

AŞAĞIDAKİ YARGITAY KARARI 2013 YILININ EN İYİ İÇTİHADİ SEÇİLMİŞTİR.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

Esas Numarası: **2012/5.MD-1270**

Karar Numarası: **2013/248**

- *Cep telefonu görüşmelerinin kayda alınmasının delil değeri*
- *Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama*
- *Hukuken geçerli nitelikte delil*
- *Haberleşme hürriyeti ve iletişimin denetlenmesi*

ÖZET: Suçu ortaya çıkarmak için cep telefonu görüşmelerinin kayda alınmasının geçerli bir delil olduğu hakkında.

Sanıklar, ... İcra Hakimi A... ve turizmci N... 'in Ağustos-Eylül 2006 tarihlerinde, ... 3. İcra Hukuk Mahkemesince verilmiş ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılan M... 'den yarar sağladıklarından bahisle 5237 sayılı TCK'nun 37. maddesi delaletiyle aynı Kanununun 255/1. maddesinde düzenlenmiş olan yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda Yargıtay 5. Ceza Dairesince 07.04.2010 gün ve 3-2 sayı ile; sanıkların beraatlarına karar verilmiştir.

Hükmün katılan vekili ve Yargıtay C.Başsavcılığı tarafından, sanıklara yüklenen suçun sabit olduğu ve cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiğinden bahisle temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 21.06.2011 gün ve 187-131 sayı ile;

"Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, sanıklara yüklenen yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçunun sübuta erip ermediğinin belirlenmesine ilişkin ise de; katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların niteliği ile hukuken geçerli nitelikte delil sayılıp sayılmayacakları hususu öncelikle değerlendirilecektir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için öncelikle haberleşme hürriyeti ve iletişimin denetlenmesi kavramlarının üzerinde durmak gerekmektedir.

Anayasa'nın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, yine aynı madde uyarınca, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir.

Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

Ülkemizde 1412 sayılı CYUY'nın yürürlükte olduğu 1999 öncesi dönemde iletişimin denetlenmesi konusunda herhangi bir düzenleyici kural öngörülmemiştir. Uygulamada CYUY'nın 91. maddesinde yer alan, saniğe gönderilen mektuplar ve sair mersulenin zapt edilebileceğine ilişkin kuralın kıyasen uygulanması suretiyle haberleşmeler denetlenmiş ise de bu tür kanıt derlemeleri özellikle öğretilere yoğun eleştirilere konu edilmiştir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin ilk yasal düzenleme, 01.08.1999 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasasında yer almıştır. Bu Yasanın 2. maddesinde; 4422 sayılı Yasada katalog halinde sınırlı olarak

sayılan suçların soruşturmasında, başkaca kanıt elde etme olanağı bulunmayan hallerde hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve tespiti olanaklı hale gelmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı da bu tedbire başvurabilecek ancak, 24 saat içerisinde hakimden bu konuda karar almak zorunda kalacaktır. Görüldüğü gibi bu düzenleme ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde iletişimin dinlenmesi ve tespitine olanak tanımaktadır. Bu sınırların dışına çıkılarak iletişimin dinlenmesi ve tespiti halinde elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin son düzenleme ise 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasında yapılmış, 5320 sayılı Yasanın 18. maddesi ile de 4422 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmıştır.

5271 sayılı CYY'nın Koruma Tedbirleri başlıklı dördüncü kısmının 135 ila 138. maddelerini kapsayan beşinci bölümünde "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" düzenlenmiş olup, anılan Yasanın 135. maddesi,

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (...) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, (...) mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

- 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
- 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),*
- 3. İşkence (madde 94, 95),*
- 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),*
- 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),*
- 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
- 7. Parada sahtecilik (madde 197),*
- 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),*
- 9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3)*
- 10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
- 11. Rüşvet (madde 252),*
- 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),*
- 13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),*
- 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.*

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

- c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7)Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz” hükmünü taşımaktadır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin birinci fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından da geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri, (f) bendinde ise, iletişimin tespitinin, iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir.

5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasada öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir.

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanıklar hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesinde tanımı yapılan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmaların kayıt edildiği aşamada sanıklar yönünden söz konusu olmaması, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargı-

tay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur.

Öğretide, 'Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır' (Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), "... 'kayıt altına alma' gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, 'kayıtları takip organlarına verme' ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suçta vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir." (Yrd.Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtları hukuka aykırı kabul ederek, hükme esas almayan Yargıtay 5. Ceza Dairesi beraat hükmünün, hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarında değerlendirilmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden esasa ilişkin diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına" karar verilmiştir.

Bozmaya uyarak hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarıda gözönünde bulundurmak suretiyle sanıkların hukuki durumlarını yeniden değerlendiren Yargıtay 5. Ceza Dairesince 07.03.2012 gün ve 5-2 sayı ile; yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçuna teşebbüsten sanık A...'ın 5237 sayılı TCK'nun 255/1, 35/2, 62 ve 52/2. maddeleri uyarınca hapis cezasından çevrilme 6000 lira ve doğrudan hükmolunan 1000 lira adli para, sanık N...'in ise aynı kanununun 40 ve 38. maddeleri yollamasıyla 255/1, 35/2, 62 ve 52/2. maddeleri uyarınca hapis cezasından çevrilme 6000 lira ve doğrudan hükmolunan 1000 lira adli para cezası ile cezalandırılmalarına, 53/5 maddesi gereğince sanık A... cezasının infazından sonra işlemek üzere takdiren 150 gün süreyle 53/1-a maddesindeki hak ve yetkileri kullanmaktan yasaklanmasına, sanıkların yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaat oluşmadığından CMK'nun 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Bu hükmün de sanık N... müdafii ve sanık A... tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay C. Başsavcılığının "onama" istekli 19.09.2012 gün ve 31069 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Bi-

rinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık K... hakkında verilen mahkumiyet hükmüne karşı kanun yoluna başvurulmadığından inceleme, sanıklar A... ve N... hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıklar A... ve N... atılı suçu işleyip işlemediklerinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Katılanın, yaklaşık değeri 3 trilyon lira olan taşınmazının 600 milyar liraya satıldığı iddiasıyla ... 3. İcra Hukuk Mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dosyasında 09.07.2004 tarihinde ihale-nin feshi davası açtığı, hakimliğini A... , zabıt katipliğini ise K... yaptığı mahkemece 25.04.2006 gün ve 471-239 sayı ile davanın reddine ve katılıandan % 10 para cezası alınma-sına karar verildiği, katılan tarafından temyiz edilen bu kararın Yargıtay 12. Hukuk Dairesince 18.07.2006 gün ve 13051-15897 sayı ile onandığı, tashihi karar talebi de 24.11.2006 tarih-inde reddedilen katılanın 11.01.2007 tarihinde yaptığı yargılamanın yenilenmesi talebinde kabul edilmediği,

Katılanın 02.10.2006 tarihinde ...Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçede, Yargıtayca onanmış olan kararı Yargıtay 12. Hukuk Dairesince tashihi karar yoluyla bozdurmak vaadiyle hakim A... kendisinden toplam 600 bin Euro rüşvet istediği iddiasıyla şikayetçi olduğu ve ay-rıca olayla ilgili olarak kendisi tarafından telefona kaydedilen konuşma kayıtlarını içeren 3 adet CD'yi de savcılığa teslim ettiği,

Katılanın aynı iddialarla 28.03.2007 tarihinde ... Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçe ile de ayrıca K... ve N... hakkında da şikayetçi olduğu,

...Cumhuriyet Başsavcılığınca sanık K... 'in rüşvet almaya teşebbüs suçundan 5237 sayılı TCK'nun 252/1-3 ve 35. maddeleri, sanık N... 'in ise rüşvet almaya teşebbüs suçuna yardım-dan aynı kanunun 252/1-3, 35 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmalarının talep edildiği, bu davanın yapılan yargılaması sonunda İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesince 17.04.2008 gün ve 348-109 sayı ile, sanıklar K... ve N... , yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlamaya te-şebbüs suçundan, 5237 sayılı TCK'nun 255/1, 35, 62 ve 52. maddeleri uyarınca 10 ar ay hapis ve 120 şer Lira adli para cezası ile cezalandırılmalarına karar verildiği, kararın sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 5. Ceza Dairesince 22.06.2009 gün ve 461-7888 sayı ile, aynı olay hakkında A... hakkında Yargıtay 5. Ceza Dairesinde açılmış ve derdest olan bir davanın bulunduğu gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verildiği, bunun üzerine İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesince 28.03.2007 gün ve 282 sayı ile birleştirme kararı verilerek, dosyanın Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderildiği ve tüm sanıkların yargılamasının birlikte yapıldığı,

Katılan tarafından sunulan 3 adet CD üzerinde inceleme yapan bilirkişi tarafından "CD'lerdeki ses kayıtları, mümkün olduğunca, dil bilgisi kuralları göz ardı edilerek aslına uygun şekilde deşifre edilip metne yazılmıştır. Ancak özellikle telefon konuşmalarında karşı tarafın konuş-maları olmak üzere yer yer konuşmalar duyulmamakta, sesler birbirine karışmakta veya tam anlaşılmamaktadır. Anlaşılmayan yerler metinde olarak gösterilmiştir. Deşifre metinde, seslerin kime ait olduğu konusunda sıkıntılar yaşanmış, bazı seslerin kime ait olduğu anla-şılmamış, bu durumda ses erkek/bayan diye ayrılmıştır. Ancak konuşma içinde birbirlerine hitap ederlerken eğer ses sahibinin ismi geçiyorsa, metnin devamında yine erkek/bayan ola-rak yazılmıştır" açıklamalarına yer verildiği, çözümlenmelere bakıldığında konuşmaların büyük ölçüde anlaşılabilir olduğu, seslerin kime ait olduğu konusunda herhangi bir teknik inceleme yapılmadığı,

01.05.2006 ve 30.10.2006 tarihleri arasında, (karşılıklı olarak) A... ile N... 248 kez, A... ile K... 33 kez, A... ile katılanın 2 kez, K... ile N... 295 kez, K... ile katılanın 190 kez, N... ile katılanın ise 46 kez görüştükleri; bazı günler görüşmelerin çok yoğunlaştığı örneğin, 05.09.2006 tarihinde katılan ile K... 6 kez, 20.08.2006 tarihinde A... ile N... 13 kez, 17.10.2006 tarihinde ise N... ile K... 17 kez görüşme yaptıkları, katılan ile sanık K... arasındaki görüşmelerin 25.04.2006 tarihinde müştekinin davasının reddedilmesinin hemen ardından 01.05.2006 tarihinde başladığı, devam eden aşamada ise K... ile A... arasındaki görüşmelerin 05.05.2006 tarihinde başladığı, katılan ile A... arasındaki iki görüşmenin 01.07.2006 tarihli olduğu, bunun dışında ise A... ile N... arasındaki görüşmelerin 02.07.2006, K... ile N... arasındaki görüşmelerin 06.07.2006, müşteki ile N... arasındaki görüşmelerin de 21.08.2006 tarihinde başladığı,

M..... Turizm ve Seyahat Acentası Ltd. Şti'ne ait 29.08.2006 gün ve 696947 sayılı faturadan ve dosyada bulunan elektronik uçak biletlerinden; katılanın kredi kartından, 22.08.2006 tarihinde, N... ve M... adına İstanbul-Milas-İstanbul, A... adına ise İstanbul-Milas-Dalaman-İstanbul uçak bileti alındığı ve kişi başına 348 TL ödendiği, N... ve katılanın 25.08.2006 tarihinde saat 22.00 de Milas üzerinden Bodrum'a gidip, 27.08.2006 tarihinde saat 11.55 te aynı havaalanından İstanbul'a döndükleri, A... ise 25.08.2006 tarihinde saat 22.00 de Milas üzerinden Marmaris'e gidip, 28.08.2006 tarihinde ise Dalaman'dan İstanbul'a döndüğü,

Sanık A... 'a ait kredi kartı hesap ekstresinde uçak biletine ait bir harcamanın bulunmadığı,

Anlaşılmaktadır.

Katılan M... aşamalarda özetle; Maslak'ta bulunan gayrimenkulleri ile ilgili olarak ...Adliyesi'nde birçok işlerinin olduğunu, işlerini görmek için gidip geldikçe sanıklardan K... ile tanıştığını, K... kendisine çok yakınlık gösterdiğini, Maslakta bulunan ve değeri 15-20 trilyon olan gayrimenkulünün üzerine haciz konulduğunu, tebligatın ise 15-20 seneden beri ikametgah olarak kullanmadığı, gelinlerinin kullandığı adrese yapıldığını, gayrimenkulünün satışa çıkarılması üzerine satışın iptali için ...İcra merciiine müracaatta bulunduğunu, avukatı aracılığı ile ...3. İcra Tetkik Mercii hakimliğine dava açtığını, davaya birçok hakim girildiğini, en son davaya Hakim A... 'in baktığını, sanık K... bu mahkemede katip olarak çalıştığını, davanın aleyhine sonuçlandığını, dava aleyhine sonuçlanınca K... 'le görüşüp davanın lehine sonuçlanacağını söylediği halde neden böyle olduğunu sorduğunda, hakim D. beyin A... beyle fazla teması olduğunu, herhalde ondan dolayı sonucun değişmiş olabileceğini söylediğini, kararı temyiz ettiğini, bu arada bir gün arkadaşları ile birlikte R... Otelinde buldukları sırada K... 'in telefonla aradığını ve daha sonra yanlarına geldiğini, daha sonra kendisine bir telefon geldiğini, bir misafirin olduğunu ve gelmek istediğini söyleyince kabul ettiğini, daha sonra N... 'in de yanlarına geldiğini, turizmci olduğunu söyleyerek N... ile tanıştırdığını, sonra ayrıldıklarını, ertesi gün K... in N... ile birlikte arayarak hakim A... 'in görüşmek istediğini belirttiğini, kabul edince ertesi gün R... Otelinde buluştuklarını, birlikte yemek yediklerini, ayrılırken hakim kendisini daireye çağırdığını, ertesi gün daireye gittiğinde hakim yanlı karar verdiğini ve bunu düzeltebileceğini, Yargıtayda ceza hakimi olarak çalıştığını, bir çok tanıdığının bulunduğunu, kararı Yargıtay'da düzeltirebileceğini, Ankara'da bulunan arsalarının tapularını istediğini, bunları getirdiğini, Ankara'da yer almak istediği için tapuları istediğini, Bodrum'da oteli olduğunu söyleyince buraya gitmeyi teklif ettiğini, Bodrum'a gitmek için kendisine, hakim A... ve N... 'e uçak bileti aldığını ve kendilerine verdiğini, ancak hakim beyin biletini Marmaris olarak değiştirdiğini ve oraya gittiğini, N... ile Bodrum'a gittiklerini, burada otelini ve arsalarını gezdiklerini, N... 'in oteli spor kulübü yapmayı teklif ettiğini ve sürekli olarak hakim A... telefonla malumat verdiğini, daha sonra İstanbul'a döndüklerini, sanıkların üçü birlikte yemek yemeyi teklif etmeleri üzerine bir otelin restoranında buluştuklarını, daha sonra hakim A... 'in davanın halledilmesi için 600 bin Euro istediğini, bu durumu K... 'e anlattığında bu işin düzelmesi için bu parayı vermesi gerektiğini ve zengin olduğunu söylediğini, N... ile görüştüğünde A... beyin bu işi yapacağını belirttiğini, bu konuşmaları telefona kaydettiğini, arkadaşlarının parayı vermemesini, kendisini kandırıp parasını alacaklarını söylemeleri üzerine tedbirli olduğunu ve tüm konuşmaları kaydettiğini, parayı vermediğini ve şikayetçi olduğunu belirtmiştir.

Sanık K... özetle; olay tarihinde ...Adliyesinde zabıt katibi olduğunu, ihtiyacı nedeniyle turizm firması olan ve hakim A... beyin arkadaşı olan N... 'in firmasında mesai sonraları çalıştığını, katılanı adliyede davaları olması nedeniyle tanıdığını, Bodrum'da otel işleri nedeniyle N... 'i katılan ile tanıştırdığını, birlikte yatırım amaçlı iş yapacakları nedeniyle tanışıp görüştiklerini, katılanın adliyede bir takım işleri olduğunu, katılanın A... 'in mahkemesinde görülmekte olan bir davayı kaybettiğini, hakim beyin bu işi temyiz aşamasında Yargıtay'da halledebileceğini kendisine söylediğini belirttiğini, ancak buna inanmadığını, karşılığında bir şey istediğinden bahsetmediğini, davasını daha önce hakim beyin kabul ettiği sonra değiştirdiği yönünde bir şey söylemediğini, birlikte yemek yediklerini, ancak suçlamaları kabul etmediğini belirtmiş,

Sanık N... özetle; şirket sahibi olduğunu ve turizm işiyle uğraştığını, turizm işi için yatırım amaçlı olarak katılan ile birlikte Bodrum'a gittiğini, katılanın otel yapımı için öngördüğü yatırım yapacakları yere gidip araziyi gördüklerini, arazi üzerinde otelin kurulmuş bazı ünitelerinin olduğunu,eksik olan tesisler için eksperin gelip ne kadar masraf olacağını belirlediğini, 600.000 Euro'nun tesisler için öngörülen fiyat olduğunu, iki gün sonra İstanbul'a döndüklerini, sonradan katılanın kendisini oyalaması nedeniyle kandırıldığı kanısına vardığını, icra dosyası ile hiçbir ilgisinin olmadığını,bu konuyla ilgili olarak kimseyle görüşmediğini, hakim A... ile bir araya geldiklerini, icra tetkik mercii dosyasının hiç gündeme gelmediğini, yalnız A... Bey'in emekli olduğunda otelle ilgilenebileceğini, ben de çalışırım dediğini, zaman zaman hakim beyle bir araya geldiğini, K... 'in bazen şirketine gelip part time olarak çalıştığını, icra tetkik mercii dosyası ile ilgili bir şey söylemediği gibi, bu konuda aralarında hiçbir zaman konuşma da geçmediğini, Bodrum'a gittiklerinde yalnız kendisinin ve katılanın olduğunu, hakim A... 'ın kendileriyle gelmediğini, hiçbir şekilde uçak bileti alıp verme olayının olmadığını, suçlamaları kabul etmediğini söylemiş,

Sanık A... özetle; suçlamaları kabul etmediğini, katılanın aleyhinde verilen kararı kanuni yollardan lehine verilmesini temin edemeyince alışıktığı hileli yöntemlere başvurarak, hakimi şaibeli bir kişi gibi göstererek, borcunu ödememek amacıyla yargılamanın iadesi yoluna başvurabilmek için böyle bir iftira attığını,katılanın bu şekilde bir çok kişinin canını yaktığını, katılanın İstanbul Adliyelerinde çok sayıda suç dosyası ve ihaleye fesat karıştırma dosyalarının olduğunu, katılanın kendisinin baktığı ...3. İcra Mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dosyasında açmış olduğu ihalenin feshi davasını kaybetmesi ve bu kararın da Yargıtay tarafından onanması sonucu, davayı yeniden gördürmek için bu şekilde davrandığını, katılanın asıl amacını gizleyerek, turizm işi yapan arkadaşı N... ile 2006 yılı Ağustos ayında bir vesile ile tanıştığını,Bodrum'daki oteline yaşlı olması nedeniyle bakamadığını söyleyince N... ile birlikte bakmaya gittiklerini, N... 'in oteli beğendiğini, sporcuları konaklatmak için uygun olduğuna karar verdiklerini, ancak N... otelin kullanılabilir hale gelmesi için en az 600.000 Euro masrafı olduğunu katılana söylediğini,katılanın parayı temin edeceğini ancak onarım işleriyle uğraşamayacağını söyleyince, N... 'in bu işle seve seve ilgilenmeyi kabul ettiğini, ancak katılanın her nedense daha sonra bu anlaşmadan vazgeçtiğini, kaldı ki katılanın dosyadaki toplam borcunun 300.000 Euro olduğunu, bunun için 600.000 Euro istenmesinin mantık dışı olduğunu, rüşvet isteyecek olsaydı katılanın davasını reddetmeyip, kabul edeceğini,gerçek bir rüşvet anlaşması olsaymış katılanın kendisini suçüstü yakalatabileceğini,dolayısıyla böyle bir durumun olmadığını, katılanın sunduğu CD içeriğini inceleyen bilirkişinin, ses kayıtlarının katılan tarafından çok sayıda tekrarlar yapılarak kopyalandığı, nerede, ne zaman, kimin kimle ne amaçla konuştuğunun belli olmadığı tesbitini yaptığı, katılanın sunduğu CD'leri kanuni delil olmadığını, uçak seyahatini kendi parası ile yaptığını, kredi kartı ekstresinden bu durumun anlaşılabilirliğini savunmuştur.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun "Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama" başlıklı 255. maddesi; "Görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır" şeklinde iken, 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 89. maddesiyle "Nüfuz ticareti" başlığıyla;

(1) Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar

adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin kamu görevlisi olması halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. İşinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada belirtilen amaç doğrultusunda menfaat talebinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi ya da menfaat teklif veya vaadinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi hallerinde, birinci fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(4) Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişi, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(5) Nüfuz ticareti ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(6) İşin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunmanın müstakil bir suç oluşturduğu hallerde kişiler ayrıca bu suç nedeniyle cezalandırılır.

(7) Bu madde hükümleri, 252 nci maddenin dokuzuncu fıkrasında sayılan kişiler üzerinde nüfuz ticareti yapılması halinde de uygulanır. Bu kişiler hakkında, Türkiye'de bulunmaları halinde, vatandaş veya yabancı olduklarına bakılmaksızın, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır" biçiminde değiştirilmiştir.

Maddenin ilk halinde suç, ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir suç olduğundan fail yönüyle özgü suç olarak kabul edilmişken, 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte her gerçek kişinin suçun faili olacağı kabul edilmiş, failin kamu görevlisi olması, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurunu oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

6352 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklikte suç rüşvet suçu gibi bir karşılaşma suçuna dönüştürülmüş, işinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi de suçun faili olarak kabul edilmiştir.

Başlangıçta maddede suç yönüyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması kabul edilmişken, 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte maddenin ikinci fıkrasında, menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı kararlaştırılmıştır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Aşamalarda değişmeyen, tutarlı ve samimi katılan anlatımları, katılan ile sanıklar arasında yapılmış olan konuşma içeriklerine ilişkin dosya içerisinde bulunan çözümler, katılan tarafından alınmış olan üç adet uçak bileti ile sanıkların birbirleriyle ve katılanla sık sık telefon görüşmesi yaptıklarına ilişkin iletişimin tespiti raporları gözönüne alındığında; katılanın davasının görüldüğü mahkemede katip olan ve katılanı adliyedeki başka davaları nedeniyle tanıyan sanık K... , davasının reddedilmesi üzerine katılanın neden davanın bu şekilde sonuçlandığını sorması sonrasında, mesai haricinde yanında çalıştığı, turizm işiyle uğraşan ve aynı zamanda sanık hakim A... 'in de arkadaşı olan sanık N... ile katılanı tanıştırmaması, bir araya geldiklerinde katılanın ekonomik durumunu öğrenmeleri, temyiz istemi reddedilmiş olan katılan üzerinde davaya bakan hakimin tashihi karar aşamasında dosyayı Yargıtay'da katılan lehine bozdurulabileceği kanaati oluşturmaları, daha sonra da katılanı davaya bakan sanık hakim A... ile tanıştırmayı, hep birlikte dosyanın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine bozdurulabileceği kanaati oluşturmak suretiyle katılıandan menfaat temininin kararlaştırılması, bu amaçla sanık hakimin katılıandan bu işin çözümü için 600.000 Euro talep etmesi, ancak sanık hakimin paranın diğer sanıkların bilgisi olmaksızın kendisine verilmesini talep etmesinin, dosya içerisinde bulunan katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği ve Ceza Genel Kurulunca hukuka uygun olduğu kabul edilen yaklaşık 60 sayfalık çözümler kayıtlarından anlaşılması, diğer sanıkların da paranın mutlaka yanlarında sanık hakime verilmesini istemeleri nedeniyle kendisini kandırabilecekleri düşüncesine kapılan katılanın parayı vermeyip sanıklar hakkında şikayetçi olması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan olayda, 5237 sayılı TCK'nun 6/1-c maddesi uyarınca kamu görevlisi olan sanık A... 'in eyleminin, görevine girmeyen veya yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaati uyandırarak yarar sağlama suçunu oluşturduğu

nun kabulünde, sanık N... ise; bağıllık kuralının düzenlendiği aynı kanunun 40/2. maddesi uyarınca eylemden azmettiren sıfatıyla suça iştirakten sorumlu tutulmasında ve katılanın kendisinden istenilen parayı sanıklara vermemesi nedeniyle de eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile uygulama yapılmasında suç ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan kanuni düzenleme gözetildiğinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Yargıtay tarafından karara bağlanan bir dosyaya kanuni olmayan yöntemlerle müdahale edilme çabalarının "haksız bir işin gördürülmesi" kapsamında kaldığı gözönüne alındığında, maddenin ilk halinde temel hapis cezasının alt sınırı bir yıl iken, 6352 sayılı Kanununun 89. maddesi ile yapılan değişiklikle iki yıla çıkarılması, adli para cezasının üst sınırının 730 günden 5000 güne yükseltilmesi, failin kamu görevlisi olması halinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlemesinin kabul edilmesi, önceki düzenlemede teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün iken, 6352 sayılı Kanunla yapılan değişik ile menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağını hüküm altına alınması nedenleriyle yeni kanuni değişikliğin aleyhe olduğu, bu itibarla, sonradan yürürlüğe giren kanuni değişikliğin sanıklar lehine hükümler içermediği ve Özel Daire hükmünün isabetli olduğu anlaşıldığından, sanıkların temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan Özel Daire hükmünün onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi A.Kınacı; "Aynı davayla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarihli 2010/187- 2011/131 sayılı bozma kararına yazdığım karşı oy gerekçemde belirttiğim nedenlerle;

a) Katılanın, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş bir karar bulunmadığı halde, sanıklarla birlikte olduğu ortamdaki konuşmaları ve sanıklarla yaptığı telefon görüşmelerini 5 ayı aşkın süreyle kayda alması 'hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil' niteliğinde olup, bu kayıtların hükme esas alınması mümkün değildir.

b) Sözü edilen kayıtlara dayanılarak verilen mahkûmiyet hükümleri yasaya aykırıdır.

c) Sanıklar hakkındaki mahkûmiyet hükümlerinin bozulması gerektiği görüşümdedir.

Sonuç olarak; hükümlerin onanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum" düşüncesiyle, Diğer bir Genel Kurul Üyesi de, benzer görüşlerle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 07.03.2012 gün ve 5-2 sayılı hükmünün ONANMASINA,

2- Dosyanın, Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 21.05.2013 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.