Prosecutors, paragraf 241; <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680792de8> (Erişim: 5 Ocak 2019)

⁶⁵⁸ GRECO, Fourth Evaluation Round Corruption Prevention in Respect Of Members Of Parliament, Judges and Prosecutors, paragraf 241 (Erişim: 5 Ocak 2019).

3.3. BM ve Rüşvet Suçuna İlişkin Düzenlemeler

3.3.1.Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*)

15 Kasım 2000’de İtalya’nın Palermo kentinde imzalanan “Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” BM’nin konuyla ilgili ilk yasal belgesidir. Sözleşmenin amacı, sınırşan örgütlü suçların önlenmesi ve bu suçlarla daha etkili bir şekilde mücadele edilmesi için iş birliğini geliştirmektir.

Organize suçlarla mücadelede ilk uluslararası metin olan⁶⁵⁹ Sözleşme’de yolsuzluğun tanımı yapılmış, taraf devletlerin dürüstlüğü hâkim kılmak ve kamu görevlilerinin yolsuzluğunu önlemek ve cezalandırmak için yasal ve idari tedbirleri alması gerektiği, suçluların iadesi, karşılıklı adli ve idari yardım, ortak soruşturmaların nasıl yapılacağı, özel soruşturma yöntemlerinin neler olduğu, tanıkların korunması, mağdurlara yardım ve koruma sağlanması, örgütlü suçların mahiyetine ilişkin bilgilerin toplanması, değişimi ve analizi, eğitim ve teknik yardım konularında düzenlemeler yapılmıştır.⁶⁶⁰

Sözleşme 30 Ocak 2003 tarih ve 4800 sayılı Kanunla onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline getirilmiştir.

Sözleşme kapsamında kara para aklama ile mücadele ilkelerinin detaylı bir biçimde belirlendiği (md.7) ve açıkça rüşvet nitelmesi yapılmamakla birlikte; yolsuzluğun suç haline getirilmesi başlığı altında (md.8) rüşvet suçunun tanımının yapıldığı ve rüşvet verme/alma fiillerinin suç olarak düzenlenmesi konusunda taraf devletlere ödev yüklendiği görülmektedir. Bu suçun faili kamu görevlisi tanımı ise; *kamu görevi yapan veya iç hukukta tanımlandığı şekilde kamuya yönelik bir hizmet gören ve bu hizmeti veren kişinin bulunduğu taraf*

⁶⁵⁹ Özalp s. 74.

⁶⁶⁰ Özalp s. 74.

devletin ceza yasasına göre de hizmeti bu şekilde uygulayan kişi şeklinde ifade edilmiştir. Madde kapsamında taraf devletlere ayrıca yabancı kamu görevlileri ve uluslararası memurların rüşvet suçunun bir parçası olma konusunda da gerekli cezai düzenlemeleri yapma görevi yüklenmiştir. Sözleşme yolsuzlukla mücadele kapsamını rüşvet suçu ile sınırlı tutmamış, taraf devletlerin yolsuzluğun diğer biçimlerini de suç haline getirmesi gerektiğini ve hem rüşvet suçuna hem de suç olarak ihdas edilen diğer yolsuzluk eylemine iştirak etmenin de suç olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir (madde 8/2, 3).

Sözleşme’de açıkça uluslararası alanda rüşvetin düzenlenmesine ilişkin bir yükümlülük getirilmemekle birlikte, 8. maddenin 2. fıkrası ile, rüşvet suçunun eylemlerin yabancı kamu görevlileri veya uluslararası memurların katılımıyla gerçekleştirilmesi hallerinin suç olarak düzenlenmesi konusunu taraf devletlerin takdirine bırakmaktadır. Diğer taraftan, OECD Konvansiyonu’ndan farklı olarak, rüşvetin alan tarafına da odaklanılmakta ve rüşvet alan kamu görevlisinin de cezalandırılması gerekliliği ifade edilmektedir.

Taraf devletlerin yolsuzluğun önlenmesi, ortaya çıkarılması ve cezalandırılmasına ilişkin olarak gerekli yasal, idari veya diğer etkin önlemlerin alacakları da Sözleşme madde 9 altında düzenlenmiştir. Tüzel kişilerin sorumluluğu Sözleşme’nin 10. maddesi ile düzenlenmiş olup bu konu çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı olarak incelenmiştir. Sözleşme’nin uygulanmasını gözden geçirmek ve teşvik etmek için Taraflar Konferansı kurulacağı 32. madde altında düzenlenmiştir.

Özetle Sözleşme’nin amacı, uluslararası iş birliğinin tesis edilmesi ve böylece örgütlü suçlara ilişkin mücadelenin etkinliğinin artırılmasıdır. Üye ülkelerin bu tür suçların önlenmesi için ulusal düzeyde projeler ortaya koyması ve geliştirmesi de madde 31 aracılığı ile istenmektedir.⁶⁶¹

⁶⁶¹ Karakaş ve Çak s. 82.

Taraf devletlerin bu Sözleşme uyarınca yükümlülüklerin ifası sürecinde toprak bütünlüğü ve egemenlikler arası eşitlik ilkelerini göz ardı etmemeleri de madde 3 altında ifade edilmiştir.⁶⁶²

3.3.2. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (*United Nations Convention Against Corruption*)

BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi 18 Mayıs 2006 tarihli 5506 sayılı Kanunla onaylanmış, 24 Mayıs 2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Yolsuzluk ile mücadele alanında gerçekleştirilen en önemli düzenleme yüzden fazla ülke tarafından imzalanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 04 Aralık 2000 tarih ve 55/61 sayılı kararla onaylanan “BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi”dir. Sözleşme 14 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından da 10 Aralık 2003 tarihinde imzalanmış olup, 18 Mayıs 2006 tarih ve 5506 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Yolsuzlukla mücadele alanında ilk küresel hukuk belgesi niteliğinde olan Sözleşme, yolsuzlukla mücadele konusunda etkin ve etkili bir uluslararası iş birliği mekanizması kurmayı hedeflemekte olup, mal varlıklarının geri alınması hususu sözleşmenin asıl konusunu oluşturmaktadır. Bu husus, yolsuzluk oranlarının yüksek olduğu ve yolsuzluğun etkisinin çok fazla hissedildiği az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler için büyük önem arz etmektedir.⁶⁶³

Türkiye tarafından da imzalanan Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*) 8. maddesi ile “yolsuzluk” sınır aşan bir suç olarak kabul edilmiştir.

BM Genel Kurulu, bu yaklaşımdan hareketle, 4 Aralık 2000 tarih ve 55/61 sayılı kararıyla yolsuzlukla mücadele alanında sınır aşan örgütlü suçlarla

⁶⁶² Karakaş ve Çak s. 82.

⁶⁶³ Topkaya ve Topkaya s.26.

mücadele sözleşmesinden bağımsız bir uluslararası aracın oluşturulması önerisinde bulunmuş ve bunun için Viyana’da bir *ad hoc* (özel amaçlı) komitenin oluşturularak görüşmelere başlanmasını tavsiye etmiştir.

Hükümetler arası uzmanlar tarafından BM Genel Kurulunun 55/61 sayılı tavsiye kararına uygun olarak, 30 Temmuz – 3 Ağustos 2001 tarihleri arasında Viyana’da yapılan toplantı sonucunda, yolsuzlukla mücadele amacıyla bir sözleşme taslağı hazırlanması önerisinde bulunulmuştur. Bu öneri, BM Genel Kurulunun 31 Ocak 2002 tarihli 55/260 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Öneri, *ad hoc* komitenin bir sözleşme tasarısı hazırlamasını içermektedir. Tasarı kapsamında; tanımlar, yolsuzluk suçları, egemenliklerin korunması, yolsuzlukla mücadele araçları, önlemler, yaptırımlar, usulle ilgili işlemler, tüzel kişilerin sorumluluğu, tarafların ve mağdurların korunması, uluslararası iş birliğini geliştirme ve güçlendirme, yolsuzluk eylemlerinden kaynaklanan haksız kazançların transferi, iadesi, aklanması ile mücadele, teşvik, iş birliği, bilgilerinin toplanması, değişimi, gözetleme ve denetleme uygulamaları için gerekli mekanizmaların oluşturulması gibi alt başlıkların bulunmasını içermektedir.

Aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 9 ülke sözleşme taslağı sunmuş ve BM’ye üye ülkelerin çok büyük bir bölümünün delegasyonları ile Dünya Bankası, Avrupa Birliği Komisyonu ve TI gibi kuruluşların katılımıyla Mart 2002 tarihinde, Viyana’da *ad hoc* komite çalışmalarına başlamıştır.

Ad Hoc Komite tarafından yedi ayrı toplantı sonucunda Sözleşme oluşturulmuş ve BM Genel Kurulu tarafından Ekim 2003’te kabul edilmiş, 2005’te yürürlüğe girmiştir. BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi kapsamında yolsuzluk eylemi tanımlanmış, yolsuzluğun önlenmesi noktasında adli yardımlaşma ve iş birliği hükümlerine yer verilmiş ve alınması gereken tedbirler taraf devletlere bildirilmiştir. Birçok devlet Sözleşme’yi birtakım çekinceler koyarak imzalamış ve yürürlüğe koymuşsa da, Türkiye Sözleşme’nin 46. maddesinin 13 ve 14. bentleri uyarınca yapması gereken bildirim dışında bir çekince beyanında bulunmamıştır. İlgili madde düzenlemeleri incelendiğinde

Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olarak ve Sözleşme'yi yürürlüğe koyarak yardım konusunda bir yükümlülük altına girmek istemediği anlaşılmaktadır.⁶⁶⁴

Sözleşme kapsamında öngörülen yükümlülüklerin taraf devletlerce yerine getirilip getirilmediği konusu Sözleşmenin 63. maddesi uyarınca taraf devletler konferansı tarafından takip edilmektedir.⁶⁶⁵ Konferans her iki yılda bir toplanarak bir sonraki dönem için kararlar almaktadır. En son 2017'de Viyana'da toplanmış olan konferansta yedi farklı karar alınmış ve BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi uyarınca kapsamlı ve multidisipliner bir yaklaşım ile yolsuzluğun her türlü şeklinin önlenmesi ve mücadele konusu edilmesi gerektiği bir kez daha vurgulanmıştır.⁶⁶⁶

“Sözleşme'nin ilk vurguladığı husus yolsuzlukların önlenmesidir. Sözleşmeye göre yolsuzlukla mücadele kavramı hesap verebilirlik, şeffaflık, önleyici mekanizmaların kurulması ve tüm topluma yayılmış bir savaşı içermektedir. Sözleşmede yolsuzluğa karşı etkin cezai yaptırımları içeren bir yargı sisteminin altı çizilmektedir. Ayrıca uluslararası iş birliği mekanizmalarının yolsuzlukla mücadeledeki rolleri de vurgulanmalıdır. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin yolsuzlukla savaşa yapmış olduğu en önemli katkı, Sözleşmenin, suçluların yargılanması, yolsuzluğun önlenmesi ve gelirlerin kaynak ülkeye iadesi konusunda taraflara belli yükümlülükler yüklemesidir.”⁶⁶⁷

Sözleşme kapsamında ulusal kamu görevlilerinin rüşveti (md.15), yabancı kamu görevlilerinin ve uluslararası örgüt görevlilerinin rüşveti (md.16), malvarlığının kamu görevlilerince zimmete geçirilmesi, kötüye kullanılması ya da diğer biçimlere dönüştürülmesi (md.17), özel sektörde rüşvet (md.21), suç

⁶⁶⁴ Özer s.30-31; Türkiye'nin çekince koyduğu Sözleşme'nin 46.maddesinin 13 ve 14. fıkralarında, her taraf devletin, karşılıklı adli yardım taleplerini alma ve bunları yerine getirme veya yerine getirilmesi için yetkili makamlara iletme sorumluluğuna ve yetkisine sahip merkezi bir makam belirleyeceği ve karşılıklı adli yardım talepleri ve buna ilişkin herhangi bir yazışma taraf devletlerce belirlenmiş merkezi makamlara iletileceği düzenlenmiştir.

⁶⁶⁵ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.43.

⁶⁶⁶ UN Office on Drugs and Crime, UNCAC/COSP/session7/V.

⁶⁶⁷ Kayrak s.92.

gelirlerinin aklanması (md.23) ve tüzel kişilerin sorumluluğu (md.26) ve ihbarda bulunan kişilerin korunması (md.33) düzenlenmiştir.

Sözleşme düzenlemelerine göre ulusal kamu görevlilerinin rüşveti, yabancı kamu görevlilerine ve uluslararası örgüt görevlilerine rüşvet verilmesi ve malvarlığının kamu görevlilerince zimmete geçirilmesi, kötüye kullanılması ya da diğer biçimlere dönüştürülmesi suçlarının taraf devletlerin iç hukuklarına suç olarak alınmaları zorunludur. Yukarıda anılan ve taraf devletlerin iç hukuklarında suç olarak düzenlemeleri gereken suç tipleri dışında kalan eylemlerin suç olarak düzenlenmesi konusunda taraf devletlere bir takdir hakkı tanınmıştır.⁶⁶⁸ Dikkat çeken husus, yabancı kamu görevlileri ve uluslararası örgüt görevlilerinin rüşvet almalarına ilişkin cezai düzenlemeler konusunda taraf devletlere bir mecburiyet değil, takdir hakkı tanınmış olduğudur.⁶⁶⁹ Ancak iç hukuklara ihdası zorunlu kılınan bu suç tipleri esasında birçok ülkenin yasalarına daha önceki dönemlerde farklı uluslararası sözleşmelerin direktifleri kapsamında dâhil edilmiştir. Bu husus, uluslararası sözleşmeler ile yolsuzlukla mücadele konusunda önemli bir görüş birliği sağlandığını göstermektedir.

Ulusal kamu görevlilerinin rüşveti hakkındaki düzenleme altında rüşvetin haksız menfaat olarak ifade edildiği ve aktif rüşvet ve pasif rüşvet ayrımına yer verildiği görülmektedir. Pasif rüşvet, rüşvet talep edilmesi veya kabulü iken, aktif rüşvet aktif bir faaliyette bulunulması suretiyle rüşvet teklif edilmesi/verilmesidir.⁶⁷⁰ Aktif ve pasif rüşvet suçunun ayrı şekilde düzenlenmesi gerekliliğinin ardında, daha etkin bir uygulama imkânı verecek olması yatmaktadır.⁶⁷¹

Sözleşme madde 15 uyarınca, rüşvetin bir resmi görevin yerine getirilmesi çerçevesinde, bir işlemin yapılması veya yapılmaması için verilmesi gerekmektedir. Ayrıca hem doğrudan rüşvet hem de aracilar vasıtası ile verilen rüşvet eylemi suçlaştırılmalıdır. Bununla beraber madde 16 uyarınca,

⁶⁶⁸ Özer s.46-47.

⁶⁶⁹ Eren s.76.

⁶⁷⁰ Özer s.46.

⁶⁷¹ UNCAC, Legislative Guide, paragraf 192.

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf (Erişim: 5 Ocak 2019)

uluslararası ticari işlemlerin yürütülmesinde iş ya da başka haksız menfaat elde etmek yahut sürdürmek amacıyla, yabancı bir kamu görevlisi veya bir uluslararası örgüt görevlisine, resmi görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde bir menfaat temin edilmesini de suç olarak düzenlemelidir.

Rüşvet olarak teklif veya vaat edilen menfaatin niteliği ile ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Herhangi bir sınırlama yapılmamış olması maddi manevi herhangi bir menfaatin rüşvet suçunun konusunu oluşturabileceğini göstermektedir.

Sözleşmenin kamu görevlisi tanımı, Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi'nin kamu görevlisi tanımından daha geniştir.⁶⁷² Bununla birlikte, yine Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi'nden farklı olarak yabancı kamu görevlisine rüşvet suçunun düzenlenmesi konusunda üye ülkelere bir takdir yetkisi bırakılmamıştır.⁶⁷³

Sözleşme 21. maddesiyle özel sektörde aktif ve pasif rüşvet suçlarının da düzenlenmesi konusunda taraf devletlere tavsiyede bulunmaktadır.

2015 yılında Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin değerlendirmeler yayımlanmıştır. Yayımlanan bu rapor kapsamında taraf devletlere yolsuzlukla mücadele kanunlarını geliştirmelerine yönelik tavsiyelerde bulunulmuş ve özellikle tüzel kişi ceza sorumluluğu konularında taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan tedbir ve düzenlemelerin sınırlı olması eleştirilmiştir.⁶⁷⁴

⁶⁷² Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi'nde kamu görevlisi "Bu maddenin 1. fıkrasının ve bu Sözleşmenin 9. maddesinin uygulanması bakımından kamu görevlisi; "kamu görevi yapan veya iç hukukta tanımlandığı şekilde kamuya yönelik bir hizmet gören ve bu hizmeti veren kişinin bulunduğu Taraf Devletin ceza yasasına göre de hizmeti bu şekilde uygulayan kişi anlamına gelir." olarak tanımlanmışken BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi kapsamında kamu görevlisi kavramı çok daha detaylı olarak : " i) kıdemi göz önüne alınmaksızın, atanmış veya seçilmiş, sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz, bir Taraf Devletin yasama, yürütme, adli veya idari bir görevinde bulunan herhangi bir kişi; ii) bir Taraf Devletin iç hukukunda tanımlanan ve iç hukukunun ilgili alanında uygulanan şekliyle, bir kamu kurumu veya bir kamu teşebbüsü de dâhil olmak üzere, bir kamu görevi ifa eden veya bir kamu hizmeti gören diğer bir kişi; iii) bir Taraf Devletin iç hukukunda "kamu görevlisi" olarak tanımlanmış diğer kişileri ifade eder. Bununla birlikte, bu Sözleşmenin II. bölümünde yer alan bazı özel önlemler nedeniyle "kamu görevlisi", bir Taraf Devletin iç hukukunda tanımlandığı ve iç hukukun ilgili alanında uygulandığı şekliyle bir kamu görevi ifa eden veya kamu hizmeti gören kişi anlamına gelebilir" olarak tanımlanmıştır.

⁶⁷³ UNCAC, Legislative Guide, paragraf 176. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf (Erişim: 5 Ocak 2019).

⁶⁷⁴ Özer s.146.

3.4. Uluslararası Alanda Rüşvetle Mücadeleyi Destekleyen Sivil Kuruluşlar

Başta OECD olmak üzere uluslararası kamu kuruluşlarının faaliyetlerinin yolsuzlukla mücadeledeki rolü asla yadsınamayacak kadar büyük olsa da, bu konuda attığı adımlarla yön tayin eden tek güç kamu kuruluşları olarak görülmektedir.⁶⁷⁵ Özel inisiyatifler ve kuruluşlar da en az kamu kuruluşları kadar etkin çalışmalar yürütmüş ve yolsuzlukla mücadele konusuna katkı sağlamışlardır.

Uluslararası sivil toplum kuruluşları arasında TI, 1993 yılında içlerinde eski Dünya Bankası (*World Bank*) çalışanları ve o tarihte General Electric's'in baş hukuk müşaviri (*general counsel*) olan Fritz Heimann'ın da bulunduğu 10 kişilik bir grup tarafından kurulmuştur. 9 Şubat 1993'te bu 10 kişilik grubun La Hey'de imzaladığı kuruluş bildirgesi (*founding charter*) daha sonra derneğin 15 Haziran 1993'te Berlin'de tescili ile resmi olarak çalışmalarına başlamıştır. TI'nı 1993'te kuruluşu tam olarak ABD'de FCPA'nın Amerikan şirketlerinin uluslararası ticaretinin zorlaştığı ve FCPA'nın yürürlükten kaldırılamadığı bir ortamda, bu yasayı uluslararası alana yayma konusunda Amerikan hükümetinin OECD nezdindeki çalışmalarını arttırdığı döneme denk gelmektedir. Kurucu grubun içinde ABD'nin önemli bir sermaye şirketinin en üst düzey yöneticilerinden birisinin de yer alması bu anlamda uluslararası alanda rüşvetle mücadelenin ahlaki açıdan iyi olduğu kadar, Amerikalı şirketlerin üstün menfaatlerine de hizmet ettiğinin göstergesi olarak öne sürülmüştür.⁶⁷⁶

TI, 1993 yılında çalışmalarına başlamasından itibaren kendisini tamamen yolsuzlukluğun ortadan kaldırılmasına adanmıştır. Uluslararası sivil kuruluşlar içinde yolsuzluk ve rüşvetle mücadele konusunda çok etkin bir rolü olduğu kabul edilmektedir.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Unzicker s.678; E. K. Spahn s.3

⁶⁷⁶ Transparency International.; https://www.transparency.org/whoweare/organisation/fags_on_transparency_international/9 , (Erişim: 3 Ağustos 2018).

⁶⁷⁷ Y. Çakır s.132.;

1995 yılında TI da stajyer olarak çalışan Johan Graf Lambsdorff ülkelerle ilgili rüşvetin talep eden (*demanding bribes*) tarafına odaklanan algıyı ölçen bir yolsuzluk algı endeksi yaratmış ve bu çalışmanın hataen Der Spiegel gazetesine ulaşması ile CPI (*Yolsuzluk Algı Endeksi*) yolsuzlukla mücadele konusunda, devletlerin uluslararası alandaki güvenilirliklerine ilişkin önemli bir kaynak halini almıştır. TI daha sonra, 1999 yılında, CPI'dan edindiği deneyimini de yansıttığı, rüşveti veren (*supplying bribes*) tarafına odaklanan Rüşvet Veren Endeksini (*Bribe Payers Index*)'i yayınlamaya başlamıştır.⁶⁷⁸

Şeffaflık, dürüstlük ve hesap verebilirlik ilkelerini hâkim kılmak amacını güden TI; kamu, özel sektör, sivil toplum kuruluşları ile iş birliği içinde, tüm taraflara eşit mesafede durarak, toplumsal yapıyı oluşturan veya kamu gücünü kullanan tüm kişi kuruluşların açık, dürüst, yasal, etik, izlenebilir ve hesap verebilir şekilde davranması talebiyle, aynı ilkeler çerçevesinde faaliyetlerini sürdürmektedir.

3.5. Uluslararası Antlaşmalar Bakımından Özel Sektörde Rüşvet Suçu

Her ne kadar rüşvet suçu kamu görevlisine bir görevin ifasıyla ilgili haksız bir menfaat temin edilmesi olarak tanımlanmışsa da, uluslararası sözleşmelerde özel sektörde rüşvet verilmesi, alınması ve özel sektörde rüşvet eylemlerinin önlenmesi konusunda taraf devletlere birtakım yükümlülükler yüklenmesini konu edinen düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Küreselleşen dünya ile birlikte artan ticari ilişkilerle birlikte özel sektörde de yolsuzlukla mücadele edilmesi ve özellikle özel sektörde rüşvet suçunun da cezai yaptırım gerektiren

⁶⁷⁸ E. K. Spahn s.4.

bir suç olarak tanımlanması yönünde bir yaklaşım benimsendiği anlaşılmaktadır.⁶⁷⁹

Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi kapsamında özel sektörde rüşvet verilmesi (md.7) ve özel sektörde rüşvet alınması (md.8) konusunda iki ayrı düzenlemeye yer verilmektedir. Buna göre taraf devletler bir ticari etkinlik çerçevesinde özel sektördeki bir kurumu yöneten veya o kurum için çalışan bir kimseye / bir kimsenin; rüşvet verilmesi ve rüşvet alması eylemlerinin cezai müeyyide uygulanacak bir suç haline getirilmesi konusunda gerekli yasal ve diğer önlemleri alma görevi verilmiştir.

Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde özel sektörde rüşvete ilişkin açık bir hüküm yer almamakla birlikte, taraf devletlere özel kuruluşlarda dürüstlüğü korumak için öngörölmüş standartların ve usullerin teşvik edilmesi konusunda çağrıda bulunmuştur.⁶⁸⁰

OECD tarafından Mayıs 2011'de yayımlanan "Çok Uluslu Şirketler İçin OECD Rehberi" adlı rehberde de şirketlerin kamu görevlilerine ya da başka şirket çalışanlarıyla rüşvet suçunu oluşturan bir iletişimde bulunmamaları gerektiği belirtilmiştir.⁶⁸¹

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde ise Taraf devletlere özel sektörde yolsuzluğu önlemek için gerekli önlemleri alma ödevi yüklenmiş, bu önlemlerin ihlal edilmesi durumunda ise devletlerin etkin, orantılı, caydırıcı nitelikte hukuki, idari veya cezai yaptırımlar belirlemesi gerektiği düzenlenmiştir (md.12). İlgili madde kapsamında taraf devletlerce alınabilecek önlemlere de örnekleme yoluyla yer verildiği görölmektedir. Aynı Sözleşme 'de özel sektörde rüşvet suçu ayrıca düzenlenmiş olup bir özel sektör kuruluşunda herhangi bir sıfatla çalışan veya kuruluşu ya da kuruluşu yöneten bir kişinin görevini ifa etmesi ya da etmemesi amacıyla haksız bir menfaat talep veya kabul etmesi yahut bu kişilere haksız bir menfaatin teklif edilmesi ya da sağlanması eylemlerini suç olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir (md.21).

⁶⁷⁹ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s. 135.

⁶⁸⁰ Akyürek s. 32.

⁶⁸¹ Akyürek s. 32.

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin de Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Sözleşmesi ile paralel olduğu ve taraf devletlere özel sektörde rüşvet suçunun karşılığı olarak uygulanacak yaptırımın niteliği konusunda seçim hakkı tanıdığı görülmektedir.

Dünya örneklerine bakıldığında birçok ülkenin bahsedilen uluslararası antlaşmaların da esaslarını gözeterek özel sektörde rüşvet suçunu düzenledikleri görülmektedir.

İsviçre'de özel sektörde rüşvete dair düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu ve Federal Haksız Rekabet Kanunu altında düzenlenmektedir. Borçlar Kanunu'nun 20. Maddesi ahlaka ve hukuka aykırı sözleşmeleri yasaklamaktadır. Aynı zamanda, İsviçre Ceza Kanunu'nun 148. ve 159. Maddelerinin “dolandırıcılık içeren” ve “dürüstlüğe aykırı” yönetime dair hükümler içerdiği ve bu kapsamda hapis cezalarının mümkün olduğu belirtilmelidir. Borçlar Kanunu hükümlerinin en etkin uygulamaya izin verecek düzenleme olduğu ifade edilse de, yargısal işlemlerin sık olmadığı belirtilmektedir.⁶⁸²

İngiltere'de özel sektörde rüşvete dair düzenlemeler, bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenen UKBA kapsamında yer almaktadır. UKBA, rüşveti alacak tarafı “bir kişi” olarak ifade ettiğinden, hükümleri hem kamusal rüşveti, hem de özel sektörü kapsamaktadır.⁶⁸³ Buna kıyasen, FCPA özel sektörde rüşvete ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.⁶⁸⁴ Benzer şekilde, Avustralya hukuku da federal seviyede özel sektörde rüşveti bir suç olarak düzenlemez.⁶⁸⁵ Bununla birlikte, eyaletlerin ceza hukuku düzenlemelerinde özel sektörün bir suç olarak tanımlanması mümkündür ve birçok eyalette de düzenlemeler bu yöndedir.⁶⁸⁶

Alman hukukunda özel sektörde rüşvet, bir suç olarak düzenlenmektedir. Bu kapsamda, bir işletmenin çalışanı ya da temsilcisi olan biri, bir tarafı ticari

⁶⁸² Lachat-Heritier 79.

⁶⁸³ Hills 472.

⁶⁸⁴ Hills 475.

⁶⁸⁵ Norton Rose Fulbright.

⁶⁸⁶ Redlich.

mal veya hizmet alımı işlerinde haksız şekilde tercih etmesine yol açacak ve kendisine veya üçüncü bir kişiye ödenecek bir faydayı talep eder, vaat eder veya kabul ederse, Alman Ceza Kanunu'nun 299. kısmı altında cezai sorumluluğu doğmaktadır. Aynı hüküm rüşvet veren için de uygulama bulmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 300. kısmı özellikle ciddi vakaları düzenlemektedir. Bir rüşvet vakası büyük bir fayda içerirse ya da suçu işleyen rüşvet suçunu ticari boyutta ya da düzenli olarak rüşvet suçu işleyen bir grubun parçası olarak işlemekteyse, bu durum ciddi bir rüşvet suçu olarak 300. kısım altında cezalandırılmaktadır.⁶⁸⁷

Hollanda hukuku özel sektörde rüşveti bir suç olarak değerlendirmektedir. Hollanda Ceza Kanunu'nun 328ter maddesinin 1. ve 2. Fıkraları, özel sektörde rüşvet suçunu düzenler. Özel sektörde pasif rüşvet, bir şirket yetkilisinin görevlerinin ihlalini teşkil edecek bir davranış ya da ihmal karşılığında bir hediye, vaat veya hizmeti kabul veya talep etmesi olarak tanımlanmaktadır. Özel sektörde aktif rüşvet ise bir çalışan ya da temsilcinin, bir hediye, vaat veya hizmetin sağlanması yoluyla görevini ihlal edeceğinin bilinmesi veya makul olarak tahmin edilmesi halinde bu kişiye bir hediye, vaat ya da hizmetin sağlanması ya da teklif edilmesini kapsamaktadır.⁶⁸⁸

İsveç'te rüşvet suçu İsveç Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmektedir. İsveç Ceza Kanunu'nun rüşvete dair hükümleri hem kamusal rüşveti, hem de özel sektörde rüşveti kapsamaktadır. Bununla birlikte, rüşvet hükümlerinin kamusal sektörde ve özel sektörde uygulanmasında farklılıklar olduğu, bir kamu görevlisine verilen rüşvet ile özel sektörde verilen faydanın "uygunluğunun" ayrı standartlar altında değerlendirildiği ve rüşvet verenin temsil ettiği temsil olunanın bilgisi dâhilindeyse, özel sektörde rüşvet niteliği değerlendirilen faydanın "uygun" olarak görüldüğü belirtilmektedir. Buna ek olarak, iş yemekleri, eğitim seyahatleri gibi makul harcamaların ve gerekli oldukça bir şirketin kurulması ya da tanıtımı için yapılan harcamaların genellikle uygun olduğu kabul edilmektedir.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Park Wirtschaftsstrafrecht.

⁶⁸⁸ Verbruggen.

⁶⁸⁹ Nyman Rudenstam.

Fransız hukukunda rüşvet suçu hem kamusal alanı, hem de özel sektörü kapsamaktadır. Özel sektörde rüşvet suçunun oluşması, kamusal rüşvette olduğu gibi, rüşveti alan kişinin pozisyonu kapsamındaki veya pozisyonunun sağladığı görevlerin, hukuki, sözleşmesel ve mesleki yükümlülüklerinin ihlalini teşkil edecek bir biçimde yapılması veya imtina edilmesi amacıyla verilmeli, ya da rüşvet veren ile rüşvet alan arasında bu maksatla bir anlaşmaya varılmalıdır.⁶⁹⁰

İtalya’da 2002 yılına kadar rüşvet suçu yalnızca “kamu görevlileri” veya “kamu hizmetinin görülmesinden sorumlu kişilere” verilen rüşveti kapsamaktayken, 2002 yılında İtalyan Medeni Kanunu’na eklenen ve 2012 ile 2017 yıllarında kapsamı AB mevzuatı ve özellikle AB Çerçeve Kararı 2003/568/JHA uyarınca genişletilen 2635. madde ile özel şirket yetkililerinin yolsuzluğu bir suç olarak düzenlenmiş ve hem rüşvet veren, hem rüşvet alan için hapis cezaları öngörülmüştür. Buna göre, bir şirketin direktör, genel müdür, muhasebe kayıtlarından sorumlu yöneticiler veya denetmenleri ile tasfiye memurlarının ödediği, anlaştığı ya da edindiği para veya diğer haksız faydalar ile makamlarından kaynaklanan görevlerini veya sadakat yükümlülüklerini ihlal edecek bir işlem yapmaları veya böyle bir işlemde imtina etmeleri halinde suç oluşmaktadır. Suçun bir önkoşulu, bir mal veya hizmetin alınmasında rekabetin ihlal edilmesi halleri haricinde, mağdur/şirket tarafından şikâyete tabi olmasıdır. Bununla birlikte, bu suçta dair içtihadın henüz gelişmediği ifade edilmektedir.⁶⁹¹

Bu örneklerle karşılaştırıldığında, Türkiye’nin özel sektörde rüşvet suçunu düzenleme konusunda yetersiz kaldığı görülmektedir. Türkiye’nin 1 Ocak 2004 tarihinde üye olduğu Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) da 5 Mart 2012 Tarihli Uygunluk Raporu 5 No’lu Tavsiyesi kapsamında Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’nde özel sektörde rüşvet alınması ve özel sektörde rüşvet verilmesi fiillerini düzenleyen 7 ve 8.maddelerine uygun şekilde özel sektör kurumlarında rüşvet fiillerinin cezalandırılmasını tavsiye etmiştir. Sonrasında değişiklik tasarısı üzerinde bu tavsiye doğrultusunda tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşüldüğü esnada değişiklik

⁶⁹⁰ Levy.

⁶⁹¹ Pisano.

yapılmıştır.⁶⁹² Sonucunda Türkiye'nin uluslararası bağılıklarının bir sonucu olarak Türk hukukuna 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” 87.maddesi ile giren özel sektörde rüşvet suçu, uluslararası antlaşmalar ve Batı Hukuku ile uyum sürecinde özel bir önem taşımaktadır.⁶⁹³

Öğretide Ceza Hukuku kapsamında rüşvet suçunun uygulama alanını genişleten bir suç tipi olduğu düşünülen ⁶⁹⁴ özel sektörde rüşvet suçu, 252.maddenin 8.fikrasında yer almaktadır. Kanun kapsamında birtakım özel sektör kurumları sayılarak bu kurumlarda çalışan kişilerin görevlerin ifa edilmesi ya da ifa edilmemesine ilişkin olarak haksız bir menfaat temin etmeleri halinde kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın cezalandırılmaları gerektiği düzenlenmiştir. Her ne kadar yapılan bu değişikliklerle beraber GRECO 5 No'lu tavsiyede belirtilen hususların karşılandığı belirtilmişse de⁶⁹⁵ GRECO tavsiyesinde özel sektör kurumlarında her görevde çalışan kişiler için rüşvet almanın ve vermenin suç haline getirilmesi çağrısı yapılmıştır. Ancak 5237 Sayılı TCK 252/8'de kanunun özel sektör kuruluşları '*adına hareket eden kişilere*' ifadesini kullanması sebebiyle, özel sektör kurumlarında çalışan kişilerin kurum adına temsil ve hareket yetki ve görevi bulunması gerekmektedir.⁶⁹⁶ Bu husus Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nde "*bir özel sektör kuruluşunda herhangi bir sıfatla çalışan veya kuruluşu yöneten bir kişiye,*" şeklindeki düzenleme ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁹⁷

Böylece rüşvet suçu ile korunan hukuki yarar salt ulusal/uluslararası kamu idaresinin güvenilirliğinin korunması değil, özel sektörde faaliyet gösteren

⁶⁹² Mert s. 45.

⁶⁹³ Akyürek s. 23.

⁶⁹⁴ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s. 149.

⁶⁹⁵ Mert s. 47.

⁶⁹⁶ Tütüncü s. 688.

⁶⁹⁷ Akyürek s. 39.

kurumların da hukuka uygun ve güvenilir bir biçimde faaliyet göstermesini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ancak bu durum bazı yazarlar tarafından özel sektörde rüşvet suçunun 5237 Sayılı TCK sistemi içerisinde “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” adlı bölümde yer alması gerektiği şeklinde eleştirilmiştir.⁶⁹⁸ maddede *Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler, halka açık anonim şirketler* olarak sayılan kurumlar dışındaki özel sektör kurumlarında rüşvet fiilleri suç oluşturmayacaktır. Bu tarz bir kurum sınırlaması Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi hükümleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁹⁹ Suçun yapısı ve niteliği gereği klasik rüşvet suçundan ayrı özellikleri haiz olan özel sektörde rüşvet suçunun Türk Ceza Kanunu sistematığında farklı bir yerde konumlandırılması gerektiği belirtilmiş ve özel sektörde rüşvet suçunun, kamu idaresindeki basit ve nitelikli rüşvetle aynı cezai yaptırıma tabi tutulmasındansa ayrı yaptırımlar öngörülmesinin ceza politikası ve hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda daha doğru bir yaklaşım olacağı savunulmuştur.⁷⁰⁰

3.6. Değerlendirme

FCPA ile FCPA’i örnek alan düzenlemelerin uygulaması açısından nazara alınan sorumluluk rüşvet verene aittir. Şüphesiz bu durumda yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin meydana getirdiği suç için rüşvet verenin sorumluluğuna başvurmanın, devletlerarası hukukun en temel sorunlarından biri olan yaptırım sorunu ile yadsınamaz bir ilgisi bulunmaktadır. Her biri ayrı ayrı

⁶⁹⁸ Akyürek s. 25 ve 32.

⁶⁹⁹ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s. 150

⁷⁰⁰ Akyürek s. 4.

egemenliklere sahip devletlerin birbirine yaptırım uygulayamaması sorunu olarak özetlenebilecek olan yaptırım sorunu, uluslararası rüşvet suçunun failinin yalnızca rüşvet veren olmasını sonuçlamaktadır. Uluslararası rüşvet suçunun aktif rüşvetin yanı sıra pasif rüşveti de kapsamı noktasında, devletlerin ortak bir irade geliştirerek dizayn ettikleri, beraberce taraf oldukları ve kendi iç hukuklarına yansıtma taahhüdünde buldukları uluslararası antlaşmalar önem kazanmaktadır. Uluslararası rüşvetle mücadele kapsamında mutlaka ele alınması gereken iki uluslararası antlaşma vardır. Bunlar şüphesiz OECD Konvansiyonu ve BM Konvansiyonu'dur.

Kapsamlı hükümleri sayesinde BM Konvansiyonu, yolsuzlukla mücadele noktasında OECD Konvansiyonu'nun bir adım önünde yer almaktadır. Yalnızca yabancı kamu görevlilerinin söz konusu olduğu aktif rüşvetle mücadele eden OECD Konvansiyonu'nun aksine BM Konvansiyonu, yolsuzluk olgusunun bütünüyle mücadele etmektedir. Bu sebeple, BM Konvansiyonu, OECD'den farklı olarak devletler arası yardımlaşma ve iş birliği mekanizmaları kurulmasını ve yolsuzluğun tüm sonuçlarının bertaraf edilmesini amaçlamaktadır. Ancak her ne kadar yolsuzluğun küçük bir uzantısıyla mücadele ediyor olsa da OECD Konvansiyonu'nun en güçlü noktası denetim sisteminin verimliliğidir. Oldukça fazla tarafın bulunduğu BM Konvansiyonu, OECD benzeri bir denetim mekanizmasına sahip olmaması sebebiyle taraf devletlerin taahhüt ettikleri gibi davranmadıkları endişesini beraberinde getirmektedir.⁷⁰¹

Her ne kadar uluslararası örgütler, yolsuzlukla mücadelede ortak bir yaklaşım sergilese de bahsedilen antlaşmalar eş zamanlı incelendiklerinde, ortak bir dil geliştirilememiş olduğu görülmektedir. Uluslararası antlaşmaların tarafı olan devletler, taraf oldukları her bir antlaşmanın esaslarını en iyi şekilde analiz ederek, iç hukuklarını geliştirirken, her antlaşmanın en katı olan yaklaşımını tercih ederek tam bir uyum yakalayabilir durumdadırlar. Bununla beraber, uygulamaya önderlik eden birkaç ülke dışında, ülkesel bazda ilgili düzenlemelerin icrası ile ilgili çok ciddi eksikliklerin ve belki de bir kaçınma hali olduğu gözlemlenmektedir. Yabancı rüşvet karşıtı yasaların yürürlüğe

⁷⁰¹ Sambrook s.87.

girmesi süreci devam ederken, zaten bu yasaların yürürlükte olduğu ülkelerde yeni cezai yaptırımların uygulanması oldukça yavaş bir seyir izlemiştir. 2011 yılında Uluslararası Şeffaflık Derneği'nin yayınladığı Yolsuzluk Algı Endeksine⁷⁰² bakıldığında 183 ülkenin yüzde 72'sinin yüksek yolsuzluk oranına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu oranın 2005 yılında yüzde 74 olduğu düşünüldüğünde 6 senelik bir zaman dilimi içerisinde gelinen noktanın pek de etkileyici olmadığını kabul etmek gerekmektedir. 2015 yılında yapılan Şeffaflık Derneği tarafından yapılan bir incelemede, OECD Konvansiyonu'na imza atan 41 ülke 4 ayrı gruba ayrılmıştır. Bu gruplar aktif uygulayıcılar, ılımlı uygulayıcılar, sınırlı uygulayıcılar ve neredeyse hiç uygulamayanlar olarak başlıklandırılabilir.⁷⁰³ Bu ülkelerden yalnızca Almanya, İsviçre, İngiltere ve Amerika, rüşvet karşıtı yasaların aktif uygulayıcıları olarak kabul edilmişlerdir. Aktif uygulayıcılar bugüne kadar 215 dosyayı tamamlamış 2011-2014 yılı aralığında 59 yeni dosyaya başlamışken diğer 35 ülke 30 dosya tamamlamış ve 63 dosyaya başlamıştır. 20 ülke son 4 sene içerisinde herhangi bir şirkete veya yetkililerine sınır aşan rüşvet ile ilgili herhangi bir kovuşturma gerçekleştirilmemiştir.⁷⁰⁴

Tüm olumsuzluk ve aksaklıkların yanında, umut verici gelişmeler de bulunmaktadır. Yabancı rüşvetin önlenmesiyle ilgili devletlerarası iş birlikleri, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında başvurulabilecek DPA gibi daha becerikli araçlar bu umut verici gelişmeler arasında başlıcalarıdır. Ancak en önemli gelişme, rüşvet karşıtı çabaların mutlaka kurumsal yapı ve prosedürlerin geliştirilmesi ve rüşveti engelleyecek şekilde dizayn edilmesi ile desteklenmesi gerektiğinin anlaşılması olmuştur. Kurumsal kültürün, rüşveti şirketler içerisinde saptanacak ve dışlanacak şekilde geliştirilmesi en az rüşvet karşıtı yasaların yürürlüğe girmesi kadar önemli bir meseledir. Başarıyla inşa edilmiş kurum kültürleri, şirket içinde rüşveti engellemek noktasında yasalardan daha etkin araçlardır.⁷⁰⁵

⁷⁰² <https://www.transparency.org/cpi2011>. (Erişim: 23 Ekim 2017).

⁷⁰³ Annual Report of The OECD Working Group on Bribery 2014 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-AB-AnnRep-2014-EN.pdf> s. 18. (Erişim: 25 Ekim 2017)

⁷⁰⁴ Tomasic s.25.

⁷⁰⁵ Tomasic s.26.

4. BÖLÜM: TÜZEL KİŞİNİN CEZA SORUMLULUĞU

4.1. Giriş

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili incelemelerin kaynağında “kişi” kavramı bulunmaktadır. Doğan hukuk anlayışı “insan” ve “kişi” kavramları arasında kişilere salt canlı olarak doğmuş olmaktan kaynaklanmayan haklar da sunmaktadır. Kişi kavramı ile tüzel kişi kavramları arasında bir fark oluşması, zaman içinde hukukun gerçek kişilerin bir araya gelişinin oluşturduğu birliklerin de var oluşlarından kaynaklanan hukuki durumlarının düzenlenmesi ihtiyacının ortaya çıkmasının sonucu olarak görülebilir.

Roma Hukuku’ndan bu yana, tüzel kişilerin farazi nitelikte oldukları yönünde bir görüş benimsendiği için, şirketlerin suç işlemelerinin mümkün olduğu kabul edilmemiştir. Kıta Avrupası ceza hukuku sisteminin genel olarak benimsediği “*societas delinquere non potest*” anlayışına karşı ağır eleştirilerin yöneltilmesi bugünün meselesi değildir. Birçok ülke zaman içinde, Germanik hukuk ve bu hukuk sisteminin de etkisi ile, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu düzenlemiş ve cezalandırılmalarına olanak tanımıştır. Çok uzun yıllardır, sosyo-ekonomik gelişmeler karşısında kesinliğini ve değerini kaybetmektedir. Esasen, Ceza hukukunun tüzel kişilerin cezalandırılması konusunda, *Erman*’ın ifadesi ile “isteksizce” başlayan ilgisi zaman içinde önemli meselelerden biri haline dönüşmüştür.⁷⁰⁶

100 yılı aşkın süredir tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna sahip olup olmadığı tartışılmaktadır. 1920’lerde tüzel kişilerin suç işleyebileceğine ilişkin tartışmalar iyice gündeme oturmuş, Amerika’da, İngiltere’de ve Avrupa’da çeşitli akademik yayın ve kongrelerde mesele ele alınmış, öğretici tarafından tartışılmıştır. Bir kısmına bu çalışmada da değinilen bu tartışmaların günümüzde de devam ettiği ve uluslararası alanda tüzel kişilerin çalışan ya da organları

⁷⁰⁶ Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - II s.507-509.; Erman, Şirketler Ceza Hukuku - Ticari Ceza Hukuku VII s.5.

tarafından işlenen suçlardan menfaat elde ettiği durumda mutlaka bir yaptırımla karşılaşmaları gerektiği konusunda bir mutabakat sağlanmıştır. Diğer taraftan, bu yaptırımın cezai bir yaptırım olup olamayacağı konusunda bir mutabakat sağlanmamıştır. Bu durum, tüzel kişilere ceza sorumluluğu atfetmenin basit bir kanun değişikliği meselesi olmadığını, suç ve ceza siyasetinin temel esaslarına dair bir tartışma konusu olduğunu ortaya koymaktadır.

Tüzel kişiler var oldukları günden bu yana suç işlemenin bir aracı olarak kullanılmıştır. Kanun koyucular ve mahkemeler ise tüzel kişilerin de dâhil olduğu suçlarla ilgili inceleme yaparken suçu işleyen kişinin yanında tüzel kişinin de yargılanıp yargılanamayacağı, cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılır ise bu cezanın niteliğinin ne olacağı gibi sorulara yanıt aramış ve aramaya devam etmektedir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bu kadar kapsamlı şekilde tartışılmasının ve belki de yavaş olarak tanımlanabilecek gelişiminin arkasında yatan neden ise, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun kabulünün olumlu ve olumsuz sonuçları arasındaki denge arayışıdır. Örneğin, özel hukuk tüzel kişisi olan şirketin cezai sorumluluğunun kabulü ile birlikte, bu şirketin katlanacağı cezai sonucun suç işleme iradesi olmayan hissedarları veya çalışanları gibi ilgili kişiler nezdinde olumsuz sonuçlar doğurması, bir başka deyişle masumun da cezalandırılmasına neden olması mümkündür. Diğer taraftan şirketin cezalandırılmaması da suç işleme iradesi ile hareket eden ve şirketi suç işlemenin bir aracı olarak kullanan kişilerin bir kısmının cezasız kalmasıyla sonuçlanabilir. Bu iki ihtimal arasındaki denge arayışı, gerçekten şirketlerin cezai sorumluluğunun düzenlenmesine ihtiyaç var mı, yoksa daha iyi alternatifler var mı sorusunun sorulmasına neden olmuştur.⁷⁰⁷

Gün geçtikçe ortaya çıkan skandallar özellikle özel hukuk tüzel kişisi olan şirketlerin cezai sorumluluğuna ilişkin tartışmaları alevlendirmiştir. Siemens şirketinin tüm dünyada yankı bulan FCPA ihlali⁷⁰⁸, Samsung firmasının

⁷⁰⁷ Coleman s. 908.

⁷⁰⁸ United States V. Siemens Aktiengesellschaft Court - Docket Number: 08-CR-367-RJL, 2008 yılının Aralık ayında dünyanın en büyük mühendislik ve teknoloji şirketlerinden Siemens, Arjantin'de bir altyapı projesi, Bangladeş ve Nijerya'da telekomünikasyon projeleri, Çin'de elektrik hatlarının kurulması, İsrail'de enerji santrallerinin inşa edilmesi, Venezuela'da toplu taşıma sistemlerinin tasarlanması ve inşa edilmesi gibi çeşitli sektörlerde dünyanın birçok ülkesinde yolsuz olduğu öne sürülen 4200 ödeme sonrasında Adalet Bakanlığı

en üst düzey yöneticilerinin mahkûmiyetlerine neden olan rüşvet skandalı⁷⁰⁹, Petrobras firmasının rüşvet ve yolsuzluk skandalı⁷¹⁰ gibi sonuçları neredeyse uluslararası ticari işlemlere etki eden davalar bu skandalların en yakın örnekleri arasında sayılabilir.⁷¹¹ Bu örnekler her geçen gün artmaktadır. Dünya'nın en büyük denetim firmalarından birisi olan PWC tarafından 2001 yılından bu yana her sene yapılan Küresel Ekonomik Suçlar ve Suistimal raporu incelendiğinde, ekonomik suçlarda artış olduğu gözlemlenmektedir.⁷¹²

Şirketlerin ceza sorumluluğunun uluslararası alanda gelişimi üzerine konuşulurken öncelikle tüzel kişi kavramı ve tüzel kişilerin hukuk düzeninde nasıl kendine yer bulduğuna göz atmakta fayda vardır.

Tüzel kişiliğin hukuki niteliği, bu çalışma açısından merkezi bir önem taşımaktadır. Zira hem anayasa hem de ceza hukuku düzenlemelerinde karşımıza çıkan cezanın “şahsiliği” ilkesi karşısında, tüzel kişilerin herhangi bir suçun faili olup olamayacakları, kendilerine ait bir iradeleri olup olmadığı konusu, dolayısıyla hangi fiillerden dolayı tüzel kişinin kendisi olarak sorumlu tutulup tutulamayacakları süregelen bir tartışmadır. Bu doğrultuda, farklı hukuk sistemleri tarihsel gelişim içinde tüzel kişinin ceza sorumluluğunun varlığı konusunu farklı biçimlerde ele almıştır; bir kısım hukuk sistemi şahsilikten bağımsız olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun varlığını düzenlerken, diğer büyük çoğunluk ise şahsilik ilkesine bağlı kalmış ve bu sorumluluğu yalnızca gerçek kişiler açısından benimsemiştir.

ve SEC ile uzlaşmış, Almanya'da ödenenlerle birlikte toplam 1.6 milyar Dolar tutarında ceza ödemiştir. Daha detaylı bilgi için lütfen bu çalışmanın 2.7.4. numaralı başlığını inceleyiniz.

⁷⁰⁹ <https://hbr.org/2017/05/samsung-shame-and-corporate-atonement-2017> yılında Samsung'un üst düzey yöneticisi Lee Jae-yong, zamanın Güney Kore devlet başkanının arkadaşı olduğu öne sürülen Choi Soon-sil'e ait vakıflara 36 milyon Dolar tutarında ödeme yaptığı ve iki Samsung şirketinin birleşme süreci dâhil olmak üzere çeşitli siyasi yardımlar aldığı suçlamalarıyla karşılaşmış ve beş yıllık bir hapis cezasına çarptırılmıştır. Dönemin Güney Kore devlet başkanı Park Geun-hye ise bahsedilen Choi Soon-sil ile ilişkisi kapsamında vakıflara bağış yapmak üzere çeşitli şirketleri zorladığı ve Choi Soon-sil'e devlet sırlarına erişim sağladığı iddialarının ardından görevinden alınmıştır.

⁷¹⁰ Petróleo Brasileiro adlı Brezilyalı kamu iştiraki şirket, ABD'de hissedarlarla davasında 2.95 milyar Dolar tutarında bir bedel ödeyerek uzlaşma yoluna gitmiştir. Skandal kapsamında düzinelerce politikacı, şirket yöneticisi ve hatta iki eski Brezilya devlet başkanının dâhil olduğu, birçok şirketin Petrobras yöneticileri ile birlikte kurgulanan bir şema altında Petrobras'a sunulan hizmetlerin tutarlarını aşan bedeller içeren naylon faturalar düzenlediği ve bunun karşılığında Petrobras yöneticilerinin rüşvet ödemeleri aldığı öne sürülmüştür. Daha detaylı bilgi için lütfen bu çalışmanın 2.6.2. numaralı başlığını inceleyiniz.

⁷¹¹ <http://fortune.com/2017/12/31/biggest-corporate-scandals-misconduct-2017-pr/> (Erişim Tarihi: 6 Şubat 2018)

⁷¹² PWC Global Economic Crime and Fraud Survey: PwC 2018 Küresel Ekonomik Suçlar ve Suistimaller Araştırması sonuçlarına göre küresel şirketlerin %49'u son iki yılda ekonomik suça maruz kaldıklarını belirtmektedirler. Bu oran bir önceki sene araştırma sonuçlarında %36 olarak görülmektedir.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu sorununu birbirini tamamlayan iki aşamada tartışmak mümkündür. Bunlardan birincisi tüzel kişinin suç işleyip işleyemeyeceği, ikincisi ise, işlenmiş olan bir suçun sonuçlarından sorumlu tutulup tutulamayacaklarıdır.

Bu tartışmaları yapmadan önce tüzel kişilik kavramının, hukuki niteliğinin ve nasıl varlık kazandığının incelenmesi gerekir.

4.2. Tüzel Kişilik Kavramı

Tüzel kişilik kavramı bu çalışmanın anahtar kavramlarından birisi olmakla birlikte, şu ana kadar kişiler hukuku başlığı altında çok sayıda akademik çalışma yapılmış olduğu için, tüzel kişiliğe dair çok detaylı bir kavram analizi ve teorik incelemeye yönelmek tercih edilmemiştir. Diğer taraftan, genel olarak tüzel kişi ve gerçek kişi arasındaki kavramsal farkın anlaşılması ve tüzel kişi türlerinin hatırlanması, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun tanınmasındaki tartışmaların anlaşılabilirliğini kolaylaştıracaktır.

Hukuki anlamda “birey” veya “şahıs”lar yani, bir hukuki işlemin tarafı olabilen sùjeler, toplumsal hayatın gelişimine bağı gereksinimlere uygun şekilde çeşitlenmiştir. Hak ve fiil ehliyeti verilmiş olan gerçek kişilerin yanında hukuk mal ve kişi topluluklarını da sùje olarak tanımakta ve onlara insanlara olduğu gibi hak ve fiil ehliyetleri vermektedir.⁷¹³ “Tüzel kişilik” gerçek kişilerin tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri muamelelerin ve birey-üstü amaçların gerçekleştirilmesi, bu amaçlar çerçevesinde ortaya çıkan ekonomik ve toplumsal risklerin paylaşılması doğrultusunda doğal bir örgütlenme şeklinde ortaya çıkmıştır. Örgütlenme şeklindeki kişi veya mal toplulukları, sosyal ve hukuki yapıların gelişimi ile birlikte kendi kurumsal yapılarını ve hukuk kurallarını da doğurmuştur. Böylelikle, “tüzel kişilik” kavramı da, salt örgütlenme içindeki

⁷¹³ Erten s.325; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.499; Dural ve Ögüz s. 213.

gerçek kişilerden farklı biçimde, bu toplulukları ifade etmek, faaliyetlerini, haklarını ve yetkilerini düzenlemek için hukuk sistemlerinde belirlemiştir.⁷¹⁴ Tüzel kişi kavramı, insanların ortak ve belirli amaçları gerçekleştirmesine hizmet etmesi için bulunmuş bir kavramdır.⁷¹⁵

Bu kapsamda tüzel kişi kavramı “*belirli, ortak ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek ve başlı başına bağımsız bir varlığa sahip olmak üzere örgütlenmiş; hukuk düzeni tarafından kendilerine hukuk süjesi olma niteliği tanınan kişi veya mal toplulukları*” olarak tanımlanmaktadır⁷¹⁶. Bu tanım çerçevesinde, tüzel kişiden bahsedebilmek için, ortak bir amacın bulunması, kişi veya mal topluluğunun örgütlenmiş olması, sürekli bir amaca sahip olması ve topluluğu oluşturan ya da ondan faydalanan kişilerin şahıslarından bağımsızlaşmasına hukuken imkân verilmiş olmalıdır.⁷¹⁷

Ceza sorumluluğu dışında kalan haller değerlendirildiğinde, tüzel kişiler aynı gerçek kişiler gibi, hak ehliyetini haiz olmaları kapsamında mal varlığı, şahıs varlığı, hukuki işlemlere ve davalara taraf olma ehliyetine de sahiptirler. Söz konusu haklar Anayasa’da da bazı sınırlandırmalar çerçevesinde korunmaktadır⁷¹⁸.

Bu sınırlandırmalar, tüzel kişiliğin gerçek kişilere kıyasla fizikî bir varlığa veya bireysel bir iradeye sahip olmaması gibi, doğal olarak sahip olmadığı birtakım özellikler neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bunun en belirgin göstergelerinden biri olan *ultra vires* kuralı, yani tüzel kişilerin kuruluş amaçları dışındaki faaliyetlerle iştigal edemeyecekleri ilkesi⁷¹⁹, modern hukukta yakın tarihe kadar geçerli olan ve tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerini kısıtlayan bir unsur olarak karşımıza çıkmıştır. Bu kapsamda eTTK’nın 137. maddesi

⁷¹⁴ Aslan s.235; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.179; Z. Kangal s.25; İçer s. 5.

⁷¹⁵ Hatemi s.92.

⁷¹⁶ Z. T. Kangal s.25; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 499; Ö. Ergün s. 8.

⁷¹⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) s.240; Dural ve Öğüz s. 213.

⁷¹⁸ Gözler s. 531, “*Türk öğretisindeki hâkim anlayışa göre, tüzel kişilerin hak sahibi olması kural değil istisnai bir durum olduğundan tüzel kişilerde Anayasa ve kanunlarda açıkça belirtilen hakların öznesi olabileceklerdir.*”; Yıldırım s. 69.

⁷¹⁹ “Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda *ultra vires ilkesi*, ortaklıkların kuruluş sözleşmeleri dışında belirlenmiş işletme konuları dışında işlem yapip yapamayacaklarına ilişkindir” : Alper, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı) - Doktora Tezi s. 72.

doğrultusunda, işletme konusu dışında yapılan işlemler “*ultra vires*” ilkesinin bir sonucu olarak yok hükmünde sayılmıştır ve icazet ile geçerlilik kanamayacakları belirtilmiştir.⁷²⁰ Söz konusu hüküm organın temsil yetkisinin sınırlandırılması olarak değerlendirilmiş⁷²¹ ve bu kuralın ticaret hayatında yarattığı sıkıntılar arasında ticaret şirketlerinin ilgili faaliyetlerini yürütebilmek için kuruluş belgelerinde faaliyet alanlarını son derece geniş tutma gerekliliğini hissetmeleri, bu kapsamda ticaret unvanlarını her türlü faaliyeti içerecek şekilde uzun tutmaları, dahası yok hükmünde sayılan işlemlerin pazarda işlem ve pazar güvenliğini sarsması gösterilmiştir⁷²². Avrupa Ekonomik Topluluğu da 1968 tarihli ve 68/54 (68/151) sayılı şirketlere ilişkin birinci yönergesinde üye ülkelerin kanunlarından *ultra vires* kuralını çıkarmaları çağrısında bulunmuştur.⁷²³ Tüm bu eleştiriler ve yönergenin dikkate alınmasıyla birlikte 6102 sayılı TTK ile bu kural kaldırılmıştır.⁷²⁴ Bu doğrultuda her ne kadar tüzel kişilerin faaliyet esasları ve sınırları kuruluş belgeleri ile düzenlense de mevcut düzende, tüzel kişilikler –özellikle ticaret şirketleri- kuruluş belgelerindeki faaliyet sınırlarına bağlı kalmaksızın farklı alanlarda da ticari faaliyet gösterebilmekte ve tüzel kişiyi hukuki anlamda bağlayabilmektedir. Bu anlamda tüzel kişiliklerin fiil ehliyetlerinin, gerçek kişilere daha yakın olacak şekilde genişletildiği söylenebilir.

Her ne kadar *ultra vires* kuralı kaldırılmış da olsa, söz konusu değişiklik ticaret şirketinin her işleminin şirketi bağlayacağı anlamına gelmemektedir. İşlemin muhatabı üçüncü kişi tarafından söz konusu işlemin şirketin faaliyet alanı dışında kaldığının bilindiğinin veya bilinmesi gerektiğinin kanıtlanması şartıyla ticaret şirketlerini bağlamayacaktır.⁷²⁵ Ancak kanun maddesinde de

⁷²⁰ Alper, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı) - Doktora Tezi s. 72; <http://hukukdestegi.com/2017/10/02/sirket-faaliyet-alani-nedir/> (Erişim: 27 Kasım 2018).

⁷²¹ Alper, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı) - Doktora Tezi s. 72.

⁷²² <http://hukukdestegi.com/2017/10/02/sirket-faaliyet-alani-nedir/> (Erişim: 27 Kasım 2018).

⁷²³ Karahan s. 114.

⁷²⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku - Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası s.223; B. Yıldız s.1; TTK'nın genel gerekçesinde de *ultra vires* ilkesine yer verilmediğinden bahsedilmektedir. İlkenin tamamen terk edildiği görüşüne karşı görüş için bkz: Alper, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı) - Doktora Tezi s. 115; 149.

⁷²⁵ TTK md.371; (Alper, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı) s.153; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku - Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası 223; Karahan s.115.

belirtildiği ve öğretide de değinildiği üzere, üçüncü kişilerin iyi niyetleri açısından tescil ve ilan tek başına yeterli delil olarak değerlendirilemeyecektir.⁷²⁶ 371. maddenin 2.fıkrasında açıkça şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olmasının tek başına yeterli delil teşkil etmeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Bu durumda sicilim olumlu fonksiyonunun varlığında bahsedilemeyecek ve işlemle bağlı olmak istemeyen şirketin başka delillere dayanması gerekecektir.⁷²⁷ Görüldüğü üzere kanun koyucu, işletme konusu dışında işlem yapılması halinde iyi niyetli 3. kişilerin menfaatlerini anonim şirketin menfaatlerine üstün tutmaktadır.⁷²⁸

Buna göre işletme konuları dışında yapılan işlemler için yetkisiz temsilden bahsedilebileceği belirtilmiştir.⁷²⁹ Eğer 3. kişinin kötü niyetli olduğu ispatlanabilirse askıda geçerli olan işlem geçersiz kılınabilecektir. Böylece şirket; söz konusu işletme konusu dışındaki işlemle bağlı olmaktan yetkisiz temsil kuralı uyarınca kaçınabilecektir.⁷³⁰ Ancak 3. kişinin kötü niyetinin ispatlanamadığı hallerde askıda geçerli olan bu hukuki işlem yetkisiz temsil hükümleri uyarınca geçerli hale gelecek ve tüzel kişi için bağlayıcı olacaktır.⁷³¹ Söz konusu kuralın bir uzantısı ve telafisi olarak, şirketin, temsil yetkisi sınırını aşan kişinin işlemleri sonunda üçüncü kişiye karşı oluşan şirket sorumluluğunu söz konusu kişiye rücu hakkı da bulunmaktadır.⁷³²

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ile sorumluluk kapsamaları daha detaylı incelenmeden önce, tüzel kişileri meydana getiren unsurlar ve kişiliğin ne zaman meydana geldiği konusuna değinmekte fayda görülmektedir. Bundan sonra ise ileride, tüzel kişiliğin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar ele alınacak ve tüzel kişilerin ceza ehliyetleri ve sorumlulukları tüzel kişinin hukuki niteliği kapsamında değerlendirilecektir.

⁷²⁶ Karahan 115.

⁷²⁷ Karahan s.115.

⁷²⁸ B. Yıldız s. 11.

⁷²⁹ Bahtiyar s.41.

⁷³⁰ B. Yıldız s. 11.

⁷³¹ B. Yıldız s. 11.

⁷³² Karahan s. 115; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku - Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası s.227; B. Yıldız s. 3.

4.3. Tüzel Kişinin Zorunlu Unsurları

Tüzel kişileri meydana getiren 3 unsur amaç, bağımsızlık ve örgütlenme unsurlarıdır.⁷³³ Sonraki başlıklar altında her bir unsurun anlamına ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

4.3.1. Amaç Unsuru

Tüzel kişilerin meydana gelmesi için, belirli bir amaç doğrultusunda birleşmiş bir kişiler veya mal topluluğu bulunması zorunludur. Söz konusu husus TMK madde 47, 56 ve 101’de düzenlendiği üzere, tüzel kişilikler “*belli bir amaca özgülülmüş*”, “*ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere*” ve söz konusu amacın “*sürekli*” olması unsurlarının yerine getirilmesi neticesinde oluşurlar. Bir başka deyişle, tüzel kişilerin faaliyet amaçları belirli, ortak, yani kişiler üstünde ve bunlar arasındaki ortak yararda birleşen ve sürekli olmalıdır.⁷³⁴ Eğer amaç belli bir kazancın elde edilmesine yönelik ise bir ticaret ortaklığından, amaç bir sosyal menfaate yönelik ise ilgili tüzel kişinin faaliyet alanına göre bir yapılanmadan söz edilebilir.⁷³⁵

4.3.2. Bağımsızlık Unsuru

Bağımsızlık unsuru (i) içsel ve (ii) dışsal bağımsızlık olarak iki başlık altında incelenebilir. Bu kapsamda (i) içsel bağımsızlık, tüzel kişiliğin kendisini oluşturan kişi veya mallardan bağımsızlığını, (ii) dışsal bağımsızlık ise tüzel kişinin üçüncü kişilerle bağımsız bir kişiliğe sahip olarak, ayrı bir hukuk süjesi niteliği ile hukuki ilişkiler kurabilmesini ifade eder. Tüzel kişilere tanınan

⁷³³ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 508; Dural ve Ögüz s. 213-214; Ö. Ergün s. 17-18.

⁷³⁴ Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.320; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.181; Dural ve Ögüz s. 214.

⁷³⁵ Ö. Ergün s. 17.

bağımsızlık niteliği sınırlı sayıdadır⁷³⁶; hukukun düzenlediği tüzel kişilik türleri dışında başkaca bir tür tüzel kişilik meydana getirmek mümkün değildir⁷³⁷.

4.3.3. Örgütlenme Unsuru

Tıpkı bir gerçek kişi gibi, tüzel kişinin de dış dünyaya etkiye bulunabilmesi için birtakım araçlara, yani organlara ihtiyacı vardır. Söz konusu organların tüzel kişinin amaçlarını yerine getirebilmesi için pratik ve hukuka uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, tüzel kişinin oluşmasındaki örgütlenme unsuru anlamına gelmektedir. Bu kapsamda örgütlenme, tüzel kişinin bağımsız bir hukuki süje olarak (i) iradesini açıklayacak ve (ii) faaliyette bulunacak organlarının oluşmasını ifade eder.⁷³⁸ Bir başka ifadeyle, tüzel kişinin örgütünü tüzel kişinin organları oluşturur.⁷³⁹

Hukuk düzeni tarafından düzenlenen ve belirlenen organlar, tüzel kişinin zorunlu organlarıdır.⁷⁴⁰ Söz konusu organlar tüzel kişinin dış dünyada faaliyetlerini yerine getirmek üzere iradesini açıklama ve hukuk düzeninin izin verdiği ölçü ile sınırlı yetkiler dâhilinde hareket etme kabiliyetini yerine getirmektedirler. Özellikle dış dünyayla ilişkisini bu organlar düzenler, organların niteliği ve türleri yasalarla belirlenmiştir.⁷⁴¹ Bunlara örnek olarak anonim şirketlerin kuruluş ve temel ilkelerinin düzenlendiği TTK madde 359-451 altındaki genel kurul, yönetim kurulu ve denetçi gösterilebilir.

⁷³⁶ Bir başka deyişle kanunun öngördüğünden farklı, karma bir tüzel kişilik yaratmak mümkün değildir, Dural ve Ögüz s. 216.

⁷³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.181; Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.320; Ö. Ergün s. 18.

⁷³⁸ Akünel s.11; Z. T. Kangal s.27; Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.321, s. 321; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.180.

⁷³⁹ Dural ve Ögüz s. 215.

⁷⁴⁰ Dural ve Ögüz s. 215.

⁷⁴¹ Ö. Ergün s. 19.

4.4. Kişiliğin Başlangıcı

Tüzel kişilerin doğuşu, ya da hangi andan itibaren hukuk düzeninin bahsettiği statüye kavuşacağı anı, tüzel kişilik perdesinin ne zaman çekildiği ve tüzel kişiliğin kendisini oluşturan gerçek kişi veya mal topluluklarından ne zaman ayrı bir kişiliğe kavuşacağı açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda hukuk tarihi gelişimi açısından çeşitli düzenlerce kabul edilmiş farklı sistemler benimsenmiştir. Bu sistemler üç başlık altında incelenebilir: (i) İzin Sistemi (ii) Normatif Sistem ve (iii) Serbest Kuruluş Sistemi.⁷⁴²

4.4.1. İzin Sistemi

İzin sistemi esas olarak bir tüzel kişiliğin kuruluşu için gerekli bir devlet izni veya tasarrufu anlamına gelmektedir. Bu sistem ruhsat veya imtiyaz sistemi olarak da adlandırılmaktadır.⁷⁴³ Bu kapsamda devletin hangi organı tarafından izin veriliyor ise, verilen iznin ilgili devlet organının yetkisi kapsamında olması gereklidir. Çünkü tüzel kişi Devlet'in verdiği bu izin ile kişilik kazanacaktır.⁷⁴⁴ Bu anlamda, eğer tüzel kişiliğe izin yasama organı tarafından veriliyor ise, tüzel kişilik kanun yoluyla; bir idari organca veriliyor ise bir idari eylem sonucunda meydana gelecektir. İzin sisteminde ilgili izni verecek organın veya makamın mutlak takdir hakkı söz konusudur, yani tüzel kişiliğin kuruluşuna izin verilmediği hallerde idari veya yargısal makamlara başvuru yolu kapalıdır⁷⁴⁵.

⁷⁴² Ö. Ergün s. 26; Dural ve Öğüz s. 237; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 534.

⁷⁴³ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 534.

⁷⁴⁴ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 534.

⁷⁴⁵ Z. T. Kangal s.28, Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.191.

4.4.2. Normatif Sistem

Normatif sistem, izin sistemi karşısında, herhangi bir devlet makamının iznine değil, yasalarda öngörülen kuruluş şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin ilgili merciilerce incelenmesini öngören sistemdir.⁷⁴⁶ Bu kapsamda yetkili makamın mutlak bir takdir hakkı yoktur; ilgili yetkili makam, tüzel kişiliğin oluşmasında aranan koşulların yerine getirilmiş olması halinde izin vermekten imtina edemez. İzin bu kapsamda verilmemesi halinde, bu karara karşı yargı yolları açıktır.⁷⁴⁷ Bu husus, normatif sistemin izin sisteminden ayrılan yönüdür.⁷⁴⁸ Yasalardaki şartlara örnek olarak, tüzel kişiliğin kuruluş belgesinin ilgili merciilere sunulması, yayınlanması (bildirim sistemi) veya tescili (tescil sistemi) ile tüzel kişiliğin kazanılması gösterilebilir.⁷⁴⁹

4.4.3. Serbest Kuruluş Sistemi

Bu sistemde tüzel kişilerin kuruluş şartları kanunlar ile önceden belirlenmektedir.⁷⁵⁰

Bu sisteme göre, tüzel kişilik, tüzel kişiliği oluşturan kişilerin tüzel kişiliği kurma iradeleri ile kazanılır. Aşağıda daha detaylı değinileceği üzere, bu sistemin kaynağı tüzel kişiliğin hukuki niteliği kapsamında ortaya atılan görüşlerden biri olan '*gerçeklik teorisi*'ne dayanmaktadır.⁷⁵¹ Söz konusu sistemde herhangi bir izin veya inceleme sistemi olmaksızın tüzel kişiliğin oluşması için mevzuatta belirlenen şartların yerine getirilmesi ile tüzel kişilik kazanılacaktır. Normatif sistemden farklı olarak serbest kuruluş sisteminde ilgili

⁷⁴⁶ Dural ve Öğüz s. 238.

⁷⁴⁷ Ö. Ergün s. 28.

⁷⁴⁸ Dural ve Öğüz s. 238.

⁷⁴⁹ Z. T. Kangal s.28; Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.326, Dural ve Öğüz s. 238; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.192.

⁷⁵⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 538.

⁷⁵¹ Ö. Ergün s. 28.

makamların söz konusu koşulların yerine getirilip getirilmediği konusunda bir denetimi söz konusu değildir⁷⁵².

4.4.4. Türkiye’de Yürürlükte Olan Sistem Açısından Tüzel Kişiliğin Başlangıcı

Türkiye’deki sisteme bakıldığında, tüzel kişilik türlerine göre farklı sistemlerin benimsendiği görülmektedir. Bir başka ifade ile, hukuk sistemimizde tüzel kişilerin birden fazla kuruluş yani başlangıç sistemi bulunmaktadır.⁷⁵³ Bu kapsamda tüzel kişiliğin kurulmasında genel kural olarak TMK madde 47 hükmü amirdir.⁷⁵⁴ Bir başka anlatımla, TMK’da özel hukuk tüzel kişilerinin türlerine özgülenmiş kurallara göre kişilik kazanılacağı anlaşılmaktadır. Örneğin, Anayasa madde 123’e göre kamu tüzel kişilikleri kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak kurulabilmekte, yani izin sistemine tâbi olmaktadır. Bunun karşısında Anayasa madde 33’e göre dernekler, izin almaksızın kurulabilirler, bu anlamda dernekler açısından serbest kuruluş sisteminin benimsendiği anlaşılmaktadır.⁷⁵⁵ Anayasa madde 51 sendikalar ve madde 68/3 siyasi partiler için de serbest kuruluş sistemini benimsemiştir.

Bu genel kural dışında, vakıflar ve ticari şirketlerden kollektif ve komandit şirketlerin kuruluşunda normatif sistemin benimsendiği anlaşılmaktadır.⁷⁵⁶ Zira vakıf tanımının yapıldığı TMK madde 101 ve kuruluş şeklinin düzenlendiği TMK madde 102’ye göre vakıf kuruluşunda mahkemece vakfın Anayasa ile belirlenen niteliklere sahip olup olmadığı ve amaçlarının hukuka, ahlaka ve milli birlik ve menfaate uygun olup olmadığı incelemesi yapılmaktadır. Bu noktada mahkeme incelemesinde sakınca görülmezse tescile karar verilerek tüzel kişilik kazanılacaktır.

⁷⁵² Z. T. Kangal s.28, Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.326, Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s. 19).

⁷⁵³ Dural ve Öğüz s. 238.

⁷⁵⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) s.253, TMK md.47.

⁷⁵⁵ AY md.123, AY md.33, AY md.51, TMK md.59.

⁷⁵⁶ Dural ve Öğüz s. 240; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 537.

Anonim ve limited şirketlerde ise hangi sistemin benimsendiği konusunda tartışma vardır. Zira bu kapsamda Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın ("Sanayi Bakanlığı") izni sonrası ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanılmaktadır. Ancak Sanayi Bakanlığı'nın izni, mutlak bir takdir yetkisi barındırmamakta ve tüzel kişilik tescil ile kazanılmaktadır.⁷⁵⁷ Bu nedenle söz konusu şirketlerin tüzel kişilik kazanmasında da normatif sistemin benimsendiği söylenebilir.⁷⁵⁸

Tüm bunlar karşısında TMK madde 47/2, amacı hukuka veya ahlaka aykırı kişi veya mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu anlamda, her ne kadar tüzel kişilerin bir kısmı nezdinde serbest kuruluş sistemi kabul edilmiş de olsa, bu serbestlik ilgili tüzel kişiliğin amacının hukuka veya ahlaka uygunluğu ile sınırlandırılmıştır. Bu hüküm karşısında tüzel kişilerin hiçbir şekilde suç işleme amacı ile kurulamayacakları, kişiler suç işleme amacı ile bir araya gelmiş olsalar bile, tüzelkişinin varlık kazanmayacağı, varlık kazanmış olsalar dahi bu varlığın sona erdirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁵⁹

4.5. Türk Hukuku'nda Tüzel Kişilerin Türleri

Tüzel kişiler hukuk düzenimizde tabi oldukları hukuk kurallarına göre "kamu" ve "özel hukuk" tüzel kişileri olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷⁶⁰ Bir kanun veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulanlar kamu tüzel kişileri olarak tanımlanırken⁷⁶¹, gerçek kişilerin iradeleri ile kurulup, sona erdilen ve kamu

⁷⁵⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 535.

⁷⁵⁸ Dural ve Ögüz s. 242; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 537.

⁷⁵⁹ Özgenç, Tüzel Kişi Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler s. 335.

⁷⁶⁰ Dural ve Ögüz s. 229; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 519.

⁷⁶¹ Oral s. 25; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 520.

otoritesini temsil etmeyen ve kamu gücü kullanma yetkisine sahip olmayan tüzel kişileri ise özel hukuk tüzel kişileri olarak sınıflandırılmaktadır.⁷⁶²

Tüzel kişiler yapılarına göre ve bağlı oldukları hukuk kurallarına göre iki farklı sınıfta incelenmektedir. Yapılarına göre tüzel kişiler de kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlar, kişi topluluğu biçimindeki, belirli, sürekli ve ortak bir amaca ulaşmak için bir araya gelen gerçek kişilerden oluşan tüzel kişiler -*örneğin şirket, dernek, sendika, siyasi parti*- ve mal topluluğu biçimindeki, belirli bir amaca özgülenmiş bulunan mal topluluğu olan ve bir malvarlığının tüzel kişi dışındaki bir irade tarafından belirlenen amaca tahsisıyla kişilik kazanan tüzel kişilerdir, *örneğin vakıf*.

Bu noktada, kurumsal farklılık ve ceza sorumlulukları arasındaki farkların anlaşılması açısından bağlı oldukları hukuk kuralına göre tüzel kişiler açısından daha detaylı bir inceleme yerinde olacaktır. Zira 5237 sayılı TCK sadece özel tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanmasına imkân vermektedir.

4.5.1.Özel Hukuk Tüzel Kişileri

Kazanç paylaşma amacı güden ve kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişiler olarak iki sınıfta incelenebilecek olan özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk alanında faaliyet göstermek üzere hukuki bir işlemle ve çoğu zaman normatif sistemle kurulan tüzel kişilerdir.

Kazanç paylaşma amacı güden tüzel kişiler TTK altında ticaret şirketleri olarak kollektif, komandit, anonim ve limited şirketler ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu altında düzenlenen kooperatiflerdir. Kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişiler ise genel olarak dernekler, vakıflar, sendikalar ve siyasi partilerdir. Bu tüzel kişilerin amaçları sosyal, siyasi, kültürel ve benzeri

⁷⁶² Doğan, Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu s.6; Oral s. 26; Dural ve Ögüz s. 231.

amaçlar olup, ticaret şirketlerinden ayrı olarak kazanç paylaşma amacı taşımazlar⁷⁶³.

Burada belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Hukuku sistemi hâlihazırda yalnızca özel hukuk tüzel kişilerine yaptırım uygulaması öngörülmüş ve bu anlamda özel ve kamu hukuku tüzel kişileri arasında bir ayrıma girmiştir; bu hususun ise Anayasa madde 10’da düzenlenen “*kanun önünde eşitlik*” ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir, zira her iki tüzel kişilik türünde de tüzel kişi eylemlerini ancak organlar ve/veya temsilcileri aracılığı ile açıklayabilir ve suç teşkil eden eylemler gerçekleştirilebilir⁷⁶⁴.

4.5.2. Kamu Hukuku Tüzel Kişileri

Çağdaş idare hukukunda hak sahipleri yalnızca tüzel kişiler olup, idarenin tüm etkinlikleri ya tüzel kişilerden birinin görev alanındadır ya da etkinliğin kendisi bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıkar.⁷⁶⁵

Kamu idareleri ve Kamu kurumları olarak iki gruba ayrılacak kamu hukuku tüzel kişisi, idare hukukuna özgü kurallar çerçevesinde kurulmalı ve bir takım kamusal işlerle görevlendirilmelidir.⁷⁶⁶ Bu kapsamda bir kamu hukuku tüzel kişisi AY madde 123/3’e göre ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulabilir.⁷⁶⁷

Kamu hukuku tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin karşılaştırılması noktasında karşımıza çıkan farklar şunlardır:

⁷⁶³ Z. T. Kangal s. 37; Hatemi s. 93; Dural ve Ögüz s. 233; Kazanç paylaşma kavramının dar ve geniş yorumlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 528.

⁷⁶⁴ Centel s.3315; Hafizoğulları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yetenegini Azaltan Veya Kaldıran Nedenler.

⁷⁶⁵ Z. Kangal s.35.

⁷⁶⁶ Z. T. Kangal s.35; A. Ş. Gözübüyük; s.19; Oral s.26; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.520.

⁷⁶⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.520.

- 1) Kamu hukuku tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişilerinin genel hükümlere sahip olduğu hakları kullanabilir ve borçlar yüklenebilir, ancak esas hukuki rejimi idare hukukuna tâbidir.
- 2) Kuruluşları, organları, görev ve yetkileri, işleyişleri, çalışma usulleri ve sona ermeleri de kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetki ile yasal veya idari işlemlerle belirlenir ve uygulanır.
- 3) “*Kamu hukuku statüsü*”nden faydalanırlar ve özel hukuk tüzel kişilerine kıyasla üstün yetkilerle donatılmışlardır.
- 4) Kamu hukuku statüsünün ve genel kuruluş ve işleyiş prensipleri nedeniyle idare ile aralarında bir vesayet ilişkisi bulunmakta, özel hukuk tüzel kişilerine göre eylem ve işlemleri daha sıkı denetime tâbi olmakta ve bu çerçevede özerklikleri daha sınırlı olmaktadır.
- 5) Özel hukuk tüzel kişileri karşısında, malvarlıklarına ilişkin hesapları doğrudan Sayıştay veya diğer idari organların denetimi altındadır.⁷⁶⁸

4.5.2.1. Kamu İdareleri

Kişi topluluğu şeklinde teşekkül eden kamu hukuku tüzel kişileri kamu idareleri olarak adlandırılmaktadır.⁷⁶⁹ Kamu idareleri AY madde 126’de düzenlenen “merkezi idare”, yani Devlet ve madde 127’de düzenlenen “mahalli idareler”, yani il, belediye ve köyler anlamına gelmektedir. Bu idareler Anayasa’nın 127.maddesi uyarınca kamu hizmeti sunmak üzere örgütlenmiştir.⁷⁷⁰ Kamu idarelerinin faaliyet alanları geniştir ve Anayasa tarafından yasaklanmayan her türlü konu ile iştigal edebilirler; hizmeti tüm ülkenin yararlanabileceği şekilde sunarlar. Yasal düzenlemelerin yapılmış olması ve Anayasa tarafından Devlet

⁷⁶⁸ Z. Kangal s.35; Aslan s.237.

⁷⁶⁹ Çağlayan s.377.

⁷⁷⁰ Alsharo s.12.

tekeline alınmamış bir faaliyet alanı olması koşuluyla, diğer kamu idareleri de aynı konularda etkinliklerde bulunabilirler.⁷⁷¹

Kamu idareleri sınırlı sayıda olup (*numerus clausus*), Anayasa’da değişiklik yapılmaksızın yeni bir kamu idaresi kurmak mümkün değildir.

4.5.2.2. Kamu Kurumları

Mal topluluğu şeklinde örgütlenmiş olan kamu kurumları⁷⁷², tüzel kişiliğe sahip kamu hizmeti gören kuruluşlar olarak tanımlanabilir. Belirli veya birkaç konuda etkinlikte bulunma amacıyla kurulan hizmet yerinden yönetimleridir. Kamu idarelerine kıyasla sınırlı sayıda olmayıp, kamu hizmetinin gerekliliklerine göre değişken sayıda olabilirler ve zaman içinde de sayıları genelde artmaktadır. Bu tip tüzel kişiliklerde kamu hizmeti için tahsis edilmiş örgüt, personel ve mal topluluğu bir bütün olarak tüzel kişi biçiminde bütünleştirilmiştir.⁷⁷³

Kamu kurumları yine Devlet gibi hizmetlerini tüm ülkede yararlanılabilecek şekilde sunarlar. Üniversiteler gibi bazı kamu kurumlarının örgütleri belirli bir bölgede olmakla beraber, tüm ülkeye hizmet sundukları varsayılmakta, bunun yanında AY madde 130/1-2 çerçevesinde de kendilerini kuran vakıflardan ve Devlet tüzel kişisinden ayrı ve bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişiliğe sahip oldukları kabul edilmektedir. Ek olarak, AY madde 135 çerçevesinde düzenlenen barolar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da kamu tüzel kişiliğini haizdir⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Z. Kangal s.26; Özay s.138-139.

⁷⁷² Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.325.

⁷⁷³ Z. Kangal s.36; Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s.325.

⁷⁷⁴ Z. Kangal s.36.

4.5.2.3. Kamu İktisadi Teşekkülleri

Kamu iktisadi teşekkülleri devletin ekonomik alandaki varlığının ve müdahalesinin yansımasıdır. Nitelikleri itibariyle kamu hukuku tüzel kişisi olup olmadıkları tartışılmışsa da; bu kurumların ayrı malvarlığı ve personele sahip olan ancak üçüncü kişilerle kurdukları ilişkide özel hukuka tabi olduğu belirtilen kamu hukuku tüzel kişileri oldukları belirtilmiştir.⁷⁷⁵ Kamu iktisadi teşekkülleri kendi içinde; sermayesinin tamamı devlete ait olan “iktisadi devlet teşekkülleri” ve ürettiği mal ve hizmetler açısından tekel niteliğinde olan olduğu için imtiyazlı kabul edilen “kamu iktisadi kurumları” olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüsleri 233 sayılı KHK ile düzenlenmişlerdir.⁷⁷⁶ Kamu iktisadi teşekküllerinde çalışan personeller de rüşvet suçu bakımından 399 sayılı KHK'nin 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanunla değişik 11. Maddesi uyarınca devlet memuru kapsamına alınmıştır⁷⁷⁷.

4.6. Tüzel Kişiliğin Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler

Tüzel kişilik kavramının henüz kanunlarla detaylı olarak düzenlenmediği dönemlerde, tüzel kişilerin anlamlandırılmasında ve niteliklerinin açıklanmasında çeşitli teoriler kullanılmıştır. Tüzel kişilik kavramının gelişimi ve bu kavramın beraberinde getirdiği soruların cevaplanabilmesi noktasında bu teorilerin kolaylaştırıcı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁷⁸ Tüzel kişilikle ilgili düzenlemelerin gelişimine bağlı olarak, bugün tüzel kişilerin hukuki niteliğine dair teorilerin anlamı ve detaylı şekilde tartışılması gerekliliği azalsa da⁷⁷⁹, hangi teorinin kabul edileceği nihayetinde tüzel kişinin hak ehliyetinin sınırlarını

⁷⁷⁵ Çağlayan s.382.

⁷⁷⁶ Gönen s. 50-51.

⁷⁷⁷ Tezcan, Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler s. 668

⁷⁷⁸ Ö. Ergün s.19.

⁷⁷⁹ Gönen s.13; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.510.

belirlemede yol gösterici⁷⁸⁰ olduğundan konumuz açısından önemini korumaktadır. Bu nedenle de tüzel kişiliğin niteliğini açıklayan teoriler aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır. Buradan hareketle, tüzel kişilerin rüşvet suçu kapsamında, uluslararası düzenlemeler ve hukuk sistemleri ve modern yaklaşımın nereye evrilmesi gerektiği konusunda değerlendirmelere de yer verilecektir.

4.6.1. Varsayım Teorisi

Savigny tarafından geliştirilen ve *Puchta*, *Windsheid* gibi Romainstler tarafından savunulan bu teori, yalnızca insanların hak sahibi olan varlıklar olduğu varsayımına dayanmaktadır.⁷⁸¹ Bu kapsamda tüzel kişiliklere tanınan haklar, yalnızca insanların bu mal veya insan topluluklarının hak sahibi olduğunu varsayması sebebiyle vardır. Burada yalnızca hukuki bir ihtiyacın karşılanması söz konusu olmakta ve esas olarak dış dünyada tüzel kişiliğin bir insanın sahip olduğu özelliklere özünde sahip olmadığı düşünülmektedir. Zira söz konusu toplulukların, en nihayetinde insanlardan da bağımsız varlıklar olduğu düşünüldüğü için, hak kavramını kullanmalarının insanlar tarafından kendisine bir anlam yüklenmesi ve haklar bahşedilmesi neticesinde meydana geldiği ve hayal gücünün bir ürünü olduğu söylenmektedir.⁷⁸² Bu anlamda, tüzel kişiler yalnızca Devlet'in kendilerini gerekli gördüğü ölçüde kullanılacağı birer yöntemdirler. Bir başka deyişle Devlet kendi takdiri ile tüzel kişiliklere haklar sağlayabilir veya bunları sınırlandırabilir.⁷⁸³ Bu anlamda, tüzel kişilerin, gerçek kişiler karşısında, kural olarak ehliyetleri yoktur; ehliyet sahibi olmak bir istisnadır.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 540.

⁷⁸¹ Gönen s.14; Dural ve Ögüz s.226; Ö. Ergün s.19.

⁷⁸² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.182; Ö. Ergün s.20.

⁷⁸³ Z. T. Kangal s. 31; Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları s. 321; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.512.

⁷⁸⁴ Z. T. Kangal s. 31.

Ne var ki, söz konusu teori öğretide eleştirilmiş ve önermeleri arasında Devlet'in, yani esasen yine insanlar tarafından yaratılmış bir kamu tüzel kişiliğinin, nasıl başka bir tüzel kişilik üzerinde hâkimiyet kurduğu sorusuna cevap veremediği ileri sürülmüştür.⁷⁸⁵

Bunun yanında, söz konusu teoriye haksız fiil ve sorumluluk açısından bakıldığında, varsayım teorisine göre iradesi bulunmayan tüzel kişiler, haksız eylemlerde de bulunamazlar ve kanuni temsilcilerinin işlediği haksız fiillerden dolayı da sorumlu tutulamazlar, zira kanuni temsilcinin eylemleri yalnızca hukuki işlemler açısından sonuç doğuracaktır.⁷⁸⁶ Bu kapsamda, tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının bulunmadığı, dolayısıyla bu çalışma konusu rüşvet suçu kapsamında da herhangi bir yaptırıma tâbi olamayacakları sonucuna işaret edilmektedir. Ne var ki Anglo-Amerikan hukuku dahil olmak üzere tüzel kişilerin varsayımsal varlıklar olduğu çeşitli öğretilerce kabul edilmiş olsa dahi, pratik sonuçları itibariyle de tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmiştir.

Bu anlamda varsayım teorisi tek başına ele alındığında, kanımca, günümüzde rüşvet suçunun doğurduğu sonuçlar, fiili durum ve gerçeklik açısından tüzel kişiliğe uygulanmaya uygun bir teori olmaktan uzaktır. Zira her ne kadar tüzel kişiler esas olarak gerçek kişiler gibi varlıklar olmasalar da dış dünyadaki etkileri çoğu zaman gerçek kişilerin meydana getirdiği hukuki ve ekonomik sonuçlardan daha hacimli ve ağır olmaktadır. Tüzel kişinin yarattığı etkilerin bu denli güçlü olduğu bir gerçeklikte, bunların yalnızca varsayımsal varlıklar oldukları görüşü yetersiz görünmektedir.

⁷⁸⁵ Z. T. Kangal s. 32; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt 513.

⁷⁸⁶ Z. Kangal s.32; Ö. Ergün s.21.

4.6.2. Amaç Kişiliği Teorisi

Söz konusu teori, Varsayım ve Gerçeklik teorilerinin olumlu yönleri alınarak oluşturulmuş bir teoridir. Buna göre tüzel kişilik ne gerçek bir varlıktır ne de farazidir; bunlar örgütlenmiş amaç birlikleridir ve doğal bir iradeye sahip değildirler.⁷⁸⁷ Tüzel kişilikler için kollektif irade hâkimdir ve bunu örgütün kendi iradesi olarak açıklamanın uygun olduğu savunulmaktadır. Bu anlamda organların iradesi, tüzel kişinin kendi iradesi olarak vücut bulmaktadır.⁷⁸⁸

4.6.3. Soyutlama Teorisi

Soyutlama Teorisi'ne göre ise tüzel kişi ne doğal bir varlıktır ne de tamamen varsayımsal bir oluşumdur, zira gerçekten var olan bir tarafı da bulunmaktadır.⁷⁸⁹ Bu doğrultuda, söz konusu gerçeklikten hareket ederek soyutlama yoluyla bir kavram elde edilir. Tüzel kişiliğin kendi doğal iradesi olmasa da organları aracılığı ile gösterdiği irade, tüzel kişiliğin iradesi ve tüzel kişiliğin kendisi de hak süjesi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹⁰

4.6.4. Gerçeklik Teorisi

Varsayım teorisinin karşısında yer alan gerçeklik teorisi, Almanya'da *Gierke ve Beseler* tarafından savunulmuştur.⁷⁹¹ Türkiye'de Medeni Hukuk alanında bazı

⁷⁸⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* s.244; Z. Kangal s.34.

⁷⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* s.244; Z. Kangal s.34.

⁷⁸⁹ Ö. Ergün s.23.

⁷⁹⁰ Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* s.322; Z. Kangal s.34; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* s.244; Ö. Ergün s.24.

⁷⁹¹ Gönen s.17; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* s.514; Dural ve Ögüz s.227.

hususlarda gerçeklik teorisinin etkili olduğu belirtilebilir.⁷⁹² Tüzel kişiliğin aynı gerçek kişiler gibi, dış dünyada gerçekten var olan bir varlık olduğunu savunan bu teoriye göre, hukuk düzeni tüzel kişiyi yalnızca tanır veya meydana çıkarır; yani tüzel kişiler devlet tarafından yaratılmazlar⁷⁹³. Bu teoriye göre, tüzel kişi bir varsayım değildir. “Tüzel kişilik sosyal zorunluluklar dolayısı ile meydana gelen ve kendisini yaratmış olan kişilerden ayrı ve bağımsız bir mevcudiyeti olan bir varlıktır”.⁷⁹⁴ Hukuk tıpkı gerçek kişileri tanıdığı gibi amaçsal sosyal bir varlık olan tüzel kişileri de tanımalıdır.⁷⁹⁵

Söz konusu teori kendi içinde (i) Psikososyolojik Gerçeklik ve (ii) Teknik Gerçeklik olarak iki sınıfta, Psikososyolojik Gerçeklik ise a) organik, b) kollektif irade ve c) kurum teorisi olarak üç alt kategoriye ayrılmaktadır.⁷⁹⁶ Bu alt kategoriler tüzel kişiliğin neden dış dünyada gerçekten var olan, kendi iradesine sahip olan bir varlık olduğunu açıklamak amacıyla ortaya atılmışlardır.

Organik teoriye göre, tüzel kişi kendisini oluşturan gerçek kişilerin bireyselliklerinden vazgeçtikleri ve beraber yarattıkları ayrı bir organizmadır.

Kollektif İrade teorisine göre, tüzel kişinin iradesi bireysel iradelere ayrı olarak kollektif şekilde bir topluluk için ortaya koyulabiliyorsa, söz konusu topluluğun kişiliği olduğu kabul edilmelidir.

Kurum teorisine göre ise, bir kurumu meydana getiren unsur insanların bir araya gelmesini sağlayan bir girişimdir. Her ne kadar tüm kurumlar birer kişiliğe sahip olmasalar da tüzel kişilik, bir amacı gerçekleştirmek için yapılan organizasyonun en yoğun olduğu kurumdur.

⁷⁹² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* s.245: Yazarların dipnotundan aynen aktarım: “Yazarlar Medeni Kanundaki tüzel kişilere ilişkin genel düzenlemelerin dört noktada gerçek kişilik karinesine dayandığını belirtmektedir. (i) Tüzel kişilik yaratılması için resmi işlem şartı bulunmamaktadır. (ii) Tüzel kişilerin hukuki durumu ile gerçek kişilerin hukuki durumu arasında farklılık yoktur. Aynı haklardan yararlanırlar. Tek sınır tüzel kişilerin doğasına uygun olmayan haklara sahip olmamalarıdır. (iii) Tüzel kişiler de tam fiil ehliyetine sahiptirler. (iv) Tüzel kişiler de organlarının haksız fiilinden sorumludur.”

⁷⁹³ Z. T. Kangal s. 32; Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* s. 322 ; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* s.183.

⁷⁹⁴ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* s. 514.

⁷⁹⁵ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* s. 515.

⁷⁹⁶ Z. T. Kangal s. 32.

Teknik Gerçeklik teorisine göre ise, gerçek anlamda “gerçeklik” anlayışı ile hukuki gerçekliğin birbirinden farklı veya ayırık olmadığı tezini savunur. Bu anlayışa göre, kişiliğe sahip olmak için biyolojik bir varlığa ihtiyaç yoktur. Ancak tüzel kişinin dış dünyada somutlaşması ve iradesini açıklayabilmesi için bir organizasyona, yani organlara ve temsilcilere ihtiyacı vardır. Organ sıfatına sahip gerçek kişilerin fiileri kendiliğinden tüzel kişinin fiili niteliği taşır.⁷⁹⁷ Bu noktada tüzel kişi, dış dünyada var olmayan gerçekliğini, hukuki teknik gerçeklikten almaktadır.⁷⁹⁸ Bu doğrultuda tüzel kişi organlarının eylemlerinden sorumlu tutulur.⁷⁹⁹

Bu doğrultuda Gerçeklik Teorisi, Varsayım Teorisi’nin karşısında yer almakta ve kollektif yararın olduğu her yerde bir tüzel kişilik olabileceği, hukuki düzenlemelere bağlı kalmaksızın tüzel kişinin kollektif yararını gerçekleştirmek için gerekli olan tüm haklara sahip olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişiler bu açıdan tam fiil ehliyetine sahiptirler ve haksız fiillerinden sorumlu tutulabilirler.⁸⁰⁰ Söz konusu teorinin ekonomik hayatta da üçüncü kişiler açısından bir güven ortamı yaratacağı savunulmuştur; zira gerçek bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilen bir kurumu hem haksız fiil açısından hem de cezai olarak sorumlu tutabilme yolu bu teori vasıtasıyla hukuk mantığına daha uygun ve mümkündür.⁸⁰¹

4.6.5. Değerlendirme

Öğretiye göre söz konusu teorilerin hiçbiri, tüzel kişiliğin hukuki niteliğini tam olarak açıklamaya yetkin değildir. Zira hiçbiri tüzel kişilerin modern hukukta ve ekonomik sistemde üstlendikleri rolleri tam anlamıyla öngörememiş, dolayısıyla

⁷⁹⁷ Gönen s.17.

⁷⁹⁸ Z. T. Kangal s.32-33.

⁷⁹⁹ Gönen s.17.

⁸⁰⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 515-516.

⁸⁰¹ Z. Kangal s.33.

da her ne kadar hukuk sisteminin belirli bazı kısımlarında bu anlayışların bir kısmından yola çıkılarak düzenlemeler yapıldıysa da bunlar esas olarak herhangi bir teorisinin tamamen kabul edilmemesi sebebiyle dâhil edilmemiştir.⁸⁰² Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınan karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de benzer tartışmaların yer aldığı görülmektedir. Tüzel kişinin ceza sorumluluğunun ilk kabul edildiği İngiltere ve Amerika gibi Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde de, 1900'lü yılların başlarından beri, tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi muamele görüp göremeyecekleri tartışılmaktadır.

Her ne kadar söz konusu teoriler tüzel kişiliğin hukuki niteliğini tam ve eksiksiz olarak tanımlamak konusunda yetersiz kalsalar da ilerleyen bölümlerde daha detaylı incelenecek olan haksız fiil sorumluluklarından hareketle ve ceza sorumluluğu konusunda belirli bir aşama kaydedilebilmesi amacıyla, bu çalışmada hukuki niteliğin Gerçeklik Teorisine yakın olduğu varsayılmaktadır. Nitekim bu şekilde, tüzel kişilik perdesi arkasında kalmak veya buna sığınmak sureti ile suç işlenmesinin, tüzel kişinin faaliyetini ilişkin bir suçun sonuçlarının yalnızca belirli temsilciler üzerinde ve onlarla sınırlı kalmasının, özellikle rüşvet suçu kapsamında tüzel kişinin sorumluluğuna atfedilmesi gereken önem ve ciddiyetten uzaklaştırdığı düşünülmektedir.

Tüzel kişilerin hakları hukuk sistemlerinde geniş ölçüde karşılık bulurken, ceza sorumluluklarının bulunamayacağı savı zayıf kalmaktadır. Bugün artık tüzel kişilerin, özellikle şirketlerin devletler karşısında elde etmiş oldukları siyasal ve ekonomik gücün yadsınması mümkün değildir.⁸⁰³ Örneğin, ilerleyen bölümde daha detaylı ele alınacağı üzere, Türk Medeni Kanun'un 48. maddesinde, tüzel kişilerin *insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında* tüm hak ve borçlara sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanun, tüzel kişinin sahip olduğu haklara ilişkin açık bir belirleme yapmaksızın çerçeve bir hüküm tesis ederek, madde içeriğinin öğretisi ve kanun uygulayıcıları tarafından

⁸⁰² Z. Kangal s.184; Yazar söz konusu hususlara tüzel kişiliğin kurulmasında fiil ve haksız fiil ehliyetinin düzenlenmesinde bu etkinin görüldüğünü belirtmiş, aynı zamanda referans yolu ile tüzel kişiliğin kurulmasında resmi işlem şartı bulunmamasını, gerçek kişi ve tüzel kişilerin, tüzel kişilerin doğasına uygun olmayan haklar dışında, aynı haklardan yararlandıklarını, tam fiil ehliyetine sahip olduklarını ve tüzel kişilerin organlarının haksız fiillerinden sorumlu olduklarını belirtmiştir. Dural ve Ögüz s.227.

⁸⁰³ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Beale, A Response To The Critics Of Corporate Criminal Liability s. 1481.

belirleneceğini öngörmüştür.⁸⁰⁴ Teknoloji ile yeni kişilik haklarına kapı aralayarak gelişen dünyada kişilik hakların sınırlı olarak (*numerus clausus*) madde metninde sayılmamış olması ve bu hakların tespitinin hâkim takdirine bırakılması hâkime tüzel kişilerle ilgili kararlarında onların gerçekliğine uygun kararlar alabilme imkanı tanımaktadır.⁸⁰⁵ Tüzel kişilerin sahip oldukları kişilik hakları başlıca isim, ekonomik varlık ve kişilik, şeref, haysiyet ve saygınlık, ticari sırları olarak kabul edilmektedir.⁸⁰⁶ Bu kabulün içinde dahi tüzel kişilerin manevi değerlerinin bulunduğu gerçeğini barındırmaktadır. Bahsedilen kişisel değerlere saldırı meydana gelmesi durumunda tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi zararlarının tazminini dava yolu ile talep edip edemeyeceği sorusu öğretilerde tüzel kişilerin, kişilik haklarına yönelen saldırılara karşı saldırının hukuka aykırılığının tespiti, saldırının önlenmesi ve saldırının durdurulması davası ve maddi tazminat davası açabileceğinin kabul edileceği görüşü ile yanıtlanmıştır.⁸⁰⁷ Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceğine ilişkin tartışmalara hem Türk hukukunda hem de uluslararası alanda insan hakları alanında yer verilmiştir. Tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabilecekleri ve niteliklerine uygun düştüğü ölçüde tüzel kişilerin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklardan yararlanabilecekleri AİHM tarafından verilen kararlarda dile getirilmektedir.⁸⁰⁸

Tüzel kişilerin özel hukuk alanında manevi hakları tanınırken, ceza hukuku alanında suçlu iradelerinin olamayacağını ileri sürmek kendi içinde çelişkili bir durum yaratmaktadır. Bu noktada, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu açısından Gerçeklik Teorisi'nin benimsenmesi, tüzel kişilerin gerçek dünyadaki etkilerinin daha ciddiye alınmasına ve bu anlamda tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin denetim, gerekli engelleyici önemlemleri alma gibi başlıca sorumluluklarının uygulamada daha önem kazanmasına yol açabileceği ve

⁸⁰⁴ Oral s.79.

⁸⁰⁵ Taşkın s. 212-213.

⁸⁰⁶ Kılıçoğlu s. 290-291; Ö. Ergün s.139 vd.; Dural ve Ögüz s.245; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt 542.

⁸⁰⁷ Kılıçoğlu s. 291-293; Oral s. 252; Dural ve Ögüz s.249; Ö. Ergün s.155.

⁸⁰⁸ Ö. Ergün s.160;Oral s. 292; Dural ve Ögüz s.250; Ancak öğretilerde; uygulamada tüzel kişilerin manevi tazminat taleplerin olumlu cevap verilmesine rağmen; tüzel kişilerin acı ve ızdırap duymaları mümkün olmadığından, kendilerine kişilerin yaşamış oldukları acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlayan manevi tazminat ödemesi yapılmasının ve tüzel kişilerin de manevi tazminat davası açmasının mümkün olmayacağını belirten görüşler de mevcuttur. Karşıt görüş için bkz. Kılıçoğlu s. 293.

özellikle rüşvet suçu açısından caydırıcılığı etkin hale getirebileceği değerlendirilmektedir.

Modern hukuk sistemleri ve ekonomik sistemlerde, tüzel kişilerin eylem ve muamelelerinin, söz konusu teorilerin ortaya atıldığı zamanda öngörülmediği ölçüde derin etkiler yaratma potansiyeline sahip olduğunun da göz ardı edilmemesi gereklidir. Bu kapsamda, organları vasıtasıyla, kolektif bir iradeyi açıklayan, belli bir amaca özgülenmiş bir topluluğun haksız fiillerinden sorumlu tutulmaması akla yatkın gelmemekte, aynı zamanda hukuki ve ekonomik sonuçlar açısından da adaletsiz, caydırıcılıktan uzak ve adeta hukuk düzenini dolanmak için kullanılan bir vasıta olma riskini de beraberinde getirmektedir.

Bugün yaygın şekilde “beyaz yaka suçları” olarak tanımlanan ekonomik suçlar hemen hemen her durumda şirketlerin suç işlemeninin aracı veya paravanı olarak kullanıldığı suç tipleridir. “*Şirketler de, tıpkı adi suçluların silahı ve bıçağı gibi, beyaz yaka suçlularının silahı*”dır.⁸⁰⁹

Bu noktada belirtilmelidir ki, şirketlerin hangi şekilde hareket etmesi gerektiğini belirleyen bir hukuk sistemi, o şirketin yasalara uygun olmayan davranışlarını da cezalandırabilmelidir. Bu anlamda, bu çalışma açısından tüzel kişilerin rüşvet suçu kapsamında ceza sorumluluklarının tanınması ve hukuki anlayışın ve düzenlemelerin daha etkili bir yönde evrilmesi gerekliliği ışığında, tüzel kişilerin gerçek birer varlık oldukları ve eylemleri neticesinde hukuki ve ceza sorumlulukları doğması gerektiği savunulmaktadır.

⁸⁰⁹ Wheeler ve Rothmann s. 1406: Bu ifade Amerikan öğretisi tarafından da kabul görmüş ve alıntılanan bir tanımdır. Örn: Wells s. 371.

4.7. Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti

4.7.1.Hak Ehliyeti

Hak ehliyeti hukuk süjesinin hak ve borçlara sahip olma yeteneği anlamına gelir.⁸¹⁰ Hak ehliyeti kişiliğin temelini teşkil eder.⁸¹¹ Tüzel kişilerin hak ehliyeti ile gerçek kişilerin hak ehliyeti çeşitli açılardan aynı, çeşitli açılardan ise birbirlerinden farklıdır ve bu kapsamda tüzel kişiler, yapıları itibariyle, gerçek kişilere tanınan haklarla her anlamda eşit haklara sahip değildir.

Türk hukukunda tüzel kişinin hak ehliyeti TMK madde 48’de düzenlenmiş olup, buna göre tüzel kişiler yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki tüm haklara ve borçlara sahip olmaya yetkindirler. Bunlara örnek olarak tüzel kişiler, Anayasada yer alan “*kanun önünde eşitlik*” ilkesi (md.10) ile haberleşme, düşünce ve kanaat, düşünceyi açıklama ve yayma, bilim ve sanat, basın özgürlükleri (md.22, 25, 26, 27, 28), süreli ve süresiz yayın hakkı (md.29), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma (md.31), cevap ve düzeltme hakkı (md.32), toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı (md.34) mülkiyet hakkı (md.35), hak arama özgürlüğü (md.36), yasal hâkim güvencesinden (md.37) aynen yararlanma ve suç ve cezalara ilişkin olarak Anayasa’da öngörülen, özellikle suç ve cezaların kişisel olması esasları gibi ilkelerin (Anayasa md.38) kendisine uygulanmasını talep etme hakkına sahiptirler.⁸¹²

Bu kapsamda tüzel kişiler ve gerçek kişilerin yararlanabileceği haklar üçe ayrılabilir, bunlar **(i)** Yalnızca gerçek kişilerin yararlanabileceği haklar, **(ii)** Yalnızca tüzel kişilerin yararlanabileceği haklar, **(iii)** hem gerçek hem tüzel

⁸¹⁰ Dural ve Ögüz s.39; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.267.

⁸¹¹ Z. T. Kangal s.39; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.194.

⁸¹² Aslan s 235-236 ; Özsunay s.61-70; Gönen s. 22-25.

kişilerin yararlanabileceği haklardır.⁸¹³ Bu hak çeşitlerinin özellikleri şu şekilde özetlenebilir:

- Tüzel kişiler insana özgü olan yaş, cinsiyet, vücut bütünlüğü, temyiz kudreti, doğum ve hısımlık gibi nitelikler temeline dayalı haklardan yararlanamazlar; bunlar yalnızca gerçek kişilere özgü haklardır.

- “Topluluk hakları” olarak nitelendirilen, üyelikten çıkarma (TMK madde 67), sermaye ve aidat isteme hakkı (TMK madde 70), statü değişikliği hakkı, kendisini feshetme hakkı, disiplin cezası verme gibi haklardan yalnızca tüzel kişiler yararlanabilirler.

- Yalnızca gerçek kişilere özgü haklar dışındaki tüm haklardan tüzel kişiler de kural olarak yararlanabilirler. Bunlara örnek olarak tüzel kişinin bünyesine göre her türlü malvarlığı hakkı ve borcuna sahip olma ve Borçlar Hukuku’ndan doğan (birtakım istisnalar dışında) haklardan faydalanabilmeleri gösterilebilir.⁸¹⁴

Bu noktada hak ehliyetinin tüzel kişinin amacıyla sınırlı olup olmadığı konusu öğretide tartışmalı olmakla beraber, Türk hukukunda özellikle ticaret şirketleri bakımından hak ehliyetinin şirket faaliyet konusu ile sınırlı olması prensibinin (*ultra vires / ihtisas*) 6102 sayılı TTK ile kaldırılmış olması tüzel kişilerin hak ehliyetlerini gerçek kişilere yakınlştırarak genişletmiştir. Her ne kadar ihtisas prensibinin fiil ehliyeti ile ilgili olduğu savunulmuş olsa da fiil ehliyetinin sınırlandırılması aynı zamanda hak ehliyetinin de sınırlandırılması anlamına geleceğinden, söz konusu hususun burada ele alınması isabetli görünmektedir.⁸¹⁵ Zira ihtisas prensibi bir tüzel kişinin kendi faaliyet amaçları dışında yapacağı işlemlerin tüzel kişiyi bağlamayacağını belirtse de tüzel kişinin

⁸¹³ Dural ve Öğüz s.246 ; Ö. Ergün s.126.

⁸¹⁴ Bunların istisnası olarak kaydı hayat ile irad ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerine taraf olamama, sükna hakkının tüzel kişiler için kurulamaması, intifa hakkı bakımından (TMK md.797) en fazla yüz sene yararlanma hakkının bulunması, devlet tüzel kişiliği dışında kanuni mirasçı olamaması (TMK md.501) gösterilebilir. Z. T. Kangal s. 40; Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.197-199 ; Gönen s.31-35.

⁸¹⁵ Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.196.

amacı bu anlamda söz konusu tüzel kişinin hak ehliyeti sınırlarını çizmekte ve bunun bir yansıması olarak fiil ehliyetinin kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Tüzel kişiler ceza hukuku alanında da çeşitli haklardan faydalanabilmektedir. Şikâyetle bulunmak, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak⁸¹⁶ gibi haklardan tüzel kişiler de yararlanır.⁸¹⁷

4.7.2. Fiil Ehliyeti

Tüzel kişiler genel kural olarak tam bir fiil ehliyetine sahiptirler.⁸¹⁸ Bu kapsamda dış dünyada etki doğurabilmek, haklarını kullanabilmek ve borç altına girebilmek için organlara ihtiyaç duyarlar.⁸¹⁹ Türk Hukuku kapsamında bakıldığında, TMK madde 49' da düzenlendiği üzere, tüzel kişinin fiil ehliyeti, tüzel kişi zorunlu organlarına sahip olması ile başlar. Bu kapsamda “*kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip*” olmadan önce, tüzel kişiler yalnızca hak ehliyetine sahiptirler. Bu noktada “*zorunlu organlar*” dernekler için genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu (TMK madde 72) ve vakıflarda yönetim organı (TMK madde 109), anonim şirketlerde ise yönetim kurulu ve genel kuruldur (TTK madde 359 vd.).⁸²⁰

Bir tüzel kişinin geçici olarak organsız kalması onu varlığının sona erdiği anlamına gelmemektedir. Tüzel kişinin fiil ehliyetsizliği bu hallerde idareye yetkili kişilerce, (örn. kayyım; TMK madde 427/b.4), organ vasıtası görmesi yoluyla yeni organ seçilinceye veya atanıncaya kadar giderilir.⁸²¹

Yukarıda da önceden bahsedildiği üzere, tüzel kişilerin doğal birer iradeye sahip olmadıkları, tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerce bireysel veya

⁸¹⁶ Öztürk, Tezcan ve Erdem 160; Ö. Ergün s.130.

⁸¹⁷ Öztürk, Tezcan ve Erdem 48.

⁸¹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.200; Z. T. Kangal s.40.

⁸¹⁹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 549; Ö. Ergün s.182; Dural ve Öğüz s.254.

⁸²⁰ Z. T. Kangal s.39-41; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.200-201; Dural ve Öğüz s.253.

⁸²¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) s.263.

ortak irade açıklamaları ile bu iradenin açıklandığı kabul edilmektedir. Bu anlayış TMK madde 50/1’de “*Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır*” ve TMK madde 50/2’de “*Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar*” düzenlemeleri ile hukukumuzda yer almaktadır. Bu doğrultuda, tüzel kişinin iradesi bünyesindeki gerçek kişilerin ilgili tüzel kişi adına verilmiş kararlar ile oluşur, icrası da bu kişi ve/veya kişiler yoluyla gerçekleşir ve söz konusu fiiller tüzel kişiye isnat edilir.⁸²²

Fiil ehliyetinin konumuz açısından en büyük önem arz eden tarafı, sorumluluk hukukundaki görünümü ve bunun ceza hukukundaki yansımasıdır. TMK madde 50/2 ve 3 düzenlemelerine bakıldığında organların tüzel kişiyi hukuki muameleler ve diğer tüm fiiller ile tüzel kişiyi borç altına soktuğu ve organların kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu tutuldukları görülmektedir. Bu anlamda esasında temel olarak tüzel kişinin sorumluluğu ve gerçek kişi sorumluluğu, yani ceza hukukundaki “*şahsiliğin*” adeta bir gölgesi olarak her iki sorumluluk türünün de düzenlendiği bir hukuki temel olduğu tartışması yapılabilir. Bu kapsamda organın kendisi tüzel kişiyi borç altına sokmakta, bu anlamda tüzel kişi adeta kendisi hareket etmiş gibi dış dünyada hukuki sonuçlara yol açmakta, ancak tüzel kişiyi borç altına sokan organın kendisi ise ayrıca ve şahsen bu işlemde sorumlu tutulabilmektedir.

4.8. Tüzel Kişilerin Fiil Ehliyetini Kullanış Biçimi ve Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Ehliyet

4.8.1. Tüzel Kişinin Organları; Temsilci ve Organ Ayrımı

Organlar, tüzel kişinin örgütü içinde yer alan ve tüzel kişinin aktif olarak hukuk hayatına katılmasını sağlayan kişi veya kişilerdir.⁸²³ Belirli koşulların

⁸²² Dural ve Ögüz s.257; Ö. Ergün s.183; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.202.

⁸²³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.201; Dural ve Ögüz s.254.

gerçekleşmesi halinde, organı oluşturan gerçek kişi veya kişilerce açıklanan irade, tüzel kişinin iradesi olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda organ tüzel kişiden bağımsız bir parça olarak düşünülmemeyeceği için, organ aracılığıyla işlem ve eylemlerde bulunan ve iradesini açıklayan da tüzel kişinin kendisidir.⁸²⁴

Söz konusu işlemleri gerçekleştiren ve eylemlerde bulunan organ, genelde yönetim organlarıdır. Organların tüzel kişinin iradesini açıklaması anlayışına bağlı olarak da tüzel kişi kendi organlarının fiil ve eylemlerinden dolayı sorumlu tutulur (TMK madde 50). Bu bir çeşit objektif sorumluluk türüdür ve hukuka aykırı işlemler ve haksız fiilleri de kapsamaktadır.⁸²⁵

Tüzel kişilerin kendi mevzuatları dolayısıyla sayılan organların tüzel kişiler adına işlem ve eylem yapabilme görev ve yetkisine sahip olmaları gerekir.⁸²⁶ Kanunun veya kuruluş belgelerinin organı teşkil edecek kişileri açıkça belirterek görev ve yetkilerini belirlediği hallerde, söz konusu organı oluşturan kişi veya kişilerin eylemlerinin tüzel kişiliğin eylemleri olduğu noktasında herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Örneğin yönetim kurulunu oluşturmayan kişilerce toplanılarak ilgili tüzel kişi adına karar almaları tüzel kişiliğin kendisine izafe edilemeyecektir.⁸²⁷ Ancak kuruluş belgelerinde açıkça organ olduğu düzenlenmemiş olmakla beraber organa özgü yetki ve görevler verilmiş kişilerin de TMK madde 50 düzenlemesine göre organ olarak değerlendirilmeleri gerektiği öğretide yer alan bir yaklaşımdır. Bu noktada organın “*ister iç faaliyette olsun ister dış faaliyette olsun tüzel kişi adına bağımsız olarak karar verebilen veya bir kararın icraya konulmasını sağlayan kişi veya kişiler*” olduğu savunulmaktadır.⁸²⁸

Burada “*temsil*” olgusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Organ, tüzel kişinin iradesini açıklayan bir aracı olarak onun bir “*temsilcisi*” değildir. Başka bir anlatımla, organın temsili Borçlar Kanunu’nda düzenlenen “*iradi*

⁸²⁴ Z. T. Kangal s.43; Akipek ve Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Şahsın Hukuku s.538.

⁸²⁵ Tuncay s.366; Dural ve Öğüz s.261.

⁸²⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç s.7633.

⁸²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.201.

⁸²⁸ Ö. Ergün s.190-191; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.201 iç atf 61a; Aslan s.235-236; Dural ve Öğüz s.257.

temsil yetkisi”nden farklıdır.⁸²⁹ Organın davranışının tüzel kişiye izafe edilebilmesi organ sıfatına bağlanmış ve organ niteliği ortadan kalkmadan geri alınamayan bir yetkiye dayanır. Dış ilişkiler açısından bu yetki “*temsil yetkisi*” olarak adlandırılmakta ve bir örneği derneğin yönetim kurulunun derneği temsil etme hakkı ve görevini düzenleyen TMK madde 85’de görülmektedir.

Bunun yanında temsilci ile tüzel kişi arasındaki ilişki hukuki işleme dayanır ve temsille ilgili genel hükümlere tâbidir. Ayrıca organ tüzel kişinin iradesini açıklarken, “*temsilci*” temsil olunan kişinin iradesini açıklamaz; temsilcinin fiili kendi fiilidir ancak yaptığı hukuki işlemlerin sonucu temsil olunan kişi üzerinde doğar.⁸³⁰

Daha öz olarak temsilci ile organ arasındaki farklar şu şekilde ifade edilebilir:

i) Temsilcinin faaliyeti, kendi faaliyetidir, zira temsilci temsil olunan dışında bir üçüncü kişidir ve söz konusu faaliyetlerin sonuçları temsil ettiği tüzel kişi üzerinde doğar. Bunun karşısında organın eylemleri tüzel kişinin eylemi addedilir.

ii) Tüzel kişi bünyesinde bulunan diğer kişilerin organa seçilen kişi veya kişilerin takdir hakkı üzerinde yön verme yetkileri bulunmamaktadır. Bunun yanında temsilciye ilgili yetkileri veren kimseler, temsilciye yetki verdikleri işlemler üzerinde doğrudan doğruya kendileri tasarrufta bulunabilirler; yani temsilci temsil olunanı bertaraf edemez.

iii) Temsilci yalnızca verilen temsil yetkisi çerçevesinde faaliyet gösterebilirken, organ tüzel kişinin iradesini yansıtmaya ve başkaca işleri idare etme yetki ve görevine de sahiptir.

⁸²⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* s.202; Ö. Ergün s.192; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* s.550.

⁸³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* s.202; Z. T. Kangal s.45; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* s.550; Aslan s.235-236.

iv) Temsilci hak ve yükümlülüklerini temsil yetkisi verenden alırken, organ hak ve yükümlülüklerini kanun ve kuruluş belgelerinden alır.

v) Organlar tüzel kişi için işlemleri devamlı olarak yürütürken, temsilci verilen yetki çerçevesinde belirli bir görevin yerine getirilmesi için geçici olarak faaliyette bulunur.⁸³¹

Bir başka açıdan ise, tüzel kişinin organları, organın dış ilişkilerdeki durumuna göre; “iç ilişkilerde görev üstlenen iç organlar” ve “dış ilişkilerde tüzel kişiyi temsil eden ve işlerini gören dış organlar” olarak da ikiye ayrılabilirler.⁸³² Söz konusu yetkilerin tüzük, vakıf senedi veya başkaca geçerli hukuki işlemlerle sınırlandırılması noktasında, söz konusu sınırlandırmanın iç ilişkide geçerli olacağı ve dış ilişkide iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır.⁸³³ Bunun istisnası elbette ilgili sınırlandırmanın, mümkün olduğu hallerde, kamuya açık sicillere kayıt edilmesi halinde üçüncü kişilerin iyiniyet savunması yapamayacağıdır.⁸³⁴ Bu kapsamda, medeni hukuk tüzel kişileri arasında yer alan dernekler ve vakıflar için, dernek tüzüğü veya vakıf senedinde yer verilmiş olan organın yetkilerinin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin, dernek tüzüğü ya da vakıf senedi kamuya açık belgeler olmadığından iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.⁸³⁵

Bu konunun irdelenmesindeki esas amaç, rüşvet suçu bakımından tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun düzenlenmesi kapsamında, tüzel kişinin hangi ve kimler tarafından icra edilmiş eylemleri sonucunda bu sorumluluğa hükmedilebileceği tartışmasında referans oluşturmaktır. Bu noktada ceza sorumluluğuna girilmeden önce, tüzel kişilerin hukuka aykırı fiilleri (borca aykırılık ve haksız fiil) sonucundaki sorumlulukları incelenecek ve bunu takiben ceza sorumluluğu ele alınacaktır.

⁸³¹ Ö. Ergün 194-195; Aslan s.236; Z. T. Kangal s.45-46.

⁸³² Aslan s.236; Özsunay s.70-74.

⁸³³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.205; Aslan s.235; Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları) s.36.

⁸³⁴ Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları) s.36.

⁸³⁵ Dural ve Öğüz s.260.

4.8.2. Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Ehliyet

Fiil ehliyetinin kapsamında hukuki işlem yapma ehliyeti ve hukuka aykırı fiillerden, yani haksız eylemlerden, sorumluluk ehliyeti bulunmaktadır ve tüzel kişilerin fiil ehliyeti için her ikisi de geçerlidir.⁸³⁶

Tüzel kişinin hukuki işlem ehliyeti TMK madde 50/2 çerçevesinde düzenlenmiş olup, buna göre “*organlar hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar*”. Bu noktada yukarıda bahsedildiği gibi, söz konusu organın hukuki işleme dair iradesi, organın kanun veya tüzel kişinin statüsü ile bahsedilmiş temsil yetkisine dayanır.

Burada bahsedilen ve borçlar hukukundaki iradi temsil yetkisinden farklı olan temsil, dış ilişkilerde dernekler açısından dernek yönetim kuruluna, vakıflarda ise yönetim organına verilmiştir. Başkaca geçerli hukuki işlemler aracılığı ile -tüzük, vakıf senedi düzenlemeleri, organ kararı vb- tanınmış bir yetkinin yokluğu halinde, diğer organların tüzel kişiyi borç altına sokma yetkisi bulunmamaktadır.⁸³⁷

4.8.2.1. Borca Aykırı Davranış

Borca aykırı davranış sebebiyle tüzel kişiliğin sorumluluğuna hükmedilmesi, organın tüzel kişinin borcunu ifa ederken borca aykırı bir eylem ile alacaklıyı zarara uğratması halinde mümkündür. Bu anlamda yukarıda açıklanan ilkelere göre organın tüzel kişiyi temsili ve irade açıklamasını tüzel kişi adına yapması sebepleriyle organın borca aykırı davranışı da tüzel kişiye yüklenecektir. Tüzel kişinin organı yardımcı şahıs sayılmadığı için⁸³⁸, burada sözü geçen sorumluluk BK madde 116'daki “*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*” kapsamında değerlendirilmemekte, bunun yerine TMK madde 50/2, yani organın tüzel kişiyi

⁸³⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.204-205; Ö. Ergün s.208; Dural ve Ögüz s.261; Aslan s.236.

⁸³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.204-206.

⁸³⁸ Dural ve Ögüz s.262.

borç ve yükümlülük altına sokma yetkisine bağlı olarak tüzel kişiye yüklenmektedir. Bu noktada tüzel kişi borca aykırı davranış sebebiyle BK madde 112 vd maddelerine göre doğrudan sorumlu olacaktır⁸³⁹.

4.8.2.2. Haksız Fiil

TMK madde 50/2 tüzel kişinin hukuki eylemleri yanında “*diğer bütün fiilleriyle*” bağlayacağı düzenlenmiş ve bu doğrultuda organın haksız fiillerinden sorumluluk da tüzel kişiye yüklenmiştir.⁸⁴⁰ Söz konusu husus TTK madde 126’da genel hüküm olarak TTK madde 50’ye yapılan atıf ile “*Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır*” demek suretiyle düzenlenmiş, anonim ve limited şirketler için de ilgili maddelerde aynı husus vurgulanmış ve kooperatifler için de hüküm Kooperatifler Kanunu’nda tekrarlanmıştır.⁸⁴¹

Bunun yanında, konumuzla daha ilişkili olarak, haksız eylemlerden medeni hukuk ve borçlar hukuku çerçevesinde tüzel kişilere atfedilen sorumluluk türü, tüzel kişilerin doğal iradelerinin olmadığı ve söz konusu iradenin organları vasıtasıyla açıklandığı gerçeği karşısında, Türk hukukunda bir çeşit “objektif sorumluluk” yani kusura dayanmayan, kusursuz sorumluluk şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁸⁴²

Objektif sorumluluğun, yani kusursuz sorumluluğun genel anlamı, ilke olarak sorumluluğun dayandığı kusur ve hukuka aykırılık unsurları aranmaksızın sorumluluğun doğmasıdır. Bu noktada tüzel kişi ve onu oluşturan gerçek

⁸³⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.205-206; Z. T. Kangal s.46-47; Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları) s.36-37.

⁸⁴⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.554.

⁸⁴¹ Z. T. Kangal s.46-47.

⁸⁴² Aslan s.237.

kişilerin haksız eylemlerinde, herhangi bir irade beyanı olmasına gerek kalmaksızın oluşan zararı giderme yükümlülükleri bulunmaktadır.

Bunun yanında haksız fiil sorumluluğunun türü hakkında öğretilerde tartışmalar da bulunmaktadır. Bir görüşe göre söz konusu sorumluluk kusura dayalı bir sorumluluk türüdür. Burada tüzel kişilerin niteliği açısından gerçeklik teorisine yapılan atıf ile organın açıkladığı irade tüzel kişinin iradesi olduğu için, organın kusurlu iradesi tüzel kişinin kusurlu iradesi anlamına gelmektedir ve dolayısıyla tüzel kişiye sorumluluk atfedilebilmelidir.⁸⁴³

Daha kabul görmüş bir görüşe göre ise tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğu bir tür kusursuz sorumluluktur. Burada da varsayım teorisine yapılan atıf ile açıklanan iradenin tüzel kişinin kendi iradesi olmadığı, tüzel kişinin varsayımsal bir varlık olması sebebiyle kusurlu davranamayacağı ve yalnızca organı oluşturan gerçek kişilerin kusuruna gidilebileceği savunulmaktadır. Buna göre burada “*başkasının fiilinden sorumluluk*”⁸⁴⁴, yani yukarıda bahsedildiği ve Anglo-Amerikan hukukunda da bahsi geçen “*vicarious liability*”den bahsedilmektedir.

Bunun yanında kusursuz sorumluluğun bir başka türü olarak hakkaniyet ve adalet esasına dayalı bir sorumluluk türü de savunulan görüşler arasındadır. Bu noktada BK madde 66’da düzenlenen “*adam çalıştıranın sorumluluğu*”nda nasıl işverenin kusuru aranmıyor ise, burada da organın da aynı yorumla kusurunun aranmayacağı ileri sürülmektedir.⁸⁴⁵ Bu sorumluluğun yukarıda bahsedilen kusursuz sorumluluk türünden farkı ise, TMK madde 50/2’deki düzenlemeye dayandırılmakta ve organın kusurunun varlığı halinde tüzel kişi ile birlikte müteselsil sorumluluk doğacağı, aksi halde yalnızca tüzel kişinin sorumluluğunun doğacağı belirtilmektedir.⁸⁴⁶ Zira TMK madde 50/2 organların ayrıca kişisel kusurlarından doğan haksız eylemlerin sonuçlarından, tüzel kişinin

⁸⁴³ Z. T. Kangal supra s.47; Ö. Ergün s.211; Tartışmalar için bkz. Dural ve Ögüz s.263; Oğuzman, Selçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) s.271.

⁸⁴⁴ Z. T. Kangal supra s.47, Aslan s.237.

⁸⁴⁵ Z. T. Kangal supra s.47; Aslan s.237; Oğuzman, Selçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.206-208.

⁸⁴⁶ Z. T. Kangal supra s.47; Aslan supra s.237.

yanında ayrıca sorumlu olacağı belirtilmektedir ki bu da müteselsil sorumluluğa işaret etmektedir.⁸⁴⁷

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, ilgili sorumluluk türünün ne olduğu önemli olmaksızın, tüzel kişi organlarının görevleriyle ilgili icra ettikleri haksız eylemlerden sorumlu olacaklarıdır. Dolayısıyla hem kusur ilkesi hem de kusursuz sorumluluk ilkesi tüzel kişilerin haksız fiilleri yönünden uygulama alanı bulacaktır.⁸⁴⁸

Bu noktada haksız eylem sorumluluğunun doğabilmesi için (i) haksız eylemin organca gerçekleştirilmiş olması, (ii) eylemin organ faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmiş olması ve (iii) kanunda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri dışında organın kusurlu olması ve eyleminin de hukuka aykırı olması ve (iv) maddi veya manevi bir zarar meydana gelmiş olmalı ve zarar ile organ eylemi arasında nedensellik bağlantısı bulunması gereklidir.⁸⁴⁹ Bunun yanında her ne kadar (ii) altında bahsedilen eylemin organ faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmiş olması gerektiği belirtilse de bu husus TMK madde 50 çerçevesinde açık şekilde düzenlenmemiştir. Bu noktada TTK söz konusu boşluğu kapatarak bu hususta sorumluluğu genişletmiş ve madde 371/2'ye göre *“Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin”* ve TTK madde 371/1'e göre *“... Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır”* hükümleri aracılığı ile kural olarak işletme konusu işlemlerden de tüzel kişinin sorumluluğunun doğacağı düzenlenmiştir.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ Aslan supra s.237; Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s.556.

⁸⁴⁸ Z. T. Kangal supra s.47; Dural ve Ögüz s.263; Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları) s.37.

⁸⁴⁹ Z. T. Kangal supra s.47; Aslan supra s.237; Dural ve Ögüz s.263; Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları) s.37.

⁸⁵⁰ Z. T. Kangal supra s.47; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.206-207.

4.8.2.3. Haksız Fiil Yönünden Temsilci ve İstihdam Edilenin Sorumluluğu

Organın tüzel kişiyi hem hukuki işlemler hem de haksız eylemler yönünden borç ve yükümlülük altına sokması karşısında, tüzel kişi temsilcilerinin ve bünyesindeki personelin haksız fiillerden sorumluluğu ise farklı prensiplere dayanmaktadır.

Bu anlamda tüzel kişi tarafından temsilciye verilen yetkiler çerçevesinde, temsilci tüzel kişi adına ve hesabına faaliyetlerle bulunarak tüzel kişiyi hukuki olarak bağlayabilir. Temsil yetkisinin kapsamı ve içeriği BK madde 41'e göre "*hukuksal işleme göre belirlenir*". Bir başka anlatımla temsil yetkisi verenin iradesi temsil yetkisinin kapsam ve içeriğini belirler. Bunun yanında güven teorisine göre temsil yetkisinin kapsam ve içeriği yorumlanırken, temsilcinin yetkilendirme beyanına atfedeceği anlam esas alınmalıdır.⁸⁵¹ BK madde 41/2'ye göre eğer yetki kapsamı üçüncü kişilere bildirilmişse, bu noktada kapsam ve içerik söz konusu bildirimde göre belirlenecektir. Üçüncü kişi açısından burada yine iyi niyet şartı aranmalıdır.⁸⁵² Söz konusu hukuki işlemler olduğunda tüzel kişinin temsilci eylemleriyle bağlanacağı karşısında, "*haksız eylemde temsil olmaz*" prensibi gereğince, temsilcinin haksız eylemleri tüzel kişiye izafe edilemeyecek ve temsilci haksız eylem sebebiyle doğrudan doğruya kendisi sorumlu olacaktır.⁸⁵³

Bunun karşısında tüzel kişinin çeşitli faaliyetlerini yerine getirmek için çalıştırdığı personelin haksız fiillerinden dolayı ortaya çıkan zararlarından dolayı tüzel kişiyi sorumlu tutmak mümkündür. Buna göre somut olaya göre BK madde 116'daki yardımcı kişinin eyleminden sorumluluk veya BK madde 66'deki adam çalıştıranın sorumluluğu hükümleri uygulanabilecektir.⁸⁵⁴ Bu anlamda madde 66'daki adam çalıştıranın sorumluluğu her ne kadar bir objektif

⁸⁵¹ Z. T. Kangal s.49; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.207.

⁸⁵² Z. T. Kangal s.49.

⁸⁵³ Haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetine ilişkin 'organlık görevinin yerine getirilmesi' ölçütü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt s. 554-555.

⁸⁵⁴ Z. T. Kangal s.47; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku s.208; Dural ve Ögüz 264.

sorumluluk türü ise de maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları adam çalıştıran için kurtuluş beyineleri öngörerek çalışanın seçiminde, talimat verilmesinde ve gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini veya çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğu ispat ederse, bu durumda tüzel kişinin sorumluluğu doğmayacaktır.⁸⁵⁵ Aynı zamanda bu hususun desteklenmesi kapsamında, maddenin son fıkrası ilgili zararın tüzel kişi/adam çalıştıran tarafından tazmin edilmesi halinde çalışana rücu hakkını da düzenlemiştir.

Bunun karşısında BK madde 116 daha sıkı bir objektif sorumluluk türü öngörerek, yardımcı kişilerin fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğuna işaret edilmiştir. Ancak burada bir istisna olarak sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşma ile tamamen ve kısmen kaldırılabilceği düzenlenmiştir. Ayrıca, BK madde 116/son'da sorumluluğun kısıtlanamayacağı haller olarak ilgili işin uzmanlık gerektirmesi ve ancak kanun veya yetkili makamlarca verilen izinle yürütülebilmesi durumunda, önceden yapılmış sorumluluğu kısıtlayıcı sözleşmenin kesin olarak hükümsüz olacağı da belirtilmiştir.⁸⁵⁶ Dolayısıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, BK madde 66'ya kıyasla daha sıkı bir sorumluluk türü olup, önceden yapılan bir düzenleme ile sorumluluk sınırlandırılmadıysa, haksız fiillerden tüzel kişinin sorumluluğuna yol açacaktır.

Bu noktada FCPA uygulamaları açısından da bakacak olursak, temsilci veya bir çalışan tarafından işlenmiş bir rüşvet suçu özellik arz etmektedir, zira bu noktada aynı yukarıda bahsedilen BK hükümleri gibi, temsil sorumluluğu (vicarious liability) sebebiyle temsilci veya çalışanın eylemi sebebiyle tüel kişi cezai olarak da sorumlu tutulabilmektedir. Bu Anglo-Amerikan hukuku öğretisine göre, tüzel kişinin kendisi, yolsuz eylem (rüşvet) istihdam kapsamında işlendiyse ve kısmen de olsa kuruluşa fayda sağladıysa sorumlu tutulabilecektir. Neredeyse tüm FCPA şirket yaptırımlarının *temsil sorumluluğuna* dayandığı görülmektedir, nitekim tüzel kişiler -bu durumda da şirketler- yalnızca organları, temsilcileri ve çalışanları yoluyla eylemlerde bulunabilirler.⁸⁵⁷ Her ne kadar

⁸⁵⁵ Z. T. Kangal s.49; Ö. Ergün s.222.

⁸⁵⁶ Z. T. Kangal s.49.

⁸⁵⁷ Juedes s.52.

şirketler kurumsal politikalar benimsemek ve uygulamak yoluyla çalışanlarının rüşvet vermesini engelleyici tedbirler olarak *temsil sorumluluğu* hafifletmeleri mümkünse de, hangi tip tedbirlerin kanunen geçerli tedbirler olabileceği henüz belirli değildir. Bunun sonucu olarak *Yockey'in* de belirttiği gibi “*şirketler, düzgün belgelenmiş FCPA uyum politikaları olmalarına rağmen buna aykırı davranışlarda buldukları iddia edilen çalışanları sebebiyle kovuşturmaya tâbi olmuşlardır*”⁸⁵⁸.

4.9. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Kaynakları Hakkında Tartışmalar

Cezanın sorumluluğunun şahsiliği, yani yalnızca gerçek kişilerin ceza sorumluluğunun konusu olabilmesi ilkesi, hukuk tarihinde uzun süredir var olan ve bir o kadar da tartışmaya açık bir kavramdır. Tüzel kişileri işledikleri suçlardan ötürü sorumlu tutma fikri günümüzde yeni yeni tartışılmaya açılmış bir konu değildir. Tüzel kişi ceza sorumluluğunun doğduğu kıtanın Amerika olduğu dikkate alındığında tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili herhangi bir tartışmanın ve değerlendirmenin Anglo-Amerikan öğretii görüşleri ele alınmadan yapılması mümkün görünmemektedir.

Tüzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin tespit edilebilen ilk eleştiri 1250 yılında Pope Innocent IV'in birliklerin aforoz edilmesini yasaklaması sırasında ortaya atılmıştır. Papa'ya göre bir şirketin ruhu olmadığına göre, olmayan bir şeyi kaybetmek de mümkün değildir. Papa'nın bu kararının arkasında da ilgili topluluğun aforoz edilmesi ile malvarlığının da kilisenin yetki alanında çıkacak olmasını engellemek olduğu düşünülmüştür.⁸⁵⁹

Yüzyıllar önce Romalılar bu konuyu ilk kez tartışmaya açtıklarında, bir kişiliğin gerçek kişi dışında bir şeyi ifade etmeyeceği konusunda açık bir görüşte

⁸⁵⁸ Juedes s.53.

⁸⁵⁹ John C. Coffe, Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Findingan Optimal Corporation Criminal Sanction s.3

mutabık kalmışlardır. Hatta bu görüş, çalışma kapsamında birçok yerde atıf yapılan *societas delinquere non potest, nec puniri* (tüzel kişiler suç işleyemez, cezalandırılmaz) özdeyişinin doğmasına sebep olmuştur. Ancak daha sonra Orta Çağ'a gelindiğinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabulü noktasında bir uzlaşma zemini sağlanmıştır.⁸⁶⁰

Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukları arasında tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hususuna yaklaşım noktasında birden fazla farklılık bulunmaktadır. Bu farklılıkların oluşmasında temel noktalardan bir tanesi, şüphesiz Amerika, İngiltere ve Kanada gibi Anglo-Amerikan ülkelerin sanayi devrimine Kıta Avrupası ülkelerinden daha önce girmeleridir. 1842'de ilk defa bir İngiliz Mahkemesinde bir tüzel kişiliğin cezalandırılmasıyla uygulama alanı bulan tüzel kişi ceza sorumluluğunun uygulaması belli çekinceler yüzünden uzun bir süre ivme kazanamamıştır.⁸⁶¹ Bu çekinceler, tüzel kişilerin hukuken kurgulanmış ve fiiliyatta var olmayan kişiler olduklarının kabulü sebebiyle ortaya çıkan bir takım pürüzler olarak ortaya çıkmıştır. Bu pürüzlere örnek olarak suçun manevi unsur arayışında tüzel kişiliğin iradesinin tespitindeki zorluk, tüzel kişiliğin şahsen mahkemede bulunamaması, onu vücut bulmuş bir varlık olarak görememek ve *ultra vires* kuralı gereği esas sözleşmesinde yazanların dışında ve özellikle de hukuka aykırı faaliyetlerde bulunmak için kurulamayacak olması verilmiştir.

Hem Anglo-Amerikan hem de kıta Avrupası öğretisinde şahsılık ilkesi, özellikle şirketler açısından tarih boyunca tartışılan bir konu olmuştur. Ceza sorumluluğunun gerçek kişilere özgü olmasının temel sebepleri arasında, tüzel kişilerin kendilerine ait doğal bir iradesi olmaması, söz konusu iradenin organlar veya temsilciler vasıtasıyla açıklanması gösterilmiş ve varsayımsal bir varlık olduğu savunulan tüzel kişinin bu sebeple suç işleme kastının bulunamayacağı belirtilmiştir. Bununla beraber bugün gelinen noktada “*yasabilimsel bir dinazor*” olan “*societas delinquere non potest*”in sonuna geldiği⁸⁶², her

⁸⁶⁰ Vermeulen, de Bondt ve Ryckman, Liability of legal persons for offences in the EU s. 9.

⁸⁶¹ İlgili kararın detayları için bkz. Karşılaştırmalı Hukukta Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğu, İngiltere başlıklı bölüm.

⁸⁶² Brodowski, Espinoza de los Monteros de la Parra ve Tiedemann s.3 : “juridical dinosaur” ifadesi çalışmada içindeki çeşitli makalelerine atıf yapılan Regulating Corporate Criminal Liability isimli kitabın yazarları tarafından kullanılmış bir ifadedir.

teorinin ancak evrimleşen duruma adapte olduğu ölçüde süreklilik gösterebileceği ifade edilmiştir.

Tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili olarak Amerikan öğretisi tarafından çok kapsamlı incelemeler yapılmıştır. Bu incelemelerden önemli olarak dikkatli çekilecek bir tanesinde tüzel kişi ceza sorumluluğu tartışmalarının iki temel sorunu olduğuna dikkat çekilmiştir.⁸⁶³ Bunlardan birincisi cezai yaptırımlarla hukuki yaptırımlar arasındaki seçimin hukuki ve cezai düzenlemelerin çoğu zaman örtüşen, tekrarlayıcı ve karmaşık yapısı nedeni ile tutarlılık sorunları yaratmasıdır. Bu kapsamda tüzel kişiye yönelik cezai yaptırımlar belirlenirken, zaman zaman caydırıcılık etkisinin artırılması adına ceza hukukunun geleneksel “kast” (*mens rea*) modelinden sapılabilmektedir. İkincisi ise, tüzel kişiliğin ceza davalarında yer almasının sorunlu olması, tüzel kişiliği bir “kişi” olarak ele almanın özellikle ceza hukuku alanında zor olmasıdır. Tüzel kişinin hükmi ve cansız yapısı, bir kurumun kovuşturulması sırasında başvurabileceği anayasal koruma seçeneklerini de belirsizleştirmektedir. Tüzel kişinin cezalandırılmasının zorluğu, ceza sorumluluğu isnadında gerçek kişilere odaklanılmasına neden olmakta, bu odaklanma ise tüzel kişi temsilci ve çalışanlarının hem kendi eylemleri hem de diğer kişilerin eylemlerinden dolayı kovuşturmaya maruz kalmasına neden olabilmektedir. Bu yaklaşım, tıpkı birinci sorunda olduğu gibi, ceza hukukunun geleneksel “kast” (*mens rea*) modelinden uzaklaşan ceza kanunlarının kullanılmasına yol açabilmektedir.⁸⁶⁴ Bu değerlendirmeye göre, her iki yaklaşımın da temelinde mens rea tartışması bulunmaktadır.

Amerikan öğretisi kanunlara aykırı kurumsal faaliyetler karşısında cezai yaptırımların uygulanmasının gerekliliğini açıklarken çoğu zaman temel amaç olarak caydırıcılıktan bahsetmektedir. Tüzel kişi ceza sorumluluğunda kefarete hedefi, ahlaki yönü bulunmayan faaliyetlerle ilgili yasalarla ilişkilendirilemeyeceği için uygun değildir. Rehabilitasyon hedefi ise, toplumun, faillerin ekonomik bir suç işlemeselerdi toplumsal bağlamda iyi bir yere sahip

⁸⁶³Bu başlık altındaki tartışmaların yapılandırılmasında en çok The Harvard Law Review Association tarafından kaleme alınan 1979 tarihli Developments in the Law: Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions makalesinden faydalanılmıştır.

⁸⁶⁴ The Harvard Law Review Association s. 1230.

olabilecek olmalarıyla ilgilenmemesi, bu nedenle de bu kişilerin suç işleme yeteneğini ortadan kaldırmak veya bu kişileri rehabilite etmenin toplumsal açıdan anlamlı olmaması nedeni ile uygun değildir. Kaldı ki, adi suçlular genellikle eylemlerinin muhtemel sonuçlarını dikkatli bir şekilde hesaplamaz ve bu yüzden ceza tehdidi onlar için caydırıcı bir unsur teşkil etmezken, kurumsal suç işleyenler için bundan söz edilemez. Kurumsal faaliyet normalde bir takım ekonomik faydalar elde etmek için yapıldığından, kurum içindeki karar mercileri potansiyel maliyet ve faydaların hesaplanmasına dayanan hareket tarzlarını seçerler. Bu hesapları yapan suçlular cezai yaptırımlar karşısında cayması en muhtemel olanlardır. Yorumcular, bu nedenle caydırıcılığın kurumsal suç alanında ceza hukukunun diğer alanlarına kıyasla daha önemli bir rol oynadığını ileri sürmektedir.⁸⁶⁵

Amerikan hukukunda tüzel kişi ceza sorumluluğu kabul edilmiş olmakla birlikte, tüzel kişiye cezai yaptırım uygulanmasının doğruluğunu ortaya koyan tek ve yaygın olarak kabul görmüş bir kurumsal suçluluk teorisi mevcut değildir. Davalı bir gerçek kişi söz konusu olduğunda, ahlaki açıdan kusurlu olup olmadığını belirleyen, o kişinin hukuka aykırı eylemi gerçekleştirdiği andaki akli durumudur (*mental state*). Fakat tüzel kişinin akli durumundan söz edilemeyeceği için tüzel kişinin ahlaki suçluluğundan (*moral culpability*) bahsetmenin güç olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁶⁶ Bu açıdan, tüzel kişiye ceza sorumluluğu atfedilmesinde, manevi unsurun (*mens rea*) irdelenmesinde kullanılan standartlarının yetersizliği çokça tartışılmıştır. Amerikan hukukunun tüzel kişinin kusurunun irdelenmesindeki yetersizliği “*ticari ceza hukuku teorisindeki en kara delik*”⁸⁶⁷ denilerek vurgulanmıştır.

Amerikan öğretisinde de, şirketlerin cezalandırılmasına karşı çıkanların ilk ileri sürdükleri itiraz, bir çalışanın eylemi nedeni ile şirkete ceza verilmesi halinde masum olan hissedarların ve çalışanların da cezalandırılıyor olması

⁸⁶⁵ The Harvard Law Review Association s. 1235-1236.

⁸⁶⁶ The Harvard Law Review Association s. 1241-1242.

⁸⁶⁷ Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions* s. 1183.

olmuştur.⁸⁶⁸ Tüzel kişilere bir irade atfedilemeyeceğini ileri süren bir başka görüş tüzel kişilerin doğrudan bir iradeleri ve ikrar yetenekleri olmadığını belirtmekle birlikte, konunun, yalnızca teorik olarak bir tüzel kişinin suç işleyip işleyemeyeceği ve bir “yanlış” eylemde bulunup bulunamayacağı açısından değil, bunun kuruluşların eylemlerinin anayasal değerlere oluşturduğu tehdidin kaldırılması gerektiği için uygulanması gerekliliği açısından ele almıştır.⁸⁶⁹

Şahsilik ilkesi çerçevesinde ceza sorumluluğunun ve cezai olarak “damgalanmanın” (“*stigma*”) yalnızca gerçek kişilere addedilmesi 3 temel fikir ile desteklenmektedir: (1) zararın gerçekleşmesinde eylemi gerçekleştirenin suçlanabilmesi, (2) mağdurun zararının giderilmesine rağmen eylemi gerçekleştirenin yol açtığı zararın istenmemesi, ve (3) hüküm ve ceza sonucunda oluşan cezai “damga”nın caydırıcı etkisi. Tüzel kişilerin cezai olarak “damgalanmalarının” desteklenemediğini savunan üç makul sebep ise şunlardır: (1) tüzel kişiler suçlamak için elverişli sùjeler değildir, (2) ticari suçların “istenmemesi” kişilerin işlediği suçların “istenmemesi” ile aynı değere sahip değildir ve (3) tüzel kişiler cezai olarak damgalanmayı hissedemezler. Şirketlerin kasıtlı suçlarını tanımlamada ve şirketlere karşı yaptırımları tasarlamada karşımıza çıkan sorunları bir an için kenara bırakacak olursak, esas soru cezanın anlamlı işlevinin uygulanabilirliği kapsamındaki şüphelerin günlük hayatla tutarlı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.⁸⁷⁰

Bir başka yaklaşıma göre, tüzel kişinin kastını tanımlamak için yeni bir kavramsal paradigmaya ihtiyaç vardır. Bu anlamda getirilecek standarda göre her bir tüzel kişinin -bu durumda ticari oluşumun- belirgin ve tanımlanabilir bir kişiliği veya “dünya görüşü” (“*ethos*”) bulunmaktadır. Söz konusu ticari kişilik veya “*ethos*” birden çok bireyin ortak ticari hedeflere ulaşmadaki dinamiğinin bir sonucudur. Burada teklif edilen standart, aynı gerçek kişiler için geçerli olan cezalandırma şartlarında olduğu gibi, söz konusu ticari oluşumun ancak cezayı gerektiren eylemi teşvik etmesi/cesaretlendirmesi halinde tüzel kişinin ceza sorumluluğunun doğacağını belirtmektedir. Eğer teşvik/cesaretlendirme var ise,

⁸⁶⁸ Coleman s.920.

⁸⁶⁹ Fiss s. 23-24.

⁸⁷⁰ Fisse, Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions s. 1147.

bu durumda ceza gerektiren eylem bir kaza veya “başına buyruk” (*maverick*) bir çalışan tarafından gerçekleştirilmiş öngörülemez bir eylem olarak değerlendirilemeyecek, bunun yerine ceza gerektiren eylem öngörülebilir ve ticari hedeflerle, politikalarla ve ethos’la uyumlu olacaktır. Bu yaklaşıma göre, varsayımsal bir varlık düzleminde, yani tüzel kişiler hukukunda, teşvik/cesaretlendirme hususu kasta işaret etmektedir.⁸⁷¹

Bir diğer görüş, tüzel kişilerin malvarlığı edinebileceği, dava ehliyetlerinin bulunduğu, haksız eylemlerine karşı dava edilebilecekleri, hatta manevi tazminat talebinde bile bulunabilecekleri kabul edilmişken, ceza sorumlulukları olamayacağını ileri sürmenin güncelliğini yitiren bir değerlendirme olduğu düşüncesindedir.⁸⁷²

Zaman içinde tüzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin tartışmaların boyutu, tüzel kişinin cezalandırılabilirlik şartlarına ilişkin tartışmalardan farklılaşarak, tüzel kişilere cezai sorumluluk yüklemenin suçun önlenmesine hizmet edip etmediği sorusuna yönelmiştir.⁸⁷³ Diğer taraftan, bu tartışmalar arasında “bir şirket haksız fiil işleyebiliyorsa bir suç işleyemez mi? Hukuk sistemi bir şirketi haksız fiilinden dolayı sorumlu tutabiliyorken, suçtan sorumlu tutmamalı mıdır?”⁸⁷⁴ gibi çok haklı sorulara yanıt da aranmıştır.

Bu tartışmalar kapsamında, artık yeni bir bakış açısına ihtiyaç bulunduğu ifadesi ile, tüzel kişi ceza sorumluluğunu etkin bir uyum programının eksikliğine bağlayan bir sistemin kurulmasının, yönetimden sorumlu olan kişilerin uyum tedbirleri oluşturmasını, uygulamasını ve denetlemesini teşvik edeceği belirtilmiştir.⁸⁷⁵ Bunlara paralel olarak, tüzel kişi ceza sorumluluğu açısından “kuruluşun tepki göstermesi, karşılık vermesi, engellemesi, raporlaması veya gerekli özeni (*due diligence*) göstermesindeki başarısızlığı” veya “kurumsal politikalar ve organizasyonel karar mekanizmaları”ndaki başarısızlığına vurgu

⁸⁷¹ Bucy s. 1099.

⁸⁷² Beale, A Response To The Critics Of Corporate Criminal Liability s. 1481.

⁸⁷³ Coleman s.919 vd.

⁸⁷⁴ Francis s.305.

⁸⁷⁵ Weissmann ve Newman s. 451.

yapacak olan kusursuz sorumluluk (*strict liability*) teorisinin bir çözüm olabileceğini ileri sürmüştür.⁸⁷⁶

Amerikan öğretisi yakından incelendiğinde tüzel kişi ceza sorumluluğunun kaynağına ilişkin hukuki tartışmaların tam olarak bitmemiş olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan İngiltere’de tüzel kişinin ceza sorumluluğunun gelişimi bölümünde de ele alındığı gibi, İngiliz mahkemeleri tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili değerlendirmelerinde temsilcinin fiilinden sorumluluk (*vicarious liability*) ve bunun bir uzantısı olan işveren sorumluluğu (*respondeant superior*) prensipleri çerçevesinde karar vermiş, daha sonra ise bu yaklaşım yerini kimlik teorisine (*identification theory*) bırakmıştır.

Kıta Avrupası Hukuk sistemleri ise bir gerçek kişinin cezalandırılmasına bağlı olarak tüzel kişi ceza sorumluluğunu tanımlama yoluna gitmiş ve gerçek kişinin failin olmadığı (ya da tespit edilemediği) hallerde salt tüzel kişinin cezalandırılması yaklaşımı ağır eleştiriler ile karşı karşıya kalmıştır. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğundan söz edebilmek için, bir karar verici ya da çalışan tarafından işlenmiş ceza gerektiren bir suç olması gerektiği belirtilmiştir; tüzel kişi adına bir karar vericinin eylemi veya ihmalinin, suç tanımının tüm unsurlarını karşılaması, kanuna aykırı ve kusurlu olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, işlenen suçun, bir karar vericinin gerekli ve makul özenle hareket etmemesi nedeniyle gerçekleşmiş veya çok kolaylaşmış olması gereklidir. Her iki durumda da bireyin işlediği suçun tüzel kişinin faaliyet alanıyla ilişkili olması gerekir. Bu gereklilik, suçun tüzel kişinin yararı için işlenmesi halinde veya tüzel kişinin faaliyetinden doğan sorumlulukları ihmal edilmiş ise karşılanmış olacağının kabulü gerekir. Diğer taraftan, aşağıda da ele alınacağı gibi, bu sistemlerde de tüzel kişinin ceza sorumluluğunun temsilcinin fiilinden sorumluluk (*vicarious liability*) veya kimlik teorisi (*identification theory*) baz alınarak şekillendiği görülmüştür.⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ L. E. Smith s. 1828.

⁸⁷⁷ Wagner s. 2; Lehner s. 85.

Bu tartışmaların somutlaşması adına ilerleyen bölümde hem Anglo-Sakson hem de Kıta Avrupası hukuk sistemlerini benimsemiş ülke uygulamalarından örneklere yer verilmiştir.

4.10.

K

arşılaştırmalı Hukukta Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğu

Günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Avustralya, Kanada, Fransa, Danimarka, Finlandiya, İspanya, Şili, Brezilya, Kolombiya, Singapur gibi çeşitli ülkelerin ceza hukuku sistemleri, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmektedir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna çeşitli hukuk sistemlerinin yaklaşımı, temel olarak üç farklı kritere göre ayrıştırılabilir. Bunlar, hangi kuruluşların cezai sorumluluğu olduğu, tüzel kişilere atfedilen suç tipleri ve şirketlerin cezai sorumluluklarının doğması için gereken koşullardır.⁸⁷⁸ İlerleyen bölümlerde burada sayılan ülkelerin bir kısmında tüzel kişi ceza sorumluluğu konusundaki düzenlemelere biraz daha yakından bakılacaktır.

4.10.1. Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri

4.10.1.1. Avustralya

Avustralya'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu, 1995 tarihli Avustralya Ceza Kanunu⁸⁷⁹ altında düzenlenmektedir. Daha önce 1989 tarihli Çevre Suçları ve Cezaları Kanunu (The Environmental Offences and Penalties Act) kapsamında çeşitli çevre suçlarından ötürü şirket yöneticilerinin sorumluluğuna gidilebileceğini veya şirketin para cezalarına tabi olabileceğini düzenlemekteyse

⁸⁷⁸ de Maglie s.549.

⁸⁷⁹ Australia Criminal Code Act 1995 veya Commonwealth Criminal Code olarak bilinmektedir.

de, bu cezalar yalnızca çevre suçlarıyla alakalıdır.⁸⁸⁰ Buna karşın, tüzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin esas düzenlemenin Avustralya Ceza Kanunu olduğu söylenebilir. Avustralya Ceza Kanunu, bir tüzel kişinin her türlü suçtan sorumlu bulunabileceğini, buna hapis cezası gerektiren suçların da dahil olduğunu açıkça düzenlemektedir.⁸⁸¹

Bu kanun kapsamındaki düzenleme, bir çalışan, temsilci ya da yöneticinin bir tüzel kişi tarafından istihdamı veya yetkilendirilmesi kapsamında gerçekleştirdiği fiziksel davranışlarından ötürü tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının doğabileceğini ortaya koymaktadır.⁸⁸² Fakat manevi unsuru gerektiren suçlarda veya başka bir ifadeyle suça dair niyet, bilgi veya ihmalin suçun unsuru olduğu hallerde, tüzel kişinin cezai sorumluluğu kendiliğinden ortaya çıkmamaktadır.⁸⁸³ Manevi unsurun gerekli olduğu suçlarda, tüzel kişinin istihdam ettiği veya yetkilendirdiği çalışan, temsilci ya da yöneticinin fiillerinden ötürü cezai sorumluluğunun doğması, bu gerçek kişilerin davranışlarına tüzel kişi organlarınca açık veya örtülü olarak yetki veya izin verilmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu yetkilendirme veya izin verme çeşitli şekillerde olabilir. Avustralya Ceza Kanunu, (a) suçun tüzel kişi yönetim kurulunca işlendiği veya yetkilendirildiği hallerde, (b) tüzel kişiyi temsil yetkisine sahip yüksek kademede bir yöneticinin kasten, bilerek veya ihmaliyle ilgili davranışa katıldığı veya bunu yetkilendirdiği hallerde, (c) tüzel kişinin veya şirketin kültürünün, gerçek kişiyi ilgili düzenlemeyi ihlal etmeye yönlendirdiği, teşvik ettiği veya bu ihlale tahammül ettiği hallerde, (d) tüzel kişinin veya şirketin ilgili düzenlemeye uyumu gerektirecek bir kültür oluşturmadığı hallerde, tüzel kişi tarafından suçun manevi unsurunun işlendiğini kabul eder.⁸⁸⁴

Avustralya Ceza Kanunu'nun "yüksek kademede bir yönetici" ifadesi, davranışlarının tüzel kişi politikalarını temsil ettiği makul biçimde

⁸⁸⁰ Fisse, Recent Developments in Corporate Criminal Law and Corporate Liability to Monetary Penalties 2.

⁸⁸¹ de Maglie 552.

⁸⁸² Avustralya Ceza Kanunu, kısım 12.2. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/au/au195en.pdf>

⁸⁸³ Avustralya Ceza Kanunu, kısım 12.3.

⁸⁸⁴ Avustralya Ceza Kanunu, kısım 12.3.

anlaşılabilecek kişileri tanımlamaktadır.⁸⁸⁵ Avustralya hukukunun bu yaklaşımı, şirketin farklı organlarının yöneticilerinin faaliyetlerinden ötürü tüzel kişinin sorumluluğuna yol açabilecektir. Günümüzde büyük çaplı, uluslararası şirketlerde yönetim kurulu seviyesindeki yöneticilerin şirketin günlük işlerinden çoğunlukla uzak olmasından ötürü bu yaklaşım tüzel kişilerin kovuşturulmasını kolaylaştırmaktadır.⁸⁸⁶

Avustralya Ceza Kanunu, tüzel kişi kültürüne dair hükümlerin uygulanmasına dair açıklamalar içermektedir. Buna göre, eğer tüzel kişi hiyerarşisinde alçak kademedeki bulunan çalışan veya temsilci, aynı veya benzer bir davranışa tüzel kişinin yüksek kademedeki yöneticilerince yetki veya izin verildiği hallerde veya alçak kademedeki çalışan ya da temsilcinin bu yetki ya da iznin verileceğine dair makul bir gerekçeye veya makul bir beklentiye sahip olduğu hallerde, kurumsal kültürün tüzel kişinin cezai sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir.⁸⁸⁷

Kısaca, suçu işleyen gerçek kişinin bizzat yetkilendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Tüzel kişi yöneticileri tarafından bu davranışa izin verileceğine dair makul bir beklentiye sahip olması, tüzel kişinin cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Böylece, Avustralya ceza hukuku, başka ülkelerin sistemlerinden tüzel kişinin cezai sorumluluğunda manevi unsura ilişkin gereklilikler bakımından ayrılmaktadır. Diğer sistemler genellikle tüzel kişinin suçu bizzat yetkilendirmesini ararken, Avustralya hukukunda böyle bir yetkilendirmenin yanı sıra, suça müsaade edecek bir kurum kültürünün bulunması tüzel kişinin cezalandırılması için yeterli görülmektedir.⁸⁸⁸

Avustralya hukukunun kurumsal kültüre atıfları, tüzel kişi ceza sorumluluğuna dair çeşitli düzenlemeler arasında en yenilikçi yaklaşımlar arasında görülmektedir.⁸⁸⁹ Avustralya Ceza Kanunu, kurumsal kültürü bir

⁸⁸⁵ Avustralya Ceza Kanunu, kısım 12.3.

⁸⁸⁶ Clough 166.

⁸⁸⁷ John C. Coffee, *Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey* 20.

⁸⁸⁸ John C. Coffee, *Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey* 21.

⁸⁸⁹ Nwafor 97.

kurumun genelinde veya suç işlenen kısmında bulunan tavır, politika, kural veya uygulama olarak tanımlar. Bu tanım, dünyanın çeşitli ülkelerinde özellikle FCPA veya UKBA'ya tabi veya regüle sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerin uyguladığı kapsamlı politikalar ve uyum programlarını Avustralyalı şirketler için daha da önemli hale getirmektedir.⁸⁹⁰

Avustralya Ceza Kanunu, Avustralya uyruklu kişilere veya Avustralya sınırları içinde işlenen suçlara uygulanır.⁸⁹¹ Bunun sonucu olarak, yabancı uyruklu olsalar da, Avustralya'da bir suç işleyen ya da Avustralya'da işlenen bir suçta yurtdışından yardım eden tüzel kişilerin cezai sorumluluğu doğabilir.⁸⁹²

4.10.1.2. Birleşik Krallık

4.10.1.2.1. Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna Genel Yaklaşım

Birleşik Krallık hukuku altında tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Fakat, Amerikan hukukunun temsil sorumluluğu (*vicarious liability*) yaklaşımının aksine, temsilcinin faaliyetini temsil edilene atfetmek yerine, Britanya mahkemeleri “özdeşleştirme”⁸⁹³ (*identification*) adı verilen alternatif bir öğretiyi yaratmıştır. İki yaklaşım arasındaki fark şeklidir, bir yaklaşım temsil olunan tüzel kişinin temsilcinin faaliyetlerinden sorumlu olduğunu düzenlerken, Birleşik Krallık hukukunun özdeşleştirme öğretii tüzel kişinin yüksek kademeli yöneticileri ile tüzel kişiyi eş tutmaktadır.⁸⁹⁴ Bu yaklaşıma tüzel kişi yönetiminin en üst düzeyindeki gerçek kişiler şirketin politikalarını belirlemektedir ve onların davranışları şirketin davranışlarından ayrılamaz, dolayısıyla kusurları da şirkete atfedilir ve böylece suçun manevi unsuru oluşur.⁸⁹⁵

⁸⁹⁰ Linklaters 8.

⁸⁹¹ Linklaters 9.

⁸⁹² Avustralya Ceza Muhakemesi Kanunu, kısım 14.1.

⁸⁹³ İngilizce'de “identification” olarak anılır.

⁸⁹⁴ John C. Coffee, *Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey* 15.

⁸⁹⁵ Nwafor 84.

Bir şirketin tüzel kişiliğinin niteliği ve şirket yöneticileri ile tüzel kişilik arasındaki perdeyi açıklayan ilk ve önemli kararlardan birisi 1897 yılında Lordlar Kamarası tarafından alınmış ve İngiliz şirketler hukukuna şekil vermiş olan *Salomon v. A Salomon Co Ltd.* kararıdır. Bu karar, yaygın biçimde *Salomon v. Salomon* kararı olarak bilinir. Bu davada, tek başına ayakkabı yapmakla uğraşan bir esnaf olan Aron Salomon, 1892 yılında kendisi, eşi ve dört çocuğunun katılımıyla kurduğu Salomon and Company Ltd. adlı şirkete işletmesini satmıştır. Zamanın hukuk sistemi çerçevesinde Şirketler Kanunu şirketlerin kurulması için 7 hissedar gerektirdiği için aile üyelerini de hissedar olarak gösteren Aron Salomon, satış işlemi esnasında şirketten borç senetleri almış ve alacaklarını güvence altına almış, ayrıca şirket bünyesinde ise hakim hissedar ve karar yetkisine sahip yönetici olduğu bir yapı kurmuştur. Salomon, daha sonra şirketteki borç senetlerini üçüncü bir kişiye devretmiş, şirket ise Aron Salomon'a ait 20.001 hisse ve aile üyelerine ait 6 hisse haricinde başkaca hisse çıkarmamıştır. Eninde sonunda şirket iflasın eşiğindeyken, borç senetlerini devralan üçüncü kişinin bu senetlerden kaynaklanan haklarını almasından sonra şirketin az miktarda bir malvarlığı kalmış; bu malvarlığının tasfiye esnasında Aron Salomon'un elindeki öncelikli hisselerden kaynaklanan alacaklarını mı, yoksa herhangi bir güvencesi bulunmayan alacakları mı karşılayacağı sorunu ortaya çıkmıştır.⁸⁹⁶

Şirketin tasfiye memuru, alacaklılar lehine, şirketin Salomon'un bir temsilcisi olarak kurulduğunu, dolayısıyla Salomon'un şirketin borçlarından ötürü şahsen sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi (*the Court of Appeals*), Salomon'un gerçekleştirdiği işlemlerin Şirketler Kanunu'nun asıl maksadına ters düştüğünü ve şirketin bütünüyle bir kurmaca olduğunu, aslında Salomon'un işletmenin tek ortağı olduğunu ve bu sebepten ötürü alacaklıları tazmin etmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Fakat, Lordlar Kamarası bu kararı bozmuş, Şirketler Kanunu ve ilgili mevzuata uygun biçimde kurulan şirketin kendine ait bir tüzel kişiliği bulunduğunu, bu sebeple hukuk sistemi tarafından ayrı bir kişi olarak nitelendirilmesi ve muamelelerinin bu gözle ele

⁸⁹⁶ Geçersiz kaynak belirtildi.

alınması gerektiğini savunmuştur. Kararda Lordlar Kamarası aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

“Hukuken şirket, onun hissedarlarından farklı bir kişidir; ve her ne kadar işletme bizzat şirketin kurulmasından önce olduğu şekilde devam etse de, aynı kişiler şirket yöneticisi olsa da ve kar yine aynı eller tarafından toplansa da, şirket hukuken hissedarlarının temsilcisi değildir. Aynı şekilde, hissedarlar, kanun tarafından açıkça belirlenen durumlar haricinde herhangi bir biçimde şahsen sorumlu değildir.”⁸⁹⁷

Bu kararla birlikte tüzel kişiliğe dair prensipler açık bir şekilde oluşturulmuştur. Doktrinde, Salomon kararının modern şirketler hukukunun temelini attığı ifade edilmektedir. Karar, tüzel kişiliğin hissedarları koruyucu bir unsur olan tüzel kişilik perdesini ortaya koymuştur.⁸⁹⁸

Salomon v. Salomon kararının ardından 1915’te tartışmalara yeni bir yön veren *Lennard’s Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company* kararı kapsamında bir tüzel kişinin sorumluluğunun hangi haller altında doğacağı tartışılmıştır. Bu karar öncesinde, İngiliz hukukunda şirketler yalnızca işverenin sorumluluğu (*respondeat superior*) kapsamında çalışanlarının fiillerinden sorumlu olurlarken, bu kararla birlikte şirketin iradesini teşkil eden yöneticilerin fiillerine ilişkin yeni bir sorumluluk modeli olan özdeşleştirme teorisi ortaya çıkmıştır.⁸⁹⁹

Olayda, bir taşımacılık şirketi olan Lennard’s Carrying Company’e ait bir gemi, Güney Rusya’dan Rotterdam’a bir sefer kapsamında Shell ve Royal Dutch petrol şirketlerinin bir ortaklığı olan Asiatic Petroleum Company’e ait kimi malları taşıırken batmış ve mallar da kaybolmuştur. Yargılama esnasında şirket ortağı John M. Lennard’ın gemideki ayıpları bildiği veya bilmesi gerektiği tespit edilmiştir. 1894 Ticari Taşımacılık Kanunu kapsamında, bir gemi

⁸⁹⁷ Geçersiz kaynak belirtildi.

⁸⁹⁸ (Dahal, 2018)

⁸⁹⁹ Geçersiz kaynak belirtildi..

sahibinin bizzat kusuru olmaksızın kayıplardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Dava kapsamında Asiatic Petroleum Company, Lennard'ın şirketini ihmal ile zarara yol açtığını öne sürerek dava etmiş, davada ise şirket yöneticisinin kusurlu davranışlarının şirkete yüklenip yüklenemeyeceği tartışılmıştır.⁹⁰⁰

Davada, Lordlar Kamarası, özdeşleştirme teorisinin temeli olan gerçek kişi-şirket ilişkisini aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

“Bir şirket, soyut bir varlıktır. Kendi vücudu olmadığı kadar, kendi akli da bulunmaz; aktif ve yönetici iradesi bundan ötürü şirketin temsilcisi olduğu, şirketin iradesi ve merkezi olduğu söylenebilecek, fakat aslında şirketin yönetici akli ve iradesi olan bir kişide aranmalıdır. (...) Bu kişi, şirketin işverenin sorumluluğu kapsamında davranışlarından sorumlu olduğu herhangi bir çalışan ya da temsilci olamaz, ancak kendi davranışları şirketin kendisinin davranışı olarak kabul edilebilecek bir kişi olabilir. Kusurun, şirkete hizmet eden birinin kusuru olması yeterli değildir, ayrıca kusurun şirketin sahibine ait olmaması veya şirket sahibinin kusurda payı olmaması gerekir (...)”⁹⁰¹

“Alter ego” veya “organik” yaklaşım olarak, ya da “akıl ve iradeyi yönetme” yaklaşımı olarak da anılan özdeşleştirme öğretisine göre, yüksek kademeli yöneticilerin gerekli manevi unsurun bulunduğu suçlarından ötürü tüzel kişinin de cezai sorumluluğunun bulunacağı kabul edilmiştir.⁹⁰² Bununla birlikte, diğer birçok hukuk sisteminde uygulanan temsil sorumluluğu yaklaşımı İngiliz mahkemeleri tarafından bir kişinin davranışlarından ötürü, kusurlu davranmamış başka bir kişiyi cezalandırmanın adil olmayacağına dair bir kabul ile geleneksel olarak reddedilmiştir.⁹⁰³

Her ne kadar bir ceza muhakemesi söz konusu olmasa da, 1957 yılındaki bir davada, yasama fonksiyonu yanında yargı fonksiyonu da yürüten Lordlar

⁹⁰⁰ Geçersiz kaynak belirtildi..

⁹⁰¹ Geçersiz kaynak belirtildi..

⁹⁰² Wilkinson 151.

⁹⁰³ Wilkinson 149.

Kamarası üyesi Lord Justice Denning, kararında şirket yapıları hakkında aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Bir şirket, birçok anlamda insan vücuduna benzetilebilir. Davranışlarını kontrol eden bir beyni ve sinir merkezi bulunur. Aynı zamanda araç tutabilen ve merkezin talimatlarına göre davranabilen elleri bulunur. Şirketteki kimi insanlar yalnızca hizmetçidir ve araç tutan ellerden başka bir şey değildir; akli veya iradeyi temsil ettikleri söylenemez. Diğerleri şirketin aklını ve iradesini temsil eden ve davranışlarını kontrol eden direktör ve yöneticilerdir. Bu kişilerin akli vaziyeti, şirketin akli vaziyetidir ve hukuken bu muameleyi görmelidir.”

904

Daha sonra 1971 yılında bir ceza davasında Lordlar Kamarası bu yaklaşımı tekrar etmiştir:

*“Normalde şirket yönetim kurulu, şirketin genel müdürü ve belki diğer üst düzey şirket yetkilileri yönetim fonksiyonlarını yerine getirir, şirket adına konuşur ve hareket ederler. Bunların asları ise şirket adına konuşmaz ve hareket etmezler. Üstlerinden gelen talimatları yerine getirirler ve onlara bir takdir yetkisi verilmiş olması da herhangi bir fark yaratmaz.”*⁹⁰⁵

Her ne kadar Birleşik Krallık içtihadının cezai sorumluluğa dair yalnızca şirket yöneticilerinin davranışlarının tüzel kişiye atfedilebileceğine dair yaklaşımı, günümüzde karar alma mekanizması dağıtılmış yapılara sahip şirketlerine uygulanması bakımından zamanın gerisinde kalsa da, bu kararlar Birleşik Krallık hukukunun tüzel kişi sorumluluğuna dair yaklaşımını şekillendirmiştir.⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ H.L. Bolton (Engineering) Co. v. T.J. Graham & Sons, Ltd. <https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/h-l-bolton-engineering-co-ltd-v-t-j-graham-sons-ltd-1957-1-qb-159/> (Erişim: 25 Temmuz 2018)

⁹⁰⁵ Tesco Supermarkets, Ltd. v. Natrass. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd797> (Erişim: 18 Haziran 2018)

⁹⁰⁶ John C. Coffee, Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey 16.

Birleşik Krallık mahkemeleri özdeşleştirme teorisini öyle sıkı şekilde uygulamıştır ki, bir tüzel kişinin temsile kabil yöneticilerinin şirketi dolandırdığı hallerde bile şirkete savunma imkanı tanımamışlardır. 1944 senesinde bir davada⁹⁰⁷, bir vergi kanunu altında yanlış raporlama yaptığı iddia edilen şirket, raporlamayı yapan yöneticinin şirketi dolandırdığı yönünde bir savunmada bulunsa da, mahkeme şirket mallarının satışını yapan kişilerin şirket tarafından yetkilendirildiği ve bu yetkiyle hareket ettikleri, çalışanın satışlardan kaynaklanacak parayı kendi cebine koymayı amaçlamasının bu yetkilendirme ile hareket edildiği hususuna hanel getirmedigine hükmetmiştir.⁹⁰⁸ Bu karar tüzel kişi ve temsilcileri arasındaki ayrımı belirsiz hale getirdiği ve tüzel kişi sorumluluğunun uygunsuz bir uzantısı olarak görülerek öğretilde eleştirilmiştir.⁹⁰⁹

Yukarıda bahsedilen kararları takiben, Birleşik Krallık hukukunda tüzel kişinin sorumluluğunu genişletmek adına raporlar yayınlanmış, 1989 yılında İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu⁹¹⁰ şirketlerin temsile kabil yöneticilerini, bu pozisyona geçerli şekilde atanmış olmalarına bakılmaksızın şirketi kontrol eden direktör, yönetici, sekreter veya benzer yetkilileri ifade edecek şekilde tanımlamayı tavsiye etmiştir.⁹¹¹

Daha sonraları 1995 yılında İngiltere Kraliyet Danışma Meclisi Yargı Komitesi'nin bir başka kararı ile özdeşleştirme teorisinin Birleşik Krallık hukukunda tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun dayanabileceği tek yaklaşım olmadığı saptanmıştır.⁹¹² Kararda Yargı Komitesi, Tesco Supermarkets, Ltd v. Nattrass kararında mahkemenin yaklaşımını "insanbiçimci"⁹¹³ olduğunu öne sürerek eleştirmiş ve daha geniş, şirket politikalarına dayanan bir yöntem ile ceza

⁹⁰⁷ Moore v I Bresler Ltd. <https://swarb.co.uk/moore-v-i-bresler-ltd-kbd-1944/> (Erişim: 6 Mayıs 2018)

⁹⁰⁸ Nwafor 86.

⁹⁰⁹ Yarosky 147.

⁹¹⁰ İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu, İngiliz Parlamentosu tarafından 1965 Hukuk Komisyonları Kanunu ile kurulmuş ve İngiltere ve Galler Hukukunu inceleyerek tavsiyelerde bulunmakla görevlendirilmiş, Adalet Bakanlığı sponsorluğunda çalışan bağımsız bir komisyondur.

⁹¹¹ England and Wales Law Commission 56.

⁹¹² Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission.

⁹¹³ "Anthromorphic".

sorumluluğunun atfedilebileceğini saptamıştır.⁹¹⁴ Yargı Komitesi, bir suçun tüzel kişiye atfedilmesinin yargılamanın dayanağı olan yasal düzenlemeye dayandığı ve bir şirketin akli ve iradesini yönetmeyen bir çalışanın da aynı şekilde şirketin ceza sorumluluğuna yol açacağına düzenlenebileceğini vurgulamıştır. Öğretide, İngiliz mahkemelerinin kararlarının yukarıda bahsedilen Tesco Supermarkets, Ltd. v. Nattrass kararındaki yaklaşımı giderek terk etmekte olduğu ifade edilmektedir.⁹¹⁵

1996 senesinde ilginç bir başka davada, tüzel kişinin sanık değil, mağdur olduğu hallerde akıl ve iradesini yönlendiren kişilerin farklı şekilde yorumlanması gerektiği ortaya koyulmuştur.⁹¹⁶ R v. Rozeik davasında, sanık birtakım ekipmanlar almak için iki finans firmasından fon talebinde bulunmuş, fakat satın alacağı ekipmanların tanımı ve fiyatı gibi hususlarda yanlış bilgi verdiği ortaya çıkmış, sonrasında duruşmada ilgili şirketlerin şube yöneticilerinin bu yanlışlıkların farkında olduğu ve dolayısıyla şirketlerin yanıtılmadığı ve yanıtıcı beyanla mal edinme suçunun oluşmadığı yönünde savunmada bulunmuştur. İlk derece ve temyiz aşamalarında şirketin yanıtılmış olmasına dair kıstaslar tartışılmış, ilk derece mahkemesi şirketin şube müdürleri yerine başka çalışanlarının yanıtılmasının yeterli olacağını kabul ederek cezaya hükmetmiştir. Fakat temyiz mahkemesi, sanığın şube müdürünün bilgisinin şirkete atfedilebileceği ve dolayısıyla şirketin yanıtılmadığı yönündeki savunmasını kabul etmiş ve sanığın beraatına karar vermiştir.⁹¹⁷ Aynı sene, İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu raporunda tüzel kişilerin kurumsal cinayetlerden (*corporate killing*) sorumlu tutulmasını tavsiye etmiş, tüzel kişinin yönetim kusurunun bir kişinin ölümüne yol açtığı ve bu kusurun tüzel kişiden ilgili durumda göstermesi beklenebilecek davranışın çok altına düşmesi halinde tüzel kişinin kurumsal cinayet suçundan cezai sorumluluğunun doğmasını önermiştir.⁹¹⁸ Yine aynı raporda, gerçek kişilerin davranış veya ihmallerinin bir

⁹¹⁴ Wilkinson 154.

⁹¹⁵ Nwafor 87.

⁹¹⁶ R. V. Rozeik. <https://jade.io/citation/3208677> (Erişim: 6 Mart 2019).

⁹¹⁷ Stone 230.

⁹¹⁸ England and Wales Law Commission 135.

ölüme doğrudan yol açtığı hallerde bile tüzel kişinin yönetim kusurunun ölümün sebebi olarak kabul edilmesi tavsiye edilmiştir.⁹¹⁹

Zaman içinde öğretisi ile içtihatındaki gelişmeler, seneler içinde yargı organlarının karışık ve dağınık karar mekanizmaları bulunan büyük kurumları cezalandırmakta yaşadığı zorluklar ve tüzel kişilerin akıl ve iradesinin hangi gerçek kişiler tarafından yönlendirildiğine dair kıstasların uygulanmasının yarattığı sorunlar üzerine Birleşik Krallık hukuku özdeşleştirme teorisinden uzaklaşmıştır; hatta kimileri bunu “özdeşleştirme teorisinin erozyonu” olarak anmaktadır.⁹²⁰

4.10.1.2.2. Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu: Hormonlu FCPA

Özdeşleştirme teorisinin erozyonu, özellikle 2010 yılında UKBA⁹²¹ ile görünür hale gelmiştir.⁹²² Bu kanunla bir tüzel kişiyle ilişkisi bulunan herhangi bir gerçek kişi çalışan veya temsilcinin işlediği rüşvet suçlarından ötürü, ilgili kişinin tüzel kişinin aklını ve iradesini yönetip yönetmediğine bakılmaksızın, tüzel kişinin ceza sorumluluğunun doğacağına hükmedilmiştir.⁹²³

Özellikle, UKBA’nın “ticari kuruluşların rüşveti engelleyememesi” (*failure of commercial organisations to prevent bribery*) başlıklı 7. Kısım, tüzel kişilerin ilişkileri bulunan çalışan veya temsilcilerin verdiği rüşvetlerden sorumlu olacağı ve yalnızca yeterli yolsuzlukla mücadele prosedürlerinin bulduklarına dair savunma sunabilecekleri belirlenmektedir.⁹²⁴

⁹¹⁹ England and Wales Law Commission 8.

⁹²⁰ Bryan Cave Leighton Paisner.

⁹²¹ UKBA, geniş kapsamı ve uygulama alanına ithafen, birçok yabancı medya kuruluşu ve hukukçular tarafından “UKBA on steroids” olarak anılmıştır.

⁹²² Benzer şekilde GDPR ve ilgili İngiliz mevzuatı da tüzel kişilerin veri işlemlerinden ötürü ceza sorumluluklarını düzenlemekte ve özdeşleştirme teorisine dayanmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Bryan Cave Leighton Paisner.

⁹²³ Bryan Cave Leighton Paisner.

⁹²⁴ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 7.

2012 yılında UKBA'nin yürürlüğe girmesiyle, FCPA'nin yolsuzlukla mücadeledeki referans noktası rolü zayıflamıştır. UKBA hem pasif rüşveti (rüşvet almak) hem aktif rüşveti (rüşvet vermek), ayrıca ticari rüşveti yasaklamaktadır.

UKBA, 1. Kısımında “başka bir kişiye rüşvet verme suçlarını”, 2. Kısımında ise “rüşvet alma suçlarını” düzenlemektedir.

UKBA 1. Kısım kapsamında, başka bir kişiye rüşvet verme suçları iki halde söz konusu olmaktadır. Birinci hal (*Case 1*), bir kişinin başka bir kişiye mali veya diğer çıkar teklif veya vaat etmesi ya da vermesi ve bu çıkar sayesinde ilgili kişinin bir görevini veya faaliyetini uygunsuz şekilde yerine getirmesi için ikna etmek ya da bu uygunsuz ifa için ödüllendirmek niyetinde olması durumudur. Bu halde, görev veya faaliyeti uygunsuz şekilde yerine getirecek kişiyle çıkarın teklif edildiği ya da verildiği kişinin farklı kişiler olması suçun oluşmasını engellemez.⁹²⁵ İkinci hal (*Case 2*) ise, bir kişinin başka bir kişiye mali veya diğer çıkar teklif veya vaat etmesi ya da vermesi ve bu çıkarı veren ya da teklif eden kişinin söz konusu çıkarın kabulünün kendiliğinden bir görev ya da faaliyetin uygunsuz şekilde yerine getirilmesini teşkil edeceğini bilmesi durumunda ortaya çıkar.⁹²⁶ Her iki halde de söz konusu çıkarın, suçu işleyen kişi tarafından doğrudan veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla teklif veya vaat edilmesi ya da vermesi suçun oluşmasını engellemez.⁹²⁷

UKBA'nin 2. Kısım, rüşvet alan tarafından işlenen suçları düzenlemektedir. İlk kısımda olduğu gibi, rüşvet alanın işleyeceği suçlar da farklı haller altında ele alınmıştır. Bu kısımdaki hallerin numaralandırılması, önceki kısımdaki halleri takip etmektedir. UKBA'nin ikinci kısmına göre, rüşvet suçunun üçüncü hali (*Case 3*), rüşvet alanın mali veya diğer türden bir çıkarı, nihayetinde bir görev veya faaliyetin rüşvet alan ya da başka bir kişi tarafından uygunsuz bir şekilde ifa edilmesinin karşılığı olarak talep etmesi, almayı kabul

⁹²⁵ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 1, madde (2).

⁹²⁶ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 1, madde (3).

⁹²⁷ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 2, madde (4).

etmesi veya alması halidir.⁹²⁸ Dördüncü hal (*Case 4*), rüşvet alanın bir mali veya diğer çıkarı talep etmesi, almayı kabul etmesi veya alması ve bu talebin, kabulün ya da almanın kendiliğinden rüşvet alanın bir görev ya da faaliyetinin uygunsuz ifasını teşkil etmesi durumunda ortaya çıkar.⁹²⁹ Beşinci hal (*Case 5*), rüşvet alanın bir mali veya diğer çıkarı, rüşvet alan ya da üçüncü bir kişinin bir görev ya da faaliyetini uygunsuz şekilde ifa etmesinin ödülü olarak talep etmesi, almayı kabul etmesi veya alması durumudur.⁹³⁰ UKBA'nın ikinci kısmı tarafından tanımlanan altıncı ve son halde ise (*Case 6*), rüşvet alanın mali veya diğer türden bir çıkar beklentisiyle ya da böyle bir çıkarı talep etmesi, almayı kabul etmesi veya alması sonucunda, rüşvet alan ya da onun talebi, onayı veya rızasıyla başka bir kişi tarafından bir görev ya da faaliyetin uygunsuz şekilde ifa edilmesi ele alınmaktadır.⁹³¹ İkinci kısımda tanımlanan 3., 4., 5. ve 6. hallerde rüşvet alanın çıkarı doğrudan veya bir üçüncü taraf aracılığıyla edinmesi veya çıkarın rüşvet alan ya da bir üçüncü tarafın lehine olması aynı sonucu doğurmakta ve suça etki etmemektedir.⁹³²

Bu suç tiplerinde söz konusu olan görev ve faaliyetler ise, UKBA'nın 3. Kısımında açıklanmıştır. 3. Kısım ilgili görev ve faaliyetlerin tespitinde iki kıstas öngörmektedir. Birinci kıstas, ilgili faaliyet ve aktivitelerin (a) tüm kamusal görevler, (b) ticari veya mesleki bir işle ilgili faaliyetler, (c) bir kişinin istihdamı kapsamındaki faaliyetler veya (d) bir insan topluluğu tarafından veya adına işlenen faaliyetler (kurumsal bir yapı olmasına bakılmaksızın) olabileceği yönündedir. İkinci kıstasa göre, (a) bir kişinin iyi niyetli şekilde ifa etmesi beklenen bir görev ya da faaliyet, (b) tarafsız biçimde ifa edilmesi beklenen bir görev ya da faaliyet veya (c) ilgili görev veya faaliyetin niteliğinden ötürü ilgili kişinin güven duyulan bir vaziyette bulunması koşullarından herhangi birinin varlığı aranmaktadır. Bununla birlikte, bir görev ya da faaliyetin düzenleme kapsamına girmesi için Birleşik Krallık ile bir ilgisi bulunması veya Birleşik

⁹²⁸ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 2, madde (2).

⁹²⁹ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 2, madde (3).

⁹³⁰ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 2, madde (4).

⁹³¹ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 2, madde (5).

⁹³² Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 2, madde (6).

Krallık sınırları içinde veya dışında işlenmesinin önem arz etmediği düzenlenmektedir.⁹³³ Bir görev ya da faaliyetin uygunsuz şekilde ifası ise, bu görev ya da faaliyete dair beklentiler ihlal edildiyse veya görev ya da faaliyet yerine getirilmediyse ve yerine getirilmemesi ilgili beklentileri ihlal ediyorsa söz konusu olacaktır. Bu kapsamda “beklentiler” yukarıda bahsedilen “iyi niyetli ifa” veya “tarafsız ifa” adına ya da “güven pozisyonundan” kaynaklanan beklentileri ifade eder.⁹³⁴

UKBA 6. Kısımında yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunu düzenler. Bu kısımda, bir yabancı kamu görevlisine, görevini yerine getirirken etkilemek amacıyla rüşvet vermek bir suç olarak tanımlanmıştır. Bahsedilen etkinin bir iş edinmek veya muhafaza etmek, ya da bir işin ifasında avantaj elde etmek amacı içermesi gerekmektedir.⁹³⁵ Ayrıca, yabancı kamu görevlisine rüşvet suçu yalnızca rüşvet verenin yabancı kamu görevlisine doğrudan veya bir üçüncü kişi aracılığıyla yabancı kamu görevlisi veya yabancı kamu görevlisinin talebi, onayı veya rızasıyla bir üçüncü kişiye bir mali ya da diğer çıkar teklif etmesi, vaat etmesi ya da vermesi halinde ve yabancı kamu görevlisinin yazılı hukuk kapsamında ilgili teklif, vaat ya da hediye karşılığında etkilenmesine izin verilmediği ya da bunun hukuken gerekmediği durumlarda söz konusu olur.⁹³⁶ Bu kapsamda “yazılı hukuk”, ilgili kamu görevlisinin görevinin Birleşik Krallık veya bir bölgesi ile ilgisi olması halinde, ilgili bölgenin kanunlarını, uluslararası kamu kuruluşu yetkilileri veya temsilcileri için ilgili kuruluşun yazılı kuralları ve bu hallerin ikisi dışındaki durumlarda ilgili kamu görevlisinin ülkesi veya bölgesinde geçerli olan yazılı anayasa, mevzuat veya mahkeme kararlarını ifade eder. Rüşvetle alakalı olarak, ilgili kamu görevlisinin görevlerini yapmaktan imtina etmesi veya yetki alanı dışında da olsa kamu görevlisi pozisyonunu kullanması rüşvet suçunun oluşması için yeterlidir.

UKBA kapsamında yabancı kamu görevlisi, (a) Birleşik Krallık sınırları dışındaki bir ülke veya bölgede (veya söz konusu ülke veya bölgenin bir

⁹³³ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 3.

⁹³⁴ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 4.

⁹³⁵ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 6, madde (2).

⁹³⁶ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 6, madde (3).

bölümünde), atama veya seçim yoluyla, yasama, idari veya adli bir organında görev yapan, (b) (i) Birleşik Krallık sınırları dışındaki bir ülke veya bölge (veya söz konusu ülke veya bölgenin bir bölümü) için veya adına, veya (ii) söz konusu ülke veya bölgede (veya bölümde) yer alan bir kamu kurumu ya da kamu teşebbüsü için bir kamu görevi yerine getiren, veya (c) bir uluslararası kamu kuruluşunun yetkilisi veya temsilcisi olan kişidir. “Uluslararası kamu kuruluşu” ise, üyeleri (a) ülkeler veya bölgeler, veya (b) ülke veya bölgelerin hükümetleri, veya (c) diğer uluslararası kamu kuruluşları, veya (d) bunların karışımı olan kuruluş olarak tanımlanmıştır.

UKBA, 7. kısmında yukarıda belirtildiği gibi, ticari kuruluşların rüşveti engelleyemedikleri hallerde ceza sorumlulukları bulunacağını düzenlemektedir. Bu sorumluluk, ticari kuruluşla ilişkili bir kişinin kuruluş için bir iş ya da bu işin ifasında bir avantaj edinme veya muhafaza etme niyetiyle başka bir kişiye rüşvet vermesi halinde söz konusu olmaktadır.⁹³⁷ UKBA, ticari kuruluşlar ilgili kişileri, ticari kuruluş için veya ticari kuruluş adına bir hizmet ifa eden kişiler olarak tanımlamaktadır. İlgili kişinin hangi sıfatla hizmet gördüğünün önemi yoktur, öyle ki, ilgili kişi ticari kuruluşun bir çalışanı, temsilcisi ya da bağlı kuruluşu olabilir. Fakat yalnızca ticari kuruluş ve ilgili kişi arasındaki ilişkinin niteliği, ticari kuruluşu ceza sorumluluğu atfedilmesi için yeterli değildir ve duruma dair tüm koşulların incelenmesi gerekmektedir. Yine de, UKBA bir istihdam ilişkisi bulunması halinde ilgili kişinin ticari kuruluş adına hizmet ifa ettiğinin kabul edileceğini düzenlemektedir.⁹³⁸ Bu düzenleme, Birleşik Krallık'ta herhangi bir bölgede kurulmuş veya faaliyet gösteren ortaklıklar, limited şirketler, tüzel kişiler ve yapıları kapsamaktadır.

UKBA, aynı zamanda sınır ötesi uygulamaya da imkan vermektedir. UKBA'nın 12. Kısmı, rüşvet suçunu işleyen kişinin Birleşik Krallık ile yakın bir bağlantısı bulunması halinde Birleşik Krallık'ın herhangi bir yerinde suça dair yasal süreçlerin yürütülebileceğini hüküm altına almaktadır. Bu anlamda “yakın bağlantı” (*close relation*) sahibi kişiler, ilgili davranış veya ihmalin yapıldığı esnada bu davranış veya ihmali yapan kişinin bir Birleşik Krallık vatandaşı,

⁹³⁷ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 7.

⁹³⁸ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 8.

Birleşik Krallık sınır ötesi bölgelerinin vatandaşı, yurtdışında bulunan bir Birleşik Krallık vatandaşı, 1981 tarihli Britanya Vatandaşlık Kanunu kapsamında Britanya vatandaşı olan bir kişi, Birleşik Krallık'ta ikamet eden bir kişi veya Birleşik Krallık'ta herhangi bir bölgenin hukuku uyarınca kurulmuş bir tüzel kişiyi kapsamaktadır.⁹³⁹ Dolayısıyla, UKBA'nin düzenleme kapsamında hem Birleşik Krallık şirketlerinin, hem de Birleşik Krallık sınırlarında bir işletmesi ya da işletmesinin bir kısmı bulunan ticari kuruluşların bulunduğu ve bu kapsamın oldukça geniş şekilde belirlendiği söylenebilir.⁹⁴⁰ Hatta, bu konuya ilişkin SFO direktörü Richard Alderman'ın “UKBA'nin teknik bir yorumuna dayanarak, kendinizi kanunun kapsamında olduğunuza inandırmayın, eğer şu veya o şekilde Birleşik Krallık'ta bir varlığınız bulunuyorsa kanunun kapsamına girdiğinizi varsaymak güvenli olacaktır” şeklindeki açıklaması, uygulayıcı kurumların tutumuna dair fikir vericidir.⁹⁴¹

Birleşik Krallık Eski Adalet Bakanı Lord Smith, UKBA'nin FCPA'ye kıyasla bile daha kapsamlı olduğu, Birleşik Krallık'ta kurulmuş olmasalar dahi burada iş yapan tüm şirketleri etkileyeceğini belirtmiştir. UKBA'nin getirdiği düzenlemeler, ticari kuruluşların rüşvet ilişkin manevi unsuru veya bilgisinin bulunmasını aramamakta olduğundan, tüzel kişinin ceza sorumluluğuna yol açacak eylemleri çalışan veya temsilcilerden geniş bir tanımlama olan “ilgili kişiler” işleyebileceğinden ve son olarak rüşvet suçunun geniş tanımından ötürü de geniş kapsamlıdır.⁹⁴²

UKBA'nin kapsamında tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk (*strict liability*) hali olduğu söylenebilir.⁹⁴³ Zira UKBA yalnızca ticari kuruluşun rüşveti engellemek adına yeterli prosedürleri bulundurduğu savunmasına imkan tanımaktadır. UKBA'nin rüşvet kaynaklı tüzel kişi ceza sorumluluğu modeli, rüşveti veren kişinin tüzel kişinin yüksek kademeli bir

⁹³⁹ Birleşik Krallık Rüşvet Kanunu, kısım 12.

⁹⁴⁰ Ar s.4.

⁹⁴¹ KPMG The UK Bribery Act 2010: What it means to Private Equity firms.

⁹⁴² Trautman ve Altenbaumer-Price 497.

⁹⁴³ Pinto ve Evans s. 321.

yöneticisi olmasını gerektirmediğinden ötürü, özdeşleştirme öğretisinin benimsenmediği görülmektedir. Bu anlamda, kimi yazarlar tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun, çalışan ve temsilcilerinin davranışlarına ilişkin bir temsil sorumluluğuna dayandığı ve özdeşleştirme öğretinden uzaklaşıldığını savunmaktadır.⁹⁴⁴

4.10.1.3. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika'da tüzel kişiler 19. yy.'nin yüzyılın ortalarından beri kusursuz sorumluluk suçlarından, 1909'dan beri de kasıtlı suçlardan cezai açıdan sorumlu tutulmaktadır. Amerikan mahkemeleri ve öğretisi tarafından geliştirilmiş olan tüzel kişi ceza sorumluluğu teorileri caydırıcılık konusunda farklı derecelerde etkinliğe sahiptir ve çeşitli kurumsal kusurluluk kavramları ortaya koymaktadır. Federal mahkemelerde hâkim olan işverenin sorumluluğu (*respondeat superior*) prensibi, en yüksek caydırıcılığı sunmakta ve kurumsal kusurluluğa ilişkin ilk teoriyi benimsemektedir.⁹⁴⁵

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğun önündeki birincil engel, tüzel kişilerin manevi unsuru gerektiren hallerde suçlardan sorumlu olamayacağıydı. Fakat Amerika Birleşik Devletleri'nde bu engel, 1909 yılına ait *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* davasında aşılmıştır.⁹⁴⁶ Bu davada özet olarak Elkins Yasası'nın tüzel kişilerin yetkilileri, temsilcileri ve

⁹⁴⁴ Ludlam, "Pratikte, özdeşleştirme teorisi (*identification principle*), bir şirketin bir suçu işlediğine hükmetmeyi zorlaştırır. Bu durum büyük şirketler için özellikle doğrudur; zira bu şirketlerde tüzel kişinin aklını ve iradesini yönlendirenler ile (örneğin yönetim kurulu) işletmede suçun gerçekleştiği kısımlar arasında önemli bir mesafe bulunabilir. Bu durum, savcılar ve adli makamlar için önemli zorluklara yol açmıştır ve dolayısıyla bu alanda hukukun kapsamlı şekilde gözden geçirilmesi ve şirketlerin kimi suçlardan ötürü kovuşturulmasını kolaylaştıran özel kanunların yürürlüğe girmesine sebep olmuştur. Bu özel düzenlemelerin en iyi örneği, 2010 yılında yayımlanan UKBA'nın 7. Kısmıdır. UKBA'nın 7. Kısmı, ticari kuruluşların rüşveti engelleyememesi suçunu düzenlemektedir ve şirketlerin ancak böyle bir suçu engellemek için yeterli prosedürleri bulundurduğunu göstererek sorumluluğunun kalkacağını ifade ederek, bir kusursuz sorumluluk hali öngörmektedir.

Aynı zamanda, bir şirketin çalışanlarının işlediği suçlardan "temsilen" sorumlu olduğunu düzenleyen kimi kısıtlı durumlar da bulunmaktadır. Genel olarak, bir tüzel kişi işveren, çalışanlarının veya temsilcilerinin davranışlarından gerçek kişi bir işveren nasıl sorumlu olacaksa, aynı şekilde sorumlu olmaktadır. Normalde temsil sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerinde doğmaktadır. Bunlar görece ender suçlardır ve suça dair kasit veya taksir unsurunu gerektirmezler (kimi trafik suçları gibi). Bir çalışanın maddi olayın koşullarına göre belirlendiği üzere istihdamı kapsamında, kusursuz sorumluluk hallerinden birine giren bir suçu işlemesi halinde tüzel kişinin de temsilen ceza sorumluluğu bulunması mümkündür."

⁹⁴⁵ The Harvard Law Review Association s. 1246.

⁹⁴⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/500/> (Erişim: 10 Ocak 2019); (New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909))

çalışanlarının eylemlerinden sorumlu olacağına dair hükmünün anayasallığı tartışılmış ve eğer tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olduğu kabul edilmezse, ilgili yasanın amacının engelleneceğini tespit edilmiştir.

4.10.1.3.1. NY Central & Hudson River davası ve Amerikan mahkemelerinin tüzel kişi ceza sorumluluğuna yaklaşımı

Şirketlerin cezalandırılmasına karşı çıkanların ileri sürdükleri itirazlar genellikle, bir çalışanın eylemi nedeni ile şirkete ceza verilmesi halinde aslında masum olan hissedarların ve çalışanların da cezalandırılmasının adaletsiz olacağı,⁹⁴⁷ tüzel kişilerin suça dair manevi unsuru yerine getiremeyecekleri iddiaları etrafında şekillenmektedir. Fakat Amerikan mahkemeleri, hukuk sisteminin etkin uygulanabilmesi için tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun gerekli olduğunu saptamıştır.

1909 tarihli *New York Central & Hudson River R. Co. v. United States* davası, Amerikan hukukunda tüzel kişi ceza sorumluluğunun tartışıldığı en önemli davalardan birisi olarak gösterilmektedir.⁹⁴⁸ Öncelikle New York Güney Bölge Temyiz Mahkemesi ve takip eden aşamalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of the United States of America*) bir taşıma şirketinin ve temsilcilerinin yasadışı faaliyetlerinin ele alındığı ve şirketin temsilcilerinin hareketlerinden sorumluluğunu değerlendirdiği, tüzel kişinin cezai sorumluluğuna ve suç işleme kastına ilişkin önemli konuları ele aldığı bir davadır.

Davada New York Güney Bölge Temyiz Mahkemesi, New York Central & Hudson River Railroad Company şirketini, şirketleri temsilcilerinin yasadışı faaliyetlerinden sorumlu tutan Elkins Yasası adlı yasa kapsamında 18.000 Dolar tutarında bir cezaya mahkûm etmiştir. Bahsedilen Elkins Yasası, Ticaretin Düzenlenmesine Dair Yasa (*Act to Regulate Commerce*) kapsamına giren taşımacıların eyaletler arası veya yurtdışı ticaret adına taşıdığı mallara ilişkin indirim, imtiyaz veya ayrımcılıkların verilmesi, teklif edilmesi, alınması veya

⁹⁴⁷ Coleman s.920.

⁹⁴⁸ Coleman s.908.

talep edilmesi yasadışı kılmakta ve bu yasak “herhangi bir kişi, kişiler veya şirket” için uygulanmaktadır. Elkins Yasası’nın amacı, şirketleri de cezaya tabi tutarak Eyaletler Arası Ticaret Yasası kapsamına almak ve bu düzenlemeyi daha etkin hale getirmektir. New York Central & Hudson River Railroad Company isimli şirket, American Sugar Refining Company adlı şirkete taraflar arasındaki yasadışı anlaşma sonucunda 26.000 Dolar’ı aşkın para iadesi ödemiştir. Cezaya mahkûm edilen taşımacılık şirketi, şirket bünyesinde bir yönetici ile birlikte, New York şehrinden Cleveland’a yapılacak sevkiyatlarda para iadesi ödemelerine ilişkin bir federal yasayı ihlal ettiği için yaptırıma tabi tutulmuştur.

Elkins Yasası’nın olaya uygulanabilirliği hakkında tartışmalar kapsamında, yapılan yasadışı sevkiyatların suç teşkil etmesi için yeterli suç işleme niyetinin veya kastın bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir. Jüri, hâkime suç işleme niyetinin bulunup bulunmadığını sorduğunda hakim, indirim niteliğindeki para iadelerinin “ahlaki açıdan bir suç olmadığını” (*the payment of rebates is not morally a crime*) tespit etmiş, fakat suç işleme kastının “aşağılık bir niyet ile” (*wicked intent*) aynı anlama gelmediğini, para iadelerinin kanunlar altında yasa dışı kılındığını, bir şirketin veya bir şirket temsilcisinin bu şekilde bir para iadesini, bu iadeyi yasaklayan kanunlara ihlal teşkil ederek ödemesinin suç işleme niyeti içerdiğini öne sürmüştür. Mahkeme ayrıca Elkins Yasası’nın getirdiği değişiklikler kapsamında, bir şirketin yetkilisi veya temsilcisinin istihdamı kapsamında yaptıklarının, yapmadıklarının veya ihmallerinin yalnızca ilgili kişiye değil, aynı zamanda taşıma şirketinin de sorumluluğuna yol açtığını savunmuştur. Mahkemenin bu yaklaşımı, kasıt gerektiren suçlarda temsil sorumluluğu (*vicarious liability*) yoluyla tüzel kişilere ceza sorumluluğunun atfedildiği ilk örneklerden biri olarak görülmektedir.⁹⁴⁹

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne gitmiş, Yüksek Mahkeme ise kararın sanık şirketin suç işleme niyetini veya başka bir ifadeyle manevi unsurunu araştırdığını, şirket tarafından yetkilendirilen temsilcilerin yasadışı faaliyetlerinin tespit edildiğini ve verilen cezanın hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir. Temyiz kapsamında New York Central & Hudson River Railroad Company Elkins Yasası’nın anayasal

⁹⁴⁹ Khanna s. 1482.

dayanağı olmadığı ve şirketlerin suç işleyemeyeceğini iddia etse de, davanın sonucu olarak, şirketlerin istihdam ettikleri yönetici ve temsilcilerinin, kendilerine tanınan yetki kapsamında yasadışı faaliyetlerinde bulunmalarından ötürü cezai sorumluluklarının doğacağı hüküm altına alınmıştır. Temsilcinin davranışlarının şirketin cezai sorumluluğuna yol açması için şirketin yasadışı davranışa spesifik olarak onay vermesinin gerekmediği, yalnızca suçun konusunun temsilci veya çalışanın yetki alanında bulunmasının yeterli olduğu ortaya koyulmuştur. Böylece, şirketlerin cezai kovuşturmalara karşı dokunulmazlıklarının bulunmadığı; bir şirketin, çalışanlarıyla iş ilişkisi kapsamında, çalışanlarının fiillerinden haberdar olduğunun ileri sürülebileceği hallerde şirketlerin cezai sorumluluklarına gidebileceği saptanmıştır.⁹⁵⁰ Dahası, bu dava sonucunda Elkins Yasası gibi düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanmasının, ancak yasadışı uygulamadan kaynaklanan faydayı edinen tüzel kişinin kovuşturmanın hedefi olması halinde mümkün olacağı sonucuna varılmış, ayrıca şirketlerin cezai yaptırıma bağımsızlıkları olduğu yönünde bir kabulün yasa koyucunun tüzel kişilerin uygunsuz davranışlarını kontrol etmek ve düzeltmek için elindeki tek etkin metodu kaybedeceğini belirtmiştir. Elkins Yasası'nın tüzel kişileri cezalandırmaya yönelik maksadı bu yaklaşıma temel oluşturmuş fakat uygulamada düzenlemelerin özel olarak böyle bir maksat içermesi aranmamaya başlanmış, yakın zamanda tüzel kişiler tecavüz ve cinayet gibi suçlar dışında pek çok suçtan cezalandırılır hale gelmiştir.⁹⁵¹

4.10.1.3.2. Amerikan Hukukunda tüzel kişiye ceza sorumluluğu atfedilmesi için gerekli “mens rea”

Amerikan hukuku, İngiliz hukukunun aksine tüzel kişinin ceza sorumluluğunu tespit ederken temsil sorumluluğu yaklaşımını uygulamaktadır.⁹⁵² Amerikan

⁹⁵⁰ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/500/> (Erişim: 10 Ocak 2019); (New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909)), <https://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-kadish/group-criminality/new-york-central-hudson-river-railroad-co-v-u-s/> (Erişim: 8 Ocak 2019).

⁹⁵¹ Khanna s. 1483.

⁹⁵² Wells s. 385.

hukukunda tüzel kişiler, çalışanlarının ve temsilcilerinin istihdamları kapsamında işledikleri suçlardan sorumlu olacağı kabul edilmiştir.⁹⁵³

Bu karar Amerikan mahkemeleri tarafından yalnızca Elkins Yasası gibi düzenlemenin tüzel kişileri açıkça cezai anlamda sorumlu tuttuğu hallere değil; tüzel kişi temsilcisinin olağan sorumluluk alanı kapsamında ve tüzel kişinin çıkarını gözeterek davrandığı tüm suçlarda temel alınmış ve tüzel kişinin ceza sorumluluğu bulunduğu genel kabul görür hale gelmiştir.⁹⁵⁴ Ayrıca, böyle bir kararın 1909 yılında verilmesi, Amerikan hukuk sisteminin tüzel kişi ceza sorumluluğuna dair saldırgan tutumunu sergilemektedir.⁹⁵⁵

Amerikan hukukunda federal ve eyalet seviyelerinde tüzel kişilere ceza sorumluluğu atfedilmesinde en geniş model olduğu kabul edilen “işverenin sorumluluğu” (*respondeat superior*) teorisi kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, Anglosakson hukukunun temsil sorumluluğu yaklaşımının bir varyasyonudur. Temsil sorumluluğu temel anlamıyla temsil olunan veya işverenin, temsilcisi ya da çalışanının eylemlerinden dolayı yoldan sorumluluğunu düzenlemektedir. Amerikan mahkemeleri, temsil sorumluluğunun kapsamını zamanla genişleterek temsil olunan veya işverenin tüzel kişi olduğu hallerde de dolaylı bir sorumluluk doğacağına hükmetmişlerdir. Bu yaklaşıma göre, bir tüzel kişinin temsilcileri, çalışanları ve bazı durumlarda bağımsız hizmet sağlayıcılarının fiillerinden sorumlu olması, (1) temsilcinin istihdamı ve yetkisi kapsamında bir fiil söz konusu olduğunda ve (2) temsilci, hiç olmazsa kısmen tüzel kişinin ticari çıkarlarını ilerletmek niyetiyle hareket ettiğinde mümkündür. Zaman zaman Amerikan mahkemelerinin buna üçüncü bir koşul eklediği ve tüzel kişinin yönetiminin cezayı gerektiren eylemi yetkilendirmesi, sineye çekmesi veya onaylamasını aradığı da görülmektedir.⁹⁵⁶ Amerikan hukukunda, bu üçüncü koşulun mevcudiyeti için açık bir yetkilendirme aranmasının makul olmayacağı,

⁹⁵³ Wilkinson s. 149; Bkz. İlgili eser dipnot: 55.

⁹⁵⁴ John C. Coffee, Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey s. 14-15.

⁹⁵⁵ 1934 Menkul Kıymetler Yasası, Gıda, İlaç ve Kozmetik Yasası ve Eyaletlerarası Ticaret Yasası açık hükümlerle tüzel kişi ceza sorumluluğunu düzenleyen ve sıkça uygulama bulan kimi düzenlemeler olarak bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure 138.

⁹⁵⁶ Lederman s. 72.

tüzel kişi yönetimlerinin yasadışı davranışları açıkça yetkilendirmesinin beklenemeyeceği, hatta bazı hallerde yasadışı davranışların açıkça yasaklanmasına rağmen tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun doğabileceği tespit edilmiştir. Anlaşılması gereken, tüzel kişinin yönetim yetkisi veya sorumluluğuna sahip kişilerin yaptıkları veya imtina ettikleri davranışlar değerlendirilerek, yasadışı davranışın tüzel kişinin politikasını yansıtır yansıtmadığıdır.⁹⁵⁷ O kadar ki, Amerikan hukuk sisteminde, tüzel kişinin verdiği açık talimatlara aykırı davranan temsilcisinin davranışlarından ötürü bile cezai sorumluluğu doğabilmektedir.⁹⁵⁸ 1958 senesinde ise Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, şirket sahiplerinin suça bizzat iştirak etmemiş olmasının tüzel kişiyi hukuku ihlal etmesi için serbest bıraktığı anlamına gelmeyeceğine kanaat getirmiştir.⁹⁵⁹

Amerikan Hukuku alanında ceza hukuku ile ilgili bir inceleme yaparken ele alınması gereken bir kaynak da Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından bir yardımcı kaynak olarak hazırlanmış 1962 tarihli Model Ceza Kanunu'dur⁹⁶⁰. Model Ceza Kanunu'nun 2.01. Kısmı tüzel kişi ceza sorumluluğuna değinmektedir. Bu kapsamda Model Ceza Kanunu çok geniş bir perspektiften meseleye yaklaşarak, tüzel kişiye sınırlı bir sorumluluk atfeden "işverenin sorumluluğu" (*respondeat superior*) teorisinin yarattığı sorunları aşmayı hedeflemiştir. Model Kanun bir tüzel kişinin cezai sorumluluğunun doğması için suç teşkil eden eylemin "şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üyesi veya üst düzey bir yetkilisi tarafından yetkilendirilmiş, yönlendirilmiş, yönetilmiş, ifa edilmiş veya taksirle tolare edilmiş bir çalışanın işi ile alakalı olması gerektiğini öngörmüştür.⁹⁶¹

⁹⁵⁷ State v. Christy Pontiac-GMC, Inc., Supreme Court of Minnesota, 354 N.W.2d 17 (1984)

⁹⁵⁸ Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure 139; United States v. Hilton Hotels Corp., 467 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1972), cert. denied, 409 U.S. 1125 (1973) <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/467/1000/154124/>

⁹⁵⁹ United States v. A & P Trucking Co., 358 U.S. 121 (1958) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/121/>

⁹⁶⁰ S. S. Beale s. 1513.

⁹⁶¹ <https://law.irank.org/pages/744/Corporate-Criminal-Responsibility-American-standards-corporate-criminal-liability.html>, (Erişim: 14 Mart 2019).

Temsil sorumluluğu (*vicarious liability*) ve onun bir kısırlımı olan işverenin sorumluluğu (*respondeat superior*) kapsamında, hukuka aykırı fiil veya maddi unsur (*actus reus*) ile suç kastı veya manevi unsur (*mens rea*) kendiliğinden şirkete atfedilmektedir. Her ne kadar bu sorumluluk atfı için çalışan veya temsilcinin istihdamı kapsamında (“*within the scope of their employment*”) ve hiç olmazsa kısmen tüzel kişinin çıkarına (“*to the benefit of the corporation*”) hareket etmesi gerekse de, bu kıstaslar Amerikan mahkemeleri tarafından geniş bir kapsamla yorumlanmıştır.⁹⁶² Öyle ki, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 4. Dairesi, 1985 senesinde bir kararında tüzel kişilerin cezalandırılması için bir çıkar elde etmesinin zorunlu bir unsur olmadığına karar vermiştir:

*“Tüzel kişinin çıkarı, tüzel kişi ceza sorumluluğu için bir mihenk taşı değildir; çıkar temel bir unsur olmaktansa kanıtlayıcı bir unsurdur. Dolayısıyla, temsilcinin davranışlarının sonuç olarak tüzel kişinin çıkarına olması, temsilcinin tüzel kişiye çıkar sağlamak kastıyla hareket etmesinden daha az önemlidir. Bir temsilcinin tüzel kişiye çıkar sağlama amacıyla hareket etmesi gereksinimi, tüzel kişileri temsilcilerinin şirket çıkarına olmayan kasıtlarla yapacakları, yalnızca temsilcinin çıkarını olabilecek hareketlerinden doğacak davranışlara karşı korumaktır.”*⁹⁶³

Kimi yazarlar, Amerikan mahkemelerinin yaklaşımının “bütünleştirme” sorumluluk modelini (*aggregation liability theory*) barındırdığını ifade etmiştir. Bu yorumun nedeni, Amerikan federal mahkemelerinin bir tüzel kişi kapsamında birden fazla kişinin akli durumunun birlikte ele alınabileceğine dair yaklaşımıdır.⁹⁶⁴ Örneğin, *United States v Bank of New England* davasında, birden fazla çalışanın bilgilerinin toplanması ve birlikte değerlendirilmesinin uygun olduğu, zira tüzel kişilerin görev ve operasyonları birden fazla küçük

⁹⁶² Nanda s. 607.

⁹⁶³ *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.* 770 F.2d 399, 407 (4th Cir. 1985), <https://openjurist.org/770/f2d/399/united-states-v-automated-medical-laboratories-inc> (Erişim: 8 Şubat 2019).

⁹⁶⁴ *Wilkinson* s. 162.

parçaya böldüğü ve bu parçaların tümünün bir faaliyete dair bilgisini oluşturduğu tespit edilmiştir.⁹⁶⁵

4.10.2. Kıta Avrupası hukuk sistemleri

Kıta Avrupası hukuk sistemleri, uzun yıllar boyunca tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu *societas delinquene non-potest* veya “şirketlerin cezai sorumluluğu olamaz” ilkesinden yola çıkarak ve kamu yararını gözetken kimi dar istisnalar haricinde reddetmiş ve bunun yerine şirket yöneticilerinin cezai sorumluluğuna başvurulmasını tercih etmiştir.⁹⁶⁶ Fakat 20. yüzyılın sonunda özel hukuk tüzel kişisi şirketlerin faaliyetleri, serbestleşen piyasalar, özelleştirmelere yatkın mali politikalar, Doğu Avrupa ülkelerinin yönetim biçimlerinin değişmesi, devasa uluslararası şirketler yaratan birleşme ve devralmalar gibi çeşitli nedenlerle giderek önem ve hacim kazanmış ve devletleri ekonomiyi kontrol etmek adına şirketleri daha sıkı bir şekilde denetlemeye ve hatta onlara cezai sorumluluk atfetmeye yöneltmiştir.⁹⁶⁷

Tüzel kişilerin aktiviteleriyle bağdaşık suçların giderek artması, karmaşık yönetim yapıları sebebiyle bir tüzel kişilik bünyesinde işlenen suçun faillerinin tespit edilmesindeki zorluklar ve çoğu Avrupa ülkesinin kökleşmiş hukuk geleneğinden ötürü tüzel kişiliklerin yönetici organlarına cezai sorumluluk atfetmede yaşanan zorluklar 1988 yılında AK'nin, Avrupa Topluluğu üyelerine tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu tanımalarını önerdiği bir tavsiye (“1988 Tavsiyesi”) yayınlamasına önayak olmuştur.⁹⁶⁸ 1988 Tavsiyesi, tüzel kişilere cezai sorumluluk yüklenmesine dair önerileri “Yükümlülük” ve “Yaptırımlar” olmak üzere iki ana başlık altında toplayan

⁹⁶⁵ United States v Bank of New England 821 F. 2d 844 (1987) 855. <https://openjurist.org/821/f2d/844/united-states-v-bank-of-new-england-na> (Erişim: 8 Şubat 2019).

⁹⁶⁶ Lederman s. 643.

⁹⁶⁷ Lederman s. 644.

⁹⁶⁸ Recommendation No. R (88) 18, Committee of Ministers of the Council of Europe - 20 Ekim 1988 <https://rm.coe.int/16804c5d71> (Erişim: 5 Mart 2019).

sade, açıklayıcı ve bağlayıcı olmayan bir metindir. Yükümlülük başlığı tüzel kişiliğin kendi aktiviteleriyle bağdaşık suçlardan hangi ölçüde sorumlu tutulabileceğine ilişkin esasları ortaya koymaktadır. Buna göre, tüzel kişiler faaliyetleri ile bağdaşık suçlardan bu suçlar tüzel kişiliğin amaçlarından bağımsız olsa dahi sorumlu tutulabilmelidir. Ayrıca tüzel kişiler, suçu işleyen kişinin tanımlanabilir olmasına bakılmaksızın faaliyetleri ile bağdaşık suçlardan sorumlu olmalıdırlar. Yaptırımlar başlığı ise, tüzel kişilere uygulanabilecek yaptırımlara ilişkin örnekleri sıralamaktadır. Yaptırımlar başlığında, tüzel kişilere uygulanacak yaptırımın amacının, bir ödetme ve cezalandırma gayesinden çok, zararın büyümesinin önüne geçme ve suçtan zarar görenlerin zararını giderme maksadı taşıması gerektiğidir. Buna göre tüzel kişilere uygulanacak yaptırımlar arasında, uyarı, suçtan elde edilen kazanıma el konulması, bazı aktivitelerden özellikle kamu ile iş yapmaktan yasaklanması, vergisel muafiyetler ve teşviklerden mahrum bırakılma, reklam yasağı, lisans iptali, yöneticilerin görevden alınması, kayyım atanması, tüzel kişiliğin sona erdirilmesi, suçtan zarar görenlerin zararının tazmin ettirilmesi gibi yaptırımlar bulunmaktadır. 1988 Tavsiyesi'nin, tüzel kişiliğin ceza sorumluluğu tartışmasını vardır-yoktur ekseninden oldukça uzakta, uygulanacak cezai yaptırımların niteliği ve amacı üzerinden tartışıyor olması "*societas delinquere non potest nec puniri*" anlayışının artık hakim anlayış olmadığının önemli bir kanıtıdır.

Takip eden yıllarda, Norveç (1991), İzlanda (1992), Fransa (1994), Finlandiya (1995), Danimarka (1996), Belçika (1999), İsviçre (2003), Avusturya (2006), İspanya (2010) ve Lüksemburg (2010) gibi birçok Avrupa ülkesi tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu düzenlemiştir.⁹⁶⁹

4.10.2.1. Fransa

Avrupa ülkelerinin hukuk sistemleri, önceleri tüzel kişi ceza sorumluluğunu reddetse de geçtiğimiz 30 yılda bu yaklaşımdan vazgeçilmeye başlanmış ve 1988

⁹⁶⁹ Kaeb s. 380; Bkz. İlgili eser dipnot: 162.

Tavsiyesi sonrasında tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul eden ilk ülkelerden biri Fransa olmuştur.⁹⁷⁰ Fransa’da bu gelişmeleri hızlandıran çeşitli toplumsal ve ekonomik gelişmeler yaşanmıştır: uluslararası şirketlerin güçlenmesi, ulusal olarak kan toplama ve dağıtma hizmetlerini yerine getiren bir kamu kurumunun HIV virüsü taşıyan kan satması⁹⁷¹ dahil olmak üzere ciddi kurumsal kusurlar, tüketicilere zarar veren haksız ticari faaliyetler gibi.⁹⁷²

Fransa’da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu 1994 senesinde Fransız Ceza Kanunu’nun (Code pénal) 121. Maddesinde yapılan değişiklikler ile kabul edilmiştir. Fransız Ceza Kanunu’nda yapılan değişiklikler ile kanun koyucu, devlet dışındaki tüzel kişilerin, organları veya temsilcilerinin işledikleri suçlardan dolayı cezai sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir.⁹⁷³

Fransız Ceza Kanunu’na göre, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun doğması için, ilgili tüzel kişi temsilcisi veya organının suçu tüzel kişinin yararına işlemesi gerekmektedir. Bu tür cezai sorumluluk Fransız hukukunda dolaylı sorumluluk (*par ricochet*) olarak anılmaktadır.⁹⁷⁴ Aynı zamanda, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna hanel getirmeyeceği de 121. Maddenin 3. Fıkrası altında düzenlenmiştir.

1994 yılındaki değişiklikler ile yalnızca açıkça tüzel kişilere uygulanacağı ifade edilmiş yasaların ihlali halinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu doğacağı düzenlenmekteydi.⁹⁷⁵ Bu yaklaşım “özellik prensibi” olarak da adlandırılır.⁹⁷⁶ Fakat daha sonra bu yaklaşım terk edilmiş ve 2004 yılında yapılan reformla tüzel kişilerin tüm suçlardan cezai sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir.⁹⁷⁷

⁹⁷⁰ Khanna s. 1490.

⁹⁷¹ Centre National de Transfusions Sanguines adlı kamu kurumunun yönetim kurulunun ihmalkâr davranışlarından ötürü HIV virüsü içeren kan sattığı, bunun sonucunda hemofili hastalarının HIV virüsü kaptıkları iddiaları sonucunda ilgili gerçek kişiler ceza almış fakat tüzel kişilik cezalandırılmamıştır. 1994 Bull. Crim. No. 93-83.900 (Fr.).

⁹⁷² Beale ve Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability s. 109.

⁹⁷³ Nisco s. 102.

⁹⁷⁴ Nisco s. 103.

⁹⁷⁵ de Maglie s. 552.

⁹⁷⁶ Z. Kangal s. 93.

⁹⁷⁷ Nisco s. 103.

Fransız Ceza Kanunu, tüzel kişilerin sorumluluğunu gerçek kişilerin sorumluluğuna hanel getirmeyecek şekilde ele alır. Tüzel kişinin sorumluluğu için gerçek kişi temsilcilerin veya şirket organlarının cezai sorumluluk doğuracak davranışları genel bir gereksinim olsa da kısıtlı hallerde tüzel kişi cezai sorumluluğunun herhangi bir temsilci veya organ davranışı olmaksızın ortaya çıkabileceği kabul edilir. Tüzel kişinin çalışanlarını gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya ihlal etmesi cezai sorumluluğuna yol açabilir. Temsilci veya organın davranışının tüzel kişinin cezai sorumluluğunu doğurması için iki koşul mevcuttur. Birincisi, cezai sorumluluğa yol açacak davranışın şirket adına, şirketin amaçlarını gerçekleştirmek için yapılmış olması gerekmektedir. İkincisi, çalışanların yetkilendirilmemiş, başına buyruk davranışları tüzel kişi sorumluluğu doğurmaz.⁹⁷⁸

Bir tüzel kişinin temsilci veya organının tam olarak neyi ifade ettiğine dair tartışmalar bulunmaktadır. Kimi yazarlar, kanun veya statülere uygun olarak belirlenmeyen fiili organların veya fiili yöneticilerin tüzel kişinin cezai sorumluluğunu doğurabileceğini savunmakta, kimileri ise tüzel kişinin fail değil, mağdur durumunda olabileceğini öne sürmektedir. Ayrıca, Fransız Ceza Kanunu'nun 121. maddesinin yalnızca organ ve temsilcilerin fiillerini düzenlemesinden ötürü, tüzel kişinin görevlisi, işçisi, üyesi veya ortağı tarafından işlenen suçlarda yalnızca gerçek kişinin cezai sorumluluğunun bulunacağı, fakat şirketin geçici yöneticileri, tasfiye memurları, işletme müdürü veya şirketi üçüncü kişilere temsil etmekle yetkili özel vekillerin temsilci sıfatı taşıdığı kabul edilir.⁹⁷⁹

Fransız hukuku, tüzel kişilerin 9 farklı şekilde çeşitli haklardan yoksun bırakılması ve cezalandırılmasına imkan tanır.⁹⁸⁰ Fransız Ceza Kanunu, tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının doğduğu hallerde suç ve kabahatlerin karşılığında tüzel kişiliğin feshi, kimi ticari veya sosyal aktivitelerden beş yıla kadar men edilmesi, beş yıla kadar yargı gözetimi, tüzel kişiliğin suç işlerken kullanılan herhangi bir kısmının beş yıla kadar kapatılması, kamu ihalelerinden

⁹⁷⁸ Orland ve Cachera s. 124.

⁹⁷⁹ Z. Kangal s. 95.

⁹⁸⁰ Kaeb s. 389.

sürekli olarak veya beş yıla kadar men edilme, menkul kıymet ihracından beş yıla kadar men edilme, çek veya kredi kartı kullanımının yasaklanması, suç işlenmesinde kullanılan veya suçun sonucu olarak edinilen eşyaların müsaderesi ve bu cezaların duyurulması gibi cezalardan biri veya birkaçının uygulanabileceğini hüküm altına almaktadır.⁹⁸¹

Fransız Ceza Kanunu, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu düzenlerken tüzel kişinin kurulmuş olduğu ülkeye dayanarak bir ayrıma gitmemektedir. Fransız öğretii, yabancı bir tüzel kişinin Fransız ceza hukuku kapsamında tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu doğuracak bir davranışta bulunması halinde hangi ülke hukukuna göre kurulduğuna bakılmaksızın sorumlu tutulabileceğini, hatta mülk ilkesinin ötesinde de, Fransız milletinin esaslı çıkarlarına aykırı suç veya kabahatleri yurtdışında işleyen yabancı tüzel kişilerin de bu kapsamda cezalandırılabilceğini kabul eder.⁹⁸²

4.10.2.2. Hollanda

Hollanda, kimi suçlarla kısıtlı olarak 1951 yılında, genel nitelikte olarak ise 1976 yılında tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul ederek bu alanda öncü Avrupa ülkelerinden olmuştur.⁹⁸³

Hollanda'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu farklı suçlar için Mali Suçlar Kanunu (Wet Economische Delicten veya Economic Offenses Act) ile Hollanda Ceza Kanunu (Wetboek van Strafrecht veya Dutch Penal Code) altında düzenlenmektedir. Mali Suçlar Kanunu kapsamındaki suçlardan ötürü tüzel kişilerin cezai sorumluluğu 1951 yılından beri mevcutken, Ceza Kanunu kapsamındaki suçlardan ötürü tüzel kişi sorumluluğu 1976 yılında gerçekleşen değişikliklerden bu yana bulunmaktadır.⁹⁸⁴

⁹⁸¹ Fransız Ceza Kanunu, md. 121 vd.

⁹⁸² Delmas s. 255.

⁹⁸³ Beale ve Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability s. 110.

⁹⁸⁴ Bosch s. 1.

Mali Suçlar Kanunu, yalnızca ekonomik suçlara uygulanmak üzere yürürlüğe girmiştir. Öğretide, yasa koyucunun İkinci Dünya Savaşı'nın ekonomik etkileriyle mücadele etmek adına mali hukukun uygulanmasına ceza hukuku ve diğer hukuk disiplinleri kapsamında ağırlık verdiği ve Mali Suçlar Kanunu'nun gerekçesinin de mali suçların daha özel nitelikte maddi ve usuli kuralları gerektirmesi olduğu ifade edilmektedir. Mali Suçlar Kanunu altında, ekonomik suçların tüzel kişiler tarafından da işlenebileceği, bu tüzel kişilerin de kovuşturma ve cezalara tabi olacağı hüküm altına alınmaktadır.⁹⁸⁵

Mali Suçlar Kanunu'nun 15. maddesi, bir tüzel kişinin cezai sorumluluğunun, şirket tarafından istihdam edilen bir gerçek kişinin, şirketin faaliyetleri ve kendisinin istihdamı kapsamında işlediği suçlardan ötürü ortaya çıkacağını düzenlemekteydi. Bu hüküm, 1976 yılında Hollanda Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikle birlikte, yerine daha genel nitelikte bir madde yürürlüğe konularak, mülga olmuştur.⁹⁸⁶

Hollanda Ceza Kanunu'nun 51. maddesi, suçların gerçek kişiler ve tüzel kişiler tarafından işlenebileceğini, eğer bir tüzel kişi tarafından bir suç işlendiyse cezaların veya kanuni önlemlerin tüzel kişiye ve/veya cezayı gerektiren davranışa ilişkin talimatı veren veya bunu kontrol eden kişilere uygulanabileceğini düzenlemektedir. İlgili düzenleme, tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklar (adi ortaklıklar), gemi sahiplerinin ortaklıkları veya özel bir maksatla bir araya gelen sermayedarlara da aynı şekilde uygulanmaktadır.⁹⁸⁷

1976 yılındaki değişiklikler sonucunda, Hollanda Ceza Kanunu'nun 51. maddesi tüm suçlar için tüzel kişilerin cezalandırılmasına imkan tanımaktadır. Buna karşın, tüzel kişilere ilişkin kovuşturmalar genel olarak ekonomik suçlar, çevre suçları veya dolandırıcılık ya da yolsuzluk gibi suç tiplerinde görülmektedir ve bu kovuşturmalar ile bunlara bağlı uzlaşma anlaşmalarının sayısı 2012'den bu yana artmaktadır.⁹⁸⁸

⁹⁸⁵ Keulen ve Gritter s. 2.

⁹⁸⁶ Keulen ve Gritter 2.

⁹⁸⁷ Hollanda Ceza Kanunu, md. 51.

⁹⁸⁸ Clifford Chance s. 42.

2003 yılında Hollanda Yüksek Mahkemesi, bir tüzel kişinin makul biçimde kendisine atfedilebilecek yasadışı bir davranış veya ihmali halinde cezai sorumluluğunun doğacağını karara bağlamıştır. Yüksek Mahkeme, makul bir şekilde tüzel kişiye atfedilebilmesi için suçun “şirket kapsamında” işlenmesi gerektiğini tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme bu kriteri sistematik hale getirmek üzere 4 durum tespit etmiştir: (1) tüzel kişi adına (iş sözleşmesi altında veya iş sözleşmesi olmaksızın) çalışan bir kişinin davranışı veya ihmali, (2) yasadışı davranışın tüzel kişinin günlük “normal işlemleri” içinde bulunması, (3) tüzel kişinin ilgili davranıştan çıkar elde etmesi, (4) ilgili davranışın tüzel kişinin tasarrufunda bulunması ve şirketin bu davranışı kabul etmesi, ya da ortaya çıkmasını engellemek için makul özeni göstermemiş olması.⁹⁸⁹

Hollanda hukuku, tüzel kişinin suça dair manevi unsurunu iki şekilde değerlendirir. Birincisi, tüzel kişi kapsamındaki bir gerçek kişinin suç işleme kastının şirkete atfettirilmesi veya dolaylı yoldur. İkincisi de tüzel kişinin doğrudan suç işleme kastı bulunmasıdır ki bu da şirket politikaları veya kararları yoluyla anlaşılır.⁹⁹⁰

Dolayısıyla, Hollanda Ceza Kanunu açıkça tüzel kişiye sorumluluk atfedilmesi için aranacak koşulları düzenlemese de Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin yarattığı içtihat ile Amerika veya Avustralya gibi ülkelerde de benimsenen “işverenin sorumluluğu” yaklaşımının tercih edildiği söylenebilir.⁹⁹¹

Hollanda Ceza Kanunu, gerçek kişilere uygulanan cezaların tüzel kişilere de uygulanabileceğini düzenlemesine rağmen, hapis cezası yaptırımının tüzel kişiye uygulanamayacağı aşikardır. Bununla beraber, tüzel kişilere para cezaları, kimi haklarının geri alınması, suç eşyalarının müsadereleri, cezanın kamuya duyurulması, mağdurların zararlarının tazmini gibi cezalar verilebilmektedir.⁹⁹² Bunun yanı sıra, Mali Suçlar Kanunu, mali suç işleyen tüzel kişilere işletmenin

⁹⁸⁹ HR 21 October 2003, NJ 2006, 328 (Drijfmet).

⁹⁹⁰ Keulen ve Gritter s. 6.

⁹⁹¹ de Maglie s. 553.

⁹⁹² Bosch s. 3.

kapatılması veya yasal kısıtlamalar gibi yaptırımlar uygulanmasına imkan tanımaktadır.⁹⁹³

Hollanda Ceza Kanunu, 2. maddesi uyarınca Hollanda sınırları içinde bir suç işleyen tüm kişilere uygulanır. Bu kapsama yabancı uyruklu tüzel kişiler de dahildir. Kanun, aynı zamanda Hollanda dışında suç işleyen Hollanda uyruklu kişilere de uygulanır. Bu halde, eylemin işlendiği ülkenin kanunlarına göre suç teşkil etmesi aranırken, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun kabul edilmesi aranmaz. Son olarak, yabancı uyruklu bir tüzel kişinin işlediği bir suçtan sorumlu bulunan Hollanda uyruklu bir kişi de cezaya tabi olabilir.⁹⁹⁴

4.10.2.3. İsviçre

2003 yılına kadar, İsviçre hukukunda yalnızca gerçek kişilerin cezai sorumluluğu bulunduğu, şirket ve tüzel kişilere karşı ceza kovuşturmalarının mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Bu duruma istisna olarak sınırlı hallerde tüzel kişiler aleyhine idari para cezaları tesis edilebilmektedir.⁹⁹⁵ 2003 yılının sonuna doğru, İsviçre Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiştir.⁹⁹⁶

İsviçre Ceza Kanunu'nun 102. maddesine göre, İsviçre uyruklu veya yabancı bir tüzel kişinin, bir suç veya kabahat uyarınca cezai sorumluluğu doğabilmektedir. İlgili düzenleme iki tür cezai sorumluluk öngörmektedir. Bunlar ikincil cezai sorumluluk ve birincil cezai sorumluluktur.⁹⁹⁷

İkincil cezai sorumluluk, 102. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmektedir ve ancak bir gerçek kişinin cezai sorumluluğunun bulunmadığı hallerde söz

⁹⁹³ Bosch s. 4.

⁹⁹⁴ Keulen ve Gritter s.11.

⁹⁹⁵ Bollmann s.1.

⁹⁹⁶ Garbarskys.1. <https://www.iflr.com/Article/3647779/Switzerland-Corporate-criminal-liability.html?ArticleId=3647779>. (Erişim: 16 Mayıs 2017)

⁹⁹⁷ Lembo s. 3.

konusudur.⁹⁹⁸ Bu şekilde tüzel kişi cezai sorumluluğunun doğması için (i) tüzel kişi kapsamında bir suç veya kabahat işlenmesi; (ii) bunun tüzel kişinin amaçlarına uygun ticari aktivitelerine dair bir uygulama kapsamında gerçekleşmesi; (iii) bu fiilin herhangi bir gerçek kişiye atfedilememesi ve (iv) tüzel kişinin organizasyonundaki bir yetersizlikten kaynaklanması gerekmektedir.⁹⁹⁹

İkincil cezai sorumlulukta, suçu oluşturan fiilin tüzel kişi bünyesinde bulunan bir gerçek kişi tarafından işlenmesi ve bu gerçek kişi ile tüzel kişi arasında güçlü bir hiyerarşik ve organizasyonel bağ bulunması aranmaktadır. Gerçek kişi tek kişiden oluşan bir tüzel kişi organı, bir tüzel kişi organının bir üyesi, bir ortak, temsilci veya çalışan olabilir; fiili işleyen gerçek kişinin tüzel kişi bünyesindeki karar alma gücü dikkate alınmamaktadır.¹⁰⁰⁰ Bununla birlikte, suçu oluşturan fiilin tüzel kişinin ticari faaliyetleri kapsamında olması, tüzel kişi ceza sorumluluğunun bir koşuludur.¹⁰⁰¹

Birincil cezai sorumluluk ise sınırlı sayıda suç halinde görülür. Bunlar, suç örgütlerine iştirak, terör finansmanı, kara para aklama, İsviçreli veya yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi veya çıkar sağlanması ve yolsuzluk halleridir.¹⁰⁰² Bu suçların bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi halinde, eğer bu suçları engellemek için tüm gerekli ve makul tedbirler alınmamış ise, tüzel kişi yönetiminin haberdar olması aranmaksızın cezai sorumluluk doğar. Bu halde, gerçek kişinin cezai sorumluluğu veya faaliyetleri değerlendirilmez ve gerçek kişinin cezalandırılabilirdiği durumlarda kümülatif ceza sorumluluğu doğarak hem gerçek kişi, hem de tüzel kişi cezalandırılır.¹⁰⁰³ Bununla birlikte, İsviçre Ceza Kanunu, tüzel kişilerin bu cezai sorumluluğu engellemek için almış

⁹⁹⁸ Gerçek kişinin sorumlu bulunmadığı halde doğan türde tüzel kişinin cezai sorumluluğu "secondary criminal liability" veya "subsidiary criminal liability" olarak anılır.

⁹⁹⁹Gautier, Corporate Liability in Switzerland.

¹⁰⁰⁰ Lembo s. 4.

¹⁰⁰¹ Lembo s. 5.

¹⁰⁰² Suç örgütlerine iştirak İsviçre Ceza Kanunu 260ter maddesinde, Terör finansmanı 260quinquies maddesinde, kara para aklama 305bis, İsviçreli kamu görevlilerine rüşvet verilmesi 322ter maddesinde, İsviçreli kamu görevlilerine çıkar sağlanması 322quinquies maddesinde, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçu 322septies maddesinde, özel sektörde rüşvet suçu ise İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda düzenlenmektedir.

¹⁰⁰³ Bollmann s. 2.

olduğunu gösterebileceği gerekli ve makul tedbirleri açıkça ifade etmemektedir.¹⁰⁰⁴

İsviçre Ceza Kanunu, aslen İsviçre’de işlenen veya sonuçlarını İsviçre’de doğuran suçlara uygulanır. Belirli hallerde, İsviçre dışındaki bir ülkede işlenen bir suça da İsviçre Ceza Kanunu’nun uygulanması mümkündür ve bunun için fail veya mağdurun İsviçreli olması, failin İsviçre’ye iade edilmesi, halihazırda yargılanmamış olması ve suç teşkil ettiğinden şüphelenilen eylemin gerçekleştiği yabancı ülkede cezalandırılabilir olması gerekmektedir.¹⁰⁰⁵

4.10.2.4. İtalya

İtalya’nın bu çalışma kapsamındaki diğer ülkeler gibi tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul ettiğini söylemek mümkün değildir. İtalya, Almanya gibi ülkeler halen diğer hukuk sistemlerindeki aksine ceza kanunları kapsamında tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olduğunu ifade etmeyen az sayıda ülke arasında yer almaktadır.¹⁰⁰⁶ Öğretide kimi yazarlar, bu durumun kaynağının İtalyan toplumu ve yargı kültüründe yerleşik olan *societas delinquere non potest* veya “şirketlerin cezai sorumluluğu olamaz” ilkesine veya başka bir dille suç politikasına dayandırmaktadır.¹⁰⁰⁷ Kimileri ise bu yaklaşımı İtalyan Anayasası’nın “ceza sorumluluğu kişiseldir” hükmüne dayandırmaktadır. Benzer şekilde İtalyan Anayasa Mahkemesi de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin üçüncü kişilerin eyleminden dolayı ceza sorumluluğu ve tüzel kişi ceza sorumluluğuna engel olduğu görüşündedir.¹⁰⁰⁸ Dahası, İtalyan hukukçuların kimi, tüzel kişilerin cezanın infazında acı çekmeyeceklerini, tüzel kişilerin cezalandırılmasının faydasız, hatta zararlı olacağını savunmuştur.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁴ Nisco s. 103.

¹⁰⁰⁵ Lachat-Heritier s.82.

¹⁰⁰⁶ Linklaters s. 4.

¹⁰⁰⁷ de Maglie s. 561.

¹⁰⁰⁸ Z. Kangal s. 78.

¹⁰⁰⁹ Nisco s. 105.

Her ne kadar toplumda, yargıda ve öğretide tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmadığı baskın görüş olsa da, 2001 yılında yürürlüğe giren 231 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (“Kararname”) tüzel kişilerin kimi hallerde idari yaptırımlara imkân tanımaktadır.¹⁰¹⁰ Öğretide bu düzenlemenin “ceza benzeri” bir sorumluluğa yol açtığı ifade edilmektedir.¹⁰¹¹ Benzer şekilde, İtalyan hukuku, rekabet ihlalleri sonucunda tüzel kişilere Avrupa Birliği mevzuatında yer aldığı gibi kimi yaptırımlar hükmedebileceğini düzenlemektedir. 1990’da yürürlüğe giren bu cezaları takiben, kimi İtalyan yazarlar rekabet ihlalleri karşılığında verilen idari yaptırımların, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde şirketlerin tabi olduğu cezalara benzediği ve tüzel kişi cezai sorumluluğunu reddeden geleneksel hukuk sistemlerinde dahi tüzel kişilerin doğrudan cezalandırmasına imkânlar bulunduğunu tespit etmiştir.¹⁰¹²

2001 yılında Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak amacıyla yürürlüğe giren Kararname kapsamında, İtalyan hukuk sisteminde ilk defa tüzel kişilerin yöneticileri, müdürleri, çalışanları veya tüzel kişiler adına hareket eden temsilciler gibi diğer kişilerin, tüzel kişinin çıkarları için gerçekleştirdikleri yasadışı faaliyetlerin tüzel kişiler aleyhine yaptırımlara yol açabileceği düzenlenmektedir. Bu kapsamda, tüzel kişilerin İtalya’da veya yurtdışında işlenmesi, tüzel kişinin çıkarına veya faydasına yönelik olması, tüzel kişinin veya finansal ya da işlevsel özerkliği bulunan bir organizasyonel birimin temsilcisi, direktörü veya yöneticisi olan, ya da başkalarının talimatı altında çalışan bir gerçek kişi tarafından işlenmesi gerekmektedir. İtalyan hukuku, tüzel kişilerin Kararname kapsamındaki sorumluluğunu değerlendirirken yabancı veya yerli tüzel kişiler arasında ayırım yapmamaktadır.¹⁰¹³

¹⁰¹⁰ https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/legislative-decree-8-6-2001-n-231_html/Legislative_Decree_8-6-2001_n_231_EN.pdf (Erişim: 15 Aralık 2018)

¹⁰¹¹ Beale ve Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability s. 131.

¹⁰¹² Beale ve Safwat, What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability s. 131 ; (Bkz: ilgili eser dipnot: 186).

¹⁰¹³ De Nigris, Lanternini ve Arrotino.

4.10.2.5. Almanya

Alman hukuku, bu çalışmada bahsedilen diğer ülkelerin çoğunluğunun aksine tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu düzenlememektedir. Birçok Avrupa ülkesinin tüzel kişi ceza sorumluluğunu benimsemesine rağmen, İtalyan hukuku gibi Alman hukuku da *societas delinquere non potest* ilkesine sadık kalmaktadır. Alman hukuku tüzel kişiler yerine yöneticilerini cezai anlamda sorumlu tutmaktadır.¹⁰¹⁴ Tüzel kişilerin sorumluluğu ise “idari bir sistem” altında mevcuttur.¹⁰¹⁵ Alman hukukunda seçtiğimiz yıllarda meydana gelen kurumsal skandallar ve tüzel kişilere verilen yüksek tutarlı cezalar tüzel kişi ceza sorumluluğunun düzenlenmesinin gerekli olduğu yönünde çağrılara yol açmaktadır.¹⁰¹⁶

Bu durum, 19. yy.nin en önemli hukukçularından biri olarak kabul edilen, hatta Almanya’da modern hukukun “büyük ustası” olarak anılan *Savigny* tarafından şöyle gerekçelendirilmiştir:

“Ceza hukukunun işi düşünebilen, istekleri olan, bilinci bulunan gerçek kişilerledir. Tüzel kişiler ise böyle kişiler değildir, yalnızca malvarlıkları olan kişilerdir ve dolayısıyla ceza hukuku alanının dışında kalırlar. Varlıkları kimi bireylerin temsil edici iradesine dayanır ve bu irade tüzel kişinin iradesi olarak kabul edilir. Böyle bir temsil ise yalnızca özel hukukta tanınabilir ve ceza hukukunda tanınamaz.”

Böylece, 1813 Bavyera Ceza Kanunu, 1851 Prusya Ceza Kanunu, 1871 İmparatorluk Ceza Kanunu ve takip eden düzenlemeler tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemiş, bu durum Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*) tarafından 1887’de verilen bir kararda “kurgusal bir hukuki varlık olan tüzel kişi, doğal bir hareket kabiliyetinden ve aynı zamanda temsilcisi

¹⁰¹⁴ Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure s. 142.

¹⁰¹⁵ OECD Debate the Issue - A Corporate Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination?.

¹⁰¹⁶ Clifford Chance s. 22

olan organların faaliyetlerinden ötürü cezai sorumluluğundan yoksundur.” denilerek tasdik edilmiştir.¹⁰¹⁷

Bununla birlikte, 1800lü yılların sonlarına doğru, tüzel kişi ceza sorumluluğunun kabul edilmesini tavsiye eden görüşler de dile getirilmiştir. Franz v. Liszt, 1881 senesinde, tüzel kişilerin cezalandırılmasının hem hukuki olarak mümkün, hem de İngiliz-Amerikan uygulamasında olduğu gibi uygulandığı halde tavsiye edilesi olduğunu ileri sürmüştür. Sonraları Otto v. Gierke, tüzel kişilerin gerçeklik teorisini sunmuş, buna göre tüzel kişilerin sosyal gerçeklikte buldukları, gerçek oldukları ve organları vasıtasıyla hareket ettiklerini öne sürmüştür.¹⁰¹⁸

İkinci Dünya Savaşı sonrası, Müttefik güçlerinin Batı Almanya’da yürürlüğe koyduğu kim değişiklikler tüzel kişilere karşı cezai yaptırımlar öngörmüştür. 1950 ve 60larda Büyük Ceza Hukuku Komisyonu tüzel kişilere ceza sorumluluğu atfedilmesi yaklaşımlarını reddetmiş, fakat yasadışı kazançların geri alınması için para cezalarına izin vermiş ve böylece “İdari Kabahatler Kanunu” (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) adlı düzenleme 1968 senesinde yürürlüğe girerek tüzel kişilerin *idari* para cezalarına çarptırılabilceğini hüküm altına almıştır.¹⁰¹⁹ Fakat burada yer alan yaptırımların “müsadere” ve “mülkiyetin devlete geçmesi” olarak anılan güvenlik tedbirleri olduğu belirtilmelidir. İdari Kabahatler Kanunu aynı zamanda kasıtlı suçlarda 10 milyon Euro’ya ve ihmali suçlarda 5 milyon Euro’ya kadar idari para cezası (*Geldbuße*) öngörmektedir.¹⁰²⁰

İdari Kabahatler Kanunu’nun 30. maddesi, bir tüzel kişiyi temsil yetkisi bulunan temsilci veya yöneticilerinin (geniş bir ifadeyle, tüzel kişilerin yönetiminden sorumlu kişilerin) cezai eylemleri sonucunda tüzel kişinin hukuki yükümlülüklerinin ihlal edilmesi halinde veya tüzel kişinin zenginleşmesi ya da zenginleşmesinin amaçlanması üzerine, tüzel kişinin idari yaptırıma tabi

¹⁰¹⁷ Markuntsov ve Wassmer s. 133.

¹⁰¹⁸ Markuntsov ve Wassmer s. 134.

¹⁰¹⁹ Markuntsov ve Wassmer s. 135.

¹⁰²⁰ Nisco s. 103.

olabileceğini düzenlemektedir.¹⁰²¹ Tüzel kişinin sorumluluğu, tüzel kişinin yönetimi için çalışan sorumlu kişilerin işleyeceği veya denetim yükümlülüklerini yerine getirmeyerek ihmalleri ile yol açacağı suçlar için söz konusudur.¹⁰²² Buna ek olarak, düşük kademeli çalışanların da tüzel kişinin İdari Kabahatler Kanunu'nun 130. Maddesi kapsamındaki tüzel kişilerin sorumluluğuna yol açması mümkündür. Bunun için, üst düzey yöneticinin gerekli denetim önlemlerini almamış olması, bu önlemler alınsaydı ihlalin doğmasının engellenebilecek veya zorlaşacak olması ve bu ihlalin yaptırım veya para cezalarına tabi olması gerekmektedir.¹⁰²³ 2016 yılındaki bir OECD raporunda, Alman yetkililerinin OECD Sekreteryasıyla görüşmelerinde alt kademeli çalışanın eylemlerinin tüzel kişinin sorumluluğunu doğurması için bu eylemlerin tüzel kişinin “işletmesi veya faaliyeti ile ilgili olması gerektiği” yönünde açıklamaları yer almaktadır.¹⁰²⁴

İdari Kabahatler Kanunu, hem idari kurum ve kuruluşların, hem de ceza mahkemelerinin şirketleri idari para cezalarına çarptırmasına imkan tanımaktadır.¹⁰²⁵ Esasen, bir eylemin suç mu, yoksa idari kabahat mi olduğu, bu eylemin bağlı olduğu yaptırımdan yola çıkılarak kararlaştırılmaktadır. Eğer belirli bir eylem karşılığında ceza hukuku anlamında bir ceza öngörülmüşse, bu eylem bir suçtur. Eğer eylemin sonucunda adli nitelik taşımayan bir idari para cezası öngörülmüşse, bu eylem bir idari kabahattir. Öğretide, idari kabahatler ve suçlar arasındaki ayrımı anlamak için “tehlikelilik” ölçüsünün kullanıldığı, idari kabahatlerin kural olarak soyut tehlike suçları (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) olduğu ifade edilmektedir.¹⁰²⁶ Yine de, Alman hukukunun düzenlediği şekliyle ile yaptırımların cezai değil, idari nitelik taşımasının toplum nezdinde daha az

¹⁰²¹ Ordnungswidrigkeitengesetz, madde 30/1.

¹⁰²² OECD Debate the Issue - A Corporate Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination?

¹⁰²³ Ordnungswidrigkeitengesetz, madde 130/1.

¹⁰²⁴ OECD Debate the Issue - A Corporate Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination? s.59.

¹⁰²⁵ de Maglie s. 561.

¹⁰²⁶ Jescheck ve Sieber s. 19.

ciddiye alınması ve ceza mahkemeleri tarafından verilse de daha az “lekeleyici” (*stigmatizing*) nitelik taşıdığı ileri sürülmüştür.¹⁰²⁷

Schweizerhalle endüstriyel kompleksinde Sandoz kimyasal kazası sonrası Ren nehrinin kirlenerek nehrin kızarması (1986), İkinci Körfez Savaşı esnasında Alman şirketlerinin ambargo ihlalleri (1990-91) gibi olaylar yakın zamanda Almanya’da tüzel kişi ceza sorumluluğu konusunu yeniden gündeme getirmiştir.¹⁰²⁸

Bu gelişmeleri takiben 2013 yılında Kuzey Ren-Vestfalya Adalet Bakanı Thomas Kutschaty, Tüzel Kişi Ceza Kanunu (*Verbandsstrafgesetzbuch*) olarak anılan bir kanunun ilk taslağını Federal Meclis’e sunmuştur. Bu kanun taslağının gerekçesi olarak, şirketlerce işlenen ekonomik, çevresel veya yolsuzluğa ilişkin suçların Almanya’nın ekonomik ve sosyal yapısına zararları ve mevcut ceza hukuku düzenlemeleri ile idari yaptırımların şirketlerin işlediği suçları cezalandırmadaki yetersizliği gösterilmiştir.¹⁰²⁹

Tüzel Kişi Ceza Kanunu taslağı kapsamında, bir tüzel kişinin yetkilileri veya yöneticileri tarafından işlenen suçların sonucu olarak hem ilgili gerçek kişinin cezalandırılacağı, hem de suçların tüzel kişiye atfedilebileceği ve tüzel kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişinin ceza sorumluluğunun Almanya merkezli şirketlerin yurtdışında işlediği suçlar için de uygulanmasına imkan tanınmıştır. Kanun, tüzel kişilerin çeşitli şekillerde cezalandırılabilceğini öngörmektedir: yıllık gelirinin %10’una kadar para cezası, devlet yardımlarından yoksun bırakılma, kamu ihalelerinden yasaklanma, ticari aktivitelerin durdurulması veya uyarı cezaları gibi. Ayrıca, mahkemelerin kimi hallerde tüzel kişilere ceza vermeyebileceği düzenlenmiştir. Bu haller, ciddi bir maddi zarar bulunmaması, zararların büyük oranda telafi edilmesi, suçun açığa

¹⁰²⁷ de Maglie s. 562.

¹⁰²⁸ Markuntsov ve Wassmer s. 135.

¹⁰²⁹ Rübenthal ve Brauns s. 872.

çıkmasına yardım etmek için kritik bilgilerin gönüllü olarak ifşa edilmesi ve tüzel kişinin suçuna dair delillerin sunulması olarak sayılmıştır.¹⁰³⁰

Kanun taslağı, tüzel kişilerin yöneticileri tarafından işlenen suçların şirkete atfedilebileceğini öne sürse de, bu yaklaşımı anayasaya aykırılı olduğu iddialarıyla eleştirilmiştir. Kanun henüz yasalaşmamış olsa da, çeşitli disiplinlerden akademisyenler Siemens¹⁰³¹, Volkswagen¹⁰³², Deutsche Bank¹⁰³³ gibi skandallara atıf yapmakta ve Alman ceza hukukunun eksiklerini eleştirmektedir.¹⁰³⁴

Tüzel kişi ceza sorumluluğuna dair değişikliklere olan ihtiyaç, Alman Federal Adalet Bakanlığı tarafından da saptanmıştır. 2016 yılında yayınlanan bir OECD raporunda, Alman Federal Adalet Bakanlığı'nın tüzel kişi ceza sorumluluğuna dair bir reform çalışması yürütmekte olduğu ifade edilmiştir.¹⁰³⁵

Sonraları, 2018 yılının Haziran ayında yayınlanan OECD Almanya 4. Aşama İlerleme Raporunda, Almanya 17 davada 18 tüzel kişi ve 67 davada 328 gerçek kişinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet davalarında ceza almaları sonucunda OECD Konvansiyonu'nu en etkin biçimde uygulayan ülkelerden biri olarak gösterilmiş ve gerçek kişilerin sorumlu tutulmasına dair yaklaşımından ötürü OECD Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu'nun takdirini kazanmıştır. Buna karşın, raporda sonuçlanan rüşvet davalarının yalnızca çeyreğinde tüzel kişilerin sorumlu tutulduğu ve tüzel kişilerin kovuşturulmasına ilişkin mekanizmaların yetersiz olduğuna dair endişeler ifade edilmiştir. OECD Yolsuzlukla Mücadele Çalışma Grubu, Almanya'nın hukuken tüzel kişilerin

¹⁰³⁰ Clifford Chance s. 22.

¹⁰³¹ Bu tezin önceki bölümlerinde Siemens'e ilişkin yolsuzluk iddialarına yer verilmişti. Bkz. Bölüm 2.

¹⁰³² Alman otomobil üreticisi Volkswagen'in 2017 yılında araç emisyon ölçümleriyle oynadığına ve çevre düzenlemelerini deldiğine dair iddiaları kabul ederek devasa cezalar ödediğine dair haber için bkz: <https://www.theguardian.com/business/2017/mar/10/volkswagen-vw-pleads-guilty-criminal-charges-emissions-cheating> (Erişim: 28 Kasım 2018)

¹⁰³³ Frankfurt'ta yer alan Deutsche Bank genel merkezinin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu iddialarıyla basıldığına dair basına yansıyan haberler için bkz: <https://www.bbc.com/news/business-46382722> (Erişim: 28 Kasım 2018)

¹⁰³⁴ (Rasche) <http://www.bos-cbscsr.dk/2017/11/06/corporate-criminal-liability-germany-idea-whose-time-come/> (Erişim: 25 Ekim 2018)

¹⁰³⁵ OECD Debate the Issue - A Corporate Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination? (Bkz: ilgili eser dipnot: 13).

ceza sorumluluğunun uygulamaya koyulması için mümkün olan geniş imkânların etkin şekilde kullanılmadığına dair endişelerini dile getirmiştir.¹⁰³⁶

Alman hukukunda tüzel kişi ceza sorumluluğunun diğer hukuk sistemlerinde ve özellikle Anglo-Sakson hukukuna kıyasla farklı biçimde ele alınmasının sebepleri, gün geçtikçe akademisyenlerin ilgisini toplayan bir tartışma konusu olmuştur. Kimileri, bu yaklaşımı Alman hukukunun suç teorisi perspektifinden tüzel kişilerin suç işleyemeyeceği, daha doğrusu bir suçun manevi unsurunu yerine getiremeyeceğine dair yaklaşımına bağlamaktadır. Suçun şahsiliği ilkesinden yola çıkarak tüzel kişilerin suç işleyemeyeceği kabulü, Kıta Avrupası hukukunda Roma hukukunun “*societas delinquere non potest*” ilkesinden bu yana mevcut olsa da, böyle bir kabulün günümüz dünyasında ne kadar isabetli olduğunun yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu kabul, tüzel kişilerin bir üçüncü kişi ile sözleşme yaparken veya bir mahkeme önünde dava açarken iradesinin bulunduğu hangi sebeple kabul edildiğini ve suç işlerken bu iradenin neden yok sayıldığını açıklayamamaktadır.¹⁰³⁷

“İşlevselci” perspektiften açıklamaya göre, Alman hukukunda tüzel kişi ceza sorumluluğunun yerine bireysel sorumluluk ve idari denetimin uygulandığını ve dolayısıyla tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ihtiyaç duyulmadığını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu açıklamanın zayıf noktası ise gerçek kişi şirket yöneticileri veya temsilcilerinin şahsi sorumlulukları veya idari cezaların tüzel kişi ceza sorumluluğunu engelleyecek bir mahiyette olmamaları, hatta Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemlerinde birçok ülkede bu sorumluluk biçimlerinin birlikte var olmalarıdır.¹⁰³⁸

Bir başka açıklama, “Avrupa masumiyeti” veya “Enron skandalı burada olamazdı” olarak tanımlanabilecek savunmalara dayanır. Özellikle, bu çalışmanın önceki bölümlerinde de değinilen Enron skandalından sonraki

¹⁰³⁶ OECD Foreign Bribery Enforcement What Happens to the Public Officials on the Receiving End? s.5.

¹⁰³⁷ Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely american Doctrine Through Comparative Criminal Procedure s. 142.

¹⁰³⁸ Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely american Doctrine Through Comparative Criminal Procedure s. 145.

dönemlerde bu türden bir skandalın Avrupa’da ve Avrupalı şirketler etrafında gerçekleşmeyeceği, Amerikan piyasalarının gözetimindeki yetersizlikler bulunduğu, Amerikan şirketlerinin açgözlülüğü, denetim firmaları ve yatırım bankacılarının çıkar çatışmaları gibi sebeplerin Avrupa’da bulunmadığı ve bundan ötürü tüzel kişi ceza sorumluluğuna gerek bulunmadığı iddiaları öne sürülmüştür.¹⁰³⁹ Bu savunmanın zayıflığı ise yakın zamanda Volkswagen, Siemens gibi dev Avrupalı şirketlerin bulaştığı skandallar ile zaman içinde belirginleşmiştir.

Öğretide kimi yazarlar, Alman ceza hukukunun uygulama ile veya savcıların yaklaşımı ile değil, kanun koyucunun açık mevzuat değişiklikleri yoluyla değiştiğini vurgulamıştır.¹⁰⁴⁰ Bu halde, büyük Alman şirketlerinin peşi sıra ortaya çıkan skandalları ve hukuka aykırı davranışlarının Almanya’da ve uluslararası toplumda yarattığı endişeler ve OECD İlerleme Raporları’nda vurgulanan tavsiyeler göz önüne alınarak, Alman yasa koyucularının tüzel kişi ceza sorumluluğunu yeniden gözden geçirmesi beklenebilir.

4.10.2.6. İsveç

İsveç de Almanya ve İtalya gibi tüzel kişi ceza sorumluluğunu kabul etmeyen ülkelerden biridir. İsveç hukukunda, yalnızca gerçek kişiler suç işleyebilir ve bunun için sorumlu olabilir. Bu durumun gerekçesi olarak, İsveç ceza hukukunun da diğer hukuk sistemleri gibi suçun şahsiliği ilkesine dayandığı ve yalnızca gerçek kişilerin suçlu olabileceği, suç işleyebileceği öne sürülmektedir.¹⁰⁴¹ Öte yandan, İsveç hukuku kapsamında şirketlerin faaliyetleri esnasında işleyecekleri suçlara ilişkin suçu işleyen gerçek kişi temsilci veya çalışanların sorumluluğu mevcuttur.¹⁰⁴²

¹⁰³⁹ The Economist.

¹⁰⁴⁰ Diskant, Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure s. 143.

¹⁰⁴¹ Nyman Rudenstam s.5.

¹⁰⁴² Nyman Rudenstam s.7.

Daha önemlisi, İsveç Ceza Kanunu şirketler özelinde uygulanan ve “kurumsal para cezası” (*företagsbot - corporate fine*) olarak adlandırılan bir ceza öngörmektedir. Kurumsal para cezası, bir ceza yaptırımından çok “bir suçun işlenmesinin özel bir sonucu” olarak görülmektedir ve şirketin işleri esnasında işlenen suçlar sonucunda kararlaştırılmaktadır.¹⁰⁴³ Bu ceza, 5.000 İsveç Kronu ile 10 milyon İsveç Kronu arasında (takriben 500 Amerikan Dolarından 1 milyon dolara kadar) bir tutarda olabilir.¹⁰⁴⁴ Söz konusu ceza üst sınırının yeterli seviyede caydırıcı etkisinin olmadığına dair eleştiriler ileri sürülmüştür.¹⁰⁴⁵

Kurumsal para cezaları, suçun şahsi sorumluluk gibi diğer sonuçlarının ortaya çıkmasını engellemektedir.¹⁰⁴⁶ Kurumsal para cezasının ortaya çıkması için suçu işleyen gerçek kişinin kovuşturulması veya tespit edilmesi aranmaz. Bununla birlikte, bir suçun tespit edilmesi ve bir çeşit şahsi suçluluk ile işlenmesi¹⁰⁴⁷ gerekmektedir. Aynı zamanda, suçun tüzel kişinin ticari aktiviteleri kapsamında işlenmesi şarttır. Bu kapsamda, tüzel kişilerin çalışanları ya da talebi üzerine tüzel kişi için bir işi yerine getiren kişiler tarafından işleneceği, ayrıca Çalışma Saatleri Kanunu, Çalışma Ortamı Kanunu, Gıda Kanunu gibi tüzel kişilerin çeşitli ticari faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler içeren İsveç mevzuatına aykırılıkların da bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁴⁸

İsveç Ceza Kanunu’nun 36. Kısmı, üç farklı halde tüzel kişilerin kurumsal para cezasına konu olacağını düzenlemektedir. Bunların ilki, tüzel kişinin suçu engellemek adına yapması makul şekilde talep edilebilecek şeyleri yapmaması halidir. Bu kapsamda, tüzel kişinin gerekli prosedür ve kontrolleri uygulamaması halinde kurumsal para cezaları söz konusu olabilir. Bunu engellemek adına, tüzel kişinin gerekli prosedür ve kontrolleri yeterli detayda düzenlemesi ve duyurması gerekmektedir. İkinci durum, tüzel kişinin yönetiminde yer alan temsilcilerin işlediği suçlardan sorumluluktur. Bu halde,

¹⁰⁴³ Linklaters s. 84.

¹⁰⁴⁴ Nyman Rudenstam s.18.

¹⁰⁴⁵ Vermeulen, de Bondt ve Ryckman, Liability of legal persons for offences in the EU s. 39.

¹⁰⁴⁶ Nyman Rudenstam s.13.

¹⁰⁴⁷ Kaynakta “some form of personal guilt” ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁰⁴⁸ Nyman Rudenstam s. 14.

gerekli önlemlerin alınmış olması tüzel kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır ve tüzel kişinin ihmalinin bulunması aranmayacaktır. Son olarak, suçun ticari faaliyetleri başka şekilde denetlemek veya kontrol etmekle yükümlü biri tarafından (örneğin bir departman yöneticisi gibi) işlenmesidir. Bu kapsamda gerekli denetim ve kontrolü yerine getirmekle özel olarak yükümlü olan kişilerin işlediği suçlarda da tüzel kişinin ceza sorumluluğu doğar. Tüm bunlarla birlikte, suçun tüzel kişiye karşı işlenmesi halinde kurumsal para cezalarına hükmedilmez.¹⁰⁴⁹

Kurumsal para cezasına karar verilebilmesi için herhangi bir suçun işlenmesi yeterlidir. Bu kuralın herhangi bir istisnası bulunmamaktadır. İsveç Ceza Kanunu'nun 36. Kısım, 7. Maddesi, bir şirketin ticari faaliyeti esnasında işlenen herhangi bir suçun adi para cezalarından daha ağır bir yaptırımı gerektirmesi halinde kurumsal para cezalarına karar verilebileceğini düzenler. Bunun yanı sıra, çevre hukuku gibi spesifik hukuk dallarına ait düzenlemeler idari para cezalarına yol açabilmektedir.¹⁰⁵⁰ Daha az ciddi suçlar için özel idari yaptırımlar uygulanmaktadır. Kanun koyucunun idari yaptırımlar öngörmesindeki amacın tüzel kişileri bastırarak veya caydırarak kanunla uyumlu hale getirmesi olduğu belirtilmektedir. İdari yaptırımlar, mahkemeler veya yetkili kurumlar tarafından kararlaştırılabilir ve tüzel kişinin kasıtlı veya ihmalkar davranışı, suçu işleyen bir kişinin tespit edilmesi ya da ihlalden ötürü tüzel kişinin bir çıkar edinmiş olması aranmaz. Buna örnekler, çevre, inşaat, ulaşım ve ürün güvenliği kanunlarında görülmektedir.¹⁰⁵¹

İsveç Ceza Kanunu aynı zamanda müsadere (*förverkande*) hükümleri de içerir. Müsadere hükümlerinin uygulanabilmesi için hukuka aykırı bir kaynaktan edinilen bir kazanç söz konusu olmalıdır. Müsadere edilecek tutarın suçtan kaynaklanan kazançla eşit olması gerekmez, edilen tasarruf veya kazanılan artırılmış karlılığın da hukuka aykırı faaliyetlerden kaynaklanıyor olması halinde müsadere mümkündür.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁹ Nyman Rudenstam s. 16.

¹⁰⁵⁰ Hedwall.

¹⁰⁵¹ Nyman Rudenstam s.19.

¹⁰⁵² Hedwall.

Son olarak, çeşitli hallerde faaliyet yasaklarına karar verilmesi mümkündür. Buna örnek olarak, Ticaret Yasakları Kanunu tüzel kişi veya onların temsilcilerine, ticari faaliyetleri esnasında yükümlülüklerini ağır ihmal yoluyla ihlal etmeleri halinde ticaretten men cezaları verilmesi ya da ihaleye fesat karıştırmak, rüşvet ya da ciddi mesleki ihlaller sonucunda kamu ihalelerinden yasaklanma cezasına hükmedilmesi söz konusu olabilir.¹⁰⁵³

İsveç'te 1990lı yılından itibaren tüzel kişi ceza sorumluluğuna dair tartışmalar doğmuştur. Öyle ki, İsveç hükümeti 1997 yılında mevcut sistemin tüzel kişi ceza sorumluluğunun düzenlenmesi yoluyla reform edilmesinin gerekli olup olmadığına dair bir araştırma yapmış, sonuç olarak mevcut sistemin özellikle ciddi suçlara uygulanabilir olduğundan, düzenlemenin kapsamından ve ihtiyari yapısından ötürü yetersiz olduğu bulunmuştur.¹⁰⁵⁴ Bu bulgulara dayanarak, tüzel kişi ceza sorumluluğunun tanımlanması yönünde bir öneri sunulmuş, gerekçesi olarak da kurumsal para cezalarının şahsi sorumluluğa karşı yetersiz kalması gösterilmiştir. Öneri, İsveç Ceza Kanunu'nun cezanın şahsiliği üzerine kurulu olmasından ötürü kabul görmemiştir.¹⁰⁵⁵

Tüzel kişi ceza sorumluluğunun getirilmesine yönelik bu tartışmalar sonuca ulaşmamıştır ve günümüzde de bu yönde çalışmalar bulunmamaktadır.¹⁰⁵⁶ Almanya'da tüzel kişi ceza sorumluluğunun düzenlenmesinin gerekliliği gündeme geldiği gibi, İsveç'te de uygulanan idari para cezalarının artırılması tartışılmaktadır.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵³ Nyman Rudenstam s. 20.

¹⁰⁵⁴ Jansson s. 24.

¹⁰⁵⁵ Jansson s. 25.

¹⁰⁵⁶ Linklaters s. 84.

¹⁰⁵⁷ Linklaters s. 5.

4.10.3. Değerlendirme

Karşılaştırmalı bir analiz, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun çağın gerisinde kaldığı veya tuhaf olduğu ve bu sebeple kaldırılması gerektiğine dair iddiaları desteklememektedir. Aksine, gelişmiş Batı ülkelerinin tecrübelerinin değerlendirilmesi sonucunda beş sonuca varılmaktadır. Birincisi, tüzel kişi ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmak yerine, daha önce bu sorumluluğu öngörmeyen bazı Avrupa hukuk sistemleri değişiklikler ile tüzel kişileri cezai anlamda sorumlu tutmuştur. İkincisi, bazı Avrupa ülkeleri tüzel kişilerin cezai sorumluluğu için, temsil sorumluluğu ve kurumsal kusur olmak üzere birden fazla temellendirme kabul etmektedir. Üçüncüsü, ABD'de de uygulandığı üzere, tüzel kişi ceza sorumluluğunun tanımlanması için yalnızca temsil sorumluluğunu temel alan daha dar alternatifler bulunmaktadır. Dördüncüsü, Kanada ve Birleşik Krallık'ta şirketlerin belirli türlerde suçlar için kovuşturulmasını kolaylaştıran yeni yöntemler bulunmaktadır. Bu reformlar, kamu yararını korumakta ve şirketleri kovuşturmakta yetersiz kalan mevcut kanunlar yerine getirilmiştir. Son olarak, Avustralya'da hukuk sistemi önceleri sorumluluğunun temellerini temsil sorumluluğuna dayandırmaktayken, mevzuatta değişiklikler sonucunda yetersiz yönetim veya kurum kültüründeki kusurlara dayanan yeni sorumluluk türleri bulunmaktadır.¹⁰⁵⁸

Tüzel kişilerin bünyesinde işlenen bir suçun tespiti ve kanıtlanmasının, diğer suçlara kıyasla daha zordur. Bunun başlıca sebebi şirket suçlarında salt tek bir kişinin suçlu iradesi ile açıklanabilecek bir suç konusu eylem yerine farklı kişilere yayılmış birden fazla eylemin söz konusu olmasıdır. Bu temel farklılık aslında şirketleri yetki ve sorumluluğunun dağıtılarak merkeziyetçi yapıdan uzaklaşılması ve iş bölümünün artırılmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle tüzel kişilik aslında suça konu eylemlerden sorumlu kişilerin üzerini örten bir perde fonksiyonu kazanmıştır. Tüzel kişilik bu anlamda öyle güçlü bir perdedir ki, işlenen suça ilişkin delillerin tümü üzerinde tam hâkimiyeti bulunmaktadır. Cinayet ve tecavüz gibi suçlardan, suçun ve suçlunun

¹⁰⁵⁸ Beale, A Response To The Critics Of Corporate Criminal Liability s. 1493.

tespitini sađlayan Őey suća iliŐkin kanıtların sućlunun hâkimiyet alanı ićerisinde olmamasıdır. Dolayısıyla sućun ve delillerin tespiti zorlaŐmaktadır. Bununla birlikte Őirketlerin ekonomik gŭć bakımından bireylere kıyasla daha ũstŭn oldukları nazara alındıđında, her tŭrlŭ hukuki mŭcadelenin ićerisine, ne kadar sŭreceđine bakılmaksızın girebilecek gŭćte aktŖrler olduklarını belirtmek gerekmektedir.¹⁰⁵⁹

BŖyle bir yapı karŐısında, sorumluluk ve yetkilerin daraltıldığı bir ceza hukuku anlayıŐı yerine, soruŐturma ve kovuŐturma araćlarının çok yŖnlŭ olarak kullanılabil-diđi, aynı zamanda da caydırıcı yaptırımların uygulanmasına elveriŐli bir yaklaŐım benimsenmelidir. Bu Őekilde tŭzel kiŐilerin hukuk sisteminin onlara sunduğu perdenin arkasına saklanması mŭmkŭn olmayacaktır.

4.11. Tŭrk Hukuku'nda Tŭzel Kişi Ceza Sorumluluğuna İlişkin Tartışmalar

Tŭrk Hukuku'nda tŭzel kişi ceza sorumluluğuna ilişkin uzun sŭredir tartışma olduğu gŖrŭlmektedir. Birinci kısımda da incelendiği gibi, tŭzel kişi ceza sorumluluğunun kabulŭ veya reddi noktasında istikrarlı bir yaklaşımın olduğunu ifade etmek mŭmkŭn değildir.

TartıŐmaların odak noktasında Anayasal bir ilke olan “suć ve cezaların Őahsiliđi ilkesi” yer aldığından, ilerleyen bŖlŭmde Ŗncelikle Anayasa Mahkemesi'nin tŭzel kiŐi ceza sorumluluğunu ilgilendiren baŐvurularda vermiŐ olduğu kararlar incelenecek, ardından da Tŭrk Ŗđretisinde yer alan leyhe ve aleyhe gŖrŭŐler Ŗzetlenecektir.

¹⁰⁵⁹ A. M. Pena s. 197-200.

4.11.1. Anayasa Mahkemesi'nin Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna İlişkin Kararları

Anayasal bir ilke olarak şahsılık ilkesi 1961 Anayasası döneminden itibaren¹⁰⁶⁰ Anayasa'da yer almıştır. Tüzel kişilere uygulanabilecek olan yaptırımlar ve ceza sorumluluğu konusu da Türk Hukuku açısından da yeni tartışılmaya başlanmış bir konu değildir.

Anayasa Mahkemesi 1963 yılından bugüne kadar tüzel kişi ceza sorumluluğu konusunda üç tane önemli karar vermiştir. Mahkeme, verdiği bu kararlarda kanunların objektif sorumluluğa ilişkin düzenlemelerini ve Anayasa'da yer bulan “şahsılık ilkesini” tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulü açısından bir engel olarak görmemiştir.¹⁰⁶¹

Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan bu kararlara karşı öğreti tarafından eleştiriler ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımını yansıtan 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısı ve ile ilgili tartışmalar kapsamında, *Özen*, tüzel kişilerin sadece haksız fiil ehliyeti bulunduğunu ve tüzel kişilerin ekonomik hatta aldıkları rolün genişlemesi ya da örgütlü suçlulukla mücadele açısından ileri sürülecek argümanların, tüzel kişi ceza sorumluluğunun kabulü açısından yeterli olmadığını belirtmiştir. *Özen*, tüzel kişinin sorumluluğunun idari para cezaları ile şekillendirilebileceğini ve bu yaklaşımın şahsılık ilkesine ters düşmeyeceğini de ifade etmiştir. *Özen*'e göre, tüzel kişilerin organ ve temsilcileri olan gerçek kişilerin fillerinden dolayı, ayrıca tüzel kişiyi de cezalandırmak, başkasının (üçüncü kişinin) fiili nedeni ile ceza sorumluluğuyla muhattap edilmesi anlamına gelecektir. Bu da “*ceza hukukunun bugüne kadar zor kazanımlar sonucu elde ettiği kişinin ancak iradi ve kendi kusurlu davranışından*

¹⁰⁶⁰ 1961 Anayasası madde 33 “Cezaların Kanuni ve Şahsî Olması; Zorlama Yasağı” başlıklıdır ve “...Ceza sorumluluğu şahsıdır...” ibaresini aynen içermektedir.

¹⁰⁶¹ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.72.

*cezalandırılabilceği, başkasının fiilinde sorumlu olmayacağı” ilkelerini ihlal edecektir.*¹⁰⁶²

Anayasa mahkemesi ise burada tartışılan kararlarında bu görüşle çelişen bir yaklaşım sergilemiştir.

4.11.1.1. Anayasa Mahkemesi 1964 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi 1963/101 E. ve 1964/49 K ve 16.06.1964 Tarihli Genel Kurul Kararında, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’un 1 ve 3. Maddelerinde düzenlenen ve bu kanun hükümlerine aykırı hareket eden gerçek kişiler ve tüzel kişilerin para cezası ve ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası ile tüzel kişilerin müdür ve fiilde iştiraki olan memurlarının da hapis cezası ile cezalandırılacakları şeklindeki hükümlerinin iptali talebini ele almıştır.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde tüzel kişilerin artık çalışma alanlarının daha kapsamlı ve etkili olduğuna değinmiş ve tüzel kişilerin kanunların önleyici etkisinden uzak tutularak serbestçe faaliyette bulunmalarına izin verilmesini toplumun güvenliği açısından sakıncalı bulmuştur. Mahkeme kararında kıyas yoluna başvurarak Anayasa’da siyasi partiler için öngörülen kapatma hükmü ile tüzel kişilerin ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası almalarının hukuki nitelikleri bakımından farklı olmadığını vurgulamıştır. İptali istenen madde hükümlerinde yer verilen tüzel kişilerin cezalandırılacağına dair kuralların Anayasa madde 33’te düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını belirten mahkeme, 33. maddede yer alan “kimse” ifadesinin gerçek ve tüzel kişileri kapsadığını belirtmiştir. Zira ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin bir kimsenin fiilinden bir başkasının sorumlu tutulamayacağına anlaşıldığını belirten Mahkeme, tüzel kişilerin iradelerinin organları ile açıklandığını belirterek tüzel kişinin sorumlu tutulmasının bir başkasının cezalandırılacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu

¹⁰⁶² M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.84-85.

gerekçelere dayanarak Anayasa Mahkemesi iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Karar oy çokluğu ile alınmış bir karardır. Dolayısı ile yöneltilen eleştirilerden birincisi karşı oyda yer almaktadır. Karşı oya göre:

“ekonomik yaşamın, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabule götürmesi ve öğretide ceza sorumluluklarının kabulü yönünde bir güç kazanmış olması, Anayasa'nın 33.maddesinde yer alan 'ceza sorumluluğu şahsidir' hükmünün özel yasalarla tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulünü engellemediği biçiminde anlaşılması sonucunu doğurmaz. Öğretideki eğilimler başka, Anayasa'nın açık hükmü karşısında, bir yasanın, bu hükme aykırı olup olmadığı başka bir konudur. Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa kurallarına içermedikleri bazı anlamları yakıştırması ne denli tehlikeli ise, Anayasa maddelerinin dar sözcük anlamlarına bağlı kalarak, özü biçime ve söze kurban etmesi de o derece sakıncalıdır. Kararın alıntılar yaptığımız bölümlerinden de anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi, bu kararında, iki sakıncalı tutumdan titizlikle kaçınmıştır.”¹⁰⁶³

Bıyıklı bu karar ile ilgili olarak tüzel kişi ceza sorumluluğunun o güne kadar açık bir hüküm ile reddedilmemiş olduğunu, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası açısından, siyasi partinin tüzel kişi olduğu, bir partinin kapatılması için, partinin tüzel kişiliğine atfedilebilecek nitelikte “partinin kollektif iradesini” yansıtan bir fiil olması gerektiği, bu örnekte görüldüğü gibi, yasada açıkça sorumluluk öngörülen hallerde tüzel kişiler hakkında da ceza sorumluluğuna gidilebileceğini ileri sürmüştür.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶³ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s. 72; Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - II s.77-78.

¹⁰⁶⁴ Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - II s.80.

4.11.1.2. Anayasa Mahkemesi 1973 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi 20 Aralık 1973 tarihli E:1973/3 K:1973/37 sayılı kararında, Cumhuriyet Halk Partisi'nin, 1630 Sayılı Dernekler Kanunu'nun dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde dernek kuranlar hakkında para cezası uygulanacağı ve derneğin kapatılacağını düzenleyen 63. maddesinin ve dernek sorumlularından bir veya birkaçının kişisel yahut görev kusurlarını derneğin kapatılmasına yeterli gören 70. maddesinin, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle yaptığı iptal başvurusunu incelemiştir.

İptal talebi üzerine değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi; 63. maddeye ilişkin değerlendirmesinde derneğin kuruluş sürecine ilişkin aksaklık ve eksikliklerle hiçbir ilgisi bulunmayan dernek üyelerinin, dernek kurucuların hukuka aykırı davranışları sebebi derneğin kapatılması suretiyle cezalandırılmasını ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine aykırı bulmuştur. Hukuka aykırı hareket eden kurucular için öngörülen bin lira para cezası ile tüzel kişiliğe ve dolaylı olarak dernek üyelerine uygulanan derneğin kapatılması arasında orantılı bir denge olmadığına ve sonucunda bu hükmün iptaline karar vermiştir.

Mahkeme 70. maddenin iptali talebini değerlendirmesi sürecinde ise; madde kapsamında sorumlu kişilerin bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırmaları öngörülürken tüzel kişi için aynı eylemlerin bir sonucu olarak kapatma cezası uygulanmasının bir derneğin hukuksal varlığının kolayca sona erdirilebilmesi anlamına geleceğini belirtmiştir. Buradan hareketle mahkeme, söz konusu yaptırımın dernek kurma hakkının özüne dokunan ve sınırlamayı gerektirecek bir nedeni haiz olmayan bir yaptırım olarak değerlendirmiştir. Mahkeme ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi kapsamındaki değerlendirmelerini burada da yinelemiş ve dernek yöneticilerinin, memurlarının, hatta yetkisiz sorumsuz kişilerin hukuka aykırı eylemleri ile hiçbir ilgisi olmayan dernek üyelerinin dolaylı olarak cezalandırılıyor olmasını ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bulmuştur. Bu nedenle Mahkeme, derneğin kapatılmasına karar verileceğini düzenleyen ifadenin iptaline hükmetmiştir.

Anayasa mahkemesinin bu kararında önceki kararlarıyla çelişkili bir duruş sergilemiştir.

4.11.1.3. Anayasa Mahkemesi 1989 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi E:1988/15 K:1989/9 ve 14 Şubat 1989 Tarihli Genel Kurul Kararı ile Cumhuriyet Savcılığı tarafından bir banka şubesi hakkında; müşterilerinden birisine verdiği çek karnesi dolayısıyla hemen ödeme yükümlülüğünü yerine getirmediğini, kısmen ya da tamamen ödenmeme nedenini çekin üzerine yazmadığını, çek hesabı açılmaması ve çek karnesi verilmemesi hususunda Merkez Bankası'nın bildirimlerine uymadığı gerekçesiyle tarafından 3167 sayılı Çek Hamillerini Koruma Kanunu'nun; *"Kanunda yazılı mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya geciktiren banka hakkında on bin liradan yüz bin liraya kadar ağır para cezasına; 7 ve 9 uncu maddelerinde yazılı mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya geciktiren banka hakkında ise beş yüz bin liradan iki milyon liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur"* şeklindeki 15. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle düzenlenmiş olan iddianame kapsamında açılan kamu davasına bakan Sinop Sulh Ceza Mahkemesi'nin, uygulamak durumunda olduğundan söz ettiği Yasa'nın 15. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bulunduğu görüşüyle yaptığı başvuruyu ele almıştır.

İptal talebinde bulunan ilk derece mahkemesi iptal isteminin gerekçesinde, çağdaş hukuk düzeninde suç faili olabilmek için iki temel şartın bulunmasının gerekli olduğunu ve bunlardan birincisinin insan olmak, ikincisinin ise hayatta bulunmak olduğunu, isnat kabiliyeti ve kusurluluğu etkileyen hallerin sadece gerçek kişiler hakkında geçerli olabileceğini belirtmiştir. Ek olarak, hukuk mevzuatında ve özellikle eTCK'da tüzel kişilerin suç faili olabileceklerinin kabul edilmediğini ve eTCK sistemine göre, suç faili olarak çeşitli maddelerde sözü geçen "her kim", "kimse" gibi deyimler, daima gerçek kişileri ifade ettiğini belirtmiştir. Bu gerekçelerle yukarıda yer verilen 3167 sayılı Çek Hamillerini Koruma Kanunu'nun 15. maddesinin Anayasa

madde 38/6 fıkrasında yer alan “ceza sorumluluğu şahsidir” hükmüne aykırı olduğunu belirterek ilgili kanun hükmünün anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptalini talep etmiştir.

İptal talebi üzerine inceleme yapan Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasındaki “ceza sorumluluğu şahsidir” ifadesinin yalnız gerçek kişileri kapsadığı, tüzelkişiyi dışında bıraktığı savına yeni bir yorum getirildiğini ve tüzelkişilerin amaçlarına uygun faaliyetleri sırasında da, vergi beyan etmeme, vergi kaçırma, evrakta sahtekârlık, iş yasalarına aykırılık ve benzeri diğer suçları da işlemeleri mümkün olduğunu belirtmiştir. Ekonomik ve sosyal ihtiyaçların tüzelkişiye büyük önem kazandırdığı bir zamanda, tüzelkişiliği olan bankaların toplumsal hayatta üstlendikleri görevleri ve sorumlulukları gereği gibi yerine getirmeyerek, hukuka aykırı eylemleri suç oluşturduğu takdirde, yalnız organlarında görevli gerçek kişilere ceza yaptırımını uygulayıp tüzelkişiyi bu yaptırımın dışında tutmanın eylem-sorumluluk ilişkisini zedeleyeceğini ifade etmiştir. Ek olarak Mahkeme, gizli oyla alınan ve suç oluşturan bir kararın gerçek sorumlusunun tespit edilemeyeceğini ve tüzel kişinin ceza sorumluluğu olmadığı kabulü ile hareket edildiğinde suç oluşturan bu karar için cezalandırılacak kimse bulunamayacağını vurgulamıştır.

İncelemesi sonucunda; Anayasa’da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu önleyen hiçbir hüküm bulunmadığını ifade eden Anayasa Mahkemesi iptal isteminin reddine karar vermiştir.¹⁰⁶⁵

Bu kararı değerlendiren *Özgenç*; dava konusu olayda tartışılması gereken asıl hususun yükümlülükler aykırılık halinde öngörülen müeyyidenin mahiyeti olduğunu, özellikle kamu hukuku alanında ekonomik yükümlülüklerin ihlali halinde mevzuatta, ceza hukuku müeyyidelerinden ayrı olarak ayrı bir idari para cezası veya genel olarak para cezası öngörüldüğünü belirtmiştir. *Özgenç* ayrıca,

¹⁰⁶⁵ “Anayasa Mahkemesi, aynı kararında, “tüzel kişinin ceza sorumluluğu ve isnat yeteneğinin olmayacağını savunan klasik görüş bugün etkisini kaybetmiş ve yerini tüzel kişinin ceza sorumluluğu olduğu ve isnat kabiliyeti de bulunduğu görüşünü terk etmeye başlamıştır. Tüzel kişinin cezalandırılmasıyla, suçun işlenmesinde hiçbir kusuru olmayan diğer üyelerin dolaylı biçimde cezalandırılmış sayılacağı görüşüne karşı, gerçek kişilerin cezalandırılmasının da aile bireylerine dolaylı yoldan zarar verdiği söylenebilir. Aynı biçimde, tüzel kişinin üyeleri de dolaylı zarar görebilir. Ancak tüzel kişinin organlarını seçen kendileridir. Tüzel kişiye nitelikli yöneticiler seçmemelerinden ve onları gereği gibi denetlemediklerinden dolayı uğradıkları zarara katlanmaları gerekir” demektedir. Karar için bkz. Any. Mah. 14.2.1989, 1988-15/9 (RG., 4.2.1991, Sayı: 20776) AMKD., S.: 26, Ankara 1992,s. 3vd. Bu kararın eleştirisi için bkz. *Özgenç*, Tüzel Kişi Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler s. 322 “

Mahkeme'nin kararında gerçek kişiler için öngörülen idam ya da hapis cezalarının tüzel kişilere kapatma ve geçici süreli çalışmadan yasaklama olarak yansıtılabileceği şeklindeki değerlendirmesini de eleştirmiştir. *Özgenç'e* göre tüzel kişiliğin feshi, tüzel kişiyi ya da organlarını cezalandırma niteliğinde olmayıp, amacı sonradan hukuka ve ahlaka aykırı duruma gelen tüzel kişinin faaliyetlerinden toplumun korunmasını amaçlayan bir tedbir niteliğindedir. *Özgenç'e* göre faaliyetten men olarak nitelendirilen geçici süreli çalışmadan yasaklama kararı ise, bir suçun işlenmesinde tüzel kişinin organ ve temsilcilerinin aracı olarak kullanılması durumunda ceza muhakemesi kapsamında verilebilecek koruyucu bir idari tedbir niteliğindedir.

Aynı eleştiri kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin kararının gerekçesinde de dayanak olarak gösterilen Türk Ceza Kanunu Öntasarı metnini değerlendiren *Özgenç*; tasarıda yer verilen "*para cezaları*" "*tüzel kişinin feshi*" "*müsadere cezaları*" "*faaliyetten men*" "*adli nezaret altında faaliyete devam etme*" gibi yaptırımlar konusunda da ceza veya tedbir niteliklerine ilişkin bir ayırım yapılmadığını eleştirmiştir ve yukarıda yer verilen görüşlerini yinelemiştir. *Özgenç'in* eleştirisindeki temel nokta; işlenen suç teşkil eden fiilden dolayı organ veya temsilcinin kusurlu bulunmasına gerek olmadan da tüzel kişi açısından söz konusu tedbirlere hükmedilebileceği görüşüdür. *Özgenç'in* bu görüşü "*müsadere*" usulü için getirdiği açıklamalar ile daha rahat anlaşılabilir. Buna göre; suçun işlenmesi suretiyle veya suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edilebilmesi için, failin bu fiiller dolayısıyla kusurlu bulunması zorunlu değildir. Bu nedenle suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen maddi menfaatin müsadere bir tedbir mahiyetindedir. Ancak suçun işlenişinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşyaların müsadere edilebilmesi için bu eşyaların tehlikeliliği, mahkûmiyet ve failin kusurlu olması şarttır. Dolayısıyla bütün bu özellikleriyle suçun işlenişinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere bir ceza mahiyetindedir.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁶ *Özgenç*, Tüzel Kişi Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler s. 322.

4.11.1.4. Anayasa Mahkemesi 1991 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi 1991/2 E. 1991/30 K. ve 19.09.1991 Tarihli kararı kapsamında Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 5680 sayılı Basın Yasası'nın *"Bu kanun ile diğer kanunların basılı eserin sahip veya yayınlatanını cezai veya hukuki bakımdan sorunlu kıldığı hallerde, sahip veya yayınlatan tüzel kişi ise, temsilen bir gerçek kişi gösterilmiş olsa bile, sorumluluk tüzel kişiye aittir"* hükümlü 16. maddesi ile eTCK'nın 481. maddesinin: *"Ayrıca mevkute sahibi veya mevkute olmadığı takdirde yayınlatan hakkında yirmi milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası verilir"* hükümlü 8. fıkrasının, tüzel kişiye savunma hakkı tanınmadan cezalandırma yapıldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne ve Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayanarak iptali istemini değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, iddianamede tüzel kişinin sanık olarak gösterilmemesi halinde sanığın ilgisine bağlı olmayan bir durumdan dolayı ve sanığın savunması alınmadan tüzel kişinin temsilcisi yokluğunda yürütülen ve hüküm verilen muhakeme sonucunda tüzel kişinin de cezalandırılmasının Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiş ve eTCK 481. maddesinin 8. fıkrasının iptaline karar vermiştir.

Mahkeme ayrıca, hakaret suçunu işlediği iddia edilen kişinin eyleminden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmayan ancak sanığın ispat hakkını kullanması yüzünden bu hakkın kullanılması ile hiçbir ilgisi bulunmayan süreli yayın sahibi veya yayınlatanın cezalandırılmasını suç ve cezanın kişiselliği ilkesiyle bağdaştırmayarak bu kuralın cezanın kişiselliği ilkesini içeren Anayasa madde 38'e aykırı olduğunu belirtmiş ve iptaline karar vermiştir.

Mahkeme, Basın Yasası'nın 16. maddesinin son fıkrasının Anayasa madde 38 ve Anayasa madde 36'ya aykırı olmadığını belirterek iptali isteminin reddine karar vermiştir.

4.11.2. Türk Hukuku'nda Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna İlişkin Görüşler

4.11.2.1. Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilmesinin Aleyhindeki Görüşler

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun mümkün olamayacağını savunan klasik görüşün en önemli dayanağı suçların ancak özgür irade sahibi, anlama ve isteme yetilerini haiz gerçek kişiler tarafından işlenebileceğidir.¹⁰⁶⁷ Özgür bir iradesi olmayan tüzel kişinin kusurlu olabilmesi mümkün değildir.¹⁰⁶⁸

Klasik görüşe göre suç niteliğinde eylemi meydana getiren kişinin mutlaka kastı ya da taksiri olmalı, yani suç eylemi ile arasında kişisel nitelikte bir psikolojik bağ kurmuş olmalıdır. Ancak tüzel kişiler bu psikolojik bağ kuramayacağı gibi cezanın içerdiği acı ve elemi duymaktan yoksundurlar. Bu görüş cezaların şahsiliği ilkesini bir başka noktadan ele almış ve tüzel kişilerin sermayelerinde meydana gelecek düşüş sebebiyle suç teşkil eden eylemle hiçbir ilgisi olmayan ortakların da cezalandırılacağını belirterek bu durumu cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁶⁹

Yine bu görüştekiler cezaların ıslah, caydırıcılık ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi gibi amaçların ancak gerçek kişiler üzerinde etkili ve sonuç doğuran amaçlar olduğunu, tüzel kişiler için bu sayılanların amaçlanamayacağını belirtmişlerdir.¹⁰⁷⁰ Ek olarak, gerçek kişiler için düzenlenmiş olan özgürlükten yoksun bırakan cezaların tüzel kişiliklere uygulanamayacağı öne sürülmüştür.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁷ Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - I s.507.

¹⁰⁶⁸ Z. T. Kangal s. 146.

¹⁰⁶⁹ Aslan s. 241.

¹⁰⁷⁰ D. Aydın, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları s. 97-110.

¹⁰⁷¹ Z. T. Kangal s. 146.

Bu görüşü savunanların bir bölümü ise, bu çalışmanın 4.6.1. nolu bölümünde tüzel kişilerin niteliğine ilişkin teorilerden varsayım teorisini benimseyenlerdir. Bir görüştekiler tüzel kişilerin gerçekte mevcut olmadığını ancak bir varsayımdan ibaret olduğunu ifade ederek tüzel kişilerin suç faili olamayacaklarını belirtmişlerdir.¹⁰⁷²

Yersuvat ve Aslan 'a göre Anayasa madde 38 ile düzenleme altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini kişinin özgür iradesi ile icra ettiği kusurlu eylemleri sebebi ile meydana getirdiği hukuka aykırı neticeden sorumluluğu olarak tanımlamakta ve tüzel kişinin özgür irade sahibi olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle dış dünyada ortaya çıkan hukuki neticeye tüzel kişi özgür iradesi ile ve kusurlu davranışı ile sebep olamayacaktır. Bu açıdan da tüzel kişinin suç faili olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, aksi bir düzenlemenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir.¹⁰⁷³

Özen ise suçu işleyen gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilerin de ceza sorumluluğunun kabul edilmesi halinde yargılama sürecinde hem tüzel kişi hem de gerçek kişi için manevi unsur araştırması yapılması ve eğer tüzel kişi için bu araştırmanın yapılmasından vazgeçilirse tüzel kişinin objektif sorumluluğunun kabul edilmesi gerekliliğini eleştirmiş ve objektif sorumluluğun bu şekilde genişletilmemesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁷⁴ Benzer başka bir görüşe göre; tüzel kişiler belli bir amaç doğrultusunda faaliyette bulunmak üzere kurullar (*ultra vires*) ve kuruluş aşamasında bu amaç açıkça belirlenip yetkili makamlarca onaylanır. Sonucunda bu amacın yasa dışı bir amaç olması mümkün olmadığından tüzel kişiler suç faili olamayacaktır. Zira yasa dışı olmayan bu amaç dışında bir faaliyette bulunmaları ve irade açıklamalarında bulunmaları *ultra vires* ilkesi uyarınca mümkün olmadığından suç da işleyemeyeceklerdir.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷² Tuncer s. 696.

¹⁰⁷³ Yarsuvat, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu s. 903; Aslan s. 244.

¹⁰⁷⁴ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s. 84.

¹⁰⁷⁵ Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - I s. 508; Z. T. Kangal s. 146.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu aleyhinde görüş bildirenlerin bir diğer dayanağı da tüzel kişilerin eylemlerinin gerçek kişilerin suç teşkil eden eylemlerinde olduğu gibi fiziksel bir şiddet ortaya çıkarmadığı ve şiddet unsuru içermediğidir.¹⁰⁷⁶ *Önok* ise bazı suç tiplerinin kolektif niteliğinin göz ardı edilemeyeceğine değinmekle birlikte, bu mahiyete ilişkin olguları değerlendirmenin ve düzenlemenin başka hukuk alanlarının görevi olduğunu, ceza hukukunun bireysel sorumluluğa odaklanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁷⁷ *Yenisey ve Nuhoğlu* ise tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun subjektifliği prensibi gereği cezalandırılmayacakları ve sanık sıfatı alamayacaklarını belirterek tüzel kişilerin cezalandırılmasını anormal bir durum olarak nitelemişlerdir.¹⁰⁷⁸

4.11.2.2. Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilmesinin Lehindeki Görüşler

Bu çalışmanın 4.6. numaralı bölümünde açıklanan tüzel kişilerin niteliğine ilişkin teorilerden gerçeklik teorisi uyarınca kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir hukuki kişiliğe sahip olduğu savunulan tüzel kişilerin özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi ceza hukuku kapsamında da eylem ve işlemlerine ilişkin özgür ve bilinçli bir iradeye sahip olduğu ve bu nedenle mahiyetlerine uygun düşen suçların faili olabilecekleri savunulmuştur.¹⁰⁷⁹

Centel; tüzel kişinin ceza sorumluluğu olması gerektiğini vurgulamakla birlikte Anayasa'nın cezaların şahsiliği ilkesi bu şekliyle mevcudiyetini koruduğu müddetçe böyle bir sorumluluk düzenlemesinin Anayasa ile çelişeceğini belirtmektedir.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁶ Tuncer s. 969.

¹⁰⁷⁷ (R. M. Önok s.21)

¹⁰⁷⁸ Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku s.181,s.791.

¹⁰⁷⁹ Özsunay.

¹⁰⁸⁰ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.70.

Centel ve *Özen*, şirketlere etkin yaptırımların uygulanmasının, şirket temsilci ve organlarının suç işlemekten kaçınmalarını sağlayacağını ileri sürmüştür. Gerçek ve tüzel kişiler açısından uygulanacak olan cezaların etkisi farklıdır; gerçek kişiler açısından suçun tekrar işlenmesini engelleme fonksiyonuna hizmet eden cezalar, tüzel kişi açısından ancak caydırıcı olduğu ölçüde önleme amacına hizmet eder. Cezaların caydırıcı olması tüzel kişiler adına iş gören kişilerin daha dikkatli olmalarını sağlayacaktır.¹⁰⁸¹

Bıyıklı, tüzel kişinin cezai sorumluluğunun doğmasının cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmayacağı yaklaşımını eleştirmiştir. *Bıyıklı*'ya göre esasında tüzel kişinin ortak ve kollektif iradesiyle aldığı bir kararı uygulayarak hukuka aykırı bir eylemde bulunan gerçek kişinin cezalandırılırken tüzel kişinin cezalandırılmaması cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmayacaktır. *Bıyıklı*, tüzel kişinin doğası gereği suçun gerçek kişi tarafından işleneceğini belirterek bu fiilden dolayı tüzel kişinin cezalandırılmasının cezaların şahsiliği ilkesini ihlal etmediğini aksine bu ilkenin bir gerekliliği olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁸² Ek olarak *Bıyıklı*, tüzel kişi aleyhine uygulanacak cezai yaptırımının tüzel kişinin ortaklarının sermayesinin azalmasına sebep olacağı ve işlenen suçtan hiç haberdar olmayan ortakların da bu zarardan doğrudan etkileneceğine ilişkin görüşe; tüzel kişiliğin kurucusu veya ortağı olmanın bazı riskleri de içinde barındırdığı şeklinde haklı bir eleştiride bulunmuştur.¹⁰⁸³

Dönmezer ise; tüzel kişilerin birtakım suçların faili olabileceklerini ve bu kapsamda tüzel kişilerin nitelikleriyle bağdaşır cezaların belirlenmesi ve uygulanması gerektiğini belirtmiş ve ıslah, caydırıcılık ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi gibi amaçların ancak gerçek kişiler üzerinde etkili ve sonuç doğuran amaçlar olduğu görüşünü eleştirmiştir. *Dönmezer*'e göre; önleme ve caydırma cezanın en önemli işlevleri arasındadır ki bu işlevler tüzel kişi nezdinde de etki doğurabilir niteliktedir.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ Centel s.3325; Özer s.120-121.

¹⁰⁸² Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - I s.511.

¹⁰⁸³Bıyıklı, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - I s.513.

¹⁰⁸⁴ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.71.

Kangal ve *Aydın*'a göre gelişen ve küreselleşen dünyada bireysel ceza sorumluluğu görüşü tüzel kişilerin amaç dışı faaliyetlerinin caydırıcı ve etkili yaptırımlara tâbi tutulmasını engellemektedir. Devletlerden çok daha güçlü aktörler konumunda olabilen uluslararası şirketler ve diğer tüzel kişiliklerin, hukuk düzenine aykırı faaliyetleriyle çok büyük insan hakları ihlallerine yol açabildiği ve toplum refahını zedeleyen çok büyük yolsuzluk ve kara para aklama eylemlerinin bir parçası olabildikleri belirtilmiştir. Büyük kazançlar elde eden tüzel kişilerin dâhil oldukları organize suçların önlenmesinin ilk ve temel adımını tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının kabulü ile bireysel ceza sorumluluğu prensibinin terk edilmesidir.¹⁰⁸⁵ *Aydın*, tüzel kişilerin sadece kasıtlı işledikleri suçlar sebebiyle değil taksirle işledikleri çevre suçları, iş kazaları ya da gıda suçlarına ilişkin de cezai yaptırımlara tâbi tutulması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁸⁶ *Kangal*, tüzel kişilerin ancak hukuka ve kuruluş amacına uygun faaliyetlerde bulunup, irade açıklayabileceğine dayanan görüşü, tüzel kişilerin gizli bir şekilde amaç ve yasa dışı faaliyetlerde de bulunabileceklerini belirterek eleştirmiştir.¹⁰⁸⁷ Ayrıca rüşvet gibi suçlardan dolayı cezai yaptırımla karşı karşıya kalacak olan tüzel kişinin kamuoyu nezdinde oluşmuş imajını zedelememek için suç teşkil eden faaliyetlerden kaçınacağı yönünde kanaat bildirmiştir.¹⁰⁸⁸

Şen konuya çevrenin korunması perspektifinden yaklaşarak tüzel kişiler için ceza sorumluluğunun kabul edilmemesinin çevre ve ekosistem tahribatının baştan kabulü anlamına geldiğini ifade etmiştir. Buna göre endüstri faaliyetleri sebebiyle meydana gelen ve toplum sağlığını ve ekosistem düzenini büyük zarara uğratan faaliyetler sebebiyle salt gerçek kişilerin sorumlu tutulmasının adeta tüzel kişileri suç işlemeye teşvik niteliğinde olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁸⁹

Türk hukukunda rüşvet suçu ve tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili olarak Anayasa'nın ceza sorumluluğunun şahsiliğini ilkeselleştiren 20. maddesi,

¹⁰⁸⁵ Z. T. Kangal 147-148 ; D. Aydın, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları s.101-102.

¹⁰⁸⁶ D. Aydın, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları s.103.

¹⁰⁸⁷ Z. T. Kangal 147.

¹⁰⁸⁸ Z. T. Kangal 148.

¹⁰⁸⁹ Tuncer s. 700.

eTCK ve TCK'nın hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkatle incelendiğinde Türk Hukuku'nda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulünde bir engel bulunmadığı kanaatine varıldığı anlaşılabilir.¹⁰⁹⁰

4.11.3. 2000 ve 2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarılarında Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğu İlgili Düzenlemeler ve Tartışmalar

Tüzel kişi ceza sorumluluğu konusu Türk Ceza Kanunu tasarılarında da yer almış ve tartışmaların konusu olmuş bir konudur.

İlki 1940 tarihinde olmak üzere 1950,1987, 1989 ve 1997'de¹⁰⁹¹ Türk Ceza Kanunu ön tasarıları hazırlanmış fakat bu tasarılar kanunlaşma imkânı bulamamışlardır. 1997 Tasarısı Sulhi Dönmezer başkanlığında çalışmış bir komisyonun 15 yıllık emeğinin sonucunda hazırlanmış¹⁰⁹², ne yazık ki Ceza Hukuku gelişimine hak ettiği katkıyı sağlamasına imkan verilmemiş bir yasa tasarısıdır. 1997 Tasarısının gözden geçirilmesi ile 2000 yılında hazırlanan 502 maddelik tasarı, 'Hükümet Tasarısı' olarak 12.05.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sevk edilmiştir.¹⁰⁹³

1997 tarihli tasarı, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul ederek tüzel kişilerin suçun faili olabileceklerini belirtmektedir. Tasarının "*Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*" başlıklı 26. maddesinde; kanunun ayrıca belirttiği hallerde tüzel kişilerin organ veya temsilcilerinin işledikleri suçlardan dolayı sorumlu oldukları düzenlenmişken¹⁰⁹⁴, "*Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanacak Cezalar*" başlıklı 27.maddesinde ise tüzel kişilerin organ veya temsilcilerinin tüzel kişi

¹⁰⁹⁰ Erdoğan s.118.

¹⁰⁹¹ 1987, 1989, 1997 ve 2000 yıllarında hazırlanan tasarılar Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında oluşturulan komisyonlar tarafından hazırlandığından 'Dönmezer Tasarısı' olarak da adlandırılmaktaydılar; D. Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci s. 249.

¹⁰⁹² Yenisey ve Nuhoğlu s. 17.

¹⁰⁹³ <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim: 11 Aralık 2018); D. Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci s. 249.

¹⁰⁹⁴ Tasarı'nın 26.maddesinde öngörülen Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Anayasaya uygunluğu konusunda detaylı tartışmalar için bkz. Yarsuvat, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu s. 899.

yararına işledikleri suçlardan dolayı fiili işleyen kimse hakkında hükmedilen veya hükmedilmesi gereken para ve müsadere cezalarına tüzel kişi hakkında da ayrıca hükmolunacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁹⁵ Buna göre; fiili işleyen kişi hakkında hükmedilen hapis cezaları, kamu hizmetinden yasaklama ya da mesleki faaliyetin durdurulması cezalarının süresini aşmamak üzere tüzel kişinin faaliyetten men edilip edilmemesi konusunda karar verilmesi mahkeme takdirine bırakılmış ve kanunların tüzel kişinin feshini veya kapatılmasını ayrıca öngördüğü hallerde ait hükümler saklı tutulmuştur.¹⁰⁹⁶ Bu düzenlemelerin cezaların şahsiliği ve non bis in idem kuralına aykırı oldukları yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür.¹⁰⁹⁷

Bu hükümlerin yalnızca özel hukuk tüzel kişilerini değil kamu hukuku tüzel kişilerini de kapsadığı ve tasarının bu halinin '*Devlet suç işlemez*' yaklaşımı ile çeliştiği yönündeki eleştiriler sonrasında, 12.05.2003 tarihinde meclise sunulan tasarı metninin 25.maddesinde yalnızca özel hukuk tüzel kişilerinin ceza sorumluluğu öngörülmüş, 26.maddesinde ise özel hukuk tüzel kişilere uygulanacak cezalar başlığı ile tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları düzenleme altına alınmıştır.¹⁰⁹⁸ Ancak tasarı gerekçesinde de belirtildiği üzere;¹⁰⁹⁹ bu düzenlemeler kapsamında tüzel kişilerin tasarının çok özenli olarak koyduğu koşullar çerçevesinde ve sadece belirli suçlardan dolayı cezai sorumluluğu mevcuttur, mutlak ve genel bir sorumluluk söz konusu değildir. Ek olarak gerekçede maddenin Türk ceza hukukunda bir reform niteliğinde olduğu belirtilmiş, tüzel kişinin bazı suçları işleyebilen (vergi suçları, mali suçlar gibi) bir sosyal gerçek olduğu belirtilerek örgütlü suçlarla mücadelenin temel koşullarından birinin tüzel kişinin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi olduğu vurgulanmıştır.¹¹⁰⁰ Ancak 12.05.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan

¹⁰⁹⁵ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.75.

¹⁰⁹⁶ Yarsuvat, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu s. 913.

¹⁰⁹⁷ Yarsuvat, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu s. 914-916; M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.79,84.

¹⁰⁹⁸ M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.75.

¹⁰⁹⁹ <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, s. 8 (Erişim: 20 Kasım 2018)

¹¹⁰⁰ <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, s. 18. (Erişim: 20 Kasım 2018)

bu metin 21.10.2003 tarihinden 12.05.2004 tarihine kadar geçen 7 aylık sürede Adalet Alt Komisyonu tarafından 348 maddeye indirilmiştir.¹¹⁰¹ Sonrasında AB'nin Yeni TCK'yı Kopenhag kriterlerinin olmazsa olmaz bir parçası olarak gördüğünü belirtmesi ve tasarının bir an önce kanunlaşması gerektiği yönündeki kesin tavrını belirtmesi üzerine tasarı 26.09.2004'te kabul edilmiştir. Sonucunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 25611 sayılı ve 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete 'de yayımlanarak kanunlaşmıştır.¹¹⁰²

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tüzel kişiler için ceza yaptırımı uygulanamayacağı ve tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirine hükmedileceği düzenlenmiştir.¹¹⁰³ TCK madde 20/2'de yer alan “(2) *Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*” hükmüne karşı öğretilerde haklı eleştiriler ileri sürülmüştür. *Bayraktar'a* göre; TCK md 60'ta düzenleme bulan ve tüzel kişiler için öngörülen iznin iptalinin hukuki düzlemde güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Güvenlik tedbirlerinin amacının iyileştirme ve ıslah olduğu göz önüne alındığında, müsadere ve iznin iptali kurumlarının güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi hatalıdır ve esasında bu düzenleme tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağını değil, uygulanabileceğini göstermektedir.¹¹⁰⁴ Aynı konuda *Aydın* ise bu hükmün tüzel kişilerin suç faili olup olamayacakları ya da yapılarına uygun ceza verilip verilemeyeceği tartışmaları doğrultusunda yetersiz olduğunu belirterek tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacak ise bunun Anayasa'da düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰⁵

¹¹⁰¹ 17 yıllık bir çalışma ürününün 1 yıl içinde başka bir tasarı haline getirilmesi konusunda eleştiriler için bkz: *Bayraktar* s. 23.

¹¹⁰² D. Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci s. 251-252.

¹¹⁰³ Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 22. Dönem 2. Yasama Yılı 119. Birleşim 14/Eylül /2004 Salı tarihinde; AKP milletvekili Hakkı Köylü; “*Bu tasarıda, cürüm ve kabahat ayırımı kalkmıştır; özel hukuk tüzelkişilerine güvenlik tedbiri uygulaması getirilmiştir; ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralından hareketle, tüzelkişilere cezai yaptırım konulamamıştır.*” beyanlarında bulunarak tüzel kişiler için ceza sorumluluğu öngörülmemesinin dayanağının ceza sorumluluğunun şahsiliği olduğunu vurgulamıştır : https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=12465&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=66 (Erişim: 20 Kasım 2018)

¹¹⁰⁴ *Bayraktar* s. 29. ;Yenisey ve Nuhoğlu s.35-36.

¹¹⁰⁵ D. Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci s. 258.

Tüzel kişinin ceza sorumluluğu konusunun rüşvet suçu kapsamında ele alınması durumunda, mülga 765 sayılı eTCK’da tüzel kişilerin suç faili olmaları ve ceza sorumlulukları konusunda bir düzenleme olmamasına rağmen rüşvet verme suçunun tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiğinde tüzel kişi hakkında da para cezasına hükmolünmesinin kabul edildiği görülmektedir.¹¹⁰⁶ 5237 sayılı TCK’nın 253.maddesinde ise sonraki bölümde detayları ile açıklanacağı üzere rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği düzenlenmiştir.

4.12.

R

Rüşvet Suçunu Düzenleyen ve Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Antlaşmalarda Tüzel Kişi Ceza Sorumluluğuna Yönelik Düzenlemeler

Rüşvet suçunda tüzel kişinin sorumluluğunu düzenleyen uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümler

birbirine paralel niteliktedir. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri sorumluluk gerektirecek fiillerin kapsamını OECD Konvansiyonu’na kıyasla daha geniş tuttuğu görülmektedir. Genel olarak OECD Konvansiyonu, taraf devletleri yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme fiili bakımından tüzel kişilere yaptırım uygulama yükümlülüğü altına sokmakadır. Ancak konu ile ilgili en kapsamlı düzenlemeler Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’nde yer almaktadır.¹¹⁰⁷ Bu bölümde önceki bölümlerde ele alınmış olan uluslararası sözleşmelerin tüzel kişilerin sorumluluğuna dair hükümleri incelenecektir.

¹¹⁰⁶ D. Aydın, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları s. 106; <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (Erişim: 11 Kasım 2018) “Madde 220 (Mülga madde: 21/11/1990 - 3679/28 md.; Yeniden düzenlenen madde: 02/01/2003 - 4782 S.K./3. md.) 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 hükmolünür.”

¹¹⁰⁷ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s. 105.

4.12.1. OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi

Üçüncü kısımda detaylıca ele alınmış olan OECD Konvansiyonu'nun "Tüzel Kişilerin Sorumluluğu" başlıklı 2. maddesinde, Konvansiyon'un tarafı olan devletlerin, yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verilmesi halinde tüzel kişilerin sorumluluğunu sağlamak için kendi hukuk ilkelerine uygun olan gerekli önlemleri alacağı düzenlenmiştir. Konvansiyon'un Yaptırımlar başlıklı 3. maddesi ise 2. maddede taraf devletlere tüzel kişiler hakkında ceza sorumluluğunu kabul eden bir düzenleme yapma konusunda sağladığı esnekliği daraltmaktadır. 2. madde lafzıyla taraf devletlere tüzel kişiler için cezai sorumluluk uygulanması konusunda takdir yetkisi tanımışsa da, tüzel kişiler için cezai sorumluluğun uygulanabilir olmadığı ülkelerde taraf devletlere tüzel kişiler için para cezaları da dâhil olmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar uygulama yükümlülüğü yüklemiştir.¹¹⁰⁸

Bu kısa düzenlemelere rağmen OECD'nin yayınlarında tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin detaylı açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Buna göre; tüzel kişilik kavramının kapsamına derneklerin, vakıfların ve borsaya kote olmuş ya da olmamış şirketlerin ve kar amacı gütmeyen kuruluşların gireceği belirtilmiştir.¹¹⁰⁹

Suç ve tüzel kişi arasındaki ilişkinin belirlenmesi noktasında ise suç ve tüzel kişilik ya da onun iştirak ve kuruluşları arasında bir bağlantı olması gerekliliği aranmıştır. Bu bağlantı ise söz konusu suçun tüzel kişinin menfaat elde etmesi amacıyla işlenmesi olarak belirlenmiştir. Bu ölçütün konulma amacı esasında bir gerçek kişinin kendi yararına işlediği suçlardan dolayı tüzel kişilerin cezalandırılmasının önüne geçmektir. Burada belirlenmesi gereken husus, hangi gerçek kişilerin eylemlerinden dolayı tüzel kişilerin sorumluluğunun doğabileceğidir. Birçok ülkede kabul edilen düzenleme, tüzel kişiliğin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için söz konusu eylemin tüzel kişilik

¹¹⁰⁸ Eren s.54.

¹¹⁰⁹ Özer s. 122.

içinde yeterli bir hâkimiyete ve yönetim yetkisine sahip olan gerçek kişiler tarafından icra edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu kişilerin tüzel kişiliği temsile yetkili olan, tüzel kişilik adına karar alma yetkisi olan ya da tüzel kişiliğin faaliyetlerinin kontrolünü sağlama yetkisi olan kişiler olabileceği belirtilmiştir.¹¹¹⁰

Özetle, tüzel kişi bünyesinde ‘lider durumdaki kişilerin’ (*person in leading position*) fiilleri sebebiyle sorumluluk doğabilecektir.¹¹¹¹ Aranan bir başka unsur, tüm bu eylemlerin tüzel kişi hesabına, tüzel kişi adına ya da tüzel kişi yararına, görev tanımı kapsamında yer alan yükümlülüklerin ifası sırasında icra edilmesi gerektiğidir.¹¹¹²

OECD Konvansiyonu uyarınca tüzel kişilerin sorumluluğunun doğabilmesi için bir gerçek kişinin tespit edilmesi, soruşturmaya tâbi tutulması ve mahkûm olması şartı aranmamalıdır. Zira bir gerçek kişinin tespit edilerek muhakeme sürecine tâbi tutulması bu gerçek kişinin yargılamadan kaçması ya da ölmesi gibi sebeplerle mümkün olmayabilecektir. Ayrıca tüzel kişilerin karmaşık yapıları nedeniyle sorumlu tutulabilecek bir gerçek kişinin tespit edilememesi riski de bulunmaktadır. Öte yandan, tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin ilerletilmesine imkân verilmesi salt kurumsal baskılar sebebiyle rüşvet suçunu işlemiş olan gerçek kişilerin cezalandırılmasına kıyasen daha adil sonuçlar doğuracaktır.¹¹¹³

OECD Konvansiyonu kapsamında gözetilmesi gereken bir diğer nokta ise tüzel kişilerin çalışanlarının faaliyetlerinin yeterli ve özenli bir denetime tâbi tutulmasına yönelik düzenlemelerin yapılması gerekliliğidir. Çalışanların denetlenmesi konusunda gerekli organizasyonun sağlanıp sağlanmadığı hususu tüzel kişilerin sorumluluğunun tespiti konusunda belirleyici olabilecektir.¹¹¹⁴

¹¹¹⁰ OECD Glossary : Corruption sf 63 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194428.pdf> (Erişim: 19 Kasım 2018).

¹¹¹¹ Özer s. 122.

¹¹¹² Pieth , Low ve Bonucci s.15.

¹¹¹³ OECD Glossary : Corruption sf 66 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194428.pdf> (Erişim: 19 Kasım 2018).

¹¹¹⁴ OECD Glossary : Corruption sf 64 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194428.pdf> (Erişim: 19 Kasım 2018).

Sözleşme tarafı bir devletin tüzel kişiler için uyguladığı bir yaptırımın OECD Konvansiyonu ile uyumlu olup olmadığını belirleyecek olan Çalışma Grubu için temel kıstaslardan biri sorumlu tutulacak tüzel kişiliğin büyüklüğüdür. Yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçundan dolayı sorumlu tutulacak tüzel kişilere de kamu ihalelerinden yasaklılık, ticari faaliyetten men ya da devlet yardımlarından mahrumiyet ve tasfiye gibi yaptırımların uygulanması söz konusu olabilecektir.¹¹¹⁵

Yabancı bir kamu görevlisine rüşvet verilmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin esasları düzenleyen OECD Konvansiyonu'nun 5. maddesinde, taraf devletlerin soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin ekonomik çıkar ilişkilerinden ya da diplomatik ilişkilerin geleceğine dair duyulan endişelerden etkilenmeyeceği düzenlenmiştir.

Türkiye'nin bahsedilen bu düzenlemelerin gereklerini yerine getirdiğini ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Zira, OECD'nin *'Türkiye, yabancı kamu görevlilerine rüşvet konusundaki uygulama çerçevesini acilen güçlendirmeli ve kurumsal sorumluluk mevzuatında reforma gitmeli'* başlıklı 14 Mart 2019 tarihli duyurusunda, OECD Çalışma Grubu'nun yurt dışı rüşvet konusundaki soruşturma ve kovuşturmalara, gözetilen milli ekonomik çıkarlardan, başka devletlerle olan ilişkiler üzerindeki potansiyel etkilerden ya da ilgili gerçek ya da tüzel kişilerin kimliğinden etkilenebildiğine dair duyulan endişeler dile getirilmiştir.¹¹¹⁶ OECD'nin bu duyurusunda;

“Türkiye'nin sürekli olarak OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı) Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinde belirtilen kilit hususlara uymaması ve yurt dışı rüşvetle mücadele kanunlarını uygulamaması sebebiyle, Ekim 2019'a kadar herhangi somut adım atılmaması halinde, Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu 2020 yılında Ankara'ya üst düzey bir heyet gönderecektir.

¹¹¹⁵ Özalp s. 67.

¹¹¹⁶ <https://www.oecd.org/newsroom/oecd-turkiye-yabanc-kamu-gorevlilerine-rusvet-konusundaki-uygulama-cercevesini-acilen-guclendirmeli-ve-kurumsal-sorumluluk-mevzuatinda-reforma-gitmeli.htm> (Erişim: 20 Mart 2019)

Bu kararın alınmasının nedeni, Türkiye'nin, başta tüzel kişilerin yabancı kamu görevlilerine rüşvet konusundaki sorumluluğu hakkında kanunlarda reform yapılması olmak üzere, uzun süredir verilmekte olan tavsiyelere uygun bir mevzuatı henüz yürürlüğe koymamış olmasıdır. Türkiye'deki kurumsal sorumluluk çerçevesinde, kamu iktisadi kuruluşları ve devletin kontrolündeki işletmelere açıkça yer verilmemiştir ve bir tüzel kişiye yaptırım uygulanabilmesi için gerçek bir kişinin hakkında kovuşturma başlatılması ya da mahkumiyet alması şeklinde bir temel gereklilik söz konusudur. Ayrıca, tüzel kişilere yönelik yaptırımlar yeterince etkili, orantılı ve caydırıcı değildir.

Çalışma Grubu, Türkiye'de yurt dışı rüşvet konusundaki mevzuatın yeterli derecede uygulanmamasından da ciddi kaygı duymaya devam etmektedir. Ülke ekonomisinin büyüklüğüne ve ülkenin jeopolitik önemine rağmen, OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin Türkiye'de yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçen 16 yıl içinde yurt dışı rüşvet konusunda tek bir mahkumiyet verilmemiştir. Çalışma Grubu için bir başka önemli endişe kaynağı da, OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesinin 5. Maddesinin aksine, yurt dışı rüşvet konusundaki soruşturma ve kovuşturmaların, gözetilen milli ekonomik çıkarlardan, başka Devletlerle olan ilişkiler üzerindeki potansiyel etkilerden ya da ilgili gerçek ya da tüzel kişilerin kimliğinden etkilenebildiği hususudur.

Türkiye'ye yönelik olarak, Rüşvetle Mücadele Sözleşmesine ilişkin üçüncü aşama değerlendirmesi kapsamında Çalışma Grubunun Ekim 2014'te verdiği bu tavsiyelere ve o tarihten bu yana sürekli tekrarlanan eylem çağrılarına rağmen Türkiye bu eksiklikleri gidermeye yönelik adımları atmamıştır. Bununla birlikte, Çalışma Grubu bu konuda Türkiye'nin bilinçlendirme ve eğitim konusundaki çabalarının farkındadır.

Bu nedenle Türkiye, yukarıda bahsi geçen hususların hangi somut adımlarla ele alınacağı konusunda Çalışma Grubuna Ekim 2019'a kadar yazılı bir rapor sunmaya davet edilmektedir.” denilerek, ciddi boyuttaki kaygılara vurgu yapılmış, gerekli aksiyonların alınmaması halinde, OECD nezdinde yaptırımlarla karşı karşıya kalılabileceğinin sinyalleri verilmiştir.

4.12.2. AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi

AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin tanımlar kısmında “tüzel kişi” kavramı; devletler, devlet yetkisini kullanan diğer kamu birimleri ve uluslararası kamu kuruluşları hariç kalmak kaydıyla, uygulanan milli hukuk gereğince bu statüye sahip tüm kişiler olarak tanımlanmaktadır.

Sözleşme'nin tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenleyen 18. maddesinde, rüşvet verme suçunun tüzel kişilikte etkin bir konumda bulunan bir gerçek kişi tarafından ya da tüzel kişinin organlarının bir parçası olan bir gerçek kişi tarafından tüzel kişilerin menfaatleri doğrultusunda, tüzel kişiliği temsil etme, tüzel kişilik adına karar alma ya da tüzel kişilikte denetim icra etme fiilleri kapsamında işlenmesi durumunda tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmeleri amacıyla gerekli yasal ve diğer önlemleri alacakları düzenlenmiştir. Maddede hangi gerçek kişilerin eylemlerinin tüzel kişiliğin sorumluluğunu doğurabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu kişilerin OECD yayınlarında belirtilen lider durumdaki kişiler ifadesi ile paralel olduğu görülmektedir. Ancak maddede ayrıca tüzel kişinin suçun işlenmesine, bir gerçek kişiyi rüşvet verme suçunu işlemeye tahrik veya teşvik etmek suretiyle iştirak etmesi halinde sorumlu tutulabilmesine ilişkin taraf devletlerin gerekli düzenlemeleri yapması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadeden anlaşılan, yukarıdaki paragrafta nitelikleri ve yetkileri belirtilen kişilerden biri olmayan kişilerin tüzel kişilerin teşvik etmesi ya da tahrik etmesi suretiyle rüşvet verme işleme suçunu işlemeleri durumunda da tüzel kişilerin

sorumluluğunu öngören düzenlemelere taraf devletlerin iç hukuklarında yer vermesi gerektirir.¹¹¹⁷

18. maddenin ikinci fıkrasında, tüzel kişilerdeki denetim ve kontrol eksikliği nedeniyle rüşvet verme suçunun, tüzel kişinin denetim otoritesinde bulunan ancak birinci fıkrada sayılmayan bir gerçek kişi tarafından işlenmesi halinde de tüzel kişinin sorumlu tutulması gerekliliği düzenlenmiştir.¹¹¹⁸ Maddenin son fıkrasında ise tüzel kişilerin anılan suçtan dolayı sorumluluğunun kabul edilmesinin, suçu işleyen gerçek kişilere karşı cezai muamelelerin işletilmesini engellemeyeceği ve bu gerçek kişilerin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 19. maddesi ile taraf devletlere, rüşvet verme suçunun yukarıda açıklanan şekillerde işlenmesi sonrasında tüzel kişilere uygulanmak üzere etkili, orantılı ve caydırıcı nitelikte idari para cezaları dâhil olmak üzere cezai veya cezai olmayan yaptırımlara iç hukuklarında yer verme yükümlülüğü getirilmiştir. OECD Konvansiyonu ile paralel olarak AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin de taraf devletlere tüzel kişilerin sorumluluğu için cezai yaptırım uygulama konusunda takdir hakkı tanıdığı görülmektedir.¹¹¹⁹

4.12.3. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Sözleşme kapsamında tüzel kişilerin sorumluluğu 10. madde ile düzenlenmiştir. Buna göre taraf devletlerin; tüzel kişilerin örgütlü suç gruplarının karıştığı ağır suçlara iştirak etmeleri halinde ya da örgütlü bir suç grubuna katılma (md.5), suç gelirlerinin aklanması (md.6), yolsuzluk (md.8) ve adaletin engellenmesi (md.23) suçlarını işlemeleri halinde bu eylemlerden dolayı sorumlu

¹¹¹⁷ AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, m. 18 ve 19.

¹¹¹⁸ Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s.106.

¹¹¹⁹ Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, p86, <https://rm.coe.int/16800cce441999> (Erişim: 20 Aralık 2018).

tutulabilmeleri için kendi iç hukuk sistemlerine uygun önlemleri almaları öngörülmüştür.

Sözleşme ile taraf devletlere tüzel kişilere uygulanabilecek yaptırım konusunda yukarıda açıklanan Sözleşmelerde olduğu gibi takdir hakkı tanınmış, tek bir yaptırım tipi öngörülmemiştir.¹¹²⁰ Bu yaptırımların idari para cezaları da dâhil olmak üzere cezai, medeni veya idari olabileceği düzenlenmiştir (md.10/2). Ancak uygulanacak müeyyidelerin etkin, orantılı ve caydırıcı olması gerekliliği bu metinde de vurgulanan bir husustur.

Yine AK Ceza Hukuku Sözleşmesi'ne paralel bir hükme yer verildiği ve tüzel kişilerin sorumluluğunun suç işleyen gerçek kişilerin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını düzenlendiği görülmektedir (md.10/3).

4.12.4. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nde tüzel kişilerin sorumluluğu 26. maddede düzenlenmiş olup taraf devletlerin, tüzel kişilerin Sözleşme kapsamında iç hukuka yansıtılması gereken suçlara iştirak etmeleri durumunda sorumluluklarını tesis etmek için gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir.

Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi de tüzel kişilere uygulanabilecek yaptırım türü konusunda taraf devletlere bir dayatmada bulunmamış ve mali yaptırımları da kapsayan bu yaptırımların orantılı, caydırıcı ve etkin olmaları kaydıyla cezai ya da cezai olmayan – hukuki veya idari- nitelikte olabileceğini belirtmiştir (md.26/4). Yine aynı madde kapsamında diğer Sözleşmelerde yer alan düzenlemelere paralel olarak tüzel kişinin sorumluluğunun suçun faili olan gerçek kişilerin cezai sorumluluğunu kaldırmayacağı düzenlenmiştir (md.26/3).

¹¹²⁰ Özalp s. 75.

4.12.5. Değerlendirme

Tüm uluslararası sözleşmelerin taraf devletlere tüzel kişilerin rüşvet suçuna ilişkin sorumluluğu noktasında cezai bir yaptırım uygulanması dayatması yapmadığından hareketle¹¹²¹, Türkiye'nin Kabahatler Kanunu ve TCK'nın ilgili hükümleri kapsamında tüzel kişilerin sorumluluğuna dair temel yükümlülüğünü yerine getirdiği ileri sürülebilir. Diğer taraftan, AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nde yukarıda açıklandığı üzere tüzel kişiler tarafından icra edilen bu suçun işlenmesine ilişkin tahrik-teşvik faaliyetlerinin de yaptırıma bağlanması gerekliliği düzenlenmiştir. Bir temsilci veya yetkili organın gözetim ve denetim eksikliği nedeni ile tüzel kişinin yetkisi altındaki kişilerin suç işlenmesinin tüzel kişi açısından yaptırım sonuçları olmalıdır. Her ne kadar suçun işlenmesi kavramının azmettirme başlığı ile iştirak hükümlerini de kapsadığı kabul edilebilecekse de, bu konunun sorumluluğu düzenleyen hükümlerde açıkça belirtilmesi gerekmektedir.¹¹²²

Tüm sözleşmelerde ortak olan husus gerçek kişilerin yargılanması ve mahkûm olması durumunun tüzel kişilerin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bir ön şart olarak değerlendirilmemiş olduğudur.¹¹²³ Bahsedilen antlaşmaların ortak gayesinin tüzel kişilerin etkin yaptırımlarla cezalandırılması olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 60. maddesindeki güvenlik tedbirinin uygulanabilmesinin ön şartının bir gerçek kişinin hakkında hüküm kurulması olduğu gözetildiğinde, Türk Ceza Hukukunun ilgili uluslararası düzenlemeler ile öngörülen cezalandırma standartlarına ulaştığından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

¹¹²¹ Pieth , Low ve Bonucci s. 21.

¹¹²² Kılıç, Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu s. 106.

¹¹²³ Özer s. 123.

üzel Kişiyeye Uygulanan Güvenlik Tedbirleri ve İdari Yaptırımların Yeterliliği Sorunu

4.13.1. Tüzel Kişiyeye Uygulanacak Güvenlik Tedbirleri ve İdari Para Cezası Yaptırımı

Çalışmada değinildiği üzere, 5237 sayılı TCK ceza sorumluluğunun şahsiliğini gerçek kişi sorumluluğuna indirgemiş ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını düzenlemiştir. Şahsilik ilkesinin pekiştirilmesi doğrultusunda ise aynı maddenin ikinci fıkrası tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını, ancak kanunla öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK md. 20 hükmü gereği, tüzel kişilere “ceza” uygulanamaz ve ancak “güvenlik tedbiri” niteliğinde önlemler uygulanabilir. Madde hükmü uyarınca özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet kararı verilmiş olması zorunludur. Bir başka deyişle, Türkiye’de tüzel kişiler, menfaatlerine suç işleyen gerçek kişilerin sorumluluğu sabitleşmeden güvenlik tedbirlerine tabi tutulamamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 60. maddesi sadece özel hukuk tüzel kişilerine güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar uygulanmasını öngörmüştür. Kamu tüzel kişilerinin güvenlik tedbirlerinin kapsamı dışında bırakılmış olması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı görülmektedir.¹¹²⁴

TCK md.60’ta uygulanacak güvenlik tedbirleri şu şekilde sıralanmıştır:

“(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu

¹¹²⁴ Centel s.3315.

iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

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

Buna göre, tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri; bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin izninin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanması şeklinde gerçekleşecektir.

Faaliyet izninin iptali, tüzel kişinin izin konusuyla sınırlı olarak faaliyette bulunmasının engellenmesidir. Bu tedbirin rüşvet suçunda uygulanması için; (i) özel hukuk tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi olması, (ii) tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izin çerçevesinde faaliyet göstermesi, (iii) suç ile verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağının bulunması, (iv) suçun özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcileri tarafından işlenmiş olması ve (v) bu failer hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması gereklidir.¹¹²⁵ TCK md. 60/3 uyarınca faaliyet izninin iptali veya müsadere uygulanması halinde, fiilden daha ağır sonuçlar ortaya çıkıyorsa hâkim tarafından güvenlik tedbirine hükmedilmeyebilir. Dolayısıyla, bu koşulların varlığı halinde, faaliyet izninin iptali veya müsadere tedbirlerinden uygun olanına başvurulması gerekmektedir.

İzin iptali tedbirinin uygulanması halinde tüzel kişiliğin feshine karar verilerek tüzel kişiliğin hukuki varlığının sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Zira iznin iptali tedbiri ancak faaliyetin devamı hususunda bir etkiye sahiptir, tüzel kişinin faaliyette bulunmasına engel olmaktadır. İlgili madde düzenlemesinde de bu tedbirin ne kadar süreyle uygulanabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer taraftan, TCK'nın 53. maddesinin 5. fıkrası gereğince, cezanın infazından itibaren hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar olması gerektiği düşünülmektedir.¹¹²⁶

¹¹²⁵ Centel s.3320.

¹¹²⁶ M. Özen, İrtikap ve Rüşvet Suçları s.249.

5237 sayılı TCK madde 60 uyarınca uygulanabilecek müsadere tedbiri, eşya veya kazanç müsadereşi şeklinde gerçekleşebilir. Bir özel hukuk tüzel kişinin yararına işlenen rüşvet suçu ile bağlantılı eşya veya kazancın müsadereesine karar verilebilecektir. Her iki tedbir açısından örnek vermek gerekirse; bir ilaç firmasının yetkililerinin bir ilaç ürününü piyasaya sunmak için temini zorunlu olan ruhsatın onaylanması için ilgili kamu görevlilerine rüşvet verdiklerinin tespiti halinde, bu suçtan menfaat sağlayan ilaç firması hakkında faaliyet izninin iptali ve rüşvet konusu ruhsatla piyasaya sunulan ilaç ürününden elde edilen kazancın müsadereşi söz konusu olabilir. Ancak ölçülülük ve kamu yararı prensiplerinin bu tedbirlerin uygulanmasında dikkate alınması zorunludur. İlaç üretimi ve satışı gibi devletin verdiği izin ve ruhsatlara bağlı olarak yürütülen bazı faaliyetlerin şirkete uygulanacak güvenlik tedbirleri kapsamında durdurulması toplumsal açıdan olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu tip bir örnekle karşılaşan mahkemelerin verilecek olan izin iptali kararının suçla hiç ilişkisi olmayan üçüncü kişiler nezdinde zararlı sonuçlar doğurup doğurmayacağını değerlendirmeleri gerekir. İlaç firması örneğinde, eğer rüşvet veren firmanın birden fazla ruhsatlı ürünü var ise ve bu ürünlerin piyasaya sunulmaması halinde hastaların zarar görmesi söz konusu olur ise kazanç müsadereşi tedbirinin uygulanması ölçülülük açısından daha uygun olabilecektir.

Bu çalışmanın yazım aşamasında, TCK madde 60'ın bugüne kadar uygulanıp uygulanmadığı konusunda kapsamlı araştırma yapılmıştır. Ancak hiçbir uygulama örneğine rastlanmamıştır. Bu durum, TCK madde 60'ın bir bakıma ölü doğmuş bir düzenleme olduğunu düşündürmektedir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından bugüne, tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri ile ilgili bir kararla karşılaşılması, uygulamada yargı makamlarının güvenlik tedbirlerini uygulamaktan kaçındıklarına işaret etmektedir.

Tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanması ile ilgili tartışılması gereken bir başka sorun da tüzel kişinin doğrudan kendi menfaatini de ilgilendiren kovuşturmayla hangi esaslar ile katılabileceğidir. CMK madde 249 uyarınca tüzel kişi, kendisini doğrudan ilgilendiren ve nihayetinde bir güvenlik tedbiri ile

muhattap olacağı kovuşturma sürecine ancak katılan sıfatıyla dâhil olabilir.¹¹²⁷ CMK madde 249/1 uyarınca bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmalara kabul edilecektir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, katılma talebi kabul edilen tüzel kişinin organ veya temsilcisi CMK'ya göre katılana veya sanığa tanınan haklardan yararlanacaktır.

Teorik olarak, 06.04.2006 tarih ve 26131 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük madde 63 uyarınca şirketler dahil tüzel kişiler hakkında bir güvenlik tedbirine ilişkin bir hüküm kurulması halinde, bu hüküm Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir ve bu hüküm Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, ilgili tüzel kişiye faaliyet izni vermeye yetkili makamlara kararın yerine getirilmesi için bildirilir. Hükümün gereğini yerine getiren makam durumu tekrar Cumhuriyet Başsavcılığına bildirir.

Türkiye, çalışmanın önceki bölümlerinde de bahsedildiği üzere tarafı olduğu uluslararası antlaşmalar kapsamında, 5237 sayılı TCK'nın 60. maddesindeki güvenlik tedbirlerine dair yükümlülüklerini tam olarak karşılamaması nedeni ile eleştirilmiştir. Bu eleştirilere cevaben, 2009 yılında 5918 sayılı Kanun ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na tüzel kişilere rüşvet suçu da dâhil olmak üzere, Kanun'da tanımlanan katalog suçlardan dolayı idari para cezası verilmesine imkân veren bir hüküm eklenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun bu değişiklik ile getirilen 43/A maddesinde özel hukuk tüzel kişilerinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla beraber tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişi tarafından tüzel kişi yararına bazı suçların işlenmesi durumunda, 10.000 TL'den 2.000.000 TL'ye kadar idari para cezasına karar verileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, söz konusu idari para cezasına ilgili suça ilişkin yargılama yapma yetkisi bulunan mahkeme tarafından karar verilecektir. Mahkemenin tüzel kişi aleyhine idari para cezasına karar verebilmesi için rüşvet suçundan mahkûmiyete hükmolünmüş olması şartı aranmamakla birlikte, somut olayda rüşvet suçunun

¹¹²⁷ Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku s.181.

oluşturduğunun ve rüşvet suçunun tüzel kişi yararına işlendiğinin tespit edilmiş olması gerekmektedir.

Kabahatler Kanunu'nun "*Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk*" başlıklı 8/1. maddesine göre, "*Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir*". Bu hükümde açıkça kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi ayrımı yapılmadığından, kamu hukuk tüzel kişilerinin de kapsamda olduğu belirtilebilir.¹¹²⁸

Kabahatler Kanunu madde 43/A'ya getirilen ve aynen katıldığım ağır eleştiride; "*Kabahatler Kanunu md.43/A başarılı bir düzenleme değildir. Katalog listede hükmün kapsamındaki suçların tek tek sayılmasına karşın, "eylemin daha ağır idari para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmaması"nın öngörülmesinin ne anlama geldiği anlaşılamamaktadır. Eylem, katalog suçlardan birini teşkil etmediğinde zaten bu yaptırımın uygulanması sözkonusu olmayacaktır. Öte yandan, hukukumuzda suç karşılığında öngörülebilecek yaptırım "adli para cezası"dır. Oysa Kabahatler Kanunu md.43/A'da "idari para cezası" uygulanması öngörülmektedir. Bu hüküm sistemi ihlal eden bir düzenlemedir; aynı zamanda yasa koyucunun tüzel kişilere uygulanacak en etkili yaptırımın para cezası olduğunu kabul etmesi ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişilerle ilgili düzenlemelerin gerçekçi olmadığını itiraf etmesi demektir"*¹¹²⁹ denilmiştir.

Tüzel kişilerle ilişkisi kurulabilen rüşvet suçu ile karşılaşıldığında, hem gerçek kişi faillere hem de yararına suç işlenen tüzel kişiye ceza yaptırımını, güvenlik tedbiri yaptırımını, para cezası veya adı her ne olursa olsun bir yaptırım uygulanmalıdır. Tüzel kişilere yaptırım uygulanması hem caydırıcılık hem de ıslah hedefinin bir gereğidir.¹¹³⁰

¹¹²⁸ Centel s.3321.

¹¹²⁹ Centel s.3322.

¹¹³⁰ Baysal s.17-26.

Tüzel kişiye uygulanabilecek yaptırım türleri değerlendirildiğinde, tüzel kişiler hapsedilemeyeceği için, uygulanan yaptırımın niteliği gereği hukuki ve cezai olmasının bir önemi yokmuş gibi görülebilir. Nihayetinde uygulanacak olan yaptırım para cezası ya da faaliyet izninin iptali gibi idari yaptırımlar kapsamında da düzenlenebilecek olan türde bir yaptırım olacaktır. Diğer taraftan, tüzel kişi ceza sorumluluğunun kabul edilmeyerek, bu aldatıcı görünüş nedeni ile, tüzel kişilere uygulanacak olan yaptırımların güvenlik tedbirleri veya idari para cezaları ile sınırlı tutulması tercihinin yerinde olup olmadığı anlaşılabilir. Özellikle, para cezalarının yeterince caydırıcı olması sağlanabilirse, ekonomik motivasyonla hareket ettiği farz edilen tüzel kişiler açısından idari yaptırım ile adli yaptırım olarak para cezası ile karşılaşma arasında bir fark olmayacağı değerlendirilebilir. Diğer taraftan, bu analizin sıhhatli olabilmesi için, adli yaptırımların güvenlik tedbirleri ve idari yaptırımlardan hangi açılardan farklı olduğunun, ceza hukukuna hakim ilkeler açısından failin hukuki güvenliğine ve eş zamanlı uygulanmalarına ilişkin potansiyel sorunların analizi gerekmektedir. Bu nedenle ilerleyen bölümde farklı nitelikteki yaptırım ve tedbirler arasındaki farklar ele alınacaktır.

4.13.1.1. Adli Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri

Arapça kökenli olan ceza kavramı, iyi ya da kötü “karşılık” anlamına gelir.¹¹³¹ Adli ceza kavramı, ceza kanunlarında yer alan ve tipik, hukuka aykırı ve kusurlu hareket olarak tanımlanan suç eyleminin karşılığı olan ve kanun hükmünü ihlal eden kişilere uygulanan bastırıcı nitelikte müeyyidelerdir. Bir başka ifade ile ceza, “suç teşkil eden eylemi nedeniyle suçlu hakkında yargı organlarınca hükmedilen mahkûmiyetin infazı çerçevesinde uygulanan ve ıslahı sağlamaya yönelik ızdırap verici, korkutucu ve caydırıcı müeyyidelerdir”.¹¹³² Farklı hukuk sistemlerinde cezaların ölüm cezası, adli para cezası, hapis cezası gibi farklı şekillerde belirlendiği görülmektedir.¹¹³³ Adli para cezasının TCK kapsamında

¹¹³¹ Çetin s. 11.

¹¹³² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.668.

¹¹³³ Ekinci s. 22.

tüzel kişi ceza sorumluluğunda başvurulabilecek tek adli ceza türü olduğu ileri sürülebilir.

Kuzey ülkelerinde ve Almanya’da uygulanan “gün para cezası” (*day fine*) sistemi adli para cezası olarak TCK’nın 52. maddesi ile Türk Ceza Hukuku sistemine dâhil edilmiştir. Bu sistemde suç karşılığı sabit bir gün sayısı veya gün sayısına ilişkin alt ve üst sınırlar gösterilerek kişinin günlük ekonomik kazancı ile gün sayısı çarpılarak toplam ceza hesap edilecektir.¹¹³⁴

Mevcut ceza hukuku sistemimizde tüzel kişinin ceza sorumluluğu kabul edilmediğinden, bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve bu tüzel kişinin yararına olarak bir suç işlenmesi halinde tüzel kişi bakımından adli para cezasına hükmetmek mümkün değildir.¹¹³⁵ Zira adli para cezasının tesisi ancak bir yargılama süreci sonrasında mümkün olmaktadır; cezayı tesise yetkili makam da yargı makamlarıdır.¹¹³⁶ Bu açıdan, tüzel kişinin ekonomik kazancı ile doğrudan ilişkili olan bir ceza yaptırımının uygulanması da mevcut sistemimizde karşılık bulamamaktadır.

Bir önceki bölümde de açıklandığı gibi TCK uyarınca tüzel kişinin fail sıfatını taşıması mümkün olmadığından tüzel kişi hakkında sadece madde 60’da tanımlanan “müsadere” ve “faaliyet izninin iptali” tedbirlerine başvurmak mümkündür. Suçun işlenmesine özgülenmiş veya suçtan meydana gelmiş veya kamu güvenliği, sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmak koşulu ile suçtan elde edilen, sağlanan, suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerin mülkiyetinin devlete geçirilmesi sistemi olan müsadere TCK’da bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.¹¹³⁷ Faaliyet izninin iptali tedbirine başvurulabilmesi için tüzel kişinin faaliyetini idare tarafından verilmiş olan bir ruhsat vb. izne bağlı olarak yürütmesi gereklidir. Diğer taraftan, faaliyet iznine bağlı olarak TCK’da iptal dışında bir imkan tanınmamış olması, uygulanacak olan tedbirin orantılılığı tartışmasını ortadan kaldırmaktadır. Her ne kadar

¹¹³⁴ Çetin s.45 ve 84.

¹¹³⁵ http://www.uhdigim.adalet.gov.tr/oecd/Ulusal_Mucadele/tuzel_kisilerin_sorumlulugu.html (Erişim: 03.04.2019)

¹¹³⁶ M. Özen, İdari Ceza Hukuku s. 129.

¹¹³⁷ Öztürk ve Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku s.410; Yazarlar, müsadere bir adli ceza olduğunu, güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmesinin hatalı olduğunu belirtmektedirler.

faaliyet izninin iptali tüzel kişinin varlığının son bulması anlamına gelmese de birçok durumda bu iznin iptali tüzel kişinin faaliyetinin tümüyle sona ermesi anlamına gelebilecektir.

4.13.1.2. İdari Yaptırımlar

Kamu hizmetlerinin sunumu, kamu güvenliğinin sağlanması ve planlama ve teşvik faaliyetlerinin ifası için kamu gücü ile donatılmış olan idare, sahip olduğu bu kamu gücünü kullanarak doğrudan idari yaptırım¹¹³⁸ uygulama yetkisini haizdir. İdare, yargı mercilerince tesis edilmiş olan bir karar olmaksızın, sahip olduğu bu kamu gücünü kullanarak bir idari yaptırım uygulayabilecektir. Bu yaptırım, idare hukuku usullerine göre ve bir idari işlem ile tesis edilen bir ceza olarak nitelendirilmiştir.¹¹³⁹

Anayasa Mahkemesi; “*idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalar*” olarak tanımladığı¹¹⁴⁰ idari yaptırımların ortaya çıkış gerekçesini birçok kararında; “*Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.*” ifadesiyle ortaya koymuştur.¹¹⁴¹ Tezcan’a göre de idari ceza

¹¹³⁸ İdari yaptırımlar, idareye uygulanan yaptırımlar (idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine ilişkin karşılaştığı yaptırımlar) ve idarenin uyguladığı yaptırımlar olarak tasnif edilmekle beraber bu çalışmanın konusu gereği bu bölümde yalnızca idarenin uyguladığı yaptırımlar kapsamında yer alan idarenin kamu düzeninin tesisi ve korunması amacıyla uyguladığı yaptırımlar ele alınmaktadır. Bu ayırım için bkz. Kızılyar s. 1641.

¹¹³⁹ Kızılyar s. 1643.

¹¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı 13.05.2004 Tarihli ve E:200/43, K:2004/60

¹¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi Kararı - GK, E. 2011/22 K. 2012/31 T. 1.3.2012; Anayasa Mahkemesi Kararı - GK, E. 2009/29 K. 2010/66 T. 13.5.2010

kavramı, suçların hepsine hâkim yetiştirememekten doğmuş olup cezayı tesis eden makamın farklılığı bu yaptırımın niteliğini etkilemeyecektir.¹¹⁴²

Danıştay da idari yaptırımları “*yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle verdiği kararlar*” olarak tanımlamaktadır.¹¹⁴³ Belirtmek gerekir ki; tesis edilmesi sürecinde idare hukukuna özgü kurallara tâbi olan bu cezaların uygulanması noktasında da idarenin kendi yapısına özgü araçları devreye girecektir.¹¹⁴⁴

İdari yaptırımların en çok uygulama konusu edilen türü idari para cezalarıdır.¹¹⁴⁵ İdari para cezaları, idarenin herhangi bir yargı makamı kararına ihtiyaç duymaksızın, miktarı kanunla belirlenmiş olan ve suç niteliğinde olmayan ancak idari düzene aykırı nitelikte faaliyetlerin bir yaptırımı olarak uyguladığı cezalar olarak düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu madde 16 ile kabahatler karşılığı uygulanacak cezalar arasında idari para cezaları da düzenlenmiştir. Bununla birlikte; disiplin yaptırımları, lisans ve ruhsat iptalleri, mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi farklı idari yaptırım türleri bulunmaktadır.¹¹⁴⁶

İdari yaptırımlar ile adli cezaların ayırt edilmesine ilişkin ölçütler konusunda öğretilerde farklı görüşler ve eleştiriler öne sürülmüştür. Danıştay 10. Dairesi bir kararında; ceza yaptırımı ile idari yaptırımların amaç, yaptırıma yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukuksal nitelik yönlerinden birbirlerinden farklı olduğuna hükmetmiştir. Buna göre Danıştay, bu iki yaptırım türünün koruma alanında da ayırma giderek ceza yaptırımlarının toplum düzenini korumayı amaçladığını, idari yaptırımların ise idari emir ve yasağı bozan idari düzen ihlallerini önlemeyi amaçladığını belirtmiştir. Yine ceza yaptırımlarının ancak bir ceza yargılaması sonunda suç teşkil eden eylemlerin yaptırımı olarak

¹¹⁴² Tezcan, Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar s. 24.

¹¹⁴³ Danıştay 10.Dairesi 2002/521 E. 2003/4772 K. 05.12.2003

¹¹⁴⁴ Kızılyar s. 1645.

¹¹⁴⁵ Ekinci s. 22.

¹¹⁴⁶ Ekinci s. 22.

verilecek bir karar doğrultusunda uygulanabileceğini belirten Mahkeme, idari yaptırımların uygulaması için bir yargı kararına ihtiyaç duyulmadığını belirtmiştir.¹¹⁴⁷

Sonucunda; idari cezalar idare hukuku usulleri uyarınca tesis edilirken, adli cezalar bağımsız mahkemeler tarafından ceza muhakemesinin temel güvencelerine uygun *muhakeme ve yargılama usulleri* uygulanarak verilmektedir.¹¹⁴⁸

Ceza hukuku ve muhakemesine ilişkin temel güvencelerin idari yaptırımlarda da uygulama bulacağı gerek Anayasa Mahkemesi¹¹⁴⁹ gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla kabul görmüş genel bir yaklaşımdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin iç hukuk sistemlerinde ilgili yaptırımın ne şekilde nitelendirildiğiyle bağlı olmaksızın, belirli ağırlıkta olan yaptırımların ceza olma niteliğine sahip olduğunu vurgulayarak birtakım temel ilkelerin tesis edilmesi gerektiğini belirtmektedir. İdari yaptırımın ceza olarak nitelendirilmesinin de temel ceza hukuku güvenceleri bakımından daha geniş bir koruma alanını beraberinde getirebileceği ileri sürülmüştür.¹¹⁵⁰

Diğer taraftan, bu yaptırımların idari ceza ve idari tedbir olarak ayırma tâbi tutulması, ilgili yaptırımların uygulanması sürecinde 4.14. numaralı bölümde incelenen ceza hukuku ilkelerinin uygulanabilirliği açısından tartışma yaratmaktadır. Danıştay kararlarında idari hizmetin gereği gibi işlenmesini olumsuz etkileyecek ihlaller için engelleyici ve durdurucu nitelikte olan (ruhsat iptali, faaliyeti durdurma, geçici kapatma vb.) yaptırımların ceza değil tedbir niteliğinde olduğuna hükmederek bu tarz yaptırımlar için savunma alma dâhil, temel ceza hukuku güvencelerinin uygulanmak zorunda olmadığını belirtmiştir. Bir başka ifadeyle Danıştay, AİHM ile benzer bir yaklaşım benimseyerek idari yaptırımları ceza niteliği ağır basanlar ile tedbir niteliği ağır basanlar olarak

¹¹⁴⁷ Danıştay 10.Dairesi 2002/521 E. 2003/4772 K. 05.12.2003.

¹¹⁴⁸ Ulusoy s. 46.

¹¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı - 1.B., B. 2012/731 T. 15.10.2014.

¹¹⁵⁰ Tezcan, Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar s.30.

ayrıştırılmış ve bu ayırmadan hareketle temel ceza hukuku prensiplerinin uygulanabilirliği sorununu tartışmıştır.¹¹⁵¹

4.13.1.3. Değerlendirme

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilerek işledikleri suçlara ilişkin olarak adli cezaların öngörülmesi tercihinin iki açıdan yaklaşmak gereklidir. Bunlar, aksi durumda uygulanacak olan tedbir veya idari para cezası yaptırımının yeterince caydırıcı olup olmayacağı, ikincisi ise, tedbir ya da idari para cezası yaptırımı karşısında tüzel kişinin hukuki güvenliğinin yeterince sağlanıp sağlanamayacağıdır.

Yaptırım türleri incelendiğinde, para cezası veya eşdeğeri yaptırımların, hukuki veya cezai bağlamda düzenlenmesi açısından bir fark yok gibi görülebilir. Belirlenecek olan cezanın miktarına ve şekline bağlı olarak her ikisinin de caydırıcı etkisi benzer olabilir. Bu noktada cezalandırma tercihindeki ayırt edici ayırım noktası faile tanınan hukuki koruma derecesidir.

Tüzel kişilerin suç niteliği taşıyan eylemlerinin salt güvenlik tedbiri veya idari para cezası niteliğindeki yaptırımlarla karşılanması caydırıcılık açısından yeterli olamamaktadır. Bu kanaatin oluşumunun arkasındaki neden ise, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanmasındaki pratik zorluk – ki bugüne kadar TCK madde 60’ın herhangi bir tüzel kişiye uygulandığına ilişkin örneğe rastlanmamıştır – idari cezaların ise eylemden edinilen ekonomik menfaatlerin karşısında çoğunlukla anlamsız kalmasıdır.

Adli ve idari yaptırımlar karşılaştırıldığında, eğer idari yaptırım tedbir niteliğinde değil ise ekonomik etkileri açısından aralarındaki farkların ortadan kaldırılması mümkün görünmektedir. Diğer taraftan bir ceza yargılaması sonunda tesis edilecek olan adli yaptırımın “damgalama” etkisinin tüzel kişi açısından cezanın caydırıcılığını arttıracak şekilde öngörülebilir.¹¹⁵²

¹¹⁵¹ Ulusoy s. 20-21.

¹¹⁵² Khanna s.1491.

Caydırıcılık etkisi açısından, bir yargı süreci ile muhattap olmak ile idari bir yaptırım ile karşı karşıya kalmak arasında da ciddi farklar bulunmaktadır. Kovuşturma aşamasında gizlilik kararı alınmadıkça, yargılama aleni yapılacaktır. Tüzel kişiler açısından marka itibarının ve ticari güvenilirliğin çok önem arz ettiği bir ortamda, bir kovuşturma süreci ile karşı karşıya gelmekten kaçınılacağı öngörülebilir.

Bunların yanında, tüzel kişilerin muhattap oldukları cezaların ve yaptırımların şeffaflaştırılması caydırıcılık etkisini arttıracaktır. Yaptırımların şeffaflığının sağlanması için hükmün tirajı yüksek basılı ya da dijital gazetelerde ilanına karar verilmesi yönünde düzenlemelerin yapılması da önerilmektedir.

4.14.

T

üzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Kabulünde Ceza Hukukuna Hakim İlkelerin Uygulanması Sorunu

Buna göre bu koruma alanı kapsamında; idari yaptırımlara tâbi olan özneler için usulüne uygun bir soruşturma yapılması ve savunmanın alınması, bağımsız ve tarafsız bir hâkim önünde kanun yoluna başvuru hakkına sahip olunması¹¹⁵³, ihlal teşkil eden eylemin kanuni bir düzenleme ile somut olarak belirlenmiş olması, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması, sürecin masumiyet karinesine ve şahsilik ilkesine uygun yürütülmesi ve *non bis in idem* – mükerrer cezalandırma yasağının uygulanması gerekliliği öğretide inceleme konusu edilmiş temel ilkeler arasındadır.¹¹⁵⁴

Bu bölümde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, mükerrer cezalandırma yasağı, masumiyet karinesi ve *nemo tenetur* - kişinin kendi aleyhine beyanda

¹¹⁵³ Anayasa Mahkemesi, idari yaptırımlara karşı itirazların bir ay içinde dosya üzerinden inceleneceği ve bunun üzerine verilecek kararların kesin olacağına ilişkin kanun düzenlemesini 1.10.1991 Tarihli ve 1990/40 E, 1991/33 K. sayılı kararı ile adil yargılanma hakkına aykırı bularak iptal etmiştir. Tezcan, Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar s.30.

¹¹⁵⁴ Tezcan, Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar s.30; Ulusoy s.48-139.

bulunmama ayrıcalığı -, non bis in idem – mükerrer cezalandırma yasağı konuları özel olarak tüzel kişinin ceza sorumluluğu kapsamında inceleme konusu yapılacaktır.

4.14.1. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Bu ilke kapsamında, suç oluşturan eylemler için belirlenen cezaların türlerinin ve miktarlarının kanunla belirlenmesi zorunludur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesinin devamı niteliğindedir.

İdari cezalar için de bu ilkenin geçerliliği kabul gören temel bir ilke halini almıştır. Nitekim Kabahatler Kanunu 4. maddesinde de hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunlarla belirlenmesi ya da bunlara ilişkin çerçeve bir hüküm çizilerek içeriğinin idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulması gerektiği düzenlenmiştir.¹¹⁵⁵

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) ilkesi doğrultusunda tüzel kişilerin sorumluluğunun nasıl doğabileceği tartışma konusu edilmiştir. Bu ilke uyarınca tüzel kişinin suçun faili olarak cezalandırılabilmesi için, kanunlarda açıkça tüzel kişilerin cezalandırılacağı suç tipleri ayrı ayrı belirtilmeli ve bu suçların işlenmesi üzerine tüzel kişilerin tâbi olacağı cezai yaptırımlar açıkça düzenlenmelidir. Her ne kadar TCK'nın 20. maddesinde tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanamayacağı düzenlenmişse de bu hüküm Anayasa'nın 38. maddesi ile bir arada değerlendirilerek tüzel kişiler hakkında kanunsuz suç ve güvenlik tedbiri de olmayacaktır sonucuna ulaşılmalıdır. Nitekim TCK 60. maddesinde düzenleme konusu edilen güvenlik tedbirleri dışında da *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* ve *kıyas yasağı* ilkesinin bir gereği olarak kıyas yolu ile başka bir güvenlik tedbiri uygulamasının da mümkün olmayacağı belirtilmiştir.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁵ Ulusoy s.86.

¹¹⁵⁶ Alsharo s. 61-62.

4.14.2. Nemo Tenetur (Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi)

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı şeklinde açıklanan *nemo tenetur* ilkesi, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrası ile güvence altına alınmıştır. Ceza muhakemesi kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma kendi aleyhine beyan ve delil vermeme hakkını içeren bu güvence, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.¹¹⁵⁷

Özellikle şirketler için, adil yargılanma hakkının birçok etkeninin uygulanabilirliği kabul edilmişken, susma hakkı ve kendi aleyhine beyanda bulunmama ayrıcalığı gibi araçların uygulanabilirliği konusunda dünya uygulamalarında görüş birliği mevcut değildir.

Amerikan Hukuku'nun bu konuya yaklaşımı oldukça açıktır, Amerikan Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) kendi aleyhine beyanda bulunmama ayrıcalığının sadece kişisel bir ayrıcalık olduğuna değinmiş ve bu hakkın bir kuruluş-şirket adına çalışanlar ya da temsilcileri tarafından kullanılmayacağına hükmetmiştir.¹¹⁵⁸ *Hale v Henkel* kararı ile tesis edilen bu yaklaşım sonraki kararlarda da tekrar edilmiş ve Mahkeme kendi aleyhine beyanda bulunmama ilkesinin tüzel kişiler için uygulanabilir nitelikte olmadığını belirterek bu uygulamanın şirketlerin uzantısı olan ortaklıklar ve birlikler için de geçerli olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁵⁹ Avusturalya Yüksek Mahkemesi de '*Environment Protection Authority v Caltex Refining Co Pty Ltd*' davası kapsamında özellikle ekonomik suçlar noktasında bir kuruluşa ait olan defter ve kayıtların onun ticari faaliyetlerine ilişkin temel delil niteliği taşıdığını ve bu kuruluşlara ait belgeler sunulmaksızın ekonomik suçların tespit edilmesinin ve yaptırıma tâbi

¹¹⁵⁷ Ç. K. Aydın s. 172-173.

¹¹⁵⁸ OECD Insights – Debate The Issues – A corporate right to silence and privilege against self-incrimination? Nov 25, 2016 (Access Date: 5/31/2018) (<http://oecdinsights.org/2016/11/25/a-corporate-right-to-silence-and-privilege-against-self-incrimination/>).

¹¹⁵⁹ Henning, Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions s. 826.

tutulmasının mümkün olmadığını vurgulayarak kuruluşların bu ilke korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir.¹¹⁶⁰

AB 2016/343 numaralı direktifi kapsamında susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi düzenleme bulmuşsa da tüzel kişiliklerin bu hakların koruma kapsamı dışında oldukları da açıkça belirtilmiştir.

AB Adalet Divanı ise rekabetin ihlali kapsamında yaptığı bir değerlendirmede şirketlerin, Avrupa Komisyonu kararına istinaden teslim edilmesi gereken belgeleri, kendileri aleyhine beyanda bulunuyor olsalar dahi teslim etmeleri gerektiğini belirtmiş ve şirketlerin rekabeti ihlal ettiklerini beyan etmelerini talep eden sorular dışındaki soruları cevapsız bırakamayacağına karar vermiştir.¹¹⁶¹

Bu noktada tüzel kişinin ceza sorumluluğunu kabul eden Amerika ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde, ceza muhakemesi ilkelerine göre yargılama sürecinin bir parçası olan tüzel kişilerin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı tartışılırken; tüzel kişinin ceza sorumluluğunu kabul etmeyen Türkiye ve Almanya gibi ülkelerde ise uygulanan idari yaptırımlara ya da güvenlik tedbirlerine ilişkin bu ilkenin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmaktadır.¹¹⁶²

Türk hukukunda tüzel kişiler açısından bu tartışmaların özellikle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca talep edilen bilgi ve belgelerin verilmemesi durumunda bir ceza yaptırımının öngörülmesi noktasında şekillendiği görülmektedir. Bir görüşe göre; bilgi ve belge vermeme anayasal bir hak olan kendini ya da yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesi kapsamında ise bu durum Bankacılık Kanunu uyarınca suç oluşturmayacaktır. Ancak bu görüşe karşı bir yaklaşım da, susma hakkının uygulanmasının söz konusu olabilmesi için kişiye isnat edilmiş bir suç olması gerektiği şartına vurgu

¹¹⁶⁰ Hocking ve Leigh s. 75.

¹¹⁶¹ OECD Insights – Debate The Issues – A corporate right to silence and privilege against self-incrimination? Nov 25, 2016 (Access Date: 5/31/2018) (<http://oecdinsights.org/2016/11/25/a-corporate-right-to-silence-and-privilege-against-self-incrimination/>).

¹¹⁶² İtişgen s. 100-101.

yaparak bir suç isnadının mevcut olmadığı Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesi yaptırımları sürecinde susma hakkının kullanılamayacağı yönündedir.¹¹⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulanan yaptırımın nitelendirilmesi konusunda taraf devletlerin iç hukuklarının nitelemeleriyle bağlı olmadığı ve "suç isnadı" kavramını daha geniş yorumladığı görülmektedir. Mahkeme, iç hukukta idarî yaptırım olarak kabul edilse de bir yaptırımı cezai yaptırım olarak değerlendirebilmekte ve âdil yargılanma hakkı çerçevesinde ele alabilmektedir.¹¹⁶⁴ Ancak Mahkeme'nin, *nemo tenetur* ilkesinin idarenin incelenmesinden kaçınma amacı ile yapılan eylemlere izin vermeyecek şekilde yorumlanması gerektiğini belirten kararları da mevcuttur.¹¹⁶⁵ Bu noktada, idari denetimin amacının bir suç isnadını bünyesinde taşıması halinde, susma hakkını kullanan kişiye zorlayıcı nitelikte herhangi bir idari veya cezai yaptırım uygulanmasının, Anayasa madde 38/5 kapsamında susma hakkının ihlal edildiği anlamına geleceği belirtilmektedir.¹¹⁶⁶ Zira Anayasa'nın 38. maddesinde susma hakkının kapsamına ilişkin bir nitelemeye bulunulmuş olmayıp, susma hakkının kullanılması suretiyle ilgili belge ve bilgi taleplerinin cevaplanmaması durumunun ağır yaptırımlara bağlandığı kanun hükümleri de Anayasa madde 38'e aykırılık teşkil edecektir. Ancak, burada her türlü susma halinin anayasal bağlamda korunacağını ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Defter ve kayıtları gizlemenin "vergi kaçakçılığı" olarak kabul edildiği ve karşılığında 18 ay ile 3 yıl arasında hapis cezasının öngörüldüğü 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 359/a-2 maddesi kapsamında inceleme yapan Anayasa Mahkemesi "*Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç*

¹¹⁶³ Kağıtçıoğlu s.124.

¹¹⁶⁴ Kağıtçıoğlu s.123.

¹¹⁶⁵ Allen/Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002.

¹¹⁶⁶ Kağıtçıoğlu s.123.

oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez” şeklinde hüküm kurmuştur.¹¹⁶⁷

4.14.3. Non bis in idem (Mükerrer Cezalandırma Yasağı)

Bir kimsenin suç oluşturan aynı fiilden dolayı birden fazla kez yargılanamayacağı ve birden fazla kez cezalandırılmayacağı anlamına gelen ve ceza muhakemesi usulünün en temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen bu ilkenin idari cezalar bakımından uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre aynı fiil nedeniyle kişiye birden fazla idari ceza verilmesi kural olarak mümkün değildir.¹¹⁶⁸ Ancak bu bölüm altında yapılan idari ceza ve idari tedbir ayırımından hareketle bu başlık altında inceleme yapılmalıdır; zira aynı fiil nedeniyle hem idari ceza uygulaması hem de idari tedbir uygulaması, idari tedbirler teorik anlamda ceza olarak nitelendirilmediğinden bu ilkeye aykırılık teşkil etmeyecektir.¹¹⁶⁹ Bu durum Kabahatler Kanunu 15. madde düzenlemesi ile de doğrulanmaktadır. İlgili madde uyarınca bir fiil nedeniyle iki ayrı idari para cezası öngörülmüşse en ağır olan para cezasının uygulanacağı belirtilmişse de, idari para cezası ile başka bir idari yaptırımın uygulanması öngörülmüşse bu yaptırımların her birinin uygulanacağı belirtilmiştir.

İlkenin tüzel kişinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi noktasında, yargı uygulamaları göstermektedir ki tüzel kişiliğe aynı fiilleri nedeniyle iki ayrı türde yaptırım uygulanması *non bis in idem* ilkesinin açık ihlali niteliğinde

¹¹⁶⁷ Küçük s. 198.

¹¹⁶⁸ Aynı suçtan dolayı hem disiplin cezası hem de regülatif ceza ya da kabahat cezası uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ulusoy s.113.

¹¹⁶⁹ Ulusoy s.111; Ekinci s. 46.

olacaktır.¹¹⁷⁰ Ancak tüzel kişiler yararına gerçek kişiler tarafından işlenen aynı fiilden dolayı tüzel kişiler hakkında idari yaptırım uygulanırken gerçek kişiler hakkında hükmedilecek olan cezaya bağlı bir güvenlik tedbiri uygulanması halinde mükerrer bir cezadan söz edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Tüzel kişilik ve bu kişi menfaatine hareket eden gerçek kişinin birlikte yaptırıma tabi tutulması ile ilgili olarak, her ikisinin farklı kişilikler olması sebebiyle, hem gerçek kişiye hem de tüzel kişiye ayrı yaptırımlar uygulanması *non bis in idem* ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Danıştay ilgili kararında¹¹⁷¹; “... bir fiil hem suç, hem de kabahat olarak tanımlanıyorsa yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği ileri sürülmüşse de, ceza kovuşturmasının şirket yetkilisi gerçek şahıslar, rekabet soruşturmasının ise tüzel kişiler açısından yürütüldüğü, bu nedenle fail noktasında nitelikten söz edilemeyeceğinden mevcut durumun mükerrer cezalandırmaya yol açmayacağı açık olduğundan, bu iddia ve davacı şirketin iddiaları geçerli görülmemiştir” kararına hükmetmiştir.¹¹⁷²

4.14.4. Değerlendirme

TCK kapsamında ceza sorumluluğu öngörülme-yen tüzel kişiler hakkında uygulanacak idari yaptırımların, ceza hukukunun tüm temel güvencelerinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanma ihtimalini gözeterek kovuşturmaya katılabilecek olan tüzel kişinin

¹¹⁷⁰ Ulusoy s. 114.

¹¹⁷¹ Danıştay 13. Dairesi 30.05.2013 E:2009/3218 K: 2013/1632 sayılı kararı.

¹¹⁷² Akkurt ve Javadkhani s.48; 1997 TCK tasarısında ve 2000 Ceza Kanunu Ön Tasarısında yer alan tüzel kişinin menfaatine suç işleyen gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de sorumlu tutulacağına ilişkin düzenleme öğretide sorumlulukların kaynaşması olarak adlandırılmış ve bu düzenlemenin bir maddi olaydan iki ayrı kamu davası ve sanık çıkacağı gerekçesiyle *non bis in idem* kuralına aykırı olduğu öne sürülmüştür. Bkz: Yarsuvat, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu s. 916; M. Özen, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış s.84.

kendisinden talep edilen bilgi ve belgeyi ne ölçüde sunmak zorunda olduğu tartışma yaratmaya müsaittir.

İdari yaptırımlar açısından, adil yargılanma hakkının kalbi niteliğinde olan savunma hakkının etkili kullanımının net bir şekilde sağlanmadığı görülmektedir. Bu çerçevede, ceza sorumlulukları kabul edilmeyen ve sonucunda cezai yaptırımlarla değil idari yaptırımlarla karşılaşan tüzel kişilere, herhangi bir gerçek kişi hakkında fail hakkında hüküm kurulmasına gerek olmadan idari para cezası verilmesi mümkündür. TCK madde 60 tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanmasını bir gerçek aleyhine hüküm kurulmasına bağlarken, Kabahatler Kanunu madde 43/a kapsamında böyle bir koşulun öngörülmemiş olması da kendi içinde çelişkilidir. Ayrıca 43/A ikinci fıkrası uyarınca öngörülen idari para cezasına karar vermeye ilgili suç hakkında yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkili kabul edilmiştir. Pratikte aynı suça bağlı olarak tüzel kişi açısından farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Herhangi bir sanık hakkında hüküm kurulmaz ise güvenlik tedbiri uygulanamayacak olmasına rağmen, mahkeme teorik olarak Kabahatler Kanunu'na dayanarak idari para cezası verebilecektir.

Kanaatimce, 2000 TCK tasarısında olduğu gibi ceza hukuku sistemimiz tüzel kişinin ceza sorumluluğunu kabul edecek şekilde yeniden düzenlenmeli, tüzel kişilere uygulanacak tüm yaptırımlar güvenlik tedbiri başlığı altında değil, cezai bir yaptırım olarak kanun kapsamına dâhil edilmelidir. Böylece tüzel kişilerin ceza hukukunun temel ilkelerinin sağladığı koruma ve güvencelerden tam ve eksiksiz olarak yararlanmaları sağlanmalıdır.

SONUÇ

Uluslararası alanda rüşvetle mücadelenin, Amerika'nın başını çektiği Batı dünyasının gelişmiş ülkelerinin güçlü ahlaki duruşunun eseri mi yoksa emperyalizmin modernist bir uzantısı mı olduğu hususu, konuya dair güçlü bir ahlaki tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki, kaynağında bir kültürel emperyalizm ve dayatmacı tavır dahi olsa, özel olarak rüşvet ve genel olarak yolsuzlukla mücadelenin toplum refahına yaptığı olumlu katkı yadsınamaz bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yolsuzlukla mücadele meselesinin kaynağına dair ahlaki tartışmalardan çok, topluma zarar veren hukuksuzlukları önleme gayesine odaklanmak gerekmektedir. Bu çalışmanın gayesi ise önceki bölümlerinde de bahsedildiği gibi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun, topluma zarar veren hukuksuzlukları önlemekte etkin bir araç olarak kullanılması zorunluluğunu ortaya koymaktır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili küresel gelişmeler, tüzel kişilerin çok uluslu karmaşık yapılanmaları da dikkate alındığında, tüzel kişileri daha etkin, caydırıcı mekanizmalarla soruşturma ve kovuşturma usulüne tâbi tutma ihtiyacının artmakta olduğu görülmektedir. Bu nedenle, geçmişte tüzel kişi ceza sorumluluğunu kabul etmemiş olan ülkeler dahi zaman içinde teorik tartışmaları bir kenara bırakarak, tüzel kişi ceza sorumluluğunu kabul etme eğilimi sergilemektedirler.

Rüşvet suçu ve tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili olarak ceza sorumluluğunun şahsiliğini ilkeselleştiren Anayasa'nın 20. maddesi, eTCK ve TCK'nın hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkatle incelendiğinde, Türk Hukuku'nda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulünde bir engel bulunmamaktadır. Bu çerçevede teorik tartışmaları arka planda tutarak TCK madde 60 ve madde 252'de kapsamlı bir revizyona gidilmesi gerekmektedir. Şüphesiz, tüzel kişilere etkin yaptırımların uygulanması, şirket temsilci ve organlarının suç işlemekten kaçınmalarını sağlayacaktır. Zira gerçek ve tüzel kişiler açısından uygulanacak olan cezaların etkisi farklıdır; gerçek kişiler açısından suçun tekrar işlenmesini engelleme fonksiyonuna hizmet eden cezalar, tüzel kişi açısından ancak caydırıcı olduğu ölçüde önleme amacına hizmet

edebilecektir. Dolayısıyla cezaların caydırıcı olması tüzel kişiler adına iş gören kişilerin daha dikkatli olmalarını sağlayacaktır.

Türkiye'nin rüşvetle mücadele kapsamında tüzel kişi ceza sorumluluğu ile ilgili olarak uluslararası uygulamalara paralellik sağlayan etkin soruşturma ve kovuşturma mekanizmaları kurması ve bir an önce uygulamaya geçirmesi bir zorunluluk halini almıştır. Aksi halde, Türkiye OECD nezdinde yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir. Dünya'nın en büyük ekonomileri arasına girme ülküsü ile yönetilen Türkiye'nin, daha şeffaf, etkin ve caydırıcı bir ceza hukuku sistemine geçiş yapmamasının, politik olduğu kadar ekonomik bedelleri de bulunmaktadır. Güvenli bir yatırım ortamının ve adil rekabet piyasasının vazgeçilmez koşulu olan bağımsız yargının mutlaka işlerlik kazanması gereklidir.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesi zihinlerde somutlaşması oldukça güç bir meseledir. Örneğin, bir şirketin cinayet işlemesi ve dolayısı ile de insan öldürme suçunun faili olması halini zihinde canlandırmak imkânsızdır. Diğer taraftan, kanunların ve idari düzenlemelerin açık hükümlerine aykırı bir şekilde, iş güvenliğine ilişkin kurallara aykırı çalışma koşullarında işçi çalıştıran bir işletmenin, bir iş kazası sonunda vefat eden işçinin ölümü nedeni ile kasten veya taksirli insan öldürme suçundan mahkûm edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda sadece, yönetim kurullarının talimatlarını yerine getiren şirket yöneticilerinin şahsi ceza sorumluluğuyla veya tazminat müessesesiyle yetinmek kamu vicdanını da tatmin etmeyecektir. Verilecek hükümle şirketi hapse mahkûm etmek mümkün olmayacağı için, bu mahkûmiyetin tüzel kişinin niteliğine uygun türde bir mahkumiyet olması gerektiği de açıktır. Bu örnekten de görüleceği üzere, mevcut uygulamada şirketin ve hissedarlarının menfaatlerinin, bir kişinin yaşam hakkının önüne geçtiği bir hukuki durum söz konusudur. Bu sebeple mevcut düzende adaletten ya da hukuk güvenliğinden bahsedilmesi olanaksızdır.

Çalışmamın genelinde tüzel kişilerin, gerçek kişiler ile aynı statü içinde değerlendirildiği birçok alanın varlığına rağmen ceza sorumluluklarının bulunmadığına ilişkin yaygın kanı sıkça eleştirilmiştir. Zira tüzel kişinin malvarlığına sahip olabileceği, bir husumetin tarafı olabileceği ve dava

ehliyetinin bulunduğu kabul görmüşken, hatta tüzel kişiliğin manevi haklarından ve bunlardan kaynaklanabilecek tazminat taleplerine dahi hukuk sistemimizde yer verilmişken ceza sorumluluklarının bulunamayacağını ileri sürmek hukuk mantığı ile çelişmektedir. Zira tüzel kişilerin, faaliyetlerini bizzat hangi usul ve esaslar çerçevesinde yürüteceğini belirleyerek şahsi hak ve ehliyetlerini tanımlayan bir hukuk sistemi, yasalara uygun olmayan davranışlarından ötürü bizzat tüzel kişiliğin kendisini cezalandırabilmelidir. Bu noktada tüzel kişiliğin ceza sorumluluğuna duyulan ihtiyaç karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma açısından tüzel kişi ceza sorumluluğu, rüşvetle mücadelede etkin bir araç olarak sunulmuş ve değerlendirilmiştir. Özel olarak rüşvet ve genel olarak yolsuzlukla mücadele konusunda, mevzuatımızda ve uygulamamızdaki tek noksan pek tabiidir ki tüzel kişi ceza sorumluluğu değildir. Fakat tüzel kişi ceza sorumluluğu dünyada yolsuzlukla mücadelenin sac ayaklarından biri olarak kabul ve muamele görmektedir. Türkiye'nin de yolsuzlukla mücadele konusunda gelişmiş ülkelerle aynı seviyede olması gerektiği aşikârdır. Yolsuzluk hemen her dönemde dünyanın her yerinde az veya çok ancak mutlaka rastlanılan bir olgudur. Bu sebeple yolsuzlukla mücadelede maksat, yolsuzluğun sona erdirilmesinden ziyade yaygınlaşmasının ve tabiri caizse teamül haline dönüşmesinin önüne geçmek, halkın kamuya ve hukuka duyduğu güvenin sarsılmasını engellemektir. Bu noktada normatif düzenlemelerin önemi olduğu kadar, uygulamanın ve toplumdaki algının da önemi bulunmaktadır. Zira normatif düzenlemeleri eksiksiz bir ülkede dahi yolsuzluk görülebiliyor ise, sorunu normdan çok uygulamada ve toplumsal algıda aramak gerekecektir. Bu sebeple, rüşvetle ve yolsuzlukla mücadelede normatif değişiklik önerilerinden önce uygulama ve toplumsal algının dönüşümü için katkı sağlayabilecek öneriler üretmek sorunun çözümüne büyük katkı sağlayacaktır. Tarafsız habercilik anlayışının yaygınlaştırılması, bu doğrultuda basın özgürleştirilmesi, meslek örgütleri ve sivil toplum kuruluşlarının düzenleyebileceği farkındalık etkinliklerinin yaygınlaştırılması, dernekler üzerinden özel sektörde konuyla ilgili farkındalığın yaygınlaştırılması, yolsuzluğun ve rüşvetin yıkıcı sonuçlarının istatistikler ile somutlaştırılarak topluma izah edilmesi, meclis üyeleri ile hâkim savcılarının da dâhil olduğu kamu görevlilerine ve buna ilaveten tüm siyasi parti üyelerine yolsuzluk farkındalığı eğitimlerinin verilmesi ve

benzeri etkinlikler uygulama ve toplumsal algının dönüşümü için atılabilecek adımların başlıcalarıdır. Ancak tüm bu anılan adımlar atılsa dahi, etkinliği olmayan bir mevzuat yolsuzluk ve rüşvetle mücadeleyi imkânsız hale getirecektir. İşte bu noktada mevzuatımızın da taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalara ve bu konuda çalışarak ortak bilgi ve deneyim üreten uluslararası kurumların tavsiyelerine paralel şekilde revize edilmesi gerekmektedir.

Tüzel kişilerin suç işleme amacı güden gerçek kişilerin aracı haline gelmemesi ve tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenerek işlenebilecek suçların engellenmesi için tüzel kişilerin nitelik ve yapılarına uygun cezalar belirlenmesi gereklidir. Bu doğrultuda TCK madde 20 ve Anayasa madde 38 ile düzenleme altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bir engel olarak görülmemelidir. Rüşvet suçunun düzenlenmesi konusunda, aktif ve pasif rüşvet konusundaki teorik tartışmaların da dikkate alınması suretiyle alan ve veren taraf açısından rüşvetin farklı maddelerde düzenlenmesinin terk edilmesi isabetli olmuştur. Fakat bu da sorunla mücadelede tek başına yeterli olmamaktadır.

Çalışma boyunca ortaya konulmuş olduğu üzere, 5237 Sayılı TCK madde 252, üyesi olduğumuz uluslararası örgütlerin de eleştirileri nedeni ile birçok kez değişikliğe uğramış, Kabahatler Kanunu gibi ilgili mevzuatlarda bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu mevzuat değişikliklerinin ise karşılanması hedeflenen bu eleştiriler tüm boyutlarıyla ve yeterince değerlendirilmeden yapılmış olduğu gözlenmektedir. Bu değişiklikler sonucunda madde 252 tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmalara tam uyumu yakalayamadığı gibi, farklı failer açısından tipiklik noktasında farklılıklar içeren ve anlaşılması güç bir hal almıştır. Bu nedenle, madde 252'nin yeniden ele alınarak, geçmiş ve mevcut tüm eleştirilerin yeniden gözden geçirilmesi ile yeniden kaleme alınması zorunludur. Bu kapsamda, tek bir maddede altında düzenlenen “rüşvet” ve “özel sektörde rüşvet” ve “yabancı kamu görevlisine rüşvet” fiillerinin ayrıştırılarak farklı maddeler kapsamında düzenlenmesi kanunilik ve belirlilik ilkeleri açısından gerekli görülmektedir.

Mevzuatımızda yapılması gereken değişiklikler yalnızca 5237 Sayılı TCK ile sınırlı da değildir. Örneğin, 3628 sayılı kanunda, mal bildirimlerine şeffaflık getirilmesi gerektiği aşikârdır. Daha açık izah etmek gerekirse, karar

verici veya pozisyonu sebebiyle rüşvet alan konumunda olabilecek kamu görevlilerinin düzenli olarak mal bildiriminde bulunmasını, yaşam standartlarının, gelir ve giderlerinin, aldığı ve kendisini verene karşı bir yükümlülük altına sokabilecek hediyelerin dahi denetlenmesini temin edecek bir düzenleme ihtiyacı vardır. Bu ihtiyacın giderilmesi sırasında kurulacak denetim mekanizmasının mutlaka kamunun erişimine açık şekilde kurgulanması ve bağımsız bir organ tarafından işletilmesi gerekmektedir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde de değinildiği üzere, rüşvet suçu ile mücadelede caydırıcılığı nazara alındığında önemli bir araç olarak görülmesi gereken basın organları etkin şekilde kullanılmalıdır. Zira gerçek veya tüzel her kişi için saygınlığın yitirilmesi caydırıcı bir risktir. Bu nedenle basın organlarının rüşvet suçuyla mücadelede, suça karıştığı tespit edilen kişilerin ve suç teşkil eden eylemlerin kamuoyu ile paylaşılması oldukça önemlidir.

Rüşvetle mücadele perspektifinden tüzel kişi sorumluluğu noktasında önem arz eden bir başka husus suçtan elde edilen menfaatin geri alınmasına etkinlik kazandırılması meselesidir. Bu konuda aşama kaydetmek, mevcut TCK'daki müsadere hükümlerinin revizyonu ile mümkün olabilecektir.

Tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların ise, faaliyetin durdurulması ve izin iptalleri gibi yaptırımların dışında, suça iştirak eden tüzel kişilik temsilcileri hakkında devlet ihalelerinden yasaklanma, yönetici olamama, tacir sıfatını taşıyamama ve çek defteri alamama gibi ceza hukukunun genel önleme ve özel önleme prensiplerini tatmin edecek yaptırımlar uygulanması caydırıcı olacaktır. Bu yaptırımlara ilaveten, koruyucu ve önleyici bir takım tedbirleri de tüzel kişiler açısından uygulamaya almak gereklidir. Bu kapsamda yapılması gereken, tüzel kişilerin kurumsal yönetimlerine şeffaflık kazandırılması, SPK mevzuatına tabi tüzel kişilere ilişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri esas alınarak, tüm şirketler açısından bağlayıcı olacak kurumsal yönetim ilkelerinin oluşturulması ve rüşvetle mücadele konusunda tüzel kişilerin alması gereken iç tedbirlerin mevzuat uyarınca belirtilecek usul ve esaslara uygun olmasını temin etmektir. Şirketlerin iç düzenlemelerinin mevzuatta nasıl tanımlanabileceği ile ilgili UKBA örneğini etüd etmek ve başarılı bir örnek olması hasebiyle bu örneği dikkate almak doğru bir metod olacaktır. Daha açık izah edersek, ihbarcıların

teşvikine imkân verecek bir sistem kurulması, uzlaşma hükümlerinin rüşvet suçuna özgü bir uzlaşma mekanizmasına evrilmesi gibi revizyonlar rüşvetle mücadele çabasına büyük destek verecektir. Buna ilaveten TCK 20. maddenin son fıkrasının kaldırılması ve tüzel kişi ceza sorumluluğunun önündeki “yorum” engeline son verilmesi, TCK 60. maddenin gerçek kişi fail bulunamadığında tüzel kişilik hakkında hüküm kurulmasına imkân verecek şekilde değiştirilmesi ceza kanunumuzda yapılması gereken önemli revizyonlardandır.

TCK madde 60 yeniden ele alınırken, AK Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi madde 18’in dili benimsenerek (i) tüzel kişinin çıkarları doğrultusunda, (ii) o tüzel kişilikte etkili bir konumda bulunan herhangi bir gerçek kişi tarafından, (iii) kişisel ya da tüzel kişiliğin uzvunun bir parçası olarak, (iv) yetkisine dayanarak işlenmesi ve (v) böyle bir tüzel kişinin yukarıda zikredilen suçlara tahrik veya teşvik etmek suretiyle iştirak etmesi halinde adli cezalarla karşılanan bir suç tipi oluşturulması gerekmektedir. Bu kapsamda (i) tüzel kişiliği temsil etme; ya da (ii) tüzel kişilik adına karar alma; ya da, (iii) tüzel kişilikte denetim icra etme yetkisini haiz olanların rüşvet fiillerinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi, kurumsal yönetime katılanların daha dikkatli ve sorumluluk bilinci ile hareket etmelerini sağlayacaktır. Ayrıca, suç bir tüzel kişinin bahsedilen gerçek kişilerin üzerindeki gözetim ve kontrol eksikliği nedeniyle kendisi adına ve onun emir, talimat veya gözetimindeki bir gerçek kişi tarafından işlenir ise, bu durumda da yönetim ve denetimden sorumlu kişilerin, tüzel kişiye uygulanacak olan cezanın belli bir miktarı ile sorumlu tutulması değerlendirilmelidir.

Rüşvet suçunun sabit olması halinde, hem ilgili tüzel kişinin, hem de gerçek kişi fail hakkında verilmiş olan hükmün kamu tarafından erişilebilir bir platformda yayınlanması, faillerin bir kez daha herhangi bir ticari faaliyette bulunmaktan men edilmesi ve fiilin ağırlığına göre suça iştirak edenlerin de benzer yaptırımlarla muhattap edilmesine ilişkin bir düzenleme cezaların caydırıcılığını arttıracaktır.

Türk Hukuku açısından tüzel kişi ceza sorumluluğunun kabulü önerilmekle birlikte, bu kabulün ceza hukukunun tüm uygulama sorunlarını çözmeyeceği ortadadır. Özellikle, 5237 sayılı TCK’nın “kamu faaliyeti” ve

“kamu görevlisi” tanımlarının netleştirilmesi gereklidir. Bu netleştirmenin odağında, tüm toplumun faydalandığı ve devlet tarafından finanse edilen ya da finansmanına devletin de ortak olduğu her türlü faaliyeti yürüten kurumları ve bu kurumların karar mekanizmalarında yer alan her türlü kişiyi kapsama gayesi olmalıdır. Özellikle, kamu iştiraklerinin ve kamu kurumlarının eylemlerinin sonucunda ortaya çıkabilecek olan ceza sorumluluklarının nasıl ele alınacağı, uygulanacak olan cezai yaptırımların nasıl belirleneceği ve infaz edileceği ile ilgili sorunlar, çözüm bekleyen yeni sorunlar olarak karşımıza çıkacaktır.

Kamu sektöründe rüşvetin suç olarak düzenlenmesi çalışmasına paralel olarak, özel sektörde rüşvet suçunun da yeniden gündeme alınması ve uluslararası antlaşmalar ışığında, farklı ülke uygulamaları örnek alınarak, yukarıda da ifade edildiği gibi, ayrı bir madde şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmektedir.

Bugünün teknolojik, ekonomik ve kültürel atmosferi şirketlerin evrim sürecini tartışmasız şekilde hızlandırmaktadır. Artık bireylerden bağımsız, yapay zekaların yönetiminde pay almaya başladığı kompleks ve çok uluslu şirket yapıları ile karşı karşıya olduğumuz yadsınamaz bir olgudur. Her geçen gün daha anlaşılabilir ve karmaşık hale gelen siyaset, medya, ekonomik güçlerin işbirliği, eğer evrensel doğrulara ulaşabilmek için kullanılmazsa, gelecekte çözülmesi çok daha zor sorunlarla karşılaşacağımız şimdiden öngörülebilir niteliktedir. Suç ve suçluların da aynı hızda daha karmaşık yapılar haline dönüştüğü, farklı suç araçları kullandıkları, liberal ekonominin kurumlarını etkin şekilde kullandıkları ve bunlar ile geçmiş düzene hitap eden düzenlemeler vasıtasıyla mücadele edilemeyeceği gerçeği karşısında ceza hukukunun da kendi etkinliğini gözden geçirmesi zorunludur. Bugün uluslararası uygulamalar incelendiğinde gelecek yıllarda, gelişmiş ekonomik düzen içinde bir rol almak isteyen ülkelerin, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemek gibi bir seçeneğinin kalmayacağı rahatlıkla söylenebilir. Bu çalışma ile küresel ölçekli teknolojik, ekonomik ve hukuki gelişmeleri ağır aksak izleyen hukuk düzenimizin, artık yeni bir yaklaşım benimsemesinin ve tüzel kişilerin faaliyetlerinin daha etkin hukuki kurumlarla düzenlenmesi, denetlenmesi ve hukuka aykırı eylemlerinin ceza hukukunun en güçlü yaptırım mekanizmaları ile müeyyidelendirilmesinin gerekli olduğu savunulmaktadır.



EKLER

TABLO 1 – 5237 Sayılı TCK md. 252 Değişiklikleri

A – 5237 Sayılı Kanun’un md. 252’sinin 5918 ile değiştirilmiş hali karşılaştırması

5237 Türk Ceza Kanunu Yayın: T.C. Resmi Gazete 08.07.2005/25869	5237 Türk Ceza Kanunu T.C. Resmi Gazete 08.07.2005/25869
Rüşvet	Rüşvet
MADDE 252	MADDE 252
	Değişik madde: 02.07.2012 t. 6352 s. K. md.87
(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 halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.	(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 halinde, 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 halinde,	(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde,

<p>birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.</p>	<p>birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.</p>
<p>(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.</p>	<p>(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.</p>
<p>(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 hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.</p>	<p>(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 hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.</p>

<p>(5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adlî 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 yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.</p>	<p>Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari 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 ticari 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.</p>
--	--

B – 5918 ile değişik md. 252'nin 6352 ile değiştirilmiş hali karşılaştırması

<p>5237 Türk Ceza Kanunu Yayın: T.C. Resmi Gazete 08.07.2005/25869</p>	<p>5237 Türk Ceza Kanunu Yayın: T.C. Resmi Gazete 05.07.2012/28344</p>
<p>Rüşvet</p>	<p>Rüşvet</p>
<p>MADDE 252</p>	<p>MADDE 252</p>

	Değişik madde: 02.07.2012 t. 6352 s. K. md.87
(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 halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.	(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi , dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.	(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.
(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.	(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.
(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya	(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya

<p>kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet iera eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.</p>	<p>da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkraya hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.</p>
<p>(5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adli 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</p>	<p>(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.</p>

teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.	
Değişik fıkra: 29.6.2005 t. 5377 s. K. md.28	
	(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.
	(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.
	(8) Bu madde hükümleri;
	a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,
	b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki

	meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,
	c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,
	d) Kamu yararına çalışan dernekler,
	e) Kooperatifler,
	f) Halka açık anonim şirketler,
	adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.
	(9) Bu madde hükümleri;

	a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,
	b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,
	c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,
	d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,
	e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere,
	f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine,
	görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da

	<p>uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.</p>
	<p>(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;</p>
	<p>a) Türkiye'nin,</p>
	<p>b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun,</p>
	<p>c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişininin,</p>
	<p>d) Türk vatandaşının,</p>
	<p>tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul</p>

	<p>eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye’de buldukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.</p>
--	--



KAYNAKÇA

- Ackerman, Bruce. «The New Separation of Powers.» *Harvard Law Review* January 2000, Vol. 113, No.3: 633-729.
- Ackerman, Susan-Rose. «The Challenge of Poor Governance and Corruption.» *DIREITO GV Law Review* 2005: 207: s. 207-266.
- Akbulut, Berrin Bozdoğan. «Rüşvet Suçları.» *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı* (2000): ss. 633-652.
- Akdağ, Hale. «Gönüllü Vazgeçme.» *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi* 2013, 3 (2): 91–126.
- Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk. *Türk Medeni Hukuku Şahsın Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:510, 1996.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*. İstanbul, Ekim 2018, 14. Bası.
- Akkurt, Melih ve Sheida Javadkhani. *İdari Yaptırımlara Egemen Olan İlkeler*. Adalet Yayınevi, 2018.
- Aktaş, Batuhan. «Yargıtay Kararları Işığında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Suç Tipleri.» *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD - Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan* tarih yok: 793-876.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995. Belge.
- Akyürek, Güçlü. «5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yeni 252. Maddesi ve Özel Sektörde Rüşvet.» *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kazancı Dergisi, Cilt: 8 Sayı: 99-100* (2012): ss. 22-42.
- Alacakaptan, Uğur. «Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu.» diğerleri, Köksal Bayraktar ve. *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2004. 45-60. Belge.
- Alper, Gizem. «Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı).» *T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi*. İstanbul, 2013.

- . «Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı) - Doktora Tezi.» .C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı , 2013.
- Alptekin, Seda Işık. «Türk Hukukunda ve Uluslararası Boyutu ile Rüşvet Suçu.» İstanbul : İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, 2008.
- Alsharo, Muhammed Akif. «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu.» İzmir 2018, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- Alşahin, Mehmet Emin ve Fatma Sancar. «Rüşvet Suçunda Soruşturma ve Kovuşturma Usulü.» *LHD* 2015, Cilt 13, S.151: 37-57.
- Antalya, Gökhan. «Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi.» *Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*. Dü. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2008. ss. 143-152. Belge.
- Apaydın, Cengiz. *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir Ve Bilinçli Taksir Kavramları*. Ankara, 2009. Belge.
- Ar, Carna. «The Criminal Liability of Companies, An International Comparison: The Case of USA, UK, Spain and Italy.» *Civil & Legal Sciences, Vol 4, Issue 2* (2015). <<https://www.omicsonline.org/open-access/the-criminal-liability-of-companies-an-international-comparison-thecase-of-usa-uk-spain-and-italy-2169-0170-1000144.php?aid=57004>>.
- Artuk, Mehmet Emin. «Ceza Kanununun Suç Siyaseti Açısından Değerlendirilmesi.» *Ceza Hukuku Dergisi* (2006). Belge.
- Artuk, Mehmet Emin. «Rüşvet Suçu.» *Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele*. Dü. Yener Ünver. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014. 83-97. Belge.
- Artuk, Mehmet Emin ve Mehmet Emin Alşahin. «Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi.» *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (2012): 3-38. Dijital. 11 Mart 2016. <<http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001562/5000000527>>.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Bursa: Adalet Yayınevi, 2014. Belge.

- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2014.
- Asadi v. G.E. Energy (USA) L.L.C. (Asadi II), 720 F.3d 620, 623 (5th Cir. 2013). tarih yok.
- Ashe, Daniel Patrick. «The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the United States: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.» *Fordham Law Review Volume 73 | Issue 6 Article 10* (2005).
- Aslan, Yasin. «Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu.» *Ankara Barosu Dergisi* 2010.
- Aydın, Çağrı Kan. «Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı”.» *Türkiye Barolar Birliği- TBB Dergisi 2010 (91)* tarih yok: 146-180.
- Aydın, Devrim. *Türk Ceza Hukuku'nda Suça İştirak*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009. Belge.
- . «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları.» *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* Aralık 2017, Yıl 5, Sayı 10 : 687-707.
- . «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları.» *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* Yıl: 5, Sayı: 10, 10 Aralık 2017.
- . «Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci.» *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59-4 tarih yok: 249-263.
<http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/59/4/devrimaydin.pdf>.
- Aydın, Hüseyin. «Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı.» *Ankara Barosu Dergisi 2010/1* (2010): 109-128. Belge.
- Aykın, Hasan ve Şerife Avcı. «OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlisine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi ve Sözleşmesi ve Türkiye'ye Yansımaları.» *Ekonomik Sorunlar Dergisi* tarih yok. 12 2 2017.
<[http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-OECD%20S%C3%B6zleşmesi%20makale%2020%2002%20007%20\(2\).pdf](http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-OECD%20S%C3%B6zleşmesi%20makale%2020%2002%20007%20(2).pdf)>.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- Baker, Thomas E. «Accounting and Accountability: Overview of the Accounting Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977.» *Washington and Lee Law Review, Vol. 36, Issue 3* (1979): 809-841.

<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2717&context=wlulr>.

- Bakıcı, Sedat. *Açıklamalı Zimmet - İrtikap - Rüşvet Suçları*. Ankara, 1988.
- Barutciski, Milos ve Sabrina A. Bandali. «Corruption at the Intersection of Business and Government: The OECD Convention, Supply-Side Corruption and Canada's Anti-Corruption Efforts to Date.» *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*. 134 (2016): 1-24. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/134>. 3 Mart 2018.
- Bayar, Yavuz. «Türk Kamu Yönetiminde Rüşvet.» *Amme İdaresi Dergisi* (1979): 48.
- Bayraktar, Köksal. «Ceza Hukukunda Suç Çıkarma Akımı.» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (1984): 197-212.
- Bayraktar, Köksal. «Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri.» *Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu-II*. TBB, tarih yok. 21-35.
- Baysal, Fadime Eda. «Güvenlik Tedbirleri ve Kabahatler Hukukundaki İlkel ve Fiili Sorunlar Karşısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu.» *Fasikül Hukuk Dergisi* Cilt:6, Sayı: 61, s. 17-26.
- Baytemir, Erdal. «5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu.» *TBB Dergisi* (2010): 333-388.
- . *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ve Banka Zimmeti*. Ankara: Adalet, 2011.
- Beale Jr., Joseph Henry ve Bruce Wyman. *The law of railroad rate regulation : with special reference to American legislation*. Boston, 1907. <https://catalog.hathitrust.org/Record/000573264>.
- Beale, Sara S. *Is Corporate Criminal Liability Unique?* Duke Law School Faculty, Duke Law School Faculty Scholarship Series. Paper 142., 2008. http://lsr.nellco.org/duke_fs/142.
- Beale, Sara Sun. «A Response To The Critics Of Corporate Criminal Liability.» *American Criminal Law Review* (2009): 1481-1505. Dijital. 11 Mart 2016.
- Beale, Sara Sun ve Adam G. Safwat. «What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability.» *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 8, No. 1 (2004).

- Bernstein, Barton J. «The Road to Watergate and Beyond: The Growth and Abuse of Executive Authority since 1940. .» *Law and Contemporary Problems* Vol.40.2 (1976): 58-68.
- Biçkin, İnci. «Elektrtronik İmza Kanunu ve Getirdiği Düzenlemeler.» *Yargıtay Dergisi* (2004): 351-361. Belge.
- Birleşmiş Milletler. «Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi.» Viyana, 18 05 2006.
- . «United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Transactions.» tarih yok. 2 3 2017. <<http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r191.htm>>.
- Bıyıklı, Hasan. «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - I.» *Yargıtay Dergisi* 1981, Cilt 7, Sayı 14: 505-518.
- . «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi - II.» *Yargıtay Dergisi* Ocak Nisan 1982, Cilt: 8, Sayı:1-2: 70-88.
- Boister, Neil. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford University Press, 2012.
- Bollmann, Hans. «Criminal Liability of Companies.» 2008.
- Bosch, Jacqueline A. van den. «Criminal Liability of Companies: Netherlands.» 2008.
- Brennan, Bartley A. «The Foreign Corrupt Practices Act Amendments of 1998: Death of a Law.» *NORTH CAROLINA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND COMMERCIAL REGULATION* Vol. 15.2 (1990). <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol15/iss2/3>.
- Brewster, Rachel. «The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention.» *Chicago Journal of International Law* 2014, Vol.15, No.1, Article. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/6>.
- Brewster, Rachel ve Samuel W. Buel. «The Market for Global Anticorruption Enforcement.» *Law and Contemporary Problems* 6 4 2017: 194-214.
- Brodowski, Dominik, ve diğerleri. *Regulating Corporate Criminal Liability*. Springer, 2014.
- Bryan Cave Leighton Paisner. «Corporate Criminal Liability – Perspectives from the US, UK and France.» 2018.

<<https://www.jdsupra.com/legalnews/corporate-criminal-liability-97539/>>.

Bucy, Pamela. «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability.» *Minn. L. Rev. Vol. 75* 1990-1991: 1095- 1184.

Buell, Samuel W. «Why Do Prosecutors Say Anything? The Case of Corporate Crime.» *North Caroline Law Review* (2018): 823-858.
https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6474&context=faculty_scholarship.

Carrington, Paul D. «Enforcing International Corrupt Practices Law.» *Michigan Journal of International Law* (2010): 129-164.
https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3000&context=faculty_scholarship.

Cebeci, Abdullah. «Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Bağlamında Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu Ve Etkin Pişmanlık Sorunu.» *Ekonomik Sorunlar Dergisi* (tarih yok).

Cem, İsmail. *Türkiye’de Geri Kalmışlığın Tarihi*. İstanbul: Cem Yayınevi, 1989.

Centel, Nur. «Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 (2016, c.65, s.4): 3313-3326.

Cernic, Jernej Letnar. «Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.» *Hanse Law Review* 71 2008: 71-100. HeinOnline. 6 May 2018.

Church, Frank. *The Harvard Crimson*. 26 Ekim 1976.
<https://www.thecrimson.com/article/1976/10/26/lockheed-corporation-or-political-actor-pon/>.

Clarke, Dave. «SEC gets more whistleblower tips.» *Reuters*. Reuters, 4 2 2011.
<https://www.reuters.com/article/us-sec-whistleblower/sec-gets-more-whistleblower-tips-idUSTRE7135UA20110204>.

Clifford Chance. «Corporate Liability in Europe.» 2016.
<https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/04/corporate_criminal_liability.html>.

Clough, Jonathan. «Improving the Effectiveness of Corporate Criminal Liability: Old Challenges in a Transnational World.» Levy, Ron, ve

- diğerleri. *New Directions for Law in Australia*. ANU Press, 2017. 163-172.
- Cohen, Joel M., Michael P. Holland ve Adam P. Wolf. «Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway?» *The Business Lawyer, Vol 63, No. 4* (2008): 1243-1274. <http://www.jstor.org/stable/40688552>. 9 Mayıs 2017.
- Coleman, Bruce. «Is Corporate Criminal Liability Really Necessary?» *SMU Law Review* 29.4 (1975). <https://scholar.smu.edu/smulr/vol29/iss4/6>. 21 8 2018.
- Committee on Corporate Law and Accounting. «A Guide to the New Section 13(b)(2) Accounting Requirements of The Securities Exchange Act of 1934 (Section 102 of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977).» *The Business Lawyer, Vol 34, Nov 1978* (1978): 307-343. http://www.jstor.org/stable/40685941?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Coşkun, Can. «Dünyada ve Türkiye’de Yolsuzluklar (Yolsuzlukların Ölçülmesi, Ekonomide Serbestleşme ve Demokratikleşme ile ilişkisi Üzerine Bazı Uluslararası Analizler.» *Yeni Türkiye* (1997): 1202-1208.
- Council Of Europe. «GRECO - Group of States against Corruption - The Council of Europe anti-corruption body (2017).» tarih yok. <https://edoc.coe.int/en/corruption/7297-greco-group-of-states-against-corruption-the-council-of-europe-anti-corruption-body.html>. 9 Ocak 2018.
- Cox, James D. «The Paradoxes of Dodd-Frank.» *Australian Law Journal* (2011): 210-213. https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2495/.
- Crag, Wesley A. ve William Woof. «The US Foreign Corrupt Practices Act and its implications for the Control of Corruption in Political Life.» tarih yok. <http://home.iscte-iul.pt/~ansmd/CC-Cragg.pdf>. 6 Ocak 2018.
- Cragg, Wesley A. ve William Woof. «The US Foreign Corrupt Practices Act and its implications for the Control of Corruption in Political Life.» tarih yok. <http://home.iscte-iul.pt/~ansmd/CC-Cragg.pdf>. 6 Ocak 2018.
- Çağlayan, Ramazan. «Hukukumuda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları.» *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Cilt 0, Sayı 7* 2016: 373-398.
- Çakır, Murat. *Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu*. On İki Levha Yayıncılık, 2015.

- Çakır, Yafes. «Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Organizasyonlar.» *Sayıştay Dergisi* Ekim Aralık 2013, s.91: 129-134. <http://denetimakademisi.com/wp-content/uploads/2017/07/YOLSUZLUKLA-M%C3%9CCADELEDE-ULUSLARARASI.pdf>.
- Çalışkan, Yusuf ve Mehmet Kömürcü. «Yolsuzluk Problemine Karşı Uluslararası Toplumun Tepkileri ve Ortak bir Hukuki Düzenleme Oluşturma Çabaları.» *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2000): 67-94. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2000-20001-853>.
- Çetin, Soner Hamza. *Türk Ceza Kanunu'nda Adli Para Cezası*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Dannecker, Gerhard. «Kişi Birlikleri ve Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği.» *Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu Tebliği*. Dü. Umut Onurlu Önderler Yetiştirme Vakfı. İstanbul: Umut Vakfı Yayınları, 2001. 840.
- Daşçıoğlu, Dr. Kemal. «Osmanlı Döneminde Rüşvet ve Sahtekarlık Suçları ve Bunlara Verilen Cezalar Üzerine Belgeler.» *Sayıştay Dergisi* 59 (tarih yok): 119-124. <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911648.pdf>. 2 Mayıs 2018.
- Daşçıoğlu, Kemal. «Osmanlı Döneminde Rüşvet Ve Sahtekârlık Suçları Ve Bunlara Verilen Cezalar Üzerine Bazı Belgeler.» *Sayıştay Dergisi* (2005): 119-124. Dijital.
- de Maglie, Christina. «Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law.» *Washington University Global Studies Law Review Vol. 4* (2005): 547-565.
- De Nigris, Di Marilisa, Andrea Strippoli Lanternini ve Antonio Arrotino. «The Legislative Decree no. 231/01 the test of the international law.» 2016. <<http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/the-legislative-decree-no-23101-the-test-of-the-international-law/>>.
- DeForrest, Mark. «Taming a Dragon: Legislative History in Legal Analysis.» *University of Dayton Law Review, Vol. 39 No. 1* (2013): s. 38-76. https://udayton.edu/law/_resources/documents/law_review/vol39_no1/6-deforrest.pdf.

- Değirmenci, Olgun. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007. Belge.
- Delmas, Mireille. «Personnes morales itrangdres et franfaises.» *Revue Des Societes* (tarih yok): 255-256.
- Derbil, Süheyl. «Kamu Hizmeti Nedir?» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1950, Cilt:7, Sayı:3 : 28-36.
- Develioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*. Ankara: Aydın Kitabevi, 1993.
- Diskant, Edward B. «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure.» *Yale Law Journal*, vol. 118 2008: 128-172. <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol118/iss1/3/>>.
- . «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring The Uniquely american Doctrine Through Comparative Criminal Procedure.» *The Yale Law Journal* (2008): 126-176. Dijital.
- Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü. *GRECO*. tarih yok. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/index.html>.
- . «Türkiye Hakkında İkinci Uygunluk Raporu.» 28 Mart 2014. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/>. 2 Mart 2018. <[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/greco_turkiye_raporlar/Greco RC3\(2013\)27_Second_Turkey_TR.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/greco_turkiye_raporlar/Greco RC3(2013)27_Second_Turkey_TR.pdf)>.
- Doğan, Koray. «Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Hukuku.» *Hukuk ve Adalet Dergisi* (2005).
- Doğan, Koray. «Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim.» *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'YA ARMAĞAN Cilt-1*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2015. 337-361. Belge.
- . «Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu.» *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 17.1 (2015): 1-77.
- Donay, Süheyl. *Meslek Sırının Açıklanması Suçu*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978. Belge.
- Dönmez, Burcu Demren. «Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu.» *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. ŞerefERTAŞ'a Armağan Özel*

- Sayı - 2017, C:19: s. 2727-2748. <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/5-BURCU-DONMEZ.pdf>.
- . «Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı.» *TBBĐ, Sayı:94* Mayıs-Haziran 2011: 95-130. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-94-705>.
- Dönmezer, Sulhi. *Özel Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul, 1984.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II - Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2018.
- Ekinci, Murat. «Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar.» *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi - 2017/3* tarih yok.
- Emek, Uğur ve Acar, Muhittin «Yolsuzlukla mücadelede bir temel soru(n): Kurumsal tekelcilik mi, çoğulculuk mu?» *İktisat İşletme ve Finans Dergisi* Sayı:270 2008.
- Eminoğlu, Cafer ve Fatma Betül Çakır. «Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması.» *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y. 2014, C. XVIII, Sa. 3-4 : 277-297.
- England and Wales Law Commission. «A Criminal Code for England and Wales.» 1989. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235826/0299.pdf>.
- . «Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter, LAW COM no 237.» 1996.
- Erdoğan, Çağla. «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun İş Kazaları ile Mücadeledeki Olası Etkisine İlişkin Bir Değerlendirme.» *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2016 Ocak - Şubat, Cilt 15, Sayı 1-2: 97-121.
- Erem, Faruk. *Ceza Hukuku Hususi Hükümler Cilt I*. Ankara: Ajans Türk Matabaacılık, 1968.
- . «TCK Şerhi.» *seçkin*. Ankara, 1993.
- Erem, Faruk ve Nevzat Toroslu. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Savaş Yayınları, 1994. Belge.
- Erem, Faruk. «Yüz Kızartıcı Suç Kavramı.» *Ankara Barosu Dergisi*, 2 (1976): 172-173. Belge.

- Eren, Ahu Karakurt. «Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu - Doktora Tezi .» İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>.
- Ergün, Güneş Okuyucu. «Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi.» *Köksal Bayraktar'a Armağan*. İstanbul, 2010. 527-542.
- Ergün, Güneş. «Rüşvet Suçu.» Ünver, Yener. *Ekonomik Suçlar, Kamusal Alanda Yolsuzluk ve Kara Paranın Aklanması Suçları, Ceza Yargılamasında Faille Hükümde Anlaşma ve Kriminal Compliance*. İstanbul: Seçkin, 2014. 36-50.
- Ergün, Ömer. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*. İstanbul: XII Levha, 2010.
- Erman , Sahir ve Çetin Özek. *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul, 1992.
- Erman, Sahir. *Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti*. İstanbul, 1984.
- . *Şirketler Ceza Hukuku - Ticari Ceza Hukuku VII*. İstanbul , 1993.
- Erten, Ali. «Sendikaların Mahiyeti.» *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 28.1 (1971): 323-339. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/319/3128.pdf>.
- European Bank. *Transition Report 1999, European Bank for Reconstruction and Development*. 1999. <http://www.ebrd.com/downloads/research/transition/TR99.pdf>. 3 Ocak 2013.
- Evliyaoğlu, Erkal. *Kamu Görevlileri İle İlgili Suçlar*. Ankara: Adalet, 2012.
- Eyüboğlu, Sinem ve Kemal Eyüboğlu. «Hizmet Güven Endeksi İle Hizmet Sektör Alt Endeksleri Arasındaki İlişkinin Test Edilmesi.» (Eylül 2018, Cilt: 20, Sayı: 2): 271-282. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/537033>.
- FCPA Compliance and Ethics Bussiness Solutions to Compliance and Legal Challenges*. tarih yok. 9 11 2018. <<http://fcpacompliancereport.com/2012/11/the-high-costs-of-non-compliance/>>.
- Fisher, Alice S. «Prepared Remarks of Alice S. Fisher, Assistant Attorney General, US DoJ, at the American Bar Association, National Institute on the FCPA.» Washington D.C.: U.S. Department of Justice, 16 Ekim

2006. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/10-16-06AAGFCPASpeech.pdf>.
- Fiss, Owen M. «Foreword: The Forms of Justice.» *Harvard Law Review* 1979, Vol. 93, No. 1: 1-58. HeinOnline. 5 Kasım 2017.
- Fisse, Brent. «Recent Developments in Corporate Criminal Law and Corporate Liability to Monetary Penalties.» *The University of New South Wales Law Journal* (1990).
- . «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions.» *Southern California Law Review* 1983, Vol. 56: 1141-1246. HeinOnline. 14 Mart 2016.
- Francis, Joseph F. «Criminal Responsibility of the Corporation.» *Illinois Law Review* 18 (1923-1924): 305-323. www.home.heinonline.com. 8 01 2018.
- Fransız Parlamentosu. «NOUVEAU CODE PENAL.» *Title Second Criminal Responsibility. Chapter One General Provisions*. 1 Mart 1994.
- Galang, Roberto Martin N. *Doing Business in Corrupt Places*. 11 April 2011. <https://www.strategy-business.com/article/re00141?gko=dd859>.
- Gantz, David A. «Globalizing Sanctions against Foreign Bribery: The Emergence of a New International Legal Consensus.» *Northwestern Journal of International Law & Business* 1997: 457-497.
- Garbarsky, Andrew. «Switzerland: Corporate Criminal Liability.» 2016. <<https://www.iflr.com/Article/3647779/Switzerland-Corporate-criminal-liability.html?ArticleId=3647779>>.
- Gautier, Rudolphe. «Corporate Liability in Switzerland.» tarih yok. <<https://globalcompliancenews.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-switzerland/>>.
- Gedik, Doğan. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' na Göre Müsadere*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015. Belge.
- Goode, Matthew (Çeviren: Ersan Şen). «Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu .» *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 15 (1996): 35-43.
- Gould, David J. ve Jose A. Amaro-Reyes. *The Effects of Corruption on Administrative Performance* . Washington, D.C., USA: The World Bank, 1983.

- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*. Ankara: Adalet , 2017.
- Gönen, Doruk. *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*. İstanbul: XII Levha, 2011.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt II*. Bursa: Ekin, 2011.
- Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetim Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Gözübüyük, Abdullah Polat. *Türk Ceza Kanunu ss. 202-368*. 1961.
- GRECO. «Türkiye Hakkında Uygunluk Raporu.» 2012.
<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/>.
<[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/greco_turkiye_raporlar/Greco_RC3\(2012\)4_Turkey_TR.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/greco_turkiye_raporlar/Greco_RC3(2012)4_Turkey_TR.pdf)>.
- Günay, Erhan. *Teori ve Uygulamada Olası Kast - Bilinçli Taksir, Öldürme ve Yaralama Kastı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007. Belge.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku* . Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003.
- Gündel, Ahmet. *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması 4. Cilt*. Ankara, 2009. Belge.
- Gür, Mehmet Fatih. «Yolsuzluk Nedir? Yolsuzluk Çeşitleri ve Ülkeler Arası Yolsuzluk Algılaması.» *Mali Çözüm Dergisi/Financial Analysis* 24 (tarih yok): 191-210.
- . «Yolsuzluk Nedir? Yolsuzluk Çeşitleri ve Ülkeler Arası Yolsuzluk Algılaması.» *Mali Cozum Dergisi/Financial Analysis*, 24 (2014): ss. 191-210.
- Güral, Jale. «Hükmi Şahısların Cezai Mesuliyeti.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (1947): 74-98. Dijital. 28 Mart 2016.
<<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/241/2120.pdf>>.
- Gürgen, Ahmet Cemal. «Suça Teşebbüs.» tarih yok. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/169.doc. 1 Ekim 2016.
- Hafızoğulları, Zeki. «5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri.» tarih yok. <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/guvenlik-tedbirleri.html>. 10 Şubat 2019.
- . «5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yetenegini Azaltan Veya Kaldıran Nedenler.» tarih yok. www.baskent.edu.tr.
www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc .

- Hafizoğulları, Zeki ve Ezgi Aygün Eşitli. *Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*. Ankara: USA Yayıncılık, 2014. Belge.
- Hakeri, Hakan. *İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003. Belge.
- . *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Hansberry, Heidi. «In Spite of Its Good Intentions, The Dodd-Frank Act Has Crated an FCPA Monster.» *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol 102, No 1. (2012): 195-226. <http://www.jstor.org/stable/23145789>.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Onikilevha, 2018 Kasım.
- Hatipoğlu, Muzaffer ve Ali Parlar. *Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005. Belge.
- Hayakawa, Masataka ve Kumpei Ohashi. «International Comparative Legal Guide to: Business Crime 2019.» 2019. <<https://iclg.com/practice-areas/business-crime-laws-and-regulations/japan>>.
- Hedwall, Mattias. «Corporate Liability in Sweden.» tarih yok. <<https://globalcompliancenews.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-sweden/>>.
- Hefendehl, Roland. «Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems.» *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, No. 1 (2000): 283-300.
- Henning, Peter J. «Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions.» *Tenn L. Rev* 793 1996, s. 802-883.
- . «Public Corruption: A Comperative Analyses of International Corruption Conventions and United States Law.» *Arizona Journal of International and Comperative Law* 2001, 793, Vol. 18, No.3: 793-866. HeinOnline. 18 Ocak 2019.
- Hess , David ve Thomas W. Dunfee. «Fighting Corruption: A principled Approach: The C Principles (Combating Corruption).» *Cornell International Law Journal* 2000, Vol.33, Iss.3, 6: 594-626. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1475&context=cilj>.

- Hills, Lindsey. «Universal Anti-Bribery Legislation Can Save International Business: A Comparison of the FCPA and the UKBA in an Attempt to Create Universal Legislation to Combat Bribery around the Globe.» *13 Rich. J. Global L. & Bus.* 469 2014. <<https://scholarship.richmond.edu/global/vol13/iss3/3/>>.
- Hines, J.R. «Forbidden Payment: Foreign Bribery and American Business After 1977.» NBER Working Paper 5266. 1995. <http://www.nber.org/papers/w5266.pdf>.
- Hocking, Barbara Ann ve Laura Leigh . «What of the Right to Silence: Still Supporting the Presumption of Innocence, or a Growing Legal Fiction.» *Macquarie Law Journal 1* 2001, s. 63-92.
- Howard, Roscoe C. «White Collar Investigations & The Rico Statute International Workshop on Criminal Law Reform.» Vakfi, Umut. *Ceza Muhakemesi Hukuku Reformu*. Çev. Akademi Tercüme. İstanbul: Umut Onurlu Önderler Yetiştirme Vakfı Yayınları, 2001. Belge. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/ak.html>. tarih yok. <https://www.history.com/topics/watergate>. tarih yok. <https://www.history.com/topics/watergate>. 2 Nisan 2017.
- Huntington, Samuel P. «The Clash of Civilizations?» *Foreing Affairs* Vol. 72, No:3 .
- Hunziker, Steven ve Ikuro Kamimura. *rcrinc.com*. tarih yok. <http://www.rcrinc.com/tanaka/ch4-3.html>.
- İçel, Kayıhan, ve diğerleri. *İçel Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler*. İstanbul: beta, 2004.
- İçel, Kayıhan. «İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi.» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (1984): 117-131. Dijital. 28 Mart 2016. <www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003962>.
- İçel, Kayıhan ve İzzet Özgenç. *İçel Suç Teorisi*. Cilt 2. İstanbul: Türdav Basım Yayım, 1999. Belge.
- İçel, Kayıhan ve Süheyl Donay. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2006. Belge.

- İçer, Zafer. «Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişiler.» *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2011.
- İtişgen, Rezzan. *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, XII Levha Yayınları*, . İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- Jansson, Rasmus Hane-Weijman. «Time for Sweden to look beyond individual criminal.» 2018. <<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1247370/FULLTEXT01.pdf>>.
- Jensen, E. L. ve Jurg Gerber. «Lockheed Bribing Scandal.» Jensen, E. L. ve Jurg Gerber. *Encyclopedia of White-collar Crime*. Greenwood Press, 2007. 175-176.
- Jescheck, Hans Heinrich. *'Bilişim ve Yazılım Hukuku. Uygulama İçinden Görünüşü*. İstanbul : Beta Yayınevi, 2007. Belge.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Ulrich Sieber. *Alman Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007.
- John C. Coffee, Jr. «Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey.» *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*. International Colloquium Berlin, 1999.
- . «Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction.» *NORTHERN ILLINOIS UNIVERSITY LAW REVIEW*, 3 1980 .
<https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/616>.
- Jones, Mary Shaddock. *fcpacompliancereport.com*. 2 Kasım 2012.
<<http://fcpacompliancereport.com/2012/11/watergate-special-prosecution-force-createdthe-birth-of-the-fcpa/>>.
- . «Watergate Special Prosecution Force Created... The Birth of the FCPA.» 2012 Kasım 2012. <http://fcpacompliancereport.com>. 24 Mayıs 2016.
<<http://fcpacompliancereport.com/2012/11/watergate-special-prosecution-force-createdthe-birth-of-the-fcpa/>>.
- Juedes, Dieter. «Taming the FCPA Overreach Through an Adequate Procedures Defense.» *William & Mary Business Law Review*, Vol 4, Issue 1 (2013): 37-66.

<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=wmlr>.

Juneja, Fahad A. «Navigating the DOJ FCPA Opinion Procedure: Certainty for Businesses Facing Increased, Indeterminate Anti-Bribery Enforcement.» *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, Vol. 34, Issue 2 (2014): 283-316. <https://digitalcommons.pepperdine.edu/naalj/vol34/iss2/2> .

Kaeb, Caroline. «The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law.» *49 George Washington International Law Review* 351 (2016).

Kağıtçıoğlu, Mutlu. «Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?» *Türkiye Barolar Birliği-TBB Dergisi* 2018 (134) tarih yok: 115-152.

Kahraman, Recep. «5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu - Doktora Tezi.» Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı İstanbul: Yüksek Öğretim Kurumu Ulusal Tez Merkezi, 2018.

Kangal, Zeynel T. *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003. Belge.

Kangal, Zeynel. *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Karadeli, Vedat. «'Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar – Zimmet, İrtikap, Görevi Kötüye Kullanma.» *Ankara Barosu Dergisi* (1984): 572-575. Dijital. 28 Mart 2016. <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1984-4/5.pdf>>.

Karahan, Sami. *Şirketler Hukuku* . Mimoza, 2013.

Karakaş, Mehmet ve Murat Çak. *Maliye Dergisi* Temmuz-Aralık 2007: 74-101. 4 6 2018. <https://maliedergisi.sgb.gov.tr/yayinlar/md/153/mkarakas_mcak.pdf>

Kartal, Melik. *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2015. Belge.

- Kartal, Pınar Memiş. «Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257).» *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan C. 19, S. 2* 2013: 1373-1393.
- Katırcıoğlu, Mutlu. «Kurgudan Gerçekliğe Uzanan bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?» *TBB Dergisi* 2018, s.134. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1736>.
- Katoğlu, Tuğrul. «Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu.» *TBB Dergisi* (2007): 29-42. Dijital. 28 Mart 2016. <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-285>>.
- Kayrak, Musa. «Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası Örgütler.» *Sosyoekonomi* Temmuz- Aralık 2006-285-108.
- Keleş, Erdoğan. «Tanzimat Dönemi'nde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler (1839-1858).» *Tarih Araştırmaları Dergisi* 38 (2005): 259 - 280.
- Keulen, B.F. ve E Gritter. «Corporate Criminal Liability in the Netherlands.» *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3 (2010).
- Keyman, Selahattin. *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976. Belge.
- Khanna, V. S. «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?» *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 7 (1996): 1477-1534.
- Kılıç, Ali Şahin. *Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- . *Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. «Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?» *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1983, Cilt 1, Sayı 1, s.287-294.
- Kızılyar, Sema Ayatar. «Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı, .» *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 2013, Cilt: 8 Sayı: Özel tarih yok: 1637-1668.
- Koca, Mahmut ve İbrahim Üzülmez. «Ceza ve Ceza Mahkemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar.» *Hukuki Perspektifler Dergisi* (2004): 140-149.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Adalet, 2015.
- Koca, Mahmut. «YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri.» *Ceza Hukuku Dergisi* (2006).

- Koca, Mehmet Reis. *Zimmet-İrtikap-Rüşvet Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*. Adalet Yayınevi, 2014.
- Kocalar, Salih. «Zimmet Suçu.» *Adalet Dergisi* (1989).
- Koehler, Mike. *fcpprofessor.com*. tarih yok. <http://fcpprofessor.com/fcpa-101/#q19>.
- . «Foreign Corrupt Practices Act Statistics, Theories, Policies and Beyond.» *Cleveland State Law Review* (2017): 157-210. <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss2/6>.
- . *How are FCPA enforcement actions typically resolve?* . tarih yok. www.fcpprofessor.com. 18 Şubat 2018.
- . «Ten Seldom Discussed Foreign Corrupt Practices Act Facts You Need to Know.» *Bloomberg BNA White Collar Report 347* (2015): 1-12. <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=4871230031220661110271011170800270090380800400080740850870090240750900770730871220761030570230251100111181120970831180191140090070870730280290251020760871030061140880280290370841260001090951040901031171211160030>.
- . «The Story of Foreign Corrupt Practices Act.» *Ohio State Journal* Vol.75.5 (2012): 929-1013. <https://ssrn.com/abstract=2185406>.
- . «The Story of Foreign Corrupt Practices Act.» 5 December 2012: 929-1013. <https://ssrn.com/abstract=2185406>.
- . «What Percentage of DOJ FCPA Losses Is Acceptable?» *Bloomberg BNA, Criminal Law Reporter* (2012): 1-5. <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=0040200910891261130250810030900010751200150770120210051050051081130741231011141070300411070531190070341120810951081200650250040530260220820430000690001140720791260040270400240081201170950260661261031031060071080>.
- . *What Percentage of DOJ FCPA Losses Is Acceptable?* tarih yok. www.fcpprofessor.com. 18 Şubat 2018.
- KPMG. «The UK Bribery Act 2010: What it means to Private Equity firms.» 2011. <http://kpmg.co.uk/email/07Jul11/257491/255442%20PE%20flyer%20WEB%202.pdf>.

- . «The UK Bribery Act 2010: What it means to Private Equity firms.» 2011. <<http://kpmg.co.uk/email/07Jul11/257491/255442%20PE%20flyer%20WEB%202.pdf>>.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1955. Belge.
- Küçük, Eda Özdiler. «Vergi Suçlarında Masumiyet Karinesi.» *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2014, Cilt 5, Sayı 2, s. 195-208.
- Küçükince, Alptekin. *Rüşvet Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010. Belge.
- . *Rüşvet Suçu*. Ankara: Adalet, 2010.
- Kyriakis, Joanna. «Corporate Criminal Liability And The Icc Statue: The Comparative Law Challenge.» *Netherlands International Law Review* (2009). Dijital.
- Lachat-Heritier, Anne. «Commercial Bribes: the Swiss Answer.» *Journal of Comparative Business and Capital Market Law* 5 (1983): 79-96.
- Lashbrooke Jr, E. C. «The Foreign Corrupt Practices Act of 1977: A Unilateral Solution to an International Problem.» *Cornell International Law Journal* 12.2 (1979): 227-243. <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol12/iss2/4>.
- Law Commission. *Published Working Paper No: 44 General Principles Criminal Liability of Corporations*. Londra, 30 June 1972. <https://www.lawcom.gov.uk/project/codification-of-the-criminal-law-general-principles-criminal-liability-of-corporations/>. 23 9 2018.
- Lederman, Eli. «Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity.» *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, No. 1 (2000).
- Lehner, Andrea. «The Austian Model of Atributing Criminal Responsibility to Legal Entities.» Brodowski, Dominik, ve diğerleri. *Regulating Corporate Crimininal Liability*. Springer, 2014. 79-86.
- Lembo, Saverio. «Aspects of Swiss Law Regarding Corporate Criminal Liability and Self-Reporting.» 2017.
- Leonardsen, Dag. *Japan as a Low-Crime Nation*. Palgrave-Macmillan, 2004.
- Levy, Antonin. «The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review - Edition 7: France.» 2018. <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-edition-7/1177222/france>>.

- Linklaters. «Corporate Criminal Liability: A Review of Law and Practice Across the Globe.» 2016. <https://www.allens.com.au/pubs/pdf/ibo/CorporateCriminalLiabilityPublication_2016.pdf>.
- Liu v. Siemens A.G. (Liu I), 978 F. Supp. 2d 325, 326 (S.D.N.Y. 2013) aff'd, 763 F.3d 175 (2d Cir. 2014). tarih yok.
- LL.M, Prof. Dr. Michael G. Faure ve Prof. Dr. Günter Heine. *Criminal Penalties in EU Member*. Maastricht, 2002. Dijital.
- Ludlam, Joanna. «Corporate Liability in the United Kingdom.» tarih yok. <<https://globalcompliancenews.com/wcc/corporate-liability-in-the-united-kingdom/>>.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami. *Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003. Belge.
- Malkoç, İsmail. «Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı.» *TBBD* (1989): 586-599. Dijital. 28 Mart 2016. <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1989-19894-1061>>.
- Malkoç, İsmail ve Aytaç Malkoç. *Memurlar ve Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1988. Belge.
- Malkoç, İsmail. *Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet-İrtikap- Rüşvet Suçları*. Ankara: Malkoç Kitabevi, 2010.
- Manabe, Kana, Hideaki Umetsu ve Shiho Ono. «The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review - Edition 7: Japan.» 2018. <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-edition-7/1177229/japan>>.
- Marceau, Justin F. «A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating and Forecasting the Trend of More Frequent and Severe Prosecutions Under the Foreign Corrupt Practices Act.» *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* Vol.12.2 (2007): 285-310. <<https://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl/vol12/iss2/2/>>. Ocak 2018.
- Markuntsov, Sergey ve Martin Wassmer. «The Problem of Imposing Criminal Liability On Legal Persons in Germany and Russia.» *Russian Law Journal*, Volume 6 2018.

<https://www.russianlawjournal.org/jour/article/view/530?locale=en_US>.

Mauro, Paolo. «Corruption and Growth.» *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 110, No. 3 (1995): 681-712.

McAllister, Bradley J. «The Impact of the Dodd-Frank Whistleblower Provisions on FCPA Enforcement and Modern Corporate Compliance Programs.» *Berkeley Business Law Journal* (2017): 45-86. <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1119&context=bblj>.

Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara, 2002.

Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. Cilt I. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2005. V cilt. Belge.

Meran, Necati. *Zimmet 3. Yargı Paketindeki En Son Değişiklikleriyle Rüşvet-İrtikap Görevi Köttiye Kullanma Suçları*. Seçkin, 2012.

Mert, Harun. «GRECO Tavsiyeleri ve TCK'nın Rüşvet Suçuna İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler.» *Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele*. Dü. Yener Ünver. Seçkin Yayıncılık, 2014. 35-58.

Miller, Jennifer L. «Accounting for Corporate Misconduct Abroad: The Foreign Corrupt Practices Act of 1977.» *Cornell International Law Journal*, Vol 12, Issue 2 Vol.2.2 (1979). <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol12/iss2/7>.

Morley, Matt. «Bung Patrol.» *The Lawyer*, 21 8 2006. <https://www.thelawyer.com/issues/21-august-2006/bung-patrol/>.

Morrison v. Nat'l Aus. Bank Ltd., 561 U.S. 247,267 (2010). tarih yok.

Mueller, Gerhard O.W. «Mens Rea And The Corporation: A Study Of The Model Penal Code Position On Corporate Criminal Liability.» *University Of Pittsburgh Law Review* 1957, Vol 19: 21-50.

Mumcu, Ahmet. *Osmanlı Devletinde Rüşvet, Özellikle Adli Rüşvet*. Ankara: AÜHF Yayınları, 1969.

—. *Osmanlı Devleti'nde Rüşvet*. İstanbul: İnkılâp Kitapevi, 1985.

- Nana, Constantine Ntsanyu. «Corporate Criminal Liability In The United Kingdom: Determining The Appropriate Mechanism Of Imputation.» September 2009, A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements of The Robert Gordon University for the degree of Doctor of Philosophy. <http://openair.rgu.ac.uk> .
- Nanda, Ved P. «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?» *The American Journal of Comparative Law, Vol 58, Supplement: Welcoming the World: U.S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law* 2010. <<https://www.jstor.org/stable/20744556>>.
- Neşri, Mehmet. *Kitâb-ı Cihannümâ-Neşri Tarihi*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1995.
- New York Central & Hudson River R. Co. v. United States, 212 U.S. 500 (1909). United States Supreme Court. 1909.
- New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909). United States Supreme Court . 1909.
- Nichols, Philip M. «The Good Bribe.» *University of California, Davis* 2015, Vol. 49. https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Nichols.pdf.
- Nisco, Attilo. «İtalyan Sistemi Örneğinde Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği.» Nisco, Attilo. *Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar*. Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Nishigaki, Kengo ve Yoshiaki Muto. «Corporate Liability in Japan.» tarih yok. <<https://globalcompliancenews.com/white-collar-crime/corporate-liability-japan/>>.
- Norton Rose Fulbright. «Business ethics and anti-corruption laws: Australia.» 2016. <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/cfcb6a57/business-ethics-and-anti-corruption-laws-australia>>.
- Nwafor, Anthony O. «Criminal Responsibility: A Comparative Analysis.» *Journal of African Law, Vol 57, No. 1* (2013).
- Nyman Rudenstam. «Corporate liability in Sweden: A Summary Legal Guide.» 2016. <<http://www.nymanrudenstam.se/wp/wp-content/uploads/2014/10/Corporate-liability-in-Sweden.pdf>>.

- Obidairo, Simeon. *Transnational Corruption and Corporations*. New York: Taylor & Francis, 2016.
- Obidario, Simeon. *Transnational Corruption and Corporations Regulating Bribery through Corporate Liability*. Routledge Taylor & Francis Group, 2013.
- OECD . «Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report: Germany.» 2018. <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Germany-Phase-4-Report-ENG.pdf>>.
- OECD. *Corruption: Glossary of International Criminal Standards*. tarih yok. <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm> >.
- . «Debate the Issue - A Corporate Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination?» *OECD Insights* November 25, 2016. <http://oecdinsights.org/2016/11/25/a-corporate-right-to-silence-and-privilege-against-self-incrimination>.
- . «Foreign Bribery Enforcement What Happens to the Public Officials on the Receiving End?» 2018. <http://www.oecd.org/corruption/Foreign-Bribery-Enforcement-What-Happens-to-the-Public-Officials-on-the-Receiving-End.pdf>.
- . «OECD Guidelines for Multinational Enterprises.» tarih yok. <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>.
- . «Phase 2 bis report was approved and adopted by the Working Group on Bribery.» tarih yok. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/43198860.pdf>.
- . «The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report.» 2016.
- . «Turkey: Phase 2 bis Report.» 2009.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.
- . *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. 13. Tıpkı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Okuyucu, Güneş Ergün. *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*. Çakmak Yayınevi, 2008.

- Oral, Tuğçe. «Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini.» Ankara 2018, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi .
- Orland, Leonard ve Charles Cachera. «Corporate Crime and Punishment in France: Criminal Responsibility of Legal Entities (Personnes Morales) under the New French Criminal Code (Nouveau Code Penal).» *Connecticut Journal of International Law* (1995): 112-127.
- Öğüz, Tufan ve Mustafa Dural. *Türk Özel Hukuku - Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Önder, Ayhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994. Belge.
- Önok, R. Murat. *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*. Seçkin , Mart 2019.
- Önok, Rıfat Murat. *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006. Belge.
- Özalp, Nabi. «Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu.» Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Diyarbakır: Yüksek Öğretim Kurumu Ulusal Tez Merkezi , 2018.
- Özay, İlhan. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004. Belge.
- Özbek, Veli, ve diğerleri. *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013. Belge.
- Özen, Muharrem. «Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2003, c.52, s.1: 63-88. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2585.pdf>.
- Özen, Muharrem ve Önder Tozman. «Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi.» *Amme İdaresi Dergisi* c.42 Aralık 2009: 25-57.
- Özen, Mustafa. *İdari Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- . *İrtikap ve Rüşvet Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010. 2010.
- Özer, Deniz Kızılsümer. *Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Yolsuzlukla Mücadele*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Özgenç, İzzet. *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002. Belge.
- . *İrtikap ve Rüşvet Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012. Belge.

- . *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2013.
- . «Tüzel Kişi Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler.» *Reha Poroy'a Armağan*. İstanbul, 1995.
- Özkurt, Ayşegül. *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2008. Belge.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler - Tüzel Kişilerin Genel Teorisi - Dernekler, Vakıflar*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 549, 1982, Gözden Geçirilmiş 5. Bası.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan, 2009.
- . *Tüzel Kişiler (Ders Notları)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1994.
- Öztürk, Bahri. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuştrma Mecburiyeti*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1991. Belge.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2015. Belge.
- Öztürk, Bahri, ve diğerleri. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015. Belge.
- Pacella, Jennifer M. «Inside or Out? The Dodd-Frank Whistleblower Program's Antiretaliation Protections for Internal Reporting.» *Temple Law Review*, Vol. 86 No. 4 (2014): 722-761. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2599720_code1662242.pdf?abstractid=2320229&mirid=1&type=2.
- Park Wirtschaftsstrafrecht. «Anti-Corruption and Bribery in Germany.» 2019. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c12b1d21-31b2-4115-89d2-85f13978b8a6>>.
- Paşa, Lütfi. *Tevarih-i Al-î Osman*. Ankara: Kültür Bakanlığı Yayınları, 2001.
- Pena, Ana Maria Neira. «Corporate Criminal Liability: Tool of Obstacle to Prosecution?» Brodowski, Dominik, ve diğerleri. *Regulating Corporate Criminal Liability*. Springer, 2014. 197-210.
- Pena, Anna Maria Niera. «Corporate Criminal Liability: Tool or Obstacle to Prosecution.» Brodowski, Dominik, ve diğerleri. *Regulating Corporate Criminal Liability*. Springer, 2014. 197-210.
- Perritt Jr., Henry H. «The Foreign Corrupt Practices Act: 'Mo Money, 'Mo Problems.» Chicago-Kent College of Law, tarih yok.

- <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/carolyn%20neville%20Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act.pdf>.
- Pieth , Mark, Lucinda A. Low ve Nicola Bonucci. *The OECD Convention Bribery - A Commentary*. Cambridge, 2014.
- Pinto, Amanda ve Martin Evans. *Corporate Criminal Liability*. Sweet & Maxwell, Third Edition.
- Pisano, Roberto. «Bribery & Corruption 2019: Italy.» 2019. <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy>>.
- Pradel, Jean ve Zeynel T. Kangal. «Ceza Hukukunun Küreselleşmesi: Beklentiler Perspektifler.» *MHB* 24 (2004). http://www.zeynelkangal.av.tr/Ceviriler/Ceza_Hukukunun_Kuresellesmesi.pdf.
- PWC. «Global Economic Crime and Fraud Survey.» 2018. <https://www.pwc.com/gx/en/forensics/global-economic-crime-and-fraud-survey-2018.pdf>. Şubat 2019.
- Rasche, Andreas. «Corporate Criminal Liability in Germany – An Idea Whose Time Has Come.» 2017. <<http://www.bos-cbscsr.dk/2017/11/06/corporate-criminal-liability-germany-idea-whose-time-come/>>.
- Rediker, Ezekiel K. «The Foreign Corrupt Practices Act: Judicial Review, Jurisdiction, and the “Culture of Settlement”.» *Seton Hall Legislative Journal* Vol. 40 .1 (2016): 54-87. <http://scholarship.shu.edu/shlj/vol40/iss1/3>. 3 Haziran 2017.
- Redlich, Holdling. «Anti-Corruption and Bribery in Australia.» 2018. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02c36883-d097-4d1b-82dc-cfad89766570>>.
- Resmi Gazete. tarih yok. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/01/20040120.htm#2>.
- Richard, Samuel B. «To Bribe a Prince: Clarifying the Foreign Corrupt Practices Act Through Comparisons to the United Kingdom's Bribery Act of 2010.» *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol 37, Issue 2 (2014): 419-450.

<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1726&context=iclr>.

Rushford, Greg. «Business Lobby Hit For "Bring-Back-Bribery" Bill.» *Extension of Remarks*. Legal Times, 03 12 1987. <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CRECB-1987-pt24/pdf/GPO-CRECB-1987-pt24-2-3.pdf>.

Rübenstahl, Markus ve Christian Brauns. «Trial and Error—A Critique of the New German Draft Code for a Genuine Corporate Criminal Liability.» *German Law Journal*, Vol 16 2015: 871-886. <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/57352298f8508265d3885f0c/1463100063251/GLJ_Vol_16_No_04.pdf>

Salbu, Steven R. «Battling Global Corruption In The New Millenium.» *Law & Policy In International Business* 1999, 47, Vol. 31: 47-78. HeinOnline. 4 Aralık 2018.

Sambrook, Cristina. «The UN Convention against Corruption: A Step forward from the OECD Convention: Pluses and Minuses from a Comparative Perspective.» *Romanian J. Int'l L.* 2006, 74: 74-93. HeinOnline. 21 8 2018.

Securities and Exchange Commission. «SEC Adopts Rules to Establish Whistleblower Program.» 25 05 2011. <https://www.sec.gov/news/press/2011/2011-116.htm>.

—. «Securities and Exchange Commission § 240.13b2–2.» Government Publishing Office, tarih yok. <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2016-title17-vol4/pdf/CFR-2016-title17-vol4-sec240-13b2-2.pdf>.

—. «Securities Whistleblower Incentives and Protections, 17 CFR Parts 240 and 249.» *Federal Register Vol. 76, No. 113* . Government Publishing Office, 13 06 2011. <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-06-13/pdf/2011-13382.pdf>.

—. «United States: Securities and Exchange Commission Statement of Policy With Regard to the Foreign Corrupt Practices Act Review Procedure Established by the Department of Justice.» *International Legal Materials*, Vol 19. No. 6 (1980): 1537-1541. <http://www.jstor.org/stable/20692238>.

- Seitzinger, Michael V. «Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive Enforcement, In Brief.» 15 March 2016. <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41466.pdf>. 15 Ocak 2019.
- Shaw, Bill. «Foreign Corrupt Practices Act: Amendments of 1988.» *Maryland Journal of International Law*, Vol. 14, Issue 2 (1990): 161-174. <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1323&context=mjil>.
- Sivachenko, Irina. «Corporate Victims of "Victimless Crime": How the FCPA's Statutory Ambiguity, Coupled with Strict Liability, Hurts Businesses and Discourages Compliance.» *Boston College Law Review*, Vol 54, Issue 1 (2013): 393-431. <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3278&context=bclr>.
- Smallwood, John M. «Foreign Corrupt Practices Act of 1977.» *Maryland Journal of International Law*, Vol. 4, Issue 2 (1979): 351-358. <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1086&context=mjil>.
- Smith, Eric J. «Resolving Ambiguity in the FCPA through Compliance with the OECD Convention on Bribery of Foreign Public Officials.» *Maryland Journal of International Law* (2012): 14-15.
- Smith, Lena E. «Is Strict Liability the Answer in the Battle against Foreign Corporate Bribery?» *Brooklyn Law Review* 2014, Vol. 79, Issue 4, Article 10 .
- Sood, Avani Mehta ve John M. Darley. «The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals.» *California Law Review* 2012, Vol.100, Article 10: 1313-1357.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012. Belge.
- Sökmen, Uğur. «Devlet Memuruna Hediye Rüşvet (mi)dir?» *Maliye Dergisi* Temmuz - Aralık 2011, S.161: 231-258.
- Spahn, Elizabeth. «International Bribery: The Moral Imperialism Critiques.» *Minn. Journal of Int'l Law*, Vol.18:1 2009: 155-232.
- Spahn, Elizabeth K. «Implementing Global Anti-Bribery Norms From The Foreign Corrupt Practices Act To The Oecd Anti-Bribery Convention To

- The U.N. Convention Against Corruption.» *Indiana International & Comparative Law Review* 9 October 2013 Vol. 23, p.1.
- Sporkin, Stanley. «The Foreign Corrupt Practices Act - Then and Now.» *12th National Foreign Corrupt Practices Act Conference, Nov. 15-16, 2004*.
Dü. Stanley Sporkin. Washington D.C., 2004.
- Stevenson Jr. , Russell B. «Sec and the New Disclosure.» *Cornell Law Review* 1976, Volume 62, Issue 1, Article 2.
<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol62/iss1/2>.
- Stewart, Carter. «The FCPA Is Just as Relevant and Necessary Today as Thirty-Five Years Ago.» *Ohio State Law Journal, Vol 73:5* (2012): 1039-1047.
<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2013/02/73.5.Stewart.pdf>.
- Stone, Richard. «Deceiving the Corporate Mind - R. v. Rozeik.» *Nottingham Law Journal* 229 (1996).
<<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/notnghmlj5&i=246>>.
- Sutton, Robert H. «Controlling Corruption Through Collective Means: Advocating the Inter-American Convention Against Corruption.» *Fordham International Law Journal* 20.4 (1996).
- Şahin, Faruk. «3628 Sayılı Mal Bildirimi'nde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'na Göre Soruşturma Yöntemi.» *E-Yaklaşım* Mayıs 2004, Sayı 10.
- Tan, Turgut. «Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı.» *Anayasa Dergisi* 1991, 8. Cilt: 253-252.
- Tarhan, Bülent. «Rüşvetin Anlaşması Mı Olur.» *Güncel Hukuk* (2015): 44-45.
—. «Rüşvetin Anlaşması Mı Olur.» *Güncel Hukuk Dergisi* 2015, Sayı.110.
- Tarhan, Bülent ve Mehmet Karadağ. «4483 Sayılı Kanun Kapsamına Giren Suçlar ve İlgili Yargı Kararları Sunumu.» 16 Şubat 2011.
<https://slideplayer.biz.tr/slide/10170406/>.
- Tarhan, R. Bülent. «Birleşik Krallık Rüşvet Yasası.» *Güncel Hukuk* (2015).
—. «Rüşvetin Basit Halleri.» *Güncel Hukuk* (2008).
—. «Rüşvetle Bahşişi Kim Ayıracak.» *Radikal Gazetesi*. Radikal Gazetesi, 13 Şubat 2009. Gazete.
- Tarhan, R. Bülent, ve diğerleri. *Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Sonuçlar ve Çözüm Önerileri*. Ankara: MATSA Basımevi, 2006.

- Tarun, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook, Second Edition*. American Bar Association, 2012.
- Taşkın, Alim. «Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması.» *AÜHFD* 1991, C. 43, S. 1-4.
- TBMM. *Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278*. tarih yok. <https://www.tbmm.gov.tr>.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku - Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- . *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku - Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- TEPAV. «Yolsuzlukla Mücadele Mevzuatı ve Uluslararası Müktesebatı.» tarih yok. <https://www.tepav.org.tr/tr/yayin/s/103>.
- . «Yolsuzlukla Mücadele, TBMM Raporu “Bir Olgular Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler, Çözüm Önerileri”» 2006.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Seçkin, 2015.
- Tezcan, Durmuş. «Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar.» *FMR - Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 2002/1: 15-51.
- . «Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler.» *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001. 643-686.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Seçkin, 2016 (Güncellenmiş 16. Baskı).
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Seçkin, 2015.
- . *Uluslararası Ceza Hukuku*. Güncellenmiş 3. Bası. Seçkin, 2015.
- The Economist. «Ahold out: European Corporate Malfeasance.» 2003. <<https://www.economist.com/leaders/2003/02/27/ahold-out>>.
- The Harvard Law Review Association. «Developments in the Law: Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions.»

- Harvard Law Review* April 1979, Vol. 92, No. 6: 1227-1375.
www.jstor.org. 10 Aralık 2017.
- Timmeny, Wallace. «An Overview of the FCPA.» *Syracuse Journal of International Law and Commerce* Vol. 9.2 (1982): 235-244.
https://surface.syr.edu/jilc/vol9/iss2/2/. 14 1 2018.
- Tomasic, Roman. «Global corporations, bribery and corrupt practices: Anti-bribery laws and the limits of state action.» *Law and Financial Markets Review* 2018, 12:1. https://doi.org/10.1080/17521440.2018.1435459. 3 Şubat 2019.
- Topkaya, Hatica ve Ahmet Topkaya. «Yolsuzluka Mücadelede Etkin Bir Amaç: BM Sözleşmesi Çerçevesinde Yolsuzluk Kaynaklı Mal Varlıklarının Geri Alınması.» *Sayıştay Dergisi* (2009): 25-44. Dijital.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. 3. Ankara: Savaş Yayınevi, 2008.
- Torre, Mateo J. de la. «The Foreign Corrupt Practices Act: Imposing an American Definition of Corruption on Global Markets.» *Cornell Law Student Papers* (2016): 470-495.
https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1885&context=cilj.
- Transparency International. www.transparency.org. tarih yok.
https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_transparency_international/9. 3 Ağustos 2018.
- Trautman, Lawrence J. ve Kara Altenbaumer-Price. «Lawyers, Guns, and Money: The Bribery Problem and the U.K. Bribery Act.» *The International Lawyer*, Vol. 47, No. 3 (2013): 481-517.
<<http://www.jstor.org/stable/43923968>>.
- Tuğrul, Ahmet Ceylani. *İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013. Belge.
- . *Zimmet - Banka Zimmeti - Rüşvet ve İrtikap Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2013. Belge.
- Tuncay, Aziz Can. «Tüzel Kişi İşverenin İş Kazasından Cezai Sorumluluğu.» *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11, Sayı:145 - 146 / Eylül - Ekim 2016* Eylül-Ekim 2016: 357-392.
https://jurix.com.tr/article/5835.

- Tuncer, Asuman İnce. «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu.» *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*. İstanbul: Şeçkin, Mayıs 2018, 1. Bası. 687-707.
- Türk Dil Kurumu. *Sözlük*. tarih yok. www.tdk.gov.tr.
- Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı . *Bir olgu olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler, Çözüm Önerileri*. Ankara, 2006.
- Tütüncü, Efser Erden. «Rüşvet Suçunda Fail Kavramının Kazandığı Yeni Boyut.» *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1. Cilt, C:16, S:2 2018.
- U.S. 100th Congress House of Representatives, Conference Report No. 100-576. «House Conference Report 100-576.» 1988. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/tradeact-100-418.pdf>.
- U.S. 94th Congress House of Representatives, Report No. 94-831. «House of Representatives Conference Report No. 94-831.» Yasama Raporu. 1977. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/corruptrpt-94-831.pdf>.
- U.S. 95th Congress House of Representatives, Report No. 95-640. «House of Representatives Report No. 95-640.» Yasama Raporu. 1977. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>. 03 04 2017.
- U.S. 95th Congress Senate Report no. 95-114. «Senate Report 95-114.» Yasama Raporu. tarih yok. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/senaterpt-95-114.pdf>.
- U.S. Department of Justice. «A Lay Person's Guide to the FCPA.» U.S. Department of Justice, tarih yok. <http://insct.syr.edu/wp-content/uploads/2013/02/lay-persons-guide.pdf>.
- . *Deputy Attorney General Rosenstein Delivers Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act*. 29 Kasım 2017. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign>.
- U.S. Department of Justice FCPA Corporate Enforcement Policy. «FPCA Corporate Enforcement Policy.» U.S. Department of Justice, tarih yok. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download>.

- U.S. Department of Justice. «Memorandum on Individual Accountability for Corporate Wrongdoing.» Washington D.C.: U.S. Department of Justice, 09 09 2015.
<https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>.
- U.S. Department of Justice, Securities Exchange Commission. «A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act.» SEC, tarih yok.
<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>.
- Uğur, Hüsamettin. «3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış Ve Çözüm Önerileri.» *TBB Dergisi* 2008, Sy.76: 289-320.
- . «Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun'a göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması.» *TBB Dergisi* 85 (2009).
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-565>. 7 1 2019.
- . *Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu & Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele*. Ankara: Adalet, 2010.
- Uluslararası Şeffaflık Derneği. «CPI 2017.» 2 Şubat 2018.
<http://www.seffalik.org/cpi2017/>.
- Ulusoy, Ali. *İdari Yaptırımlar*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- UN Office on Drugs and Crime. 13 7 2018.
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V1800228e.pdf>.
- United States General Accounting Office. «Report to the Congress: Impact of Foreign Corrupt Practices Act on U.S. Business.» Yasama Raporu. 1981.
<https://www.gao.gov/assets/140/132199.pdf>. 5 Ocak 2017.
- United States v. Braskem S.A. - Docket No. 16-CR-644. tarih yok.
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/braskem-sa>.
- United States V. Joseph Sigelman Court Docket Number: 14-CR-00263-JEI. tarih yok. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-joseph-sigelman-court-docket-number-14-cr-00263-jei>.
- United States v. Kay, 513 F.3d 432, 439 (5th Cir. 2007). tarih yok.
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-david-kay-et-al-district-court-docket-no-01-cr-914-court-appea-0>.

- United States v. Odebrecht S.A - Docket No. 16-CR-643. tarih yok.
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/odebrecht-sa>.
- United States V. Saybolt North America Inc., Et Al. Court Docket Number: 98-CR-10266-WGY. tarih yok. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-saybolt-north-america-inc-et-al-court-docket-number-98-cr-10266>.
- United States V. Siemens Aktiengesellschaft Court - Docket Number: 08-CR-367-RJL. tarih yok. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-siemens-aktiengesellschaft-court-docket-number-08-cr-367-rjl>.
- United States V. Viktor Kozeny, Et Al. District Court Docket No: 05-CR-518-SAS. tarih yok. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-viktor-kozeny-et-al-district-court-docket-no-05-cr-518-sas>.
- Unzicker, Andrea D. Bontrager. «From Corruption to Cooperation: Globalization Brings a Multilateral Agreement Against Foreign Bribery .» *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2000, Vol. 7, Iss.2, 12: 655-686. www.repository.law.indiana.edu/ijgls/Vol7/iss2/12.
- Ünlü, Ufuk. «Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu.» *TBB Dergisi* (2012): 323-340. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-102-1222>.
- . «Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Rüşvet Düzenlemesi ile İngiltere Rüşvet Kanunu'nun Karşılaştırması.» *Terazi Hukuk Dergisi* Haziran 2017: 81-89.
- Verbruggen, Aldo. «The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review - Edition 7: Netherlands.» 2018. <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-edition-7/1177297/netherlands>>.
- Vermeulen, Gert, Wendy de Bondt ve Charlotte Ryckman. *Liability of legal persons for offences in the EU*. Antwerpen | Apeldoorn | Portland: Maklu, (Principal: EU Commission), January 2012.
- Vermeulen, Gert, Wendy de Bondt ve Charlotte Ryckman. *Liability of legal persons for offences in the EU*. 2012. <https://www.researchgate.net/publication/293820342_Liability_of_legal_persons_for_offences_in_the_EU>.
- Vlasic, Mark V. ve Peter Atlee. «Myanmar and the Dodd-Frank Whistleblower "Bounty": The U.S. Foreign Corrupt Practices Act and Curbing Grand Corruption Through Innovative Action.» *American University*

- International Law Review*, Vol 29, Issue 2 (2014): 442-464.
<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1813&context=auilr>.
- Wade, Frederick B. «An Examination of the Provisions and Standads of the FCPA.» *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 9, No. 2 (1982): 255-272.
<https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=jilc>.
- Wagner, Markus. «Corporate Criminal Liability National and International Responses.» *the Thirteenth International conference of the International Society for the Reform of Criminal low on Commercial and Financial Fraud*. Malta, 1999.
- Weissmann, Andrew ve David Newman. «Rethinking Criminal Corporate Liability.» *Indiana Law Journal* 2007, Vol. 82: Iss. 2, Article 5.
<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/5>.
- Wells, Celia. «Corporate Crime: Opening the Eyes of the Sentry.» *Legal Studies*, Vol. 30 No. 3 (2010): 370-390.
https://www.academia.edu/32412301/Corporate_crime_opening_the_eyes_of_the_sentry.
- Wheeler, Stanton ve Mitchell Lewis Rothmann. «The Organization as Weapon in White-Collar Crime.» *Yale Law School Legal Scholarship Repository* 1982, Faculty Scholarship Series. 4128.
- Wilkinson, Meaghan. «Corporate Criminal Liability - The Move towards Recognising genuine Corporate Fault.» *Canterbury Law Rev.* 142 (2003): 143-178.
- Wolfensohn, James D. *Voice For the World's Poor: Selected Speeches and Writings of World Bank President James D. Wolfensohn, 1995–2005*. Washington: World Bank, 1996.
<http://documents.worldbank.org/curated/en/717111468137730697/pdf/343620PAPER0Vo101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>. 6 Ocak 2019.
- Woody, Karen E. «No Smoke and No Fire: The Rise of Internal Controls Absent Anti-Bribery Violations in FCPA Enforcement.» *Cardozo Law Review* 2017, Vol. 38: 1727: 1727-1768.
- World Trade Organization. «World Trade Report .» 2017.

- Yarosky, Harvey. «The Criminal Liability of Corporations.» *McGill Law Journal*, vol. 10 (1964): 143-157. <<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2146895-yarosky.pdf>>.
- Yarsuvat, Duygun. «Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri.» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Naci Şensoy Hattıra Sayısı (1965/3-4): 670.
- . «Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri.» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1964, Cilt: 30, Sayı: 3-4. <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9104>.
- . «Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu.» Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, tarih yok.
- Yastı, Günseli. *Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi* tarih yok. <http://www.mfa.gov.tr/oecd-rusvetle-mucadele-sozlesmesi-ve-turkiye-tr.mfa> . 3 6 2018.
- Yaşar, Osman, H. Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu*, Cilt V. Ankara, 2010.
- Yavaşlar, Funda Başaran. «Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum.» *İstanbul Barosu Dergisi* (2008): 2840-2859. Belge.
- Yenidünya, Caner. «2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme.» *İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi* (2005): 121-130.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin, Eylül 2018.
- . «TCK, Dönmezer Tasarısı, Köylü Tasarısı.» *Artvin Konfeansı (2) (3)* . İstanbul : Bahçeşehir Üniversitesi, 2004 . 14-19.
- Yıldırım, Engin. «Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden: Şirketlerin İnsan Hakları Olabilir mi?» *YBHD* 2017, Sayı 2: 63-93.
- Yıldız, Burçak. «İtra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği.» *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Vol. 27, No. 3 2011: 111-134. <https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=6194>.

- Yıldız, Mehmet Tan. «Rüşvet Suçunun Anatomisi.» 2005. <www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/179.doc>.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet - Zimmet - İrtikap - Görevi Kötüye Kullanma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015. Belge.
- Zengin, Raşit. «Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usulü - Yüksek Lisans Tezi.» Isparta: T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Faydalanılan Web-Sayfaları:

- <https://www.blankrome.com/publications/fcpa-enforcement-under-trump-administration-no-piling-otherwise-business-usual>
- <https://www2.deloitte.com/in/en/pages/finance/articles/fcpa-enforcement-under-the-trump-administration.html>
- <https://www.npr.org/2017/11/08/561059555/trump-used-to-disparage-an-anti-bribery-law-will-he-enforce-it-now>
- <http://www.etimolojiturkce.com/kelime/rüşvet>
- <http://www.wikizero.info>
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GT.S.56db65f4a722e7.46817181
- <https://law.jrank.org/pages/744/Corporate-Criminal-Responsibility-American-standards-corporate-criminal-liability.html>
- <http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/3/765/a/0765sk-2.htm#211>
- www.lexpera.com.tr
- https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/66740/000110465913010881/a13-1203_110k.htm
- www.oecd.org.tr
- <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/12/19/siemens-sentencing-memo.pdf>
- <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-24-10daimlerag-sent.pdf>
- <http://fcpa.stanford.edu/investigation.html?id=34>
- <https://www.sec.gov/files/sec-2017-annual-report-whistleblower-program.pdf>
- <https://fcptracker.com/product/alexion-pharmaceuticals-inc/>
- <http://www.fcpablog.com/blog/2018/2/26/teradata-fcpa-investigation-ends-with-double-declination.html>
- <https://www.sec.gov/litigation/admin/2017/34-81669.pdf>
- <https://www.sec.gov/news/press-release/2012-2012-196htm>

<https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21673.htm>
<https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2007/lr20214.htm>
<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20214.pdf>
<https://www.sec.gov/news/press-release/2014-148>
<https://www.sec.gov/litigation/admin/2014/34-72678.pdf>
<https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-85468.pdf>
<http://www.fcablog.com/blog/2013/2/20/declination-for-3m.html>
<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765/etkilendigi-islemler>
<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=9901b33b-00b4-4004-ac9f-5bb00be9af01>
<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2003N24990K4782>
<http://www.tdk.gov.tr/>
www.kazanci.com.tr
<http://www.fcablog.com/blog/2016/8/15/jessica-tillipman-the-ten-longest-fcpa-related-prison-senten.html>
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120705-2.htm>
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/01/20040120.htm#2>
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>
<https://www.pwc.com.tr/en/fraud-forum/publications/fraud-forum-e-bulten-subat-2015.pdf>
<https://www.history.com/topics/watergate>
<https://www.pbs.org/newshour/politics/complete-watergate-timeline-took-longer-realize>
<http://www.stanleyporkin.com/homepage/>
<https://www.investopedia.com/updates/enron-scandal-summary/>
<https://www.gao.gov/about/>
https://en.wikipedia.org/wiki/Legislative_history
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2383938
https://www.jonesday.com/Foreign_Corrupt_Practices_Act_Overview/#_edn2
<http://fcpaprofessor.com/category/saybolt/>
<https://www.ft.com/content/be7b2b5c-76bb-11e2-ac91-00144feabdc0>
<https://karararama.yargitay.gov.tr>
<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>,
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-ousama-m-naaman-court-docket-number-08-cr-246-esh>
<https://www.justice.gov/opa/pr/kellogg-brown-root-llc-pleads-guilty-foreign-bribery-charges-and-agrees-pay-402-million>
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-william-j-jefferson-district-court-docket-no-07-cr-209-tse-court>
<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/Lockheed/>
<https://www.visualofac.com/regulations/fcpa-violations-penalties/>

<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/12/03/response2-appx-m.pdf>
<http://www.fcpablog.com/blog/2018/9/28/petrobras-smashes-the-top-ten-list-and-we-explain-why.html>
<http://fcpacompliancereport.com/2012/11/the-high-costs-of-non-compliance/>
<https://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr18775.htm>
<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>
<https://www.wsj.com/articles/ex-ceo-of-petrotiger-sentenced-to-probation-over-bribery-1434469990>
<https://www.justice.gov/opa/file/477886/download>
<https://www.paulweiss.com/practices/litigation/anti-corruption-fcpa/publications/fcpa-enforcement-and-anti-corruption-developments-2017-year-in-review?id=25839>
<https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-joel-esquenazi-et-al-court-docket-number-09-cr-21010-jem>
<https://www.justice.gov/jm/justice-manual>
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/carlos-rodriguez>
<https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>
<https://www.reuters.com/article/us-sec-whistleblower/sec-gets-more-whistleblower-tips-idUSTRE7135UA20110204>
http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf
<https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/312/312.en.pdf>
<http://www.oecd.org/about/history/>
https://www.jonesday.com/Foreign_Corrupt_Practices_Act_Overview/#_edn5
<http://www.mfa.gov.tr/oecd-rusvetle-mucadele-sozlesmesi-ve-turkiye-.tr.mfa>
<https://oecdonthellevel.com/2018/12/05/taking-the-fight-against-corruption-to-the-demand-side-of-bribery/>
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/40498754.pdf>
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>
https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)123/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=En)
http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa
https://www.tepav.org.tr/upload/files/1269871534r6711.Yolsuzlukla_Mucadele_Kanunlar_Yoneticilikler_Uluslararası_Sozlesmeler_Eylem_Planlari.pdf
<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/191>
[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararası_isbirliği/uluslararası_organizasyonlar/greco_turkiye_raporlar/GrecoEval1-2\(2005\)3_Turkey_TR.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararası_isbirliği/uluslararası_organizasyonlar/greco_turkiye_raporlar/GrecoEval1-2(2005)3_Turkey_TR.pdf)
[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararası_isbirliği/uluslararası_organizasyonlar/greco_turkiye_raporlar/GrecoRC3\(2012\)4_Turkey_TR.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uluslararası_isbirliği/uluslararası_organizasyonlar/greco_turkiye_raporlar/GrecoRC3(2012)4_Turkey_TR.pdf)

<https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680792de8>
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf
<https://www.transparency.org/cpi2011>
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGB-AB-AnnRep-2014-EN.pdf>
<https://hbr.org/2017/05/samsung-shame-and-corporate-atonement-2017>
<http://fortune.com/2017/12/31/biggest-corporate-scandals-misconduct-2017-pr/>
<https://www.pwc.com/gx/en/forensics/global-economic-crime-and-fraud-survey-2018.pdf>
<http://hukukdestegi.com/2017/10/02/sirket-faaliyet-alani-nedir/>
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/au/au195en.pdf>
<https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/h-l-bolton-engineering-co-ltd-v-t-j-graham-sons-ltd-1957-1-qb-159/>
<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd797>
<https://swarb.co.uk/moore-v-i-bresler-ltd-kbd-1944/>
<https://jade.io/citation/3208677>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/500/>
<https://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-kadish/group-criminality/new-york-central-hudson-river-railroad-co-v-u-s/>
<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/467/1000/154124/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/121/>
<https://openjurist.org/770/f2d/399/united-states-v-automated-medical-laboratories-inc>
<https://openjurist.org/821/f2d/844/united-states-v-bank-of-new-england-na>
<https://rm.coe.int/16804c5d71>
<https://www.iflr.com/Article/3647779/Switzerland-Corporate-criminal-liability.html?ArticleId=3647779>
<https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/legislative-decree-8-6-2001-n-231.html/Legislative-Decree-8-6-2001-n-231-EN.pdf>
<https://www.theguardian.com/business/2017/mar/10/volkswagen-vw-pleads-guilty-criminal-charges-emissions-cheating>
<https://www.bbc.com/news/business-46382722>
<http://www.bos-cbscsr.dk/2017/11/06/corporate-criminal-liability-germany-idea-whose-time-come/>
<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>
https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=12465&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=66
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194428.pdf>
<https://www.oecd.org/newsroom/oecd-turkiye-yabanc-kamu-gorevlilerine-rusvet-konusundaki-uygulama-cercevesini-acilen-guclendirmeli-ve-kurumsal-sorumluluk-mevzuatnda-reforma-gitmeli.htm>
<https://rm.coe.int/16800cce441999>

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/oecd/Ulusal_Mucadele/tuzel_kisilerin_sorumlulugu.html

<http://oecdinsights.org/2016/11/25/a-corporate-right-to-silence-and-privilege-against-self-incrimination/>

