



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

SİNAN ÇETİNKAYA VE AĞYAR ÇETİNKAYA / TÜRKİYE

(Başvuru no. 74536/10 ve 75462/10)

KARAR

Madde 7 • Kanunsuz ceza olmaz (*Nullum crimen sine lege*) • Yerel mahkemelerin başvuranların herhangi bir hukuki dayanak olmadan zimmetten mahkûm edilmeleri ile sonuçlanacak şekilde geriye dönük olarak daha hafif yasal hükümler uygulamamaları

STRAZBURG

24 Mayıs 2022

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2022. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Sinan Çetinkaya ve Ağyar Çetinkaya / Türkiye davasında,

Başkan,

Jon Fridrik Kjølbro,

Hâkimler,

Carlo Ranzoni,

Egidijus Kūris,

Branko Lubarda,

Gilberto Felici,

Saadet Yüksel,

Diana Sârcu

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Hasan Bakırcı'nın katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm):

Sinan Çetinkaya ve Ağyar Çetinkaya ("başvuranlar") adlı iki Türk vatandaşı tarafından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ("AİHM" veya "Mahkeme"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 7 Aralık 2010 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine yapılmış olan başvuruları (no. 74536/10 ve 75462/10);

Sözleşme'nin 6 ve 7. maddeleri kapsamındaki şikâyetlerin Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesi ve başvuruların geri kalanının kabul edilemez olduğunun beyan edilmesi kararını göz önünde bulundurarak;

Hükümetin görüşlerini dikkate alarak,

3 Mayıs 2022 tarihinde yapılan kapalı müzakereler sonucunda,

Aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Başvuru, yerel mahkemelerin iddia edildiği üzere başvuranların herhangi bir yasal dayanak olmadan zimmet suçuna iştirak ettikleri gerekçesiyle mahkûmiyetlerine sebep olacak şekilde daha hafif ceza kanunu

hükümleri uygulamamalarından dolayı Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

OLAYLAR

2. Başvuranlar sırasıyla 1966 ve 1964 doğumlu olup; İstanbul'da ikamet etmektedirler. Başvuranlar Mahkeme önünde İstanbul Barosuna bağlı Avukat B. Koçak tarafından temsil edilmişlerdir.

3. Hükümet, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı Hacı Ali Açıkgül tarafından temsil edilmiştir.

4. Dava konusu olaylar aşağıdaki gibi özetlenebilir.

5. 13 Temmuz 1999 tarihli bir iddianame ile başvuranların İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından yargılamaları başlamıştır (765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 342 ve 504. maddeleri). Cumhuriyet Savcısına göre, bir otomobil firmasının yönetim kurulu başkanı olan ikinci başvuran Ziraat Bankası'nın (iddianamenin hazırlandığı dönemde bir devlet bankası) Taksim şubesinden yetmiş altı kişi adına aynı firmanın genel müdürü olan birinci başvuran ile birlikte sahtesini düzenledikleri belirli belgeleri kullanarak banka kredileri çekmiş ve bunu takiben iki başvuran söz konusu kredileri mağdurların zararına olacak şekilde kişisel amaçlar için kullanmışlardır.

6. 18 Haziran 1999 tarihli 4389 sayılı Bankalar Kanunu 23 Haziran 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

7. 21 Eylül 1999 tarihli ek iddianame ile Ziraat Bankası Taksim şube müdürü B.E. de kredi başvurularının temelini oluşturan belgelerin sahte olarak düzenlendiğini bilmesine rağmen kredi vererek başvuranlar ile söz konusu suçlarda suç ortaklığı yaptığı gerekçesiyle aynı suçlardan yargılanmıştır.

8. 25 Kasım 2000 tarihinde 4603 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve Ziraat Bankası'nın hukuki statüsü devlet bankasından anonim şirkete

dönüştürülmüş ve çalışanları kovuşturmalarda kamu görevlisi olarak kabul edilmemeye başlamıştır.

9. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi, 19 Kasım 2003 tarihinde başvuranların resmi belgede sahtecilik suçundan beraat etmesine karar vermiş fakat Ziraat Bankası'ndan adlarına kredi çekmek için üçüncü taraflara ait belgeleri kullandıklarını sabit bularak her iki başvuruları da dolandırıcılık suçundan beş yıl sekiz ay bir gün hapis cezası ve para cezasına çarptırmıştır. Ayrıca B.E. de söz konusu kredileri, kredi başvuru evraklarının doğruluğu ve güvenilirliğini doğrulamadan verdiği gerekçesiyle mülga Ceza Kanunu'nun 240. maddesi kapsamında görevi kötüye kullanma suçundan iki yıl on bir ay hapis cezası ve para cezasına çarptırılmıştır.

10. Yargıtay, 3 Kasım 2004 tarihinde yargılamayı yürüten mahkemenin kararını bozmuş ve bazı evrakların dava dosyasında yer almadığı gerekçesiyle davayı yargılamayı yürüten mahkemeye geri göndermiştir.

11. 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir.

12. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi 8 Temmuz 2005 tarihli kararında davanın esasına ilişkin önceki tespitlerini tekrarlamış ve hükümlerinin sanıkların lehine olduğunu belirttiği yeni Ceza Kanunu'nun 158 § 1 (e) ve (j) maddesi kapsamında başvuranların nitelikli dolandırıcılık suçunu sabit görmüştür. Her iki başvuran için de beş yıl, iki ay, on beş gün hapis ve para cezasına hükmedilmiştir. Benzer şekilde, B.E. de yeni Ceza Kanunu'nun 257. maddesi uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan suçlu bulunmuş ve iki yıl, dokuz ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

13. 19 Ekim 2005 tarihli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 1 Kasım 2005 tarihinde 4389 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırıp yerini alarak yürürlüğe girmiştir.

14. Yargıtay, 15 Haziran 2006 tarihinde başvuranlar ve B.E.'nin mahkûmiyetlerini bozmuştur. Yargıtay, ayrıntılı değerlendirmesinde B.E.'nin olay tarihinde ikinci başvuran ile yakın bir ilişkisi olduğuna ve

Ziraat Bankası çalışanlarının 4603 sayılı Kanun uyarınca artık kamu görevlisi sayılmadığı göz önünde bulundurulduğunda B.E.’nin kredi başvuru belgelerinde gerekli kontrolleri yapmadan ve kredilerin geri ödenmeyeceğini bildiği halde başvuranlara kredi vermesi gibi eylemlerinin 4389 sayılı Kanunda (ve takiben 5411 sayılı Kanunda) öngörüldüğü üzere zimmet suçunu teşkil ettiğine karar vermiştir. Yargıtay, B.E. ile ortak suç kastı taşıyıp birlikte hareket eden başvuranların suçu (“*asli maddi iştirak*”) işleyen şahıslar olarak muamele görmeleri gerektiği kanaatindedir. Yargıtay, başvuranlar ve B.E.’ye 4389 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini zira bu Kanunun suçun işlendiği tarihten sonra yürürlüğe girmesine rağmen başvuranların lehine hükümler içerdiğini belirtmiştir.

15. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi 27 Nisan 2007 tarihinde başvuranların B.E. ile ortak suç kastı taşıyıp birlikte hareket ettiklerini, bu sebeple 4389 sayılı Kanunun 22/3 maddesinde ortaya konan nitelikli bankacılık zimmeti suçunu işlediklerini tespit ederek Yargıtayın gerekçelerini kabul eden ve yineleyen kararını vermiştir. İlavenen, yargılamayı yürüten mahkeme 4389 sayılı Kanundaki hükümlerin 5411 sayılı Kanundaki hükümlere kıyasla başvuranların lehine olacağına karar vermiş ve her bir başvuran ve B.E. için on üç yıl, yedi ay ve on gün hapis ve adli para cezasına hükmetmiştir.

16. Yargıtay 14 Şubat 2008 tarihinde suçun işlendiği tarihin Ziraat Bankası’nın zarara uğratıldığı son tarih olan 14 Mayıs 1999 olduğunu belirterek yargılamayı yürüten mahkemenin kararını tekrar bozmuştur. Olay tarihinde başvuranlar ve B.E.’nin üzerine atılı suçların mülga Ceza Kanunu’nun 202. maddesi uyarınca zimmet suçu teşkil ettiği görüşünü benimsemiştir. Bununla birlikte, 4603 sayılı Kanunla Ziraat Bankası’nın bir devlet bankası statüsünden çıkarılması sebebiyle 4389 sayılı Kanunun 22. maddesi mülga Ceza Kanunu’nun 202. maddesine kıyasla başvuranların lehineydi. Bu tespitle birlikte, Yargıtay devamla, yargılamayı yürüten mahkemenin suçun işlendiği tarihte başvuranların kamu görevlisi sıfatıyla

cezai olarak sorumlu tutulabilecek olmaları sebebiyle yargılama sürecinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Kanun veya Ceza Kanunu'nun 247. maddesinden hangisinin sanıkların lehine olduğunu değerlendirmesi gerektiğine karar vermiştir.

17. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi 17 Haziran 2009 tarihinde önceki gerekçesine dayanarak tekrardan, 4389 sayılı Kanunda (daha sonra 5411 sayılı Kanunda) ortaya konduğu üzere başvuranlar ve B.E.'nin eylemlerinin bankacılık zimmet suçunu teşkil ettiği sonucuna varmış ancak mülga Ceza Kanunu, mevcut Ceza Kanunu, 4389 sayılı Kanun ve 5411 sayılı Kanunun hükümlerini karşılaştırdıktan sonra, 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun hükümlerinin başvuranların lehine olduğuna hükmederek bu Kanun'un 247. maddesi kapsamında başvuranları mahkûm etmiştir. Dolayısıyla, yargılamayı yürüten mahkeme başvuranları Ceza Kanunu'nun 247. maddesi kapsamında on yıl, on ay ve yirmi beş gün hapis cezasına mahkûm etmiş ancak şahsın vefat etmesi sebebiyle B.E. aleyhindeki davanın düşmesine karar vermiştir.

18. İkinci başvuranın avukatları, yargılamayı yürüten mahkemenin kararına karşı diğer hususların yanı sıra mahkemenin kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesini ihlal ederek başvuranın lehine olan yasal hükümleri uygulamadığını öne sürerek bir temyiz başvurusunda bulunmuşlardır.

19. Birinci başvuranın avukatı da 26 Mayıs 2010 tarihinde diğer hususların yanı sıra temelde ikinci başvuranın avukatlarının temyiz argümanlarını ve birinci başvuranın bir bireyin mahsus suçlarda asli fail kabul edilmesi için gereken şartlardan olan kamu görevlisi veya banka üyesi olması şartını taşımadığı gerekçesiyle “özü/mahsus suç” yani zimmet açısından, asli fail olarak cezai açıdan sorumlu tutulamayacağı argümanını yineleyerek bir temyiz başvurusunda bulunmuştur.

20. Yargıtay 16 Haziran 2010 tarihinde yargılamayı yürüten mahkemenin kararını onamış fakat Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararları uyarınca söz konusu davanın, her ikisi de suçun işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren

4389 sayılı Kanun veya 5411 sayılı Kanunun kapsamına girdiğini değerlendirmedeğinden dolayı bu kararı eleştirmiştir. Bununla birlikte, mahkûmiyetin başvuranların aleyhine olduğuna ilişkin bir temyiz başvurusunda bulunulmadığı için Yargıtay bu itibarla yargılamayı yürüten mahkemenin kararını bozmamıştır.

İLGİLİ HUKUKİ ÇERÇEVE

21. Mülga Ceza Kanunu’nun (1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Kanun) zimmet suçunu tanımlayan 202 § 1 maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Görevi sebebiyle kendisine tevdi olunan veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmetine geçiren memura altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası verilir.”

22. Bankalar Kanunu’nun (23 Haziran 1999 tarihinde yürürlüğe giren 4389 sayılı Kanun) bankacılık zimmet suçunu tanımlayan 22 § 3 maddesi aşağıdaki gibidir:

“3. Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.”

23. Ceza Kanunu’nun (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Kanun) zimmet suçunu tanımlayan 247 § 1 maddesi aşağıdaki gibidir:

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

24. Bankacılık Kanunu’nun (1 Kasım 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Kanun) bankacılık zimmet suçunu tanımlayan 160 § 1 maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.”

25. Türk ceza hukukunda yalnızca belirli kişiler tarafından işlenen bazı suçlar “özü/mahsus suçlar” olarak tanımlanır ve sadece mahsus bir suçun faili olmak için temel kanuni vasıfları taşıyan kişiler asli fail olarak cezai açıdan sorumlu tutulabilir. Örneğin, zimmet suçu (hem mülga hem de mevcut Ceza Kanunu’nda) yalnızca bir kamu görevlisinin işleyebileceği mahsus bir suçtur. Mevcut Ceza Kanunu’nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesini takiben, bir mahsus suçun asli faili olarak kabul edilmek için yasal nitelik taşımayan kişilerin mahsus suçlar temelinde cezai sorumluluğa sahip olup olamayacakları sorusu, mahsus suçların işlenmesine katılan kişilerin yalnızca “azmettirenler” veya “yardım edenler” sıfatıyla cezai olarak sorumlu tutulabileceğini belirten 40 § 2 maddesinde cevaplanmıştır (Ceza Kanunu’nun 38 ve 39. maddeleri). Mülga Ceza Kanunu’nun yürürlükte olduğu süre boyunca (1 Haziran 2005’e kadar) bu tarz kısıtlamalar bulunmamaktaydı fakat bir asli fail olmak için gerekli karakteristik unsura sahip olmamaları sebebiyle asli fail olmayan kişiler, mevcut davada 15 Haziran 2006 tarihli Yargıtay kararında kanıtlandığı üzere müşterek fail ve hatta asli faillik dâhil olmak üzere farklı sıfatlarla cezai olarak sorumlu tutulabilmekteydi.

26. Mahkeme, ayrıca, bu bağlamda, Türk ceza hukukunda, mahkemelerin fail lehine olan hükümlerin uygulandığı Türk Ceza Kanunu’nun 7 § 2

maddesine uymaları gerektiğini kaydetmektedir (bk. *Parmak ve Bakır / Türkiye*, no. 22429/07 ve 25195/07, § 64 son cümlesi, 3 Aralık 2019).

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

BAŞVURULARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

27. Mahkeme, başvuruların konuları bakımından benzer olduklarını göz önünde bulundurarak, bunları tek bir kararda müştereken incelemeyi uygun görmektedir.

SÖZLEŞME’NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

28. Başvuranlar, kamu görevlisi statüsüne sahip olmadıkları göz önüne alınmaksızın ve ortada kamu görevlisi olan bir asli fail olmamasına rağmen zimmet suçundan mahkûm edilmelerinin iç hukukta herhangi bir hukuki dayanağı olmadığından ve aşağıda yer alan Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlaline sebebiyet verdiğiinden şikâyetçi olmuşlardır.

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

29. Hükümet, başvuruların asli fail olmalarının mümkün olmamasına rağmen yerel mahkemeler tarafından bu şekilde mahkûm edildiklerine dair iddialarını yerel yargılamada dile getirmediklerini ileri sürerek ilk itirazını belirtmiştir. Hükümet ayrıca, yerel mahkemelerin delil değerlendirmesine ve

başvuranlar hakkında yürütülen ceza yargılamasının sonuçlarına karşı itiraz etme amacı taşıyan bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu öne sürmüştür. Hükümet, başvuranların mahkûmiyetlerinin dayanağı olan maddi olgulara hiç itiraz etmediklerini vurgulamıştır.

30. Başvuranlar bu amaç doğrultusunda savunmalarını zamanında sunmamışlardır.

31. Mahkeme, başvuranların yargılamayı yürüten mahkemenin son kararına karşı açılan temyiz davasında Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamında şikâyetlerini dile getirdiklerini kaydetmektedir. Birinci başvuranın 26 Mayıs 2010 tarihli temyiz başvurusunda, Yargıtay tarafından hiçbir şekilde değinilmeyen bir şikâyet olan zimmet suçundan asli fail olarak değerlendirilmesinin mümkün olmamasına rağmen bir asli fail olarak mahkûm edildiğine dair şikâyeti de yer almaktadır. Bu nedenle, Mahkeme, Hükümetin ikinci başvuranın aynı konu üzerinden yapılan aynı türdeki bir itirazın nasıl farklı şekilde sonuçlanacağını ispatlayamadığı kanaatindedir. Mahkeme buna dayanarak Hükümetin ilk itirazının ilk bölümünü reddetmiştir (bk. *Pfeifer ve Plankl / Avusturya*, 25 Şubat 1992, § 42, A Serisi no. 227 ve *Ömer Güner / Türkiye*, no. 28338/07, § 39, 4 Eylül 2018).

32. Hükümetin ikinci itirazına ilişkin olarak Mahkeme, Hükümet tarafından önerilenden farklı bir görev olarak Sözleşme'nin 7. maddesinin gerektirdiği şekilde başvuranların mahkûmiyetlerinin hukuki bir dayanağı olduğunu (veya olmadığını) incelemeye davet edildiğini kaydetmektedir. Bu nedenle, Mahkeme Hükümetin ikinci itirazını reddetmiştir.

33. Mahkeme, bu şikâyetin, açıkça dayanaktan yoksun ya da Sözleşme'nin 35. maddesinde sıralanan gerekçeler kapsamında kabul edilemez olmadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, bu şikâyetin kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların Beyanları

34. Başvuranlar bu amaç doğrultusunda savunmalarını zamanında sunmamışlardır.

35. Hükümet, zimmet suçunun yalnızca bir kamu görevlisi veya B.E. adlı şahıs gibi bir banka üyesi tarafından işlenebilecek bir mahsus suç olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, B.E. adlı şahsın ikinci başvurana krediyi usule aykırı olarak vermesi ile birlikte zimmet suçuna dair hükümlerin uygulanması için hukuki bir dayanak bulunmaktadır. Yargıtay'ın içtihadı ile de desteklendiği üzere mevcut Ceza Kanunu'na göre, suça iştirak etmek ile ilgili genel hükümler uyarınca başvuranlar gibi mahsus suçun işlenmesine katılan üçüncü tarafların yalnızca yardım edenler veya azmettirenler olarak görülmeleri halinde cezai sorumluluktan bahsedilebilir. Hükümet, yargılamayı yürüten mahkemenin kararında başvuranların yardım edenler veya azmettirenler olarak cezai açıdan sorumlu tutulup tutulmadıklarının belirtilmediğini dile getirmiştir. Buna rağmen, aynı kararda başvuranların B.E. ile ortak suç kastı taşıyıp birlikte hareket ettikleri açıkça kaydedilmiştir. Hükümetin görüşüne göre, bu durumun davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Hükümet, Mahkeme'yi Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermeye davet etmiştir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

(a) Genel İlkeler

36. Mahkeme, Sözleşme'nin 7 § 1 maddesinin yalnızca daha ağır ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesini değil aynı zamanda zımni olarak daha hafif cezanın geriye yürürlüğü ilkesini de garanti altına aldığını yinelemiştir. Bu ilke kural olarak, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kanunu ve sonrasında nihai karar verilmeden önce kabul edilen yeni ceza kanunu arasında farklılıkların olması durumunda mahkemelerin davalıların

lehine olan hükümleri uygulamasını gerektirir (bk. *Scoppola / İtalya* (no. 2) [BD], no. 10249/03, § 109, 17 Eylül 2009; *Bir suçun tanımlanması ve suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kanunu ve değiştirilen ceza kanunu arasındaki standartların karşılaştırılması ile ilgili “genel referans” veya “referans yoluyla mevzuat” tekniğinin kullanılmasına ilişkin istişari görüş*, [BD], talep no. P16-2019-001, Ermenistan Anayasa Mahkemesi, § 81, 29 Mayıs 2020 (“İstişari görüş P16-2019-001”) ve *Jidic / Romanya*, no. 45776/16, § 80, 18 Şubat 2020). Daha hafif ceza kanununun geriye yürürlüğü ilkesi uygulaması aynı zamanda suçun tanımına ilişkin değişiklik bağlamında da geçerlidir (bk. *Parmak ve Bakır / Türkiye*, no. 22429/07 ve 25195/07, § 64, 3 Aralık 2019 ve yukarıda anılan *İstişari görüş P16-2019-001*, § 82).

37. Mahkeme, ilke olarak, olayların değerlendirilmesi ve bunların hukuki sınıflandırması ile ilgili olarak yerel mahkemelerin yerine geçmenin (bk. *Rohlena / Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 59552/08, § 51, AİHM 2015) veya başvuranın bireysel cezai sorumluluğu ile ilgili hüküm vermenin kendi görevi olmadığını tekrar doğrulamaktadır (bk. *Kononov / Letonya* [BD], no. 36376/04, § 187, AİHM 2010). Ancak Mahkeme, Sözleşme hakkının kendisinin, somut davada 7. madde, mahkûmiyet ve ceza için hukuki bir dayanak gerektirdiği durumda inceleme yetkisinin daha geniş olması gerektiğini belirtmektedir. 7 § 1 maddesi uyarınca Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetine dair eş zamanlı bir hukuki dayanağın olup olmadığını incelemeli ve özellikle Mahkeme’nin hukuki yaklaşımı ve gerekçesi ile iç hukukta alınan kararlar arasında farklılıklar bulunsa da ilgili yerel mahkemelerin ulaştığı sonucun Sözleşme’nin 7. maddesi ile bağdaştığına ikna olmalıdır. Mahkeme’nin daha sınırlı inceleme yetkisinin olduğunu kabul etmek 7. maddenin amacını yitirmesine sebep olacaktır (bk. yukarıda anılan *Rohlena*, § 52).

(b) Somut davada yukarıdaki ilkelerin uygulanması

38. Mahkeme, yerel mahkemelerin başvurulara isnat edilen suçun işlendiği tarihi 14 Mayıs 1999 olarak tespit ettiğini, ardından söz konusu eylemlerden yaklaşık 6 yıl sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunu'nun 247. maddesi kapsamında başvuruları zimmet suçundan mahkûm ettiğini kaydetmektedir. Bu eylemler mülga Ceza Kanunu'nun 202. maddesi kapsamında ilgili tarihte (14 Mayıs 1999) cezalandırılabilirdi. Buna karşın, bu olay yalnızca 4603 sayılı Kanun ile B.E. adlı şahsın kamu görevlisi statüsünün kaldırıldığı 25 Kasım 2000 tarihine kadar olan sürece ilişkindir. Bu olay sonucunda, zimmet suçunun yalnızca bir kamu görevlisi tarafından işlenebilecek bir mahsus suç olması nedeniyle B.E.'yi bu suçtan mahkûm etmek mümkün değildir. Bununla birlikte, yerel mahkemeler tarafından önerildiği üzere söz konusu eylemler 4389 sayılı Kanunun 22/3 maddesi kapsamında potansiyel olarak cezalandırılabilir olsa da bu hüküm yalnızca 23 Haziran 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

39. Her halükarda yukarıdaki değerlendirmeler otomatik olarak başvurulara aktarılamaz çünkü zimmet suçu açısından yardım edenler veya azmettirenler olarak cezai açıdan sorumlu tutulabilirlerdi. Bu yüzden Mahkeme, başvuruların mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 7. maddesinin gerekliliklerine uygun olup olmadığına karar vermek için mahsus suçlar açısından cezai sorumluluğu düzenleyen hükümleri belirleyecektir (kıyaslayın: *Huhtamäki / Finlandiya*, no. 54468/09, § 46, 6 Mart 2012).

40. Bu bağlamda, Mahkeme, 15 Haziran 2006 tarihli Yargıtay kararında ortaya koyulduğu üzere mülga Ceza Kanunu yürürlükteyken, yani 1 Haziran 2005 tarihine kadar, kamu görevlisi veya banka üyesi olmayan kişilerin mahsus suçlar (somut davada olduğu üzere zimmet ve bankacılık zimmeti) açısından ya asli ya da ferî (ikinci dereceden) sorumlu tutulabileceklerini kaydetmektedir. Fakat, yürürlükte olan Ceza Kanunu mahsus suçlar söz konusu olduğunda yalnızca asli fail olmanın ön koşullarını karşılayan

kişilerin bu sıfatla cezai olarak sorumlu tutulabileceğine özel bir vurgu yaparak bu tür durumlarda cezai sorumluluğun kapsamını yalnızca ferî sorumluluk, yani azmettirmek ve yardım etmek (Ceza Kanunu’nun 38 ve 39. maddeleri) olarak daraltmaktadır.

41. Yüzeysel olarak değerlendirildiğinde, mevcut Ceza Kanunu’nun 40 § 2 maddesi mahsus suçlar açısından başvuranların cezai sorumluluğunu asli veya müşterek asli fail olarak ele aldığından “daha lehe bir ceza kanunu” konsepti çerçevesinde yer alıyor gibi gözükebilir. Buna rağmen, bu hüküm kapsamında başvuranlar halen azmettiren veya yardım eden olarak mahkûm edilebilir. Bu doğrultuda, Mahkeme’nin incelemesi başvuranların hangi sıfatla zimmet suçundan mahkûm edildiğini belirlemek amacıyla yerel mahkemelerin değerlendirmesine odaklanacaktır. Bu doğrultuda, Mahkeme Yargıtay’ın Ağustos 2006 tarihli kararında (yani mevcut Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinin ardından) başvuranların “B.E. ile ortak suç kastı taşıyıp birlikte hareket ettiklerini” ve başvuranların asli maddi iştirak eden kişiler gibi değerlendirilmesi gerektiğine karar verirken 40 § 2 maddesini dikkate almadığını gözlemlemiştir. Ardından, yargılamayı yürüten mahkeme ilgili kararda yer alan gerekçenin neredeyse aynısını benimsemiş ve “başvuranların B.E. ile ortak suç kastı taşıyıp birlikte hareket ettikleri” gerekçeleriyle başvuranların zimmet suçu işlediklerinin sabit olduğuna karar vermiştir.

42. Mahkeme, 1 Haziran 2005 (mevcut Ceza Kanunu’nun yürürlüğe giriş tarihi) tarihinden itibaren Ceza Kanunu’nun 40 § 2 maddesi kapsamında başvuranların yalnızca yardım eden veya azmettiren sıfatıyla mahsus suçtan mahkûm edilebilecek olmalarına rağmen yargılamayı yürüten mahkemenin yardım eden veya azmettiren olarak cezai açıdan sorumlu tutulduklarını belirtmemiş olmasına belirleyici bir ağırlık atfetmektedir. Daha da önemlisi, bu son nokta Hükümet tarafından da kabul edilmiştir. Yargıtay da bu önemli noktayı incelememiştir. Dolayısıyla, yerel mahkemelerin Ceza Kanunu’nun 40 § 2 maddesini etkili şekilde uygulamaması, bir mahsus suç olan zimmet suçu açısından başvuranları asli veya müşterek asli fail olarak mahkûm etmek

artık mümkün olmadığından cezai sorumluluklarının aynı zamanda hukuki dayanaktan yoksun olduğu anlamına gelmektedir..

43. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 7. maddesi ihlal edilmiştir.

SÖZLEŞME'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİA EDİLEN DİĞER MADDELERİ

44. Son olarak, başvuranlar Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında özellikle de kendilerine isnat edilen suçun yeniden sınıflandırılmasının ardından savunmalarını sunmak için yeterli imkân sağlanmadığını, başvuranların eylemlerinin hangi hukuki ve olgusal gerekçeler ile nitelikli zimmet suçu olarak kabul edildiğine dair yerel mahkemeler tarafından yeterli gerekçelerin sağlanmadığını, mahkemenin savcılık makamının tanıklarını dikkate almasına rağmen herhangi bir gerekçe sunmadan başvuranların tanıklarının dinlenmesi taleplerinin reddedildiğini ve söz konusu suçun teknik niteliğe sahip olmasına rağmen bağımsız bir bilirkişi görüşünün alınmadığını öne sürerek söz konusu ceza yargılamasının adil olmadığından şikâyetçi olmuşlardır.

45. Sözleşme'nin 7. maddesinin (bk. yukarıdaki 43. paragraf) ihlali tespit edildiği göz önüne alındığında Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında kabul edilebilirlik veya yukarıda bahsedilen şikâyetlerin esası ile ilgili hüküm vermeyi gerekli görmemektedir.

SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

46. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

47. Başvuranlar, Mahkeme tarafından belirlenen süre zarfında hiçbir adli tazmin talebinde bulunmamışlardır.

48. Dolayısıyla, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca başvuranlara herhangi bir meblağa hükmetmesine gerek bulunmamaktadır. Mahkeme'nin bu itibarla tazminata hükmetmesini gerektirecek istisnai bir durumun bulunmaması nedeniyle bu durum manevi tazminat açısından da geçerlidir (bk. *Nagmetov / Rusya* [BD], no. 35589/08, §§ 74-82, 30 Mart 2017).

49. Bununla birlikte Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesi kapsamında Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiği tespitinde bulunması halinde, iç hukuk yargılamalarının yenilenmesine olanak sağladığını kaydetmektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvuruların birleştirilmesine;
2. Sözleşme'nin 7. maddesi kapsamındaki şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna;
3. Her bir başvurana ilişkin olarak Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında yapılan şikâyetlerin kabul edilebilirlik veya esas yönünden incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

İşbu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca 24 Mayıs 2022 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Hasan Bakırcı
Yazı İşleri Müdürü

Jon Fridrik Kjølbro
Başkan