

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Nur GÜVENÇ

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
(TCK m. 257)

Danışman

Yard.Doç.Dr. Mehmet Nihat KANBUR

Hukuk Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2010

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
GİRİŞ	1
1.GENEL OLARAK	3
2. TARİHİ GELİŞİM VE MUKAYESELİ HUKUK	6
2.1. Tarihi Gelişim	6
2.2. Mukayeseli Hukuk	10
3. SUÇUN HUKUKİ MAHİYETİ	12
4. SUÇUN UNSURLARI	14
4.1. Kanuni Unsur (Tipiklik)	14
4.1.1.Genel Olarak Kanunilik İlkesi	14
4.1.2. Tipiklik	16
4.1.3. Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Kanuni Unsuru Ve Kanunilik İlkesi İle İlişkisi	18
4.2. Suçun Maddi Unsurları	22
4.2.1. Suçla Korunan Hukuki Değer	22
4.2.2. Suçun Maddi Konusu	24
4.2.3. Fail	25
4.2.3.1. Genel Olarak	25
4.2.3.2. Kamu Görevlisi Kavramı	26
4.2.3.2.1. Anayasa Hukuku Açısından Kamu Görevlisi	26
4.2.3.2.2. İdare Hukuku Açısından Kamu Görevlisi Kavramı	27
4.2.3.2.3. Ceza Hukuku Açısından Kamu Görevlisi Kavramı	29
4.2.3.2.3.1. 657 Sayılı TCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı	29
4.2.3.2.3.2. 5237 Sayılı TCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı	33
4.2.4.Mağdur	40
4.2.5. Hareket	42
4.2.5.1. Genel Olarak	42

4.2.5.2. Hareketin Şekline Göre Görevi Kötüye Kullanma Suçunun İşleniş Türleri	43
4.2.5.2.1 Görevin Gereklerine Aykırı Hareket Etmek	45
4.2.5.2.1.1.Genel Olarak	45
4.2.5.2.1.2.Bir Görevin Bulunması Koşulu.....	45
4.2.5.2.1.3.Görevin Tespiti.....	47
4.2.5.2.1.4.Görevin Gereklerine Aykırı Hareket.....	50
4.2.5.2.1.4.1.Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması	51
4.2.5.2.1.4.2. Mesleki Etik İlkelerine Aykırı Hareket Etme	52
4.2.5.2.1.4.3.Kamu Görevlisinin Kendisi Veya Yakını Aleyhine Görevlendirilmesi	53
4.2.5.2.1.5. Eylemin Disiplin Suçu Olması.....	56
4.2.5.2.2.Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal Veya Gecikme Göstermek	57
4.2.5.2.2.1.Görevli Olmak.....	57
4.2.5.2.2.2.Görevin Gereğini Yapmakta İhmal Göstermek	60
4.2.5.2.2.3.Görevin Gereğini Yapmakta Gecikme Göstermek	62
4.2.5.2.3.Görevin Gereklerine Uygun Davranmak İçin Kendisine Veya Başkasına Çıkar Sağlamak.....	64
4.2.5.2.3.1.Görevli Olmak Ve Yapılan İşin Görevin Gereklerine Uygun Olması .	65
4.2.5.2.3.2.Çıkar Sağlanması.....	67
4.2.5.2.3.3.Hareketin İrtikap Suçunu Oluşturmaması	70
4.2.5.2.3.4.Hareketin Rüşvet Suçundan Ayrılması	71
4.2.6. Netice	74
4.2.6.1.Genel Olarak.....	74
4.2.6.2.Kanundaki Mağduriyet, Haksız Kazanç Ve Kamu Zararı Öğelerinin Objektif Cezalandırılabilme Şartı Olup Olmadığı Sorunu	77
4.2.6.3.Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma	79
4.2.6.4.Kamunun Zararına Neden Olmak	81
4.2.6.5.Kişilere Haksız Kazanç Sağlamak.....	87
4.2.6.6.Kendisine Veya Bir Başkasına Çıkar Sağlamak	89
4.2.7. Nedensellik Bağı	91
4.3. Suçun Manevi Unsuru	93
4.3.1. Genel Olarak	93
4.3.2. 5237 Sayılı TCK Öncesi Durum	94

4.3.3. 5237 Sayılı TCK'da Suçun Manevi Unsuru	96
4.3.4.Kusurluluğa Etki Eden Haller	97
4.3.4.1.Hatanın Etkisi	97
4.3.4.2. Amirin Emrini İfa	99
4.3.4.3. Haksız Tahrik	102
4.4. Hukuka Aykırılık Unsuru	103
4.4.1.Kanun Hükmünü Yerine Getirme	104
4.4.2. İlgilinin Rızası	105
5.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	107
5.1.Teşebbüs	107
5.2. İştirak	111
5.3. İctima	113
6.GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ	117
6.1. Zimmet Suçu İle İlişkisi.....	117
6.2.İrtikap Suçu İle İlişkisi.....	120
6.3 Rüşvet Suçu İle İlişkisi	121
7. YAPTIRIM.....	124
8. MUHAKEME	126
S O N U Ç.....	131
K A Y N A K Ç A.....	137
ÖZGEÇMİŞ.....	142

KISALTMALAR

Age Adı Geçen Eser

Agm Adı Geçen Makale

A.Ş. Anonim Şirket

Bkz Bakınız

Bs Bası

C Cilt

CD Ceza Dairesi

CGK Ceza Genel Kurulu

CMK Ceza Muhakemeleri Kanunu

CMUK Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

CK Ceza Kanunu

dn : Dipnot

DMK Devlet Memurları Kanunu

E Esas

İBK İçtihadı Birleştirme Kararı

İYUK İdari Yargılama Usul Kanunu

K Karar

KHK Kanun Hükmünde Kararname

KİT Kamu İktisadi Teşebbüsü

m Madde Numarası

RG Resmi Gazete

S Sayı Numarası

s Sayfa Numarası

TCK Türk Ceza Kanunu

Vd Ve devamı

Y Yıl

YCGK Yargıtay Ceza Genel Kurulu

ÖZET

Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK 257)

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “Kamu Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlardan biri de görevi kötüye kullanma suçudur. 765 sayılı Ceza Kanununun farklı maddelerinde düzenlenen; görevi kötüye kullanma, görevi savsama, vazifeyi suiistimal ve basit rüşvet alma suçları 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesi altında “Görevi Kötüye Kullanma” başlığı ile birleştirilmiş ve tek suç olarak düzenlenmiştir. Ancak madde içerisinde görevin gereklerine aykırı hareketle görevi kötüye kullanma, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme, görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama şeklinde üç farklı suç tipini barındıracak şekilde düzenlenmiştir. Görevi kötüye kullanma genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle özel nitelikte düzenlemelerin uygulanamadığı hallerde uygulanacaktır. Bu maddedeki suçlar, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma, kişilere haksız bir kazanç sağlama ve kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama neticelerinin oluşumuna tabi tutulmuştur. Bu neticelerle birlikte görevi kötüye kullanma zarar suçu haline getirilmiştir. 5237 sayılı kanun suçun faili olarak kamu görevlisi tanımını benimsemiş ve kamu görevlisi kavramına kamu hizmeti gören kişileri de dahil etmiş, tanımı genişletmiştir. Çalışmamız ile görevi kötüye kullanma suçu açıklanırken eski ve yeni düzenlemeler arasındaki farklılıklar, eski düzenleme dönemindeki tartışmalar ve getirilen çözümler, yeni ceza kanununun getirdiği yenilikler açıklanacaktır.

ABSTRACT

Malfeasance (TCK 257)

One of the crimes in The Turkish Punitive Law, no 5237, under the heading of “Crimes to Reliability and Operation of Public” is “malfeasance”. Some of the crimes regulated in Punitive Law no 765; malfeasance, neglecting duty, misconducting in office and simple bribe taking are jointed under the heading of “malfeasance” in Turkish Punitive Law’s 257th section and regulated as one crime. On the other hand, it is regulated to include three types of crimes in itself; “malfeasance by violation of requirements of office”, “neglecting or delaying the requirements of office” “providing personal benefit for behaving in requirements of Office”. Malfeasance is regulated as an overall and an auxiliary crime. Therefore, it will be executed in the situations in which special qualified regulations are not applied. The crimes in this section are dependent on the occurrence of “causing damnification of individuals or public’s damage”, “providing improper personal benefit to individuals and taking an advantage from these to themselves”. Besides these consequences “malfeasance” is regarded as a damage crime. The Turkish Punitive Law, no 5237, has adopted the public officer definition as the guilty of this crime and included the people in civil service in this definition and enlarged the definition. By our study, while malfeasance is being explained, differences between old and new regulations, arguments on the period of old regulations and solutions presented, innovations of new punitive law will be explained.

GİRİŞ

Toplum içinde hukuki düzeni kurmak (yasama), kurulmuş olan bu düzeni muhafaza etmek (yargı) ve yasama iktidarı tarafından kanunlarla çizilen sınırlar içinde kamu hizmetlerinin ifası amacıyla kanunların uygulanmasını sağlamak (yürütme) fonksiyonlarını devlet ifa eder¹.

Devletin 19. yüzyılın 2. yarısından itibaren büyük gelişme kaydettiği, faaliyet ve müdahale sahalarını fevkalade genişlettiği bir gerçektir. Bireyin hak ve menfaatlerinin korunması yanında, toplumun müşterek menfaatlerinin gelişmesini sağlamak, Devletin en büyük gayesi olmuştur. Von List'in haklı olarak belirttiği gibi Ceza Kanunları ferdi himaye ettiği kadar, Devlet faaliyetlerini de himaye etmelidir. Bu koruma neticede fertlerin de yararına olmaktadır. Yakın zamana kadar Devletin faaliyet alanı çok dar olduğundan Devlet aleyhine işlenen suçların sayısı pek sınırlı idi. Devlet faaliyetlerinin artması ile beraber bu faaliyetler ile korunan menfaatlere karşı işlenen suçların sayıları çoğalmış ve mahiyetleri girift bir hal almıştır².

Devlete karşı suçların düzenlenmeye başlanmasından itibaren bu suçların işleyen kişi açısından ikiye ayrılarak düzenlendiği görülür; kamu görevlilerinin (devlet memurlarının) devlete karşı işledikleri suçlar ve kişilerin devlete karşı işledikleri suçlar³.

Devletin insan ögesini oluşturan kamu görevlilerinin kamusal faaliyetin yürütülmesi esnasında görevin gereklerine uymamasının sonucu; devletin güvenirliliği, disiplini ve tarafsızlığının zarar görmesidir. Bu aykırı davranışların disiplin hukuku yanında ceza hukuku kuralları ile de yaptırıma bağlandığı görülür. Kamu görevlilerinin kamusal faaliyetin ifası esnasında görevin gereklerini çeşitli şekillerde ihlal ettikleri görülür. Kanun koyucu bu çeşitli görevin gereklerine aykırılıkları özel hükümler ile yaptırım altına almış bunun yanında da özel nitelikli görevin kötüye kullanılması suç tiplerinin uygulanmaması hallerinde -olası bir boşluğu önlemek amacı ile- genel, tamamlayıcı ve tali nitelikte olan görevi kötüye kullanma hükümlerinin uygulanacağını yaptırım altına almıştır.

Tez konumuzu teşkil eden Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu da, kanun koyucunun öngördüğü özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçlarının uygulanmadığı hallerde kamu görevlilerinin görevinin gereğine aykırı hareketlerini cezai yaptırım altına alan, genel tali tamamlayıcı nitelikte bir suç tipidir.

¹**YARSUVAT, Duygun**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1965, s.666

²**YARSUVAT Duygun**, s.665

³**ÇETİN Özek**, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976, s.54.

Tez konumuz yedi ana başlık altında incelenecektir.

Birinci bölümde genel olarak görevi kötüye kullanma suçunun ceza kanunundaki yeri ve genel özellikleri açıklandıktan sonra ikinci bölümde tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuktaki yerine değinilecektir. Üçüncü bölümde görevi kötüye kullanma suçunun hukuki mahiyeti açıklanacaktır.

Dördüncü bölümde suçun unsurları açıklanacaktır. Bu bölümde sırası ile kanunilik ilkesi ve görevi kötüye kullanma suçu ile kanunilik ilkesinin ilişkisine değinilecektir. Suçun maddi konusu alt başlığı altında görevi kötüye kullanma suçunun koruduğu hukuki değer, maddi konusu, faili, mağduru, hareket, netice ve nedensellik bağı öğesi açıklanacaktır. Özellikle hareket öğesi açıklanırken; seçimlik hareketli olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketleri teker teker ele alınacak ve yine bu başlık altında takdir yetkisinin kötüye kullanılması, mesleki etik ilkelerine aykırılık hali ve memurun kendisi veya yakını aleyhine görevlendirilmesi halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılacaktır. Netice öğesi açıklanırken suçun zarar suçu olduğu ve objektif cezalandırılabilme şartları ile ilişkisi tartışılacaktır. Bu bölümde suçun manevi unsuru ve bu alt başlık altında kusurluluğa etki eden hata, amirin emrini ifa ve haksız tahrik hallerine yer verilecektir. Yine bu bölümde suçun hukuka aykırılık unsuru ve bu başlık altında kanun hükmünü yerine getirme ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri görevi kötüye kullanma suçu açısından ele alınacaktır.

Beşinci bölümde suçun özel görünüş şekilleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima kurallarına yer verilecektir. Altıncı bölümde görevi kötüye kullanma suçunun yaptırımına, yedinci ve son bölümde suçun muhakemesine değinilecektir.

1. GENEL OLARAK

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ikinci kitap dördüncü kısmının “Millele Ve Devlete Karşı Suçlar” başlığı altında birinci bölüm “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı İşlenen Suçlar” alt başlığı altında 257. maddede üç bent olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemesi şu şekildedir.

“MADDE 257 - GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA

(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

5237 sayılı TCK ile ihdas edilen bu hüküm, 765 sayılı mülga TCK da farklı madde başlıkları altındaki birden fazla suç tipinin bir araya getirilmesi ile oluşturulmuştur. Kanun koyucu meri TCK madde 257 ile mülga TCK da yer alan görevi kötüye kullanma⁴, görevde keyfi muamele⁵, görevi ihmal⁶ ve basit rüşvet alma⁷ suç tiplerini tek başlık altında toplamıştır.

⁴765 sayılı Kanun madde 240; “Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolünür. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde iki bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”

⁵765 sayılı Kanun madde 228; “Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.”

⁶765 sayılı Kanun madde 230; “Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

765 sayılı TCK döneminde sayılan suç tiplerini oluşturan tüm hareketleri görevi kötüye kullanma eylemleri olarak cezalandırmayı gerekli kılmıştır. Bu düzenleme ile 765 sayılı TCK'da yer verilen keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından da vazgeçilmiştir⁸. Kanun koyucuyu bu yola sevk eden düşüncenin 765 sayılı TCK döneminde söz konusu suçların ayırımı konusunda ortaya çıkan tereddütleri gidermek ve dağınkılığı önlemek olduğu söylenebilir⁹.

5237 sayılı TCK'nın kapsamına aldığı diğer bir suç tipi de yukarıda belirtildiği üzere mülga kanunda basit rüşvet alma fiilini düzenleyen madde 212/1'dir. Mülga kanunda "Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmak için rüşvet alan" olarak düzenlenen hareket tarzını kanun koyucu "görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama" ifadesi ile görevi kötüye kullanma suçu kapsamına almış ve bu suçun oluşumunu "irtikap suçunu oluşturmama" koşuluna tabi kılmıştır. Bireylerden görevinin gereklerine uygun davranmak için menfaat temin eden kamu görevlisinin cezasız kalmasını önlemek adına getirilen bu düzenleme tarzını yerinde bulan görüşler¹⁰ olduğu kadar; görevin gereklerine aykırı hareket etme ve görevin gereklerini ihmal ve geciktirme suçlarından yapısı ve unsurları bakımından farklı nitelik taşıyan basit rüşvet suçunun, görevi kötüye kullanmanın bir türü olarak düzenlenmesinin isabetsizliği üzerinde duran¹¹ ve suç politikası ve tarafı olduğumuz uluslar arası antlaşmalar açısından yerindeliğini sorgulayan görüşler¹² de vardır.

İnceleme konumuz suç, olan maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere genel, tali tamamlayıcı bir suçtur. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suç oluşturmadığı hallerde, kamu görevlisini bu suça istinaden cezalandırmak gerekir. Failin

Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolunur.

Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödetilir."

⁷765 sayılı Kanun madde 212/1; "Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu bir şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya tahhüt kabul eden kimseye dört yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası verilir."

⁸ Madde gerekçesi

⁹ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s.749

¹⁰ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.751

¹¹ERGÜN Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, s.139

¹²TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.747

hareketi ve kastı ceza kanunu yahut ceza öngören diğer bir kanundaki özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunun kapsamına giriyor ise özel normun önceliği ilkesi¹³ gereği, fail oluşan bu bir başkaca suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Öğretide, bu suçtan söz edilebilmesi için, fiilin başkaca bir suça vücut vermemesinin “ön şart” olduğu savunulmuşsa da esasen bu, normların çatışmasına ilişkin bir düzenleme niteliğindedir¹⁴. Yetkiyi kötüye kullanma hareketlerinin özel bir suç tipi veyahut nitelikli hal olarak düzenlendiği suç tiplerine örnek vermek gerekir ise, kişiyi hürriyetten yoksun kılma (m.109), haksız arama (m.120), ihaleye fesat karıştırma (m.235), zimmet (m.247), irtikap (m. 250), denetim görevini ihmal (m. 251), rüşvet (m. 252), yetkili olmadığı iş için yarar sağlama (m.255), zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (m. 256), göreve ilişkin sırrın açıklanması (m. 258) suçları sayılabilir.

5237 sayılı TCK'nın görevi kötüye kullanma suçu açısından getirdiği en köklü değişikliğin ise, 765 sayılı TCK'nın aksine suçu tehlike suçu olmaktan çıkarıp bir zarar suçuna dönüştürmüş olmasıdır. Bu husus madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir. “Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyaseti ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşullar taşıması halinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyeti ile sonuçlanmış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması halinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.” Yani kanun koyucu mülga kanunun aksine görevi kötüye kullanma suçunu; kişilerin mağduriyeti, kamunun ekonomik zararı, kişilere haksız kazanç sağlama koşullarına tabi tutmuştur. Failin hareketi söz konusu zararlardan birini meydana getirmiyor ise artık görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması yoluna gidilemeyecektir. Bu durumda failin eylemi disiplin hukuku hükümleri açısından değerlendirilmeye tabi tutulabilir.

¹³Aynı eyleme görünüşte uygulanabilir durumda bulunan çeşitli normlardan birisi diğer normların unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri de ihtiva ediyor ise özel-genel norm ilişkisi söz konusu olur. Bu durumda (lex specialis derogat legi generalis) ilkesi gereğince özel norm genel normu bertaraf edecek ve sadece özel normun uygulanması ile yetinilecektir (**İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.458). İki norm arasında genellik özellik ilişkisinden söz edilebilmesi için, genel tipte var olan bütün unsurların özel tipte var olması ve özel tipin ayrıca özel olarak nitelendirilen bir veya bir kaç unsuru içermesi gerekir. (**TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, s.86)

¹⁴**ERGÜN Güneş**, s.141

2. TARİHİ GELİŞİM VE MUKAYESELİ HUKUK

2.1. Tarihi Gelişim

1926 tarihli 765 sayılı TCK'nın memuriyet mevki ve nüfuzunu kötüye kullananlar ile memurluk görevlerini yapmayanlara ilişkin cezaları düzenleyen 4. fasıl hükümleri, mehz kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan alınmıştır. Bu kanunda, zimmet, ihtilas, irtikap gibi görevi kötüye kullanmanın özel halleri ile 765 sayılı Kanunun 228'inci maddesini karşılayan (İtalyan Ceza Kanunu madde 175) memuriyetin suiistimali denilen genel hali vardı¹⁵. Ancak İtalyan Ceza Kanunu iktibas olunurken bütün maddeleri aynen alınmamış, bazı maddeleri iktibas olunamadığı gibi bazı maddelerde Kanuna bizim tarafımızdan ilave olunmuştur¹⁶. 765 sayılı TCK 230 ve 240'ıncı maddeleri de İtalyan Ceza Kanundan iktibas olunmayan maddelerdendir. Bu maddelerin mevzuatımıza girişi 1274 tarihli Ceza Kanunnamesinin 102'inci maddesine 27 Zilhicce 1330 tarihli kanunla eklenen 1 nolu zeyln ile olmuştur¹⁷. Bu maddeler Ceza Kanunnamesine de tarafımızdan ilave olunmuştur¹⁸. Kanunun 228'inci maddesinin varlığına rağmen 765 sayılı TCK'nın 4. fasıl hükümlerinin sonuna Ceza Kanunnamesindeki 230 ve 240'ıncı maddelerde eklenmiştir. Bunun sebebi olarak; 228'inci maddenin insanlar hakkındaki keyfi muameleye ilişkin olduğunun düşünülmüş ve insanlara karşı işlenmiş olan her türlü keyfi muamelenin cezalandırılmasının istenmiş olmasıdır. Nitekim yeni İtalyan Kanununun 228'inci maddeye tekabül eden 175'inci madde yerine geçen 323'üncü maddesindeki umumi suiistimal suçunun bir başkasına karşı işlenmiş olması da şart değildir¹⁹. Bu takdirde en doğru hareket 228'inci maddeyi kabul etmemek idi. Nitekim İtalyanlar yeni kanunla daha genel bir hüküm kabul ettikleri için eski kanunun bu husustaki maddesini almamışlardır²⁰.

Bu suretle kanunda aynı konuyu düzenleyen iki hüküm yer aldığından genel olarak kişilere karşı görevi kötüye kullanma suçları ve bunun dışında kalması öngörülen genel nitelikte görevi kötüye kullanma fiillerinin 240'ıncı madde ile karşılanması düşünülmüştür. Diğer bir

¹⁵**Erol Cihan**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1979. s.181

¹⁶**VIDİNLİ İbrahim**, Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Sayı:4 Ankara 1946, s.336

¹⁷**Erol Cihan**, s.181

¹⁸**VIDİNLİ, İbrahim**, s.336

¹⁹**KUNTER Nurullah**, Vazifeyi ihmal ve Suiistimal, Rüşvet, Memurlara İntisap İddiası İle Menfaat Temini ve Münakaşaya Fesat Karıştırma Suçlarına Müteallik Bazı Meseleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 1, İstanbul 1949, s 392, **EREM Faruk**, Keyfi Muamele, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 16, Sayı 1, Ankara 1959, s.6

²⁰**KUNTER Nurullah**, s.392, 13. dn.

deyişle 240'ıncı maddenin kanununa alınmasının nedeni 228'inci maddenin sadece insanlara karşı keyfi muameleyi cezalandıran bir hüküm olarak düşünülmüş olmasıdır. Böylece kanunda mehzaları farklı sahalarda birbirlerini tekrarlayan iki genel memuriyet görevini kötüye kullanma suçu yer almıştır. En doğrusu 228'inci maddenin kanununda yer almamasıydı²¹.

765 sayılı TCK döneminde 228'inci ve 240'ıncı maddelerin birbirlerini tekrarlayan iki genel hüküm olması dolayısı ile bu iki maddenin birbirinden ayrılmasında bazı kıstaslar ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki; yukarıda açıkladığımız üzere, 228'inci maddedeki görevi kötüye kullanma memurun kişilere karşı keyfi muamelesidir. Halbuki 240'ıncı maddedeki görevi kötüye kullanmada ise kişilere karşı olsun olmasın, her türlü kanun ve nizam dışı fiil ve hareketler söz konusudur. Bu anlamda görevin kötüye kullanılması görevin kanunun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslardan başka suretle yapılmasıdır²²⁻²³. Bu iki maddeyi ayırt etmede kullanılan ikinci kıstas; bu iki suçun manevi unsurunun farklı olduğu hususu üzerinde durur. 228'inci maddedeki suçun manevi unsuru sadece “kast” tır. Halbuki 240'ıncı maddedeki suçun doğumu için özel kast gereklidir²⁴. Bu iki kıstasın yanı sıra, kötüye kullanılan, vazifenin, “mahsus” bir görev olup olmadığı kıstasına göre de iki hükmün birbirinden ayrılabilmesi de belirtilmiştir. Bu bakımdan herhangi bir kanun belirli bir fonksiyon icra eden memurun görevlerini belirtirken mahsus bir görev açıklamış ise ve buna riayet edilmemesi ferdin ya da devlet memurlarından birinin hakkını ihlal ediyor ise 228'inci madde, bunun dışındaki genel görevi kötüye kullanmalarda ise 240'ıncı madde tatbik olunur²⁵⁻²⁶.

²¹ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, S.468

²²“sanıkların 657 sayılı DMK'ya aykırı bir usulle belediye teşkilatı bünyesinde memur almaktan ibaret bulunan eylemleri, TCK'nun 240'ıncı maddesinde yazılı görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğundan ve direnme hükmünde sözü edilen 228inci maddenin 1. fıkrasının olaya tatbiki kabiliyeti bulunmadığından ...” (Y. CGK. 28.2.1977,E.1977/4-K.1977/86) DEMİRBAŞ Timur, Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Prof. Dr. Kudret Ayıter'e Armağan (Kudret Ayıter Armağanı) Cilt-III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1988, s.254

²³GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt:3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.242

²⁴GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Mukayeseli Türk Ceza... s.242, MALKOÇ İsmail, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 58, Ankara 1988, s.9

²⁵ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, 2004, s.468

²⁶“devlet memurlarının bir şahıs veya diğer bir memur hakkındaki, görevin yasaya aykırı bir şekilde kötüye kullanılmak sureti ile bulunduğu keyfi işlem, eğer doğrudan doğruya kişiye yönelik kişisel bir hakkın zarara uğramasına neden olmuş ise TCK'nun 228inci maddesinde düzenlenen suçu oluşturur.” (Y.CGK,8.5.2001,4-86/92) “köy muhtarı sanığın, bankadan tarımsal kredi alınması için düzenlenen, yakınanlara ait istek formlarını onlara duyduğu düşmanlık nedeni ile onaylayıp imzalamamaktan ibaret olan eylemlerinin, TCK 228inci maddesinde kişilere karşı görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde hüküm kurulması...” (Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:27, Sayı:10, 200, .4.CD.23.02.1196,477/1337),

765 sayılı TCK'nın 228'inci maddesinin 1'inci fıkrasında tanımlanan keyfi muamele suçunu, 240'ıncı maddede tanımlanan görevi kötüye kullanma suçundan ayırmak amacı ile geliştirilmeye çalışılan ve Yargıtay tarafından da benimsenen; "iki suç arasındaki ayırım yetkinin kötüye kullanılması sonucu kişilerin ya da görevlilerin haklarının çiğnenip çiğnenmediği ögesinde düğümlenmektedir, eğer böyle bir hak çiğneme söz konusu ise, eylem, özel ve asıl hüküm olan 228'inci madde, tersi durumda yasanın daha genel ve yardımcı nitelikte olan 240'ıncı maddesine girecektir²⁷." ölçütü isabetli değildir. Çünkü toplumu oluşturan herkesin, kamusal görevlerin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesini talep etme hakkı mevcuttur. Bu nedenle, kamu görevlilerinin görevinin gereklerine aykırı davranması durumunda, aslında toplumu oluşturan herkes açısından bir hak ihlali söz konusudur²⁸.

Şunu belirtmeliyiz ki, 240'ıncı madde varken, 228'inci maddeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü 228'inci maddeye göre daha kapsayıcı mahiyette olup şahsa karşı yapılan keyfi muameleleri de içermektedir. 228'inci maddeye hiç yer verilmemesi kanun yapma sistemi açısından daha doğru olacağı gibi; iki normu uygulamada, tatbikatın yaşadığı gereksiz tereddütler de bertaraf edilecektir. İki hükümde genel-tamamlayıcı olmalarına rağmen aralarında zoraki bir özel-genel ayrıştırması yapılmaya çalışılmıştır²⁹.

765 sayılı kanunun 228'inci ve 240'ıncı maddelerinin birbirinden ayırt edilmesindeki kargaşa 5237 sayılı TCK'nın bu fiilleri 257'inci maddenin 1. fıkrası altında toplaması ile son bulmuştur. Kamu görevlisinin eylemi kişilere karşı keyfi ve sert muamele ve genel olarak görevi kötüye kullanma ayırımına tabi tutulmaksızın, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması sonucuna bağlı olarak 257'inci maddenin 1. fıkrası ile cezalandırılacaktır.

5237 sayılı TCK ile görevi kötüye kullanma suçu kapsamına alınan diğer bir suç tipi ise, doktrin tarafından basit rüşvet olarak adlandırılan mülga TCK'nın 212/1'inci maddesidir. Osmanlı Devletinde Tanzimat'ın ilanına kadar İslam hukuku kuralları ile düzenlenen ve cezalandırılan rüşvet, Tanzimat dönemi ile beraber, 1840 Ceza Kanunnamesi ile düzenleme

(GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler -2, Adil Yayınları, Ankara 1996, s.1646)

²⁷4.CD. 11.02.1998, 11492/819

²⁸ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhur, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2002, s.210

²⁹ŞIK Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.24

altına alınmıştır. Kanunname rüşveti tanımlamamakla beraber, rüşvet alanla verenin cezaları arasında herhangi bir fark görmemektedir. İrtikap suçunu oluşturan fiillerde rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmektedir. 1851 tarihli Kanunı Cediddeki hükümler, 1840 tarihli Kanunname ile benzer olmakla beraber; kürek cezası yerine failin cezasının kişiliğine göre tespit edilmesi³⁰, zorla rüşvet alınanın ihbar yükümlülüğünü kaldırması, rüşvet alanın devlet memuru olmaması halinde ilerde kendisine hiç bir resmi görev verilmemesi ile cezalandırılması yönleri ile ayrılır³¹.

1858 Ceza Kanunname-i Hümayun ile rüşvet suçları etraflıca düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre suçun tamamlanması için rüşvetin alınıp verilmesi koşul olmakla beraber Kanunnamenin 76'ncı maddesi ile anlaşma safhasında kalmış rüşvet suçuna teşebbüslerinin de tamamlanmış rüşvet suçu gibi cezalandırılması öngörülmektedir. Ayrıca can, mal, ırz gibi meşru menfaatleri korumak amacı ile rüşvet veren kişinin (77. madde) yahut yapılan rüşvet teklifini ve rüşvet almadan ya da aldıktan sonra fiili yetkili mercilere haber veren kişinin cezalandırılmayacağını öngörmüştür³².

765 sayılı TCK'nın rüşvet suçuna ilişkin düzenlemelerine bakıldığında ise; bu bölümde yer alan maddeler, 1889 İtalyan, 1810 Fransız Kanunları ile 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi göz önüne alınarak kaleme alınmıştır. Bundan dolayı, bu bölümde düzenlenen hükümler arasında ciddi ve önemli ahenksizlik meydana gelmiştir³³. Bu ahenksizliği gidermek için 2275, 6123 sayılı yasalar ile madde değişikliğe uğramış ve son olarak, 21.11.1990 gün ve 3679 sayılı yasa ile değiştirilerek, rüşvet suçları bakımından yeni bir sistematik düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre TCY'nın 211'inci maddesinde rüşvet suçunun tanımı yapılmış, 212'inci maddede rüşvet alma, 213'üncü maddede ise rüşvet verme suçları ayrı ayrı düzenlenerek aynı fasılda iki maddede yer verilmek sureti ile bunların bağımsız suçlar oldukları belirlenmiştir. Devam eden maddelerde ise ortak hükümlere yer verilmiştir³⁴.

5237 sayılı yasa ile rüşvet ve irtikap suçları açısından mülga kanuna göre farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun koyucu suç politikası uyarınca, haklı işin yapılması nedeni ile yarar sağlanmasında haksızlık muhtevasının haksız işe göre daha az olması gibi

³⁰Cezanın nevi ve miktarının belirli olmaması, tamamen hakimnin takdirine bırakılması nedeni ile suç ve cezaların kanuniliğine aykırı bulunmaktadır.

³¹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.406

³²ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.406

³³GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Mukayeseli Türk Ceza... s.115, YARSUVAT Duygun, s.677

³⁴GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1591

gerekçelerle³⁵ 765 sayılı TCK'nın aksine rüşvet suçu olarak değil irtikap suçu, hareketin irtikap suçunu oluşturmaması koşuluna bağlı olarak da görevi kötüye kullanma suçunun 3. fıkrası olarak düzenlemiştir.

2.2. Mukayeseli Hukuk

Mukayeseli hukukta kanunların görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemelerinin niteliği açısından ikili bir tasnif yapmak mümkündür.

a-Bazı ülkelerin ceza kanunlarında, kamu görevinin gereklerine aykırı belirli fiillerin suç olarak tanımlanması yoluna gidilip genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemektedir³⁶. Diğer bir deyişle, görevin kötüye kullanılabilmesi halleri teker teker belirten bu kanunlarda, söz konusu hallerin dışında her türlü kötüye kullanma hareketlerini cezalandıran bir genel hükme rastlanmaz³⁷. Kamu görevlilerinin sadece özel mahiyetteki suçlardan sorumlu olduğu sisteme; 1810 Fransız, 1935 Çin, 1940 Brezilya ve Alman kanunları örnek gösterilebilir³⁸. Gerçekten özel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tiplerini şahıslara³⁹ ve kamuya⁴⁰ olmak üzere ikiye ayıran 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu teker teker görevin özel nitelikte kullanılması suçlarına yer vermiştir.⁴¹ Fakat 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası genel nitelikli görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarını tek başlık altında “yetkiyi kötüye kullanma” adı altında düzenlemiştir⁴².

b-Görevin özel nitelikte kötüye kullanılması hallerine yer veren bazı kanunlar, bu hallere girmeyen fiilleri genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tipleri ile karşılarlar. Diğer bir deyişle özel nitelikte görevi kötüye kullanma suç tiplerinden birini ihlal edilmemesi ,bu

³⁵ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.114

³⁶ **ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhuriyet**, s.192

³⁷ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, 2004, s.469

³⁸ **ŞİK Hüseyin**, s.28

³⁹ Konut dokunulmazlığını ihlal (m.184), ihkak-ı haktan imtina (m.185), kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka surette şahıslara karşı şiddet kullanma (m.186), posta idaresine tevdi edilen mektupların ortadan kaldırılması veya açılması (m.187)

⁴⁰ Bahsi geçen kanunun 188'inci maddesi; kanun hükmü veya vergi toplanmasının veya adliye veya yetkili merciin bir emri veya kararının engellenmesi hususunda kamu gücüne emir veren veya talepte bulunan memurun derecesi ne olursa olsun cezalandırılmasını öngörür.

⁴¹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, 2004, s.469

⁴² **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.746

suç tiplerinin uygulanamaması halinde genel, tamamlayıcı, tali nitelikte olan görevi kötüye kullanma hükmü uygulanır. Bu sistemi kabul eden kanunlara örnek olarak 1926 Türk, 1933 Danimarka, 1930 İtalyan, 1950 Yunan Ceza Kanunları gösterilebilir. Bütün bu kanunlarda özel nitelikte ihlallerin yanında tali, tamamlayıcı veya genel nitelikte olmak üzere kötüye kullanma suç tiplerine rastlanır⁴³.

Bu iki sistemden birisini benimsemede etkili olan husus “suçta ve cezada kanunilik” ile “toplum tarafından kınanan eylemlerin cezasız kalması” arasında yapılan mukayese ve tereddüttür. Ceza hukukunda, genel normlara yönelik en büyük eleştiri; kanunilik ilkesinin -belirlilik- unsurunu ihlal ettiği yönündedir. Yasa koyucu böylesi bir düzenleme ile aslında kendisi de pek hevesli olmamasına rağmen, sınırlı öngörüsü nedeni ile bazı eylemlerin cezasız kalması riskini de üzerine almak istemez⁴⁴.

Mukayeseli hukuktaki düzenlemelere ilişkin olarak yapılabilecek diğer bir ayırım ise; normun düzenleniş tarzında zarar oluşumu ve failde menfaat temini saiki öngörüp öngörmediğine ilişkin olarak yapılabilir.

a-Bazı kanunlar bu suçun oluşabilmesini kabul için zarar oluşumu ve failde menfaat temini saikini unsur olarak ararlar. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İsveç Kanunları bu suç tipinin ihlalinde “zarar” meydana gelmesini aramaktadır. Avusturya, Danimarka, İtalya ve İsveç Kanunları failde saike önem verirler.

b-Bazı kanunlar ise ne zararı ne de saiki suçun unsuru olarak arar. Bu kanunlarda eylemin bilerek ve istenerek yapılmış olması yeterlidir. Zarar ve saik suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilebilmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu buna örnektir⁴⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/2’inci maddesinde görevi kötüye kullanma suçu bünyesine alınan mülga kanun 230’uncu maddesinde görevi ihmal olarak adlandırılan suç tipine benzer bir hüküm ihtiva eden kanunlar mukayeseli hukukta vardır. Bunlara örnek olarak, 1930 İtalyan (m.328-görev yapmayı red etme, ihmal etme, geciktirme), 1940 Brezilya (m.319- görevin icrasını geciktirme, ihmal etme, kanuna aykırı olarak yapma), 1930

⁴³ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.469

⁴⁴ŞİK Hüseyin, s.30

⁴⁵ŞİK Hüseyin, s.28

Danimarka (m.156- memuriyet vazifelerini ifayı red, ihmal), 1921 Arjantin (m.249- görevin yapılmasını ihmal, red, geciktirme) ceza kanunları sayılabilir⁴⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 527'inci maddesinin son bendi olarak düzenlenen doktrinde “basit rüşvet” olarak adlandırılan suç tipine ilişkin mukayeseli hukukta çeşitli ayrımlar yapılabilir. Genelde kanunlar rüşvet alma ve rüşvet verme suçlarına yapılacak veya yapılması istenilen işin göreve uygun veya aykırı olmasına göre⁴⁷ veyahut basit ve nitelikli rüşvet hallerini ayrı ayrı düzenlemeye gitmektedirler. Bu kanunlara örnek vermek gerekir ise; 765 sayılı TCK, Federal Almanya, Avusturya, İtalyan, Çekoslovakya, Romen Ceza Kanunları sayılabilir. Kimi kanunların ise basit rüşvet suçuna yer vermedikleri görülür; İsviçre ve 5237 sayılı TCK gibi⁴⁸. 5237 sayılı TCK düzenlemesinde kanun koyucu, basit rüşvet sayılan eylemleri görevi kötüye kullanma suçu olarak cezalandırmayı tercih etmiştir. Ayrıca, rüşvet suçundakinin aksine kamu görevlisine görevinin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlayan kişiyi cezalandırmama yoluna gitmiştir.

3. SUÇUN HUKUKİ MAHİYETİ

Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadırlar. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Bu yükümlülükle bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, bu bakımdan genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır⁴⁹.

Mahiyeti itibari ile genel yardımcı bir suç söz konusudur. Bu suçun varlığı için fiilin başka bir hüküm tarafından belirli bir isimle özel bir görevi kötüye kullanma veya bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmemiş olması gerekir⁵⁰. Kamu görevlilerinin görevlerini kötüye kullanmaları durumunda kullanma biçim ve derecesine göre yasalarda

⁴⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.451

⁴⁷ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.407

⁴⁸ŞİK Hüseyin, s.30

⁴⁹Madde gerekçesi

⁵⁰SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.521

çeşitli özel hükümler bulunmaktadır⁵¹. Kanun koyucunun kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasını özel bir suç tipi olarak veyahut başkaca bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlediği suç tipleri içerisinde bir ayırım yapmak gerekir ise şu suç tipleri örnek verilebilir. TCK m. 109 “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” başlığı altında failin kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile bu suçu işlemesini bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir. TCK m. 120 haksız arama, TCK m.247 zimmet, TCK m.250 irtikap, TCK m.251 denetim görevini ihmal, TCK m. 279 suçu bildirmeme suçlarında kamu görevlisinin görevini kötüye kullanma halleri özel birer suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suç tiplerini oluşturan fiillerde kamu görevlisi; özel hükmün önceliği kuralı gereğince sadece özel hükümden dolayı cezalandırılacaktır. Özel hükmün varlığı genel nitelikte olan 257’inci maddenin uygulanmasına engel olacaktır.

Kanun maddesinde “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ibaresi bulunduğuna göre bu suiistimal ceza kanununun özel kısmında veya özel ceza kanunlarında ayrı ve müstakil bir suç sayılarak cezalandırılmamış olmamalıdır. Şu halde kanunumuz suiistimali iki ayrı şekilde düzenlemektedir.

- a) Vazifenin muayyen bir şekilde suiistimali; zimmet, irtikap, rüşvet gibi,
- b) Vazifenin umumi suiistimali; memurun vazifesine ait yetkileri tecavüz ederek, kanunun hususi hükmü ile suç saymadığı herhangi bir fiili ika eylemesi halidir⁵².

257’inci maddenin genel ve tamamlayıcı niteliği gereği bu hükmün uygulanabilmesi için görevin gereklerine aykırı hareket etmek, özel bir hükümlerle başka bir suç olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Öğretide, bu suçtan söz edilebilmesi için, fiilin başkaca bir suça vücut vermemesinin ön şart olduğu savunulmuşsa da esasen bu, normların çatışmasına ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Görevin gereklerine aykırı hareket etmek, ayrıca özel bir düzenlemenin konusu yapılmışsa, orada belirlenen cezanın daha ağır ya da daha hafif olmasına bakılmaksızın fail özel hükme göre cezalandırılacaktır⁵³. Aksi bir durumun uygulanabilmesi söz konusu değildir, zira görevin gereklerine aykırılığı düzenleyen hükümde belirlenen cezanın 257’inci maddenin 1. fıkrasında belirlenen cezadan daha hafif olduğu hallerde daha ağır ceza öngören 257’inci maddenin uygulanabilmesi için; İtalyan Ceza Kanunda olduğu gibi, maddede bu yönde açık bir şerh yer alması gerekirdi.

⁵¹ GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1725

⁵² ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu Cilt:1, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1962, s.765

⁵³ ERGÜN Güneş, s.141

Nitekim İtalyan Ceza Kanununun 323'üncü maddesinde, daha ağır bir suçta vücut vermedikçe 323'üncü maddeye göre cezalandırılacağı açıkça öngörülmüştür.

Bazen de özel yasalarda görevi kötüye kullanma eylemi belirtilir, müeyyidenin genel nitelikteki görevi kötüye kullanma maddesinde olduğu belirtilir⁵⁴. Örneğin; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 363, memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanların Türk Ceza Kanununun 257'inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılacağını öngörmüştür⁵⁵. Görevi kötüye kullanma suçunun bu genel, tali ve tamamlayıcı yönünü vurgulamak için doktrin "kırkambar" nitelemesini kullanır⁵⁶.

4. SUÇUN UNSURLARI

4.1. Kanuni Unsur (Tipiklik)

4.1.1.Genel Olarak Kanunilik İlkesi

Hukuk devleti; amacı hukukun üstünlüğünü sağlamak olan, bu çerçevede tüm faaliyetlerinde (yasama-yürütme-yargı) hukuk kurallarına bağlı ve vatandaşlarına hukuki güvenceler sağlayan devlet demektir⁵⁷. Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere güvence sağlamasını gerektirir. Özellikle bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun iktidar tarafından kötüye kullanılmasını engelleyici önlemlerin alınması zorunludur. Bu konuda en önemli önlem ceza normlarının açık, seçik ve belirli olmasıdır. Belirlilik ise en iyi biçimde yazılı hukuk tarafından, özellikle kanunlar ile gerçekleştirilebilir. İşte hukuk devletinin bireylere güvence sağlayan bu gereği, suç adı verilen eylemlerin ancak kanunla saptanması ve suçlara ancak kanunların gösterdiği cezaların uygulanabilmesi ilkelerini ortaya çıkarmıştır. Suçta kanunilik ve ya kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege) ve cezada kanunilik veya kanunsuz ceza olmaz (nulla poena sine lege) şeklinde ifade

⁵⁴ **MALKOÇ İsmail**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.58, S.1,1993, s.19

⁵⁵ Vergi Usul Kanunu Madde 363 (Değişik madde: 23.01.2008-5728 S.K./279.mad); *Bu Kanunun 6'ncı maddesinin son fıkrası gereğince mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılır. Bu hareketlerle vergi ziyana neden olunması halinde, kişiye ayrıca bu Kanunun 344 üncü maddesine göre vergi ziyat cezası kesilir.*

⁵⁶ **ÇİHAN Erol**, s.187

⁵⁷ **ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan / TEPE İlker**, Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.65

edilen bu ilkeler, bireyin özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesi ve böylece toplum içi davranışlarını buna göre düzenleme olanağı vermesi yönünden bireysel özgürlüğün en esaslı güvencesini oluştururlar⁵⁸.

Ceza hukukunun temel ilkeleri ancak bir hukuk devletinde uygulama alanı bulabilir. Hukuk devletinin diğer ilkelerin kaynağı ve aynı zamanda koruyucusudur. Hem Anayasa ile belirlenmiş⁵⁹ ve hem de ceza kanunu ile yasallaşmış⁶⁰ olan kanunilik ilkesi ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun garantisidir. İlkenin anlamı şudur: yasada gösterilmeyen bir fiil suç oluşturmaz (nullum crimen sine lege); suça ancak yasada gösterilen ceza uygulanabilir (nulla poena sine lege). Böylece hakimın eylemleri suç sayma ve cezalandırma yetkisini sınırlandırmış, bir yerde keyfilik önlenmiş olur. Diğer yandan, bireyler de hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve buna göre davranma olanağına kavuşurlar ve bu da onlar için güvence demektir. Nihayet ilke yasa koyucuyu nasıl bir ceza kanunu yapması gerektiği konusunda yönlendirmiş olur⁶¹.

Keza cezada kanunilik ilkesi gereğince, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil dolayısı ile nasıl bir cezai yaptırım uygulanabileceği ve bunun miktarının ne kadar olabileceği hususları yine ancak kanunla belirlenebilir. İşaret etmek gerekir ki Anayasa, bu prensibin bir ceza hukuku yaptırımı olan güvenlik tedbirleri açısından da geçerli olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir (m.38, f.3). TCK'nın 2. maddesinde de, Anayasanın bu hükmüne paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Bu ilkenin demokrasi bakımından da önem arz ettiğini belirtmemiz gerekir. Gerçekten egemenliğin kaynağı halk olduğuna göre suç ve cezalar da ancak halkın temsilcisi olan kanun koyucu tarafından tayin ve tespit edilmelidir. Yine suçların ve cezaların önceden açık bir şekilde belirlenmesi ceza kanunlarının genel önleme fonksiyonunu yeterince yerine getirmesi

⁵⁸İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 3.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.73

⁵⁹T.C. Anayasası Madde38/ (1,2,3ve 10. fıkralar) - Suç Ve Cezalara İlişkin Esaslar

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

⁶⁰TCK Madde 2 - Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi

(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

⁶¹ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.65

bakımından önemlidir. Bu şekilde insanlar neyin suç olduğunu önceden kolayca bilebilecekler ve tespit edebilecekler, davranışlarını da buna göre ayarlayabileceklerdir⁶².

Bugün suçta ve cezada kanunilik ilkesinin içeriği ve sonuçları şöyle belirtilmektedir;

- a) Suç teşkil eden eylemleri ve cezalarını ancak yasama organı kanunlar ile saptayabilir.
- b) Suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımları belirli olmalı, yani açık ve seçik nitelikte gösterilmelidir (nullum crimen sine lege) . Farklı anlamlara gelen kaypak ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır.
- c) Hakimin örneksime (kıyas) yolu ile suç yaratmasına izin verilmemelidir (nullum crimen sine lege stricta).
- d) Kanunun açıkça izin verdiği ve cezasını da gösterdiği durumlar dışında yürütme organının suç yaratma yetkisi olmamalıdır.
- e) Ceza kanunları failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanmamalıdır (nullum crimen sine lege praevia).
- f) Gelenek ve göreneklere (örf ve adet) dayanarak bir eylem cezalandırılmamalıdır (nullum crimen sine lege scripta)⁶³.

TCK madde 2 suçta ve cezada kanunilik ilkesi esasında fertlerden çok, hakimleri ilgilendirmektedir. Gerçekten de bu hükmün asıl muhatabı hakimlerdir. Kıyas yoluna başvurulamaması hakimlere yönelik iken, suçların tereddütte yer vermeyecek kadar açık ve belirli bir şekilde belirlenmesi de kanun koyucuya yöneliktir⁶⁴.

4.1.2. Tipiklik

Kanunilik ilkesinin bir yansıması olan tipiklik; ceza hukukunda bir eylemin suç sayılabilmesi için önceden yasa koyucu tarafından ceza içeren bir kanunda suç olarak tanımlanmasını gerekli kılar. Çünkü ceza hukukunun harekete geçebilmesi için bir eylemin

⁶² HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.35

⁶³ İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, s.75

⁶⁴ HAKERİ Hakan, s.35

varlığı gerekli ve fakat her eylemin değil, ancak tipe uygun eylemin gerçekleşmesi zorunludur⁶⁵.

Tipiklikten kast edilen bir fiili suç sayan ve buna bir yaptırım öngörmüş bulunan bir kanun maddesinin var olmasıdır. Bir fiilin suç oluşturabilmesi için somut fiilin kanununda tarif edilmiş olması ve cezayla tehdit edilen bir hareketin soyut unsurlarına uyması gerekir⁶⁶. Tip; bir ceza ya da tedbire bağlanmış soyut insan davranışı modeli, bir takım özellikleri bireysel olaylardan soyutlanarak bir araya getirilen bir form iken; somut insan davranışının normun çizdiği davranış modelinin bütün özelliklerini taşıması ise tipikliği ya da tipe uygunluğu oluşturur. O halde tipiklik ya da tipe uygunluk, fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gereken bütün özelliklerin bütünüdür⁶⁷.

Tipikliğin çift işlevi bulunur: birincisi; haksız hareketin tam olarak tanımlanarak neye, ne dereceye kadar izin verildiğini belirtmek, getirdiği genel yasaklarla hareket özgürlüğünü sınırlandırmak suretiyle her vatandaşa kendi kaderini belirleme olanağı vermesidir. Esasen bu kanunilik ilkesini ifade eder. İkincisi mesela kasten öldürme, hırsızlık dolandırıcılık gibi suçlar için hukuki yarar ihlalini somutlaştıran ve çerçevesi kesin olarak çizilmiş suç tipini formüle etmesidir. O halde suç tipleri belirli hukuki değerleri (menfaatleri) korumak amacıyla meydana getirilirler. Tipiklik fiilin bir kısmı olarak hareketin tiple korunan hukuki menfaatleri ihlal etmemesini, hareketin haksız olmamasını, yani cezalandırılmamasını sonuçlayacaktır. Bu suçun norma itaatsizlikten daha farklı ve kapsamlı olmamasının sonucudur⁶⁸.

Kanuni unsur ile kanunilik ile aynı değilseler bile⁶⁹; birinin diğerinden tamamen ilgisiz olduğu söylenemez⁷⁰. Kanunilik ilkesi ile tipiklik arasında yoğun bir ilişki vardır. Suç tiple tanımlanarak belirli hale getirilir. Ancak suç tipinde yer alan kavram ve anlatımlar mutlak bir kesinlikten uzaktır. Bu nedenle suç tipleri deskriptif (tanımlayıcı- tasvir edici) ve normatif (değerlendirici) unsurlar taşır. Normatif değerlendirmeye bağlı demektir. Bu sebeptendir ki, ceza hukukunda kıyas yasak, ancak yorum kaçınılmazdır⁷¹.

⁶⁵ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.198

⁶⁶ HAKERİ Hakan, s.115

⁶⁷ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.198

⁶⁸ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.199

⁶⁹ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.199

⁷⁰ ŞIK Hüseyin, s.40

⁷¹ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.199

4.1.3. Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Kanuni Unsuru Ve Kanunilik İlkesi İle İlişkisi

5237 sayılı TCK görevi kötüye kullanma suçunu; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veyahut kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek sureti ile kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama veya irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama” fiilleri ile düzenleme altına almıştır.

Kanun diğer özel görevi kötüye kullanma suçlarında örneğin zimmet suçunda “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirme” şeklinde suçun soyut nitelendirmesini yapmıştır. Fakat görevi kötüye kullanma suçunun ikame, boşluk dolduran bir hüküm olması nedeni ile kamu görevlisinin hangi fiilinin suç oluşturacağını belirtmemiş bunun yerine; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” gibi genel bir ifade kullanmıştır. Kanuni tanımdaki bu belirsizlik ve “görevin gerekleri” ibaresi ile suçun maddi unsurunun idarenin herhangi bir konudaki düzenlemesine bağlı tutulması görevi kötüye kullanma suçunun “suçların ve cezaların kanuniliği ve belirliliği” ilkesine aykırı olduğu hususunda tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Hatta 1961 Anayasası döneminde maddenin anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür.

765 sayılı TCK dönemince 240. maddenin 1961 Anayasasının; anayasanın kanunların anayasaya aykırı olmayacağını belirten 8. maddesi ile kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden ötürü cezalandırılmayacağını ve kanunsuz suç ve ceza olmayacağını belirten 33. maddesine aykırı olduğu Şirvan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından ileri sürülmüştür. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, iptal sebebi olarak özetle; maddede “kanunda yazılı hallerden başka” denilmekle yetinilerek, hangi fiilin suç sayıldığına açıkça belirtilmemiş olmasının Anayasanın 33. maddesinde yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı olduğunu⁷² ileri sürmüştür.

⁷² ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhur, s.194

Anayasa mahkemesi iptali istenen hükme ilişkin olarak şu karara varmıştır;

“ Türk Ceza Kanununun birçok maddelerinde memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenen, özel nitelikte suçlara ilişkin ceza hükümleri vardır. Bunlara TCK'nın 194, 209, 213, 228. maddeleri örnek olarak gösterilebilir.

İptali istenen TCK'nın 240. maddesinde ise; genel olarak görevi kötüye kullanma suçları söz konusudur. Maddede “ kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden” denilmesinin sebebi, yukarıda verdiğimiz maddelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı kapsayan nitelikleri belirli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezасız bırakılmalarını sağlamaktır. Bu itibarla metindeki “kanunda yazılı hallerden başka” deyiminden mahkemenin anladığı manada sonuca varmak mümkün değildir.

Maddede, ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağını açıkça belirtmeyerek “her ne suretle olursa olsun” diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebi ile hangi fiilin suç sayıldığıнын belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek doğru olmaz.

Burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir.

Hakim önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuна göre, bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan Anayasanın 33. maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olmaz. Suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar da failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak, kastın var olmamasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir.

Bu sebeple iptali istenen hükmün Anayasanın 33. Maddesine aykırı yönü yoktur.”⁷³

Anayasa mahkemesinin kararını yerinde bulan görüşlerin ortak noktası; özel hükümlerle düzenlenmemiş memuriyet görevini kötüye kullanma halleri için, unsurları açık olarak gösterilmiş böyle bir genel hükmün varlığının zorunluluğudur⁷⁴. TCK’nın 240. maddesinde, TCK da memurun görevini kötüye kullanması sayılabilecek haller olarak gösterilen fiiller dışında kalan, TCK’nda gösterilmeyen fakat görevin kötüye kullanılabilmesi sayılabilecek genel bir tanımlama yapılmıştır. İlk bakışta suçun “suçta ve cezada kanunilik” prensibine aykırı gibi görünen bu düzenleme, suçun unsurlarını tarif ettiğinden anayasaya aykırı sayılmaz. Örneğin; adam öldürme suçunda da kanun koyucu, özellik arz eden birkaç adam öldürme şekli dışında suçun sadece genel bir tanımlamasını yapmıştır ki TCK’nın 240. maddesinde de izlenen yol bundan başkası değildir⁷⁵.

Bir kere 240’ıncı madde kanunsuz suç olmaz prensibine istisna teşkil eylemez. Hakimin, muayyen mevzulara taalluk eden ve yine kanun tarafından hudutlanmış bulunan takdir hak ve salahiyetini kanundan almış bulunduğu hallerde kanunsuz suç olmaz prensibini ihlal ettiğinden bahis olunamaz. Aksi takdirde, tecil, takdiri hafifletici sebepler vesair müesseseleri kanunsuz suç olmaz prensibinin istisnaları saymak lazım gelirdi. Kaldı ki esasen kanunsuz suç olmaz prensibine sadık kalan müellif ve cezacılardan bazıları, bu sistemin mahzurlarına çare bulmuş olmak için kanun koyucunun suçları tarif ederken geniş ve umumi ve hatta müphem tabirler koymasını teklif etmektedirler⁷⁶, şeklinde görüşler dile getirilmiştir.

Bu görüşe karşı çıkan yazarlar; 240. maddenin memurlara güvensizliğin bir sonucu olarak eskiden beri kanunumuzda bulunduğu, “kanunda yazılı hallerden başka” kavramı ile suçun kavram ve unsurlarının belli olmadığını belirtmişler, bu hükmün TCK m. 1’deki kanunsuz suç olmaz kuralı ile bağdaşmadığını, ilkeye aykırı olduğunu⁷⁷, kanunda açık bir suç teşkil etmeyen memurların arzu edilmeyen fiil ve hareketlerine karşı disiplin tedbirleri uygulanması

⁷³Anayasa Mahkemesi, 12.12.1965, 1965/27 E. 1965/55K.- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:3, Ankara, 1966, s.212

⁷⁴DEMİRBAŞ Timur, s.266.

⁷⁵ŞEN Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararları- Ceza, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.268

⁷⁶DÖNMEZER Sulhi, İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıstas, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XI, İstanbul 1945, s.227

⁷⁷VİDİNLİ İbrahim, s.337

gerektiğini çünkü kanun ve tüzüklerde tarif edilenlerin dışında sayısız görevin kötüye kullanılmasının mümkün olduğu üzerinde durmuşlardır⁷⁸.

Kanaatimizce; Anayasa mahkemesinin kararı yerindedir. “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek...” gibi genel bir ifade kullanılması bir ihtiyaç sonucudur. Kamu görevlisinin her türlü görevi kötüye kullanma fiilini ayrı ayrı düzenlemesi, kanun koyucunun sınırlı öngörüsü içinde güç olduğu kadar uygulayıcılar açısından da zorlukları beraberinde getirecektir. Kamu görevlisinin özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçları haricinde genel nitelikte unsurları açıkça belli olmayan veya tahdidi bir şekilde sayılmayan genel nitelikte görevi kötüye kullanma sayılan eylemlerinin ceza hukuku kapsamında değil de disiplin hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliği üzerinde duran, kamu görevlisinin geniş müdahaleye ve baskıya maruz kalacağını savunan görüşler karşısında bugün yürürlükte olan 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun gerekli korumayı sağlayacağını belirtmek istemekteyiz. Kaldı ki, kamu görevlisinin en büyük koruması olan, muhakeme şartı olan, izin müessesesinin bile kaldırılmasını savunan görüşlerin⁷⁹ dile getirildiği gözden kaçırılmamalıdır. Her kamu görevlisi içinde bulunduğu statü ilişkisine girerken, görevinin gereklerinin neler olduğunu bilir. Kanun koyucunun soyut nitelendirmeyi yapmasının ardından hakim önüne gelen olayda, kamu görevlisinin görevini tespit edecek ve somut olayda görevin gereklerine aykırılık bulunup bulunmadığını değerlendirecek ve hüküm kuracaktır. Aksi durumun kabulü demek, fail kamu görevlisine baskıdan kurtarmak bir tarafa kanunun boşluklarından faydalanarak kamu güvenilirliğine ve işleyişine zarar verme imkanı kılar.

Görevi kötüye kullanma suçu açısından süregelen diğer bir tartışma konusu suçun “açık ceza normu”⁸⁰ olup olmadığı hususundadır. Sosyal ve ekonomik gelişmelerdeki hızın ortaya çıkardığı zorunluluk karşısında yasa koyucunun idareye bir tür yetki vererek, yasadan başka bir metinle de yürütme organı tarafından suç yaratma imkanı veren yasa açık, beyaz ya da çerçeve yasa olarak adlandırılmaktadır. Açık ceza normu yaratabilmenin koşulları;

- a) Bir yasa ile bu konudaki yetkinin sınırlarının açıkça belirlenmesi

⁷⁸ **DEMİRBAŞ Timur**, s.266, **YAŞAR Hakkı**, Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı Ve Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili Ve Tatbiki, Adalet Dergisi, S.12, 1966, s.860

⁷⁹ Özel soruşturma usulüne karşı görüşleri için bkz, **GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa**, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.290

⁸⁰ **ERGÜN Güneş**, s.142, İtalyan Ceza Kanununun da normun, tipiklikten uzak ve belirsiz olması, normda yer alan emrin açıklanmaya ihtiyaç göstermesi gibi nedenlerle söz konusu normun açık ceza normu olmanın ötesinde açık yapı norm olduğu savunulmaktadır. (**ERGÜN Güneş**, s.142)

b) Cezanın yasada belirlenmiş olması

Görevi kötüye kullanma suçu açısından tartışma yaratan husus kanun koyucunun suçu tanımlarken “görevin gereklerine aykırı hareket” ibaresini kullanmasıdır. Kamu görevlisinin görevinin nelerden ibaret olduğu ve bu görevin gerekleri kanunla, idari düzenlemelerle ve ya idari usul ve geleneklerle belirlenir. Dolayısı ile kamu görevlisinin normlara veya öngörülen formalitelere uymaması yahut kendisine verilen yetkileri veriliş amacı dışında bir amaç için kullanması halinde görevin gereklerine aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır⁸¹. Kısaca görevin gereklerini belirleme yetkisi idarenin tasarrufuna bırakılmıştır. Bir noktada suçun unsuru olan görevin gereği yasa koyucu tarafından kanunla değil, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile belirlenecektir. Kamu görevlisinin yürütmenin idari düzenlemesi veyahut idari usule aykırı davranışı görevi kötüye kullanmaya vücut verecektir.

4.2. Suçun Maddi Unsurları

4.2.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçların tasnif edilmesi, bir normun anlamını ve uygulama alanının belirlenmesini kolaylaştırır; suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların belirlenmesine yardımcı olur. Sınıflandırmada “ hukuki konu” da, suçun doğrudan ihlal ettiği varlık veya menfaati gözetilen bir ayrıştırma argümanıdır⁸².

Suçun hukuki konusu suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun hukuki konusunu oluşturan, yani suç tarafından ihlal edilen varlık ve menfaatler bireylere, aileye, topluma veya devletlere ait olabilir; dolayısı ile bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir. Bu varlık ve menfaatler maddi veya manevi nitelikte olabilir⁸³.

Görevi kötüye kullanma suçunun ceza kanununun sistematığı açısından yer aldığı bölüm “Millete Ve Devlete Karşı Suçlar” başlığı altında birinci bölüm “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı İşlenen Suçlar” alt başlığıdır. Maddenin sistematığı açısından kanun

⁸¹ERGÜN Güneş, s.142

⁸²ŞİK Hüseyin, s.35

⁸³TOROSLU, Nevzat, 2009, s.93

koyucunun görevi kötüye kullanma suçu ile himaye etmek istediği menfaatin kamu idaresinin düzenli işleyişi ve kamu idaresine duyulan güveni korumak olduğunu söyleyebiliriz. Madde gerekçesi; “Bir kamu görevi ile görevlendirilen kişi, bu kamusal faaliyetin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güvenin ve inancın sarsılmaması gerekir” demektedir. Görevi kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değer, konu, kamu yönetiminin normal görevine ilişkin menfaattir. Bir başka deyişle; yasalar tarafından spesifik bir biçimde cezalandırılmamış bulunan ve başkalarına haksız bir çıkar sağlamaya yönelmiş bulunan kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili iktidarlarının herhangi bir şekilde kötüye kullanılmasına karşı kamusal görevlerin doğru ve çağdaş icrasını garanti etme konusundaki “güven duygusudur”dır⁸⁴.

Kamu idaresine karşı işlenen fiillerin cezalandırılması ile korumak istenen menfaatin toplumun temel ve hayati menfaatleri olan ve onun en esaslı yaşama şartını teşkil eden, kamu idaresi mekanizmasının normal surette işlenmesi olduğu sonucuna varılmaktadır⁸⁵. Ceza kanunları ferdi himaye ettiği kadar, kamu idaresinin faaliyetlerini de himaye etmelidir. Bu koruma netice de fertlerinde yararına olmaktadır⁸⁶⁻⁸⁷. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da korunan hukuki değer ile kamu idaresinin menfaati kadar beraber özel kişilerin menfaatlerini de garanti etme amacı güttüğü söylenebilir. Keza 5237 sayılı kanunun düzenlemesi ile suçun “zarar, mağduriyet ve kazanç sağlama” öğelerini de araması karşısında kanımızca, korunan hukuki değer içerisinde kamu idaresinin kanuna uygun işleyiş düzeni ile kamu görevlisinin görevlerini yaparken idareye ve kişilere zarar vermemesi, mağduriyetlere yol açmamasının da yer aldığı kabul edilmelidir⁸⁸.

⁸⁴ CİHAN Erol, s.183

⁸⁵ YARSUVAT Duygun, s.671

⁸⁶ YARSUVAT Duygun, s.665

⁸⁷ Soyaslan; tehlikenin ve ya zararın pasif süjesinin özel olması halinde de suçun hukuki konusunun her zaman bir kamu menfaati olduğunu savunur. “Böylece fert menfaati diğer menfaatlere da karşı korunmuş olur, aynı zamanda sosyal yaşam güvence altına alınmış olur. Demek ki suçun hukuki konusu her zaman ve zorunlu olarak bir kamu menfaatidir. Çünkü cezai himaye ferdi menfaatleri de korumaya yönelmiş olsa da bunda toplumun menfaati vardır demektir. “ (SOYASLAN Doğan, 2006, s.79)

⁸⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.58, aynı görüş için; SOYASLAN Doğan, 2006, s.521

4.2.2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği eşya veya şahsın fiziki maddi yapısıdır⁸⁹. Şu halde suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şahıs veya şeydir. Suçun maddi konusu herhangi bir şey olabileceği gibi nitelikli bir şey de olabilir. Cisim olmayan şeyler maddi konu olamaz⁹⁰.

Suçun hukuki konusu ile suçun maddi konusu aynı eşya değildir. Suçun maddi konusu suçun objektif unsuru olup bunun vasıtası ile korunan menfaat ihlal edilmektedir. Suçu oluşturan ihmal ve icrai hareket suçun maddi konusu olan obje veya şahıs üzerinde icra edilir. Mesela hırsızlıkta çalınan eşya gibi. Ancak birçok suç maddi konuya sahip değildir⁹¹. Kural olarak sonucu olmayan suçlar aynı zamanda maddi konusu da olmayan suçlardır. Zira bunların objektif olarak tamamlanmaları için, kanuni tanımda ki davranışın gerçekleştirilmiş olması gerekir ve yeterlidir. Örneğin sırf hareket suçları ve sırf ihmal suçlarında olduğu gibi⁹².

Görevi kötüye kullanma suçunda suçun konusu; maddede sayılan neticelerin türüne göre değişir. Kişilerin mağduriyetine yol açan bir fiil varsa, konu bir kişinin mağduriyetine veya zararına yol açan ve suçun üzerinde işlendiği malvarlığı, ekonomik veya manevi bir hak ya da benzer sonuç doğuran başka bir hak olabilir. Örneğin failin husumetle yaptığı imar planı değişikliği ile mağdurun arsasının yeşil alana dönüştürülmesinde suçun konusu arsadır⁹³. Benzer biçimde, fiilin kişilere kazanç sağlamasına yol açması durumunda konu, sağlanan malvarlığı ya da ekonomik bir hak veya ekonomik bir hakka yol açan başka bir statü hakkı vb. bir şeydir⁹⁴. Failin görevinin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlaması halinde de sağlanan çıkar, suçun maddi konusunu oluşturacaktır.

⁸⁹ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.88

⁹⁰ TOROSLU Nevzat, 2009, s.94

⁹¹ SOYASLAN, Doğan, 2006, s.79

⁹² TOROSLU, Nevzat, 2009, s.94

⁹³ Madde gerekçesi

⁹⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.61

4.2.3. Fail

4.2.3.1. Genel Olarak

Ceza hukukundaki suç faili veya suçlu; Devletin koyduğu normlara isyan eden, bu istek ve iradeyi açığa vurabilen, isnat yeteneği ve kusurluluğa haiz bulunan bir varlıktır. Ve bu tür yetenekler ancak gerçek kişilerde bulunur⁹⁵. Dolayısı ile tüzel kişiler; ceza hukuku anlamında suç faili olarak kabulüne imkan yoktur. Tüzel kişiler belli bir gayeye matuf, gai (final) olarak hareket edemezler. Bu nedenle bir tüzel kişiyi normun muhatabı (ve dolayısı ile yükümlüsü) olarak telakki etmek mümkün değildir⁹⁶⁻⁹⁷. Fakat bunların ekonomik alandaki etkinlikleri itibari ile organlarının işledikleri suçlardan dolayı hukuki sorumlulukları mümkündür⁹⁸. Ayrıca suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir uzantısı olarak tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanmayacağı ancak bunlar hakkında suç dolayısı ile kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği 5237 sayılı Ceza Kanunu madde 20/2 de belirtilmiştir. Yeni yasa ile tüzel kişilerin suçun faili olmaları ile bunların suç nedeni ile yaptırıma tabi tutulmaları birbirinden ayrı değerlendirilmiş ve her ne kadar tüzel kişilerin suç ve cezaların şahsiliği ilkesi gereği suçun faili olamayacağı ve cezai yaptırıma tabi tutulamayacağı anlayışı yerleştirilmiş ise de bunlar hakkında suç nedeni ile güvenlik tedbiri veyahut idari para cezası uygulanabilmesinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır⁹⁹.

Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak, herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Kanuni tanımda faille bağlantılı olarak “kişi”, “kimse”, “bir kimse” veya “her kim” ifadelerinin kullanıldığı suçlar bu nitelikte suçlardır. Buna karşılık bazı suçlar özel yükümlülük altında bulunan ve belli faillik vasfını taşıyan kimseler tarafından işlenebilir¹⁰⁰. Kanuni tarifinde faille ilgili olarak herhangi bir insan olmanın ötesinde, belli özel ve objektif vasıflardan söz edilen suçlara özgü (mahsus) suç denilmektedir. Özgü suçlarda suçun faili,

⁹⁵ **DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Genel Kısım Cilt:2, 7. Bası, İstanbul, 1982, s.518

⁹⁶ **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.190

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi 14.02.1989, E.1988/15, K. 1989/9 sayılı kararında her ne kadar tüzel kişilerin suçun faili olabileceğini belirtmiş olsa da bu kararın doğruluğu doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. (**ÖZGENÇ İzzet**, 2009, s.185)

⁹⁸ **DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman**, s.411

⁹⁹ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ceza sorumluluğunun şahsiliğine aykırıdır. Bu sebeple tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden kanunlardaki hükümler kaldırılmalıdır. Kanımızca TCK’ da getirilmiş olan bu düzenleme başarılı değildir. Burada kabul edilecek olan dolayısı ile faillik kurumundan yararlanmak ya da temsilci, vekil vb. kişilerin sorumlu tutulduğu yeni suçlar yaratmaktır. (**ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE**, s.210)

¹⁰⁰ **İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener** s.90

diğer insanlara nazaran özel bir yükümlülük altında bulunmaktadır¹⁰¹. İnceleme konumuz olan görevi kötüye kullanma suçu açısından failin vasfını ele alacak olursak, maddenin her üç fıkrasında da geçen “kamu görevlisi” ibaresi bu suç tipinin failinin yalnızca kamu görevlisi niteliğini haiz kişilerin olabileceğini ortaya koyar.

Doktrinde özgü suçlara yönelik olarak gerçek özgü suçlar ve görünüşte özgü suçlar ayrımı yapılmaktadır¹⁰². Özgü suçlardan bazıları münhasıran özel faillik vasfını haiz kişiler tarafından işlenebilir ki, bunlara gerçek özgü suçlar denilmektedir. Görevi kötüye kullanma suçunun faili ancak kamu görevlisi olan kişiler olabilir yani yukarıdaki ayrım itibari ile gerçek özgü suç tipi gurubuna dahildir. Bazen ise suçun basit şekli herkes tarafından işlenebilir iken nitelikli şekli ancak belli özel faillik vasfını taşıyan kimseler tarafından işlenebilir ki, bunlara görünüşte özgü suçlar denilmektedir. Mesela resmi evrakta sahtekarlık suçunun failinin kamu görevlisi olması halinde faile cezası ağırlaştırılarak verilir.

4.2.3.2. Kamu Görevlisi Kavramı

5237 sayılı TCK madde 6/1-c bendinde kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da her hangi bir surette sürekli, süreli ve ya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. TCK bu tanımı ile kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için kamusal faaliyetin icrasına katılmasını dayanak noktası olarak almış ve 765 sayılı TCK döneminde süre giden memur- kamu hizmetlisi ayrımını terk etmiştir. Kavramı daha iyi anlatabilmek adına öncelikle anayasa hukuku, idare hukuku boyutunu ardından 765 sayılı TCK dönemindeki durumu ardından 5237 sayılı TCK’nın düzenlemelerini ele alacağız.

4.2.3.2.1. Anayasa Hukuku Açısından Kamu Görevlisi

1924 Anayasası döneminde kamu görevlileri konusunda ayrıntılı düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu anayasa tek bir tip kamu görevlisi kategorisi getirmek sureti ile memur kavramı ile kamu görevlisi kavramını özdeşleştirmiştir¹⁰³. 1961 Anayasası dönemine

¹⁰¹ ÖZGENÇ İzzet, s.188

¹⁰² İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, s.91, bazı yazarlar ise bu ayrımı gerçek kamu görevlisi suçları ve gerçek olmayan kamu görevlisi suçları olarak yaparlar. (TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.730)

¹⁰³ KANLIGÖZ Cihan, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı, Ankara

gelindiğinde ise 1924 Anayasasından farklı olarak yenilikler; memurlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, teminatlar getirilmekle beraber, devletin yanında öteki kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin de memurlar eliyle yürütülmesi gerektiği kuralının yer almış olmasıdır. Her iki anayasada da memurlara ilişkin olarak temel özellik tüm kamu görevlilerinin memurluk statüsü içine alınmış olması ve ayrı bir statünün belirlenmemiş olmasıdır¹⁰⁴.

1982 Anayasası madde 128 ile genel ilkeler başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir.

“ Madde 128- devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

82 Anayasasında bu düzenleme ile getirilen ve 1961 Anayasasından farklı olarak göze çarpan ilk husus devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yanında kamu iktisadi teşebbüslerinin de genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin varlığının açıkça belirtilmiş olmasıdır. 61 Anayasasından farklı olan diğer bir husus da, söz konusu kamu hizmetlerinin memurlar yanında (ve memurlarla beraber) diğer kamu görevlilerince de yürütüleceği hükmünün yer almasıdır¹⁰⁵. Böylelikle asli ve sürekli görevlerin yalnızca memurlar eliyle görüleceği uygulamasına diğer kamu görevlilerinin de asli ve süreli görevleri görececek personel arasına alınması uygulaması eklenmiştir. 1982 Anayasasında memur kavramını tanımlayan bir hüküm bulunmadığı gibi diğer kamu görevlileri kavramını da tanımayan bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle doktrinde ve uygulamada bu kavramlar tanımlanmaya çalışılmıştır. Diğer kamu görevlileri kavramı içerisine kimlerin girdiği tartışmalı olmakla birlikte, kamusal faaliyete katılan işçi¹⁰⁶ olmayan ve memur sayılmayan kamu çalışanlarının girdiği kabul edilmektedir.

4.2.3.2.2. İdare Hukuku Açısından Kamu Görevlisi Kavramı

İdarenin insan unsurunu tanımlamak için çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Kamu görevlileri, kamu personeli, kamu ajanları ve ya kamu hizmeti görevlileri gibi.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 1-4, Ankara 1993, s.172

¹⁰⁴ KANLIGÖZ Cihan, s.174

¹⁰⁵ KANLIGÖZ Cihan, s.175

¹⁰⁶ Kamuda çalışan işçiler memur ve diğer kamu görevlisi kavramlarının dışında kalır. Anayasa mahkemesi de 1580 sayılı Belediye Kanununun 102'inci maddesine ilişkin olarak verdiği 09.02.1993 tarih 44/7 sayılı kararında işçilerin Anayasanın 128'inci maddesindeki memur ve diğer kamu görevlilerinden sayılmayacağını hüküm altına almıştır. (ÇOLAKER Mustafa, 5237 Sayılı Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı, Adalet Dergisi, Yıl:98, Sayı:28 Mayıs 2007 s.292)

İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. Ancak kamu görevlisi olmanın olmazsa olmaz şartı, kamu görevlilerinin kamu kesimindeki bir teşkilata bağlı olarak görev yapmalarıdır. Bu açıdan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından istihdam edilen kişiler kamu görevlisi sayılamayacağı gibi kamu kesiminde bir teşkilata bağlı olmaksızın kamuya yararlı bir hizmeti ifa edenler veya kamu hizmeti ifa edenler (serbest avukatlar gibi) de kamu görevlisi sayılmazlar¹⁰⁷.

Geniş anlamda kamu görevlisi; hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade eder. Bunlar özel hukuk rejimine veya kamu hukuku rejimine tabi olabilirler. Cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, milletvekilleri, muhtarlar işçiler geniş anlamda kamu görevlisidir¹⁰⁸. Dar anlamda kamu görevlisi denince, devletin siyasal yapısını oluşturan organlarda yer alan görevliler ile özel hukuk hükümleri çerçevesinde çalışanların dışında kalan ve genel idari esaslara göre devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten personel anlaşılır. 1982 Anayasasının 128. maddesinde geçen kamu görevlileri dar anlamda kamu görevlilerini kastetmek için kullanılmıştır. Bunlar, kamu kuruluşlarında asli ve sürekli görevleri yürüten, durumları idare hukukunca belirlenmiş görevlilerdir¹⁰⁹.

Türk mevzuatında kamu görevlisi kavramının tek bir tanımı bulunmamaktadır. Her kanunun kendi uygulama alanı ve konusu açısından kamu görevlisi tanımı yapmıştır. Örneğin; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, kamu görevlisini dar anlamda tanımlarken, 5237 sayılı TCK, 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet Ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kamu görevlisini geniş anlamda tanımlamıştır¹¹⁰.

Anayasasının 128. maddesine göre kamu görevlileri, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak ikiye ayrılmaktadır. 14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4'üncü maddesi ise kamu görevlilerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olmak üzere dört gruba ayırmaktadır. Bu dört gruptan sonuncusu olan işçilere devlet memurları kanunu uygulanmaz ve bunlar özel hukuka tabidir. Dolayısı ile bunlar kamu görevlisi değildir. O halde memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel olmak üzere üç

¹⁰⁷ **AKYILMAZ Bahtiyar**, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya,2004, s.368

¹⁰⁸ **AKYILMAZ Bahtiyar**, s.368

¹⁰⁹ **YILDIRIM Ramazan**, İdare Hukuku Dersleri 1, Mimoza Yayınları, Konya, 2005, s.159

¹¹⁰ **YILDIRIM Ramazan**, s.158,

grup kamu görevlisi vardır. Bunlardan ise sözleşmeli personel ve geçici personel anayasada belirtilen diğer kamu görevlileri kategorisine girer. Kamu görevlisi kavramı memur kavramını da kapsayan daha geniş bir kavramdır.

Türk yazılı hukukunda ilk memur tanımı 1926 tarih ve 788 sayılı Memur Yasasında 1. maddede¹¹¹ yapılmıştır¹¹². 657 sayılı yasanın değişik 4. maddesinde ise kamu görevlilerinin türleri belirtildikten sonra (A) bendinde memur kavramı; “mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idari esaslara göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetini ifa ile görevlendirilenler bu kanunun uygulanmasında memur sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak memur olabilmeyen üç kümülatif şartına ulaşılır, bunlar;

- a) Devlet veya diğer kamu tüzel kişisinde çalışma
- b) Genel idari esaslara göre yürütülen kamu hizmetini ifa etme
- c) Asli ve sürekli nitelikte bir görevde bulunama

4.2.3.2.3. Ceza Hukuku Açısından Kamu Görevlisi Kavramı

4.2.3.2.3.1. 657 Sayılı TCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı

657 sayılı TCK döneminde memur kavramının tanımına 279. maddede rastlanmaktadır. Bu kapsama mehzar kanun kabul edildiğinde sadece devlet memurları sokulmuştur¹¹³. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun üç kategori personel kabul etmesinden etkilenen Türk kanun koyucu 1936 yılında 3038 sayılı kanunla diğer değişikliklerin yanında 279. maddeyi de değiştirdi¹¹⁴. Nitekim 279. maddenin birinci fıkrası İtalyan Ceza Kanununun 357 ve 2. fıkrası ise aynı kanunun 358. maddesinden olduğu gibi alınmıştır¹¹⁵. Gerçekten İtalyan Ceza Kanununun iki maddeden oluşan “memur” ve “amme hizmeti ile görevli kimseler” tanımı kanunumuzda tek bir madde de birleştirilmiştir¹¹⁶.

¹¹¹“...kendisine devlet hizmeti tevdi olunan ve sicili mahsusunda mukayyet olarak umumi ve ya hususi bütçelerden maaş alan kimseye memur denilir.”

¹¹²SELÇUK Sami, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, Cilt: 23 (Ocak-Nisan 1997), Sayı: 1-2, Ankara 1997, s.28

¹¹³Maddenin ilk şekli; “kanunun tatbikatında Devletin veya vilayet ve nahiye ve kariyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı ve maaşsız, daimi ve muvakkat vazife görenler memur sayılır.”

¹¹⁴SOYASLAN Doğan, Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1-4, Ankara 1998, s.44

¹¹⁵GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Hukukunda Memur Ve Hizmetli Kavramları, Adalet Dergisi, S.1,Yıl. 61,1970, s.7

¹¹⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.247

1936 da değişikliğe uğrayan 279'uncu madde "memur" ve " amme hizmeti görmekle muvazzaf olanları" şöyle tarif etmektedir.

" Ceza kanununun tatbikatında;

1. Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2. Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi olarak teşrii idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar;

1. Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2. Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir."

Madde bu iki kavramı tanımlamış ancak bu iki kavramı birbirinden ayıran ölçütleri tam olarak belirmediğinden dolayı bu iki kavram gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde tam anlamı ile ayırt edilememiş ve nitelikleri konusunda tartışmaya neden olmuştur. Farklı terimler kullanan kanun böylece bu terimler arasında bir farkın mevcudiyetine işaret etmiştir. Bu terimler arasındaki farkın tespiti gerekmektedir. Zira ceza kanununda bazı suçların -örneğin TCK 202, 208,209- yalnız memurlar tarafından bazılarının ise -örneğin TCK.138- memurlar ve amme hizmeti görenler tarafından ika edilebileceğini belirtmiştir¹¹⁷.

Öncelikle bu konudaki ilk görüş kamu görevi yerine getirenler (memurlar) ile kamu hizmeti ile görevliler arasında bir fark olmadığını dile getirmiştir. Bu görüşe göre; aslında devlet memurlarından ayrı olarak kamu hizmetlileri kategorisinin düzenlenmesi de bir şeyleri değiştirmemiştir. Çünkü İtalyan Ceza Kanununun 358.maddesinde ifadesini bulan kamu hizmetlisi kavramı kanununun 276. maddesine aktarılmış ama buna paralel olarak özel hükümlerde suçun kamu hizmetlileri tarafından işlenmesi haline ilişkin değişiklik (birkaç istisna hariç) bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmemiştir¹¹⁸. Bu görüşe göre önemli olan husus amme kudretinin, otoritesinin kullanılmasıdır ve 279. madde tatbikatında memur

¹¹⁷ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.249

¹¹⁸SOYARSLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.586

sayılamayacak kişileri “vazifenin icrasında, doğrudan doğruya ve dolayısıyla amme kudretini kullanmayan veya amme kudretinin kullanılması netice itibariyle icrai karar almaktan ibaret bulunduğuna göre, icrai karar alabilecek makam ve memura hukuki malzemeyi hazırlayan devlet ve diğer amme müesseseleri memur ve müstahdemleri veya adli veya teşrii bir vazife gören diğer kimselerdir” olarak tanımlamışlardır¹¹⁹⁻¹²⁰.

Kamu görevi ve kamu hizmetini farklı kavramlar olarak ele alan görüş ise bu iki kavramı ayırmada farklı görüşler kullanmışlardır. Bu görüşlere geçmeden önce bu kavramları nasıl tanımladıklarına bakmak gerekir ise; kamu görevi; yasama ve yargı etkinliklerinin yanı sıra devletin olmazsa olmaz birincil amaçlarının gerçekleşmesi için, öznel açıdan devlete özgü, devletçe yapılması zorunlu; egemen/ üstün gücün, yetkinin ve kamu hukuku kurallarına (genel idari esaslarına, anayasa m.128) göre oluşturulan idarenin kullanıp örgütlenmesini yansıtan etkinlikler bütünüdür. Kamu hizmeti ise; devletin ikincil nitelikte amaçlarını gerçekleştirmek için başkalarına bırakabileceği etkinliklerdir şeklinde tanımlanmıştır¹²¹.

Bu terimleri birbirinden ayırmada kullanılan görüşlere gelince;

1. Devletin esaslı olan ve esaslı olmayan gayeleri arasında ayırım yapan görüş, devletin esaslı nitelikte gayelerini elde etmesine yönelik faaliyetlere amme vazifesi demektedir. Amme vazifesinin devlet tarafından yapılması zorunludur. Devletin esaslı olmayan gayelerinin elde edilmesine yönelik olmayan faaliyetlere ise amme hizmeti denir. Amme hizmetinin ifası fertlere bırakılabilir.
2. Bazı yazarlar; amme vazifesi ve hizmeti ayırımının kıstasını amme kudretinin müdahale edip etmemesinde ararlar. Amme kudretinin müdahalesiyle yapılan hakimiyet tasarrufları amme vazifesidir. Kişiler tarafından da yapılabilen ve amme kudreti müdahalesini gerektirmeyen temşiyet tasarrufları da amme hizmeti sayılmaktadır.
3. Başka bir görüşe göre direktif ve takdir salahiyetine sahip kişilerin faaliyetine amme vazifesi, bu salahiyete sahip olmayanlarınkine de amme hizmeti denir. Amme vazifesi az da olsa bir fikri faaliyet, amme hizmetini ise bedeni ve mekanik birer faaliyet olarak görenler de vardır¹²².

¹¹⁹UTKU Eray, Ceza Hukukunda Memur, Adalet Dergisi, Sayı:8, Ankara 2001, s.169

¹²⁰Memur ve kamu hizmetlisi terimlerini eş anlamı sayarak, görev ve hizmette temel ögenin kamu gücü kullanılması olduğunu belirten bu görüş; kamu kurumunda çalışan herkesi memur olarak benimsemesi ve yasanın özenle sınırladığı memur kavramının sınırlarını genişlettiği için eleştirilmiştir. (SELÇUK Sami, s.33)

¹²¹SELÇUK Sami, s.36

¹²²ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004., s.252

Yargıtay da bu amme vazifesini objektif olarak ele alan kararlar vererek, memur kavramını tanımlamıştır. “TCK’nın 279. maddesine göre memur; devlete ait hukuki bir iktidar ve salahiyet kullanarak hukuki tasarruf ve fiilin icrasını gerçekleştirenler, bu hukuki tasarruf ve fiilin icrasına amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım edenlerdir. Bu itibarla ceza kanunu tatbikatında bir kimsenin memur sayılabilmesi onun sübjektif durumu ile müstahdem olup olmaması ile ilgili değildir, gördüğü faaliyet ile ilgilidir ve bu itibarla da, bir amme vazifesi gören herkes memurdur”¹²³⁻¹²⁴.

Yargıtay 4.C. D. 10.05.1996 tarihili kararında belirttiği üzere ¹²⁵ bir kimsenin ceza uygulamasında memur olabilmesi için TCY’nın 279. maddesinin 1.fıkrasının bentlerinde öngörüldüğü gibi kamu görevi yapan bir kimse olması gerekir. Bu nedenle yasa koyucu bazı kimselerin bazı kanunlar ile memur gibi cezalandırılacağını öngörmüştür. Örneğin; 2495 sayılı kanun ile Tarih personeli, 506 sayılı kanunun 136.maddesi ile ve 4792 sayılı kanunun 7.maddesi ile SSK memur ve hizmetlileri, 6136 sayılı kanunun 26.maddesi ile TCDD işletmesi personeli, 2929 sayılı kanunun 48.maddesi ile KİT personeli memur sayılmıştır.

¹²³Y.C.G.K. 25.11.1985, 1/410-595, “amme vazifesi; devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere tahakkuk etmeyen ve bunlara ferdi olarak bağlı bulunmayan faaliyetler, amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Amme vazifesi; devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı; zaruri oluşu, yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise; devletin ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına aldığı işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için yerine getirir.” (Özel Daire, 04.03.1947, 173/116) , “devlete ait bu tür kuruluşlar da çalışanların TCK uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle bu kuruluşun Devletin amacı gereği yerine getirmek zorunluluğunda bir işi (kamu görevi) yapıyor olması gerekir.” (4.C.D., 03.07.1995, 853/5042)

¹²⁴ Bu kıstas ortaya konmuş olsa da ayırımın kendiliğinden ortaya çıktığı söylenemez Yargıtay kimin memur kimin hizmetli olduğunu adeta kazuistik metotla tespiti çalışmıştır; *belediye odacısı* (4.C.D., 22.05.1956, 1945/7254), *işçi kurumu plasmanı* (4.C.D., 22.05.1956, 1943/7284), *devlet hava yolları meydanları müdürlüğü satış memuru* (5.C.D.,08.04.1954, 1090/1383), *müftü* (4.C.D., 09.05.1953, 3890/5290), *seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri* (3. C.D.,09.03.1951, 1447/10424), *noter* (4.C.D.,16.12.1995, 14512/19863), *mahkemece tanık olarak dinlenen kimseler* (4.C.D.,20.09.1995, 5021/5093), *devlet tiyatrosu sanatkarları* (7.C.D., 23.11.1965, 8260/9170), *belediye elektrik işletme memuru* (4.C.D.26.05.1956, 7757/7789), *Belediye fen kalfası*(4.c.d., 25.04.1967, 180/2949), *İstanbul elektrik tramvay ve tünel işleri unum müdürlüğü tahsildarı* (5.C.D., 14.06.1957, 3195/3817), *belediye başkanı* (4.C.D., 16.09.1992, 5454) *sosyal sigortalar kurumunun memur ve hizmetlileri* (5.C.D., 04.04.1991, 780/1961), *DSİ Genel müdürlüğü kamulaştırma teknisyeni* (4.C.D., 01.02.1945, 9477/561) ceza kanunu uygulamasında memur sayılır.

belediye park bekçisi (4.C.D., 22.10.1956, 12902/17295), *belediye otobüs biletçileri* (4.C.D., 11.09.1991, 3346/4807), *kadrolu olsa dahi belediye su şebekesi işçisi* (4.C.D., 29.02.1955, 13498/1752), *belediye su işleri usta başısı* (23.02.1955, 3182/3589), *belediye tellalı* (4.C.D., 27.03.1954, 1482/3470), *telefon hat bakıcısı* (4.C.D., 02.10.1956, 6679/12779), *Türkiye vakıflar bankası şube müdür yardımcısı* (4.C.D. 10.05.1996, 3128/4213), *vakıflar genel müdürlüğüne bağlı K: vakıflar yurdu müdürü* (1.C.D., 08.12.1997, 3720/3974), *hastane kapıcısı* (4.C.D., 20.10.1953, 3497/10149), *ofis inşaat sürveyanı* (4.C.D., 04.03.1948, 2451/2651), *tarım kredi kooperatifi memuru* (2.C.D. 26.06.1947, 2453/7265) *Türk hava kurumu memurları* (C.U.H. 10.04.1945, 102/98), *vatman* (4.C.D., 18.05.1950, 5534/6591), *İstanbul İETT şirketi genel müdürlüğüne mensup muntika şefi* (4.C.D., 13.02.1974, 661/1267), *tekel tuz kantarcısı* (4.C.D. 28.02.1957, 3662/2974), *hasta bakıcı* (4.C.D., 01.03.1979, 744/994), *köy imamı* (4.C.D., 16.06.1993, 4316/4869), *İtfaiye eri* (4.C.D., 10.06.1996, 4489/5317), *sağlık ocağı müstahdemi* (4.C.D. 08.02.1995, 130/867), *spor toto teşkilat müdürlüğü personeli* (4.C.D. 03.07.1995, 853/5042), ceza kanunu tatbikinde memur değildir.

¹²⁵ 4. C. D. 10/05/1996.3128/4213

765 sayılı TCK uygulamasında KİT çalışanlarının kamu görevi görmedikleri için madde 279 kapsamında memur sayılmayacakları sorunu ortaya çıkmaktaydı. Çünkü KİT personeli kamu görevi değil kamu hizmeti yapmaktadır. Nitekim Yargıtay 1945 tarihli bir İBK ile KİT çalışanlarının memur sayılmayacaklarını kabul etmekteydi. Bu durum karşısında KİT personelinin memur gibi cezalandırılmasını sağlamak için yasal düzenlemelere gidilmiştir. Bu konudaki en son yasal düzenleme 11.02.1992 tarih ve 3771 sayılı kanunla KİT personelinin cezai sorumluluğunu belirlemek üzere 399 sayılı kararnamenin 11. Maddesine b ve c bentleri eklenmiştir¹²⁶. Sözü geçen madde KİT çalışanlarını kendilerine karşı işlenen suçlardan değil fakat bizzat işledikleri suçlardan dolayı memur saymaktaydı. KİT çalışanları, yalnızca 765 sayılı Kanunun devlet idaresine karşı suçları düzenleyen 6. babında öngörülen suçlar bakımından memur olarak kabul edildiği için kanunun diğer bablarında veya özel kanunlarda suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak memur sıfatına yer verildiği durumlarda memur gibi cezalandırılmayacaklardır¹²⁷. KİT çalışanlarının 5237 sayılı TCK açısından cezai sorumlulukları daha sonra anlatılacaktır.

Benzer şekilde kanun koyucu 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu madde 62 de kooperatif yönetim kurulu üyeleri ile kooperatif memurlarının “memur gibi cezalandırılacakları” hükmünü getirmek suretiyle -yürüttükleri görevleri itibari ile uygulamada ve öğretinin kabul ettiği anlamda memur saymanın olanaksızlığı bilinci ile- bu gerçek ve tüzel kişinin organ ve temsilcilerini memura benzetme gereksinimi duyarak kanunda belirtilen suçları işlemeleri halinde “memur gibi” cezalandırılacaklarını hüküm altına almıştır¹²⁸.

4.2.3.2.3.2. 5237 Sayılı TCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı

5237 sayılı TCK madde 6/1-c bendinde kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da her hangi bir surette sürekli, süreli ve ya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucu 765 sayılı TCK dönemindeki, memur-

¹²⁶399 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Personel Rejiminin Düzenlenmesi Ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname madde 11; “Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli;

b)Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, rapor, tutanak ve her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak hakkında Türk Ceza Kanununun 2’inci kitap üçüncü v e altıncı bablarındaki hükümler uygulanır

c)görevlerini yaptıkları strada öğrendikleri gizli belgeleri, görevden ayrılmış olsalar bile, yetkili amirin izni olmadan açıklamazlar. Aksi halde haklarında Türk Ceza Kanununun 299. maddesi hükümleri uygulanır.”

¹²⁷TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.734

¹²⁸AKÇİN İhsan, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.21

kamu hizmetlisi ayrımını terk ederek yerine kamu görevlisi kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bu durum madde 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 sayılabilmesi için aranacak yegane ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır” şeklinde açıklanmıştır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet Anayasa ve kanunlarda belirtilmiş 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 yapmaların bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterlerin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetlerinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişilerde kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu ve hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay ve erleri de kamu görevlisidir¹²⁹.

Toplumdaki bütün bireyler adına yürütülen faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanılabilmesi için kamu faaliyetinin yürütülmesine kamu hukuku usulüne göre, anayasadaki ifade ile genel idari esaslara göre iştirak etmek gerekir. Böyle bir durumda az ya da çok mutlaka kamu otoritesine (devlete) ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin görevine seçimle veya tayin yolu ile getirilmesinin, devamlı ve geçici üstlenilmesinin, bu görev nedeni ile para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur. Buna göre kamu görevlileri kavramı ile emreden emredilen ilişkisinin, hiyerarşi ilişkisinin hakim olduğu bir personel yapılanmasında emredilen anlamına gelen memur kavramı ile eş anlamlı değildir. Bu itibarla kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir¹³⁰.

Temel kavram olan “kamusal faaliyet”in anlamına gelecek olursak, aslında idare hukukunda terim olarak böyle bir kavram yoktur. İdare hukukunda yapılan ayırım kamu hizmeti-kamuya yararlı hizmet ayırımıdır. Yalnızca bazı durumlar da kamu hizmeti deyimini “faaliyet, iş, uğraş” anlamına kullanılmaktadır. Bu anlamıyla kamu hizmeti (faaliyeti) “bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle

¹²⁹ Madde gerekçesi

¹³⁰ AKÇİN İhsan, s.15

kamuya sağlanan hizmet”tir¹³¹. Her ne kadar TCK da “kamusal faaliyetin yürütülmesine... herhangi bir surette... katılmadan” söz edilse de, bunda amaç, kamu hizmeti gören kimseleri de kamu görevlisi saymaktır bu bakımdan “kamuya yönelik/kamuya yararlı” her hizmeti sağlayan kamu görevlisi olamayacaktır. Çünkü kavram böyle anlaşılırsa TCK’ ya göre, taksici, belediye otobüsü şoförü, özel hastanedeki hemşireye kadar yelpaze genişleyebilecektir. Hiç şüphesiz kanun koyucunun maksadı bu değildir¹³².

Bugün bir kimsenin kamu görevlisi yapılan faaliyetinde kamusal faaliyet sayılabilmesi için onun ile kamu ile olan subjektif ilişkisine değil, yaptığı görevin objektif olarak kamusal faaliyete ilişkin bir görev olmasına ve faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması sureti ile gerçekleştirilip gerçekleştirmediğine bakılmalıdır¹³³.

5237 sayılı TCK bakımından kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir organik bağ içinde olması da gerekmez. Oysa idare hukukunda ister dar anlamda ister geniş anlamda olsun bir kimsenin kamu görevlisi olabilmesi için “kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. Bu durumda TCK’nın kamu görevlisi kavramının idare hukukundakinden farklı ve geniş anlamda olduğu anlaşılmaktadır¹³⁴. Şöyle ki; idare hukukundaki kamu görevlisi kural olarak bir kadroya atanarak devamlı olarak çalışan ve hizmet karşılığında devletten bir ücret alan kimsedir. Devamlı personel statüsünde olabileceği gibi idarenin üstünlüğüne dayanan sözleşmeli personel statüsünde de olabilir. Oysaki ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramı daha geniş olup ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli, ihtiyari veya mecburi olarak kamu görevi yapan kimsedir. Hal böyle olunca artık devlet veya kamu kurumları adına çalışan bir kurumun müdürü ile sair personeli, odacısı, kapıcısı ve şoförü arasında fark kalmamış tümü de kamu görevlisi sayılmış böylece 765 sayılı TCK’daki memur tanımının kapsamı genişletilmiştir. Gerçekten hizmet alanı kamusal faaliyet olarak nitelendirilmekteyse, bu faaliyetin yürütülmesine, yani faaliyetin amacına uygun olarak fonksiyon icra edebilmesi için yardımcı görevlilere de ihtiyaç bulunmaktadır. Kamusal faaliyetin kuruluş maksadına uygun olarak sürdürülebilmesi için varlığı zorunlu bulunan bu görevliler de dolayısı ile kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktadır. Bu nedenle, yargı faaliyetinin yürütülebilmesi kadro karşılığı görevlendirilen ve istihdam biçimi olarak yine kamu hukuku (idare hukuku) rejimi uygulanan yardımcı personellerin de (hizmetli, şoför vb.) kamu görevlisi sayılması gerekecektir. Kamu kurumunda çalışan sözleşmeli personelin

¹³¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.735

¹³² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.736

¹³³ AKÇİN İhsan, s.17

¹³⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.737

durumuna gelince; kanaatimizce bunlarında kamu görevlisi sayılması gerekecektir. Çünkü sözleşmeli personel uygulaması da genel idari esas ve usulleri içerisinde yer almaktadır. Sözleşmeli personelin özlük hakları ve hukuksal rejimi memurlara benzetilmiş olup daha ziyade ücret yönünden farklılık bulunmaktadır. Bu nedenle kadro karşılığı veya geçici sözleşmeli personel arasında bir fark bulunmaksızın kamu hukuku usulünce kamusal faaliyete katıldıklarından kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri yerinde olacaktır¹³⁵.

Bazen uygulamada zorunluluk veya menfaat esasına dayanarak bir vatandaşın kamu görevlerinden herhangi birini ifa etmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumlar da, kamu yararı, belli bir faaliyetin seri şekilde yerine getirilmesini gerekli kılar ve bu durumda sözü edilen fonksiyonun herhangi bir vatandaş tarafından icra edilmesi adeta bir zorunluluk halini alır. Bazı hallerde ise maslahata uygunluk düşünceleri dolayısı ile özel şahısların belli bir fonksiyon görmeleri veya fonksiyonun ifasına iştirak eylemeleri icap eder. Fakat özel bir vatandaşın kamu fonksiyonu ifa etmesi veya ifasına iştirak etmesi onun her zaman kamu görevlisi sayılacağına delalet etmez. Bu kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için de bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir; ilk şartta, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasını bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olmasıdır. Diğer bir şart da Devletle hukuki tasarruf ve fiile iştirak eden şahıs arasında hususi bir kamu hukuku münasebeti bulunmasıdır. Şu halde; zorunluluk ve kamu yararı icabı herhangi bir kamu görevinin bir vatandaş tarafından ifasına bir kanun müsaade etmiş veya uygun bulmuş vatandaş da bu fonksiyonu Devletle özel bir kamu hukuku münasebeti kurup hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise kamu görevlisi sayılır¹³⁶. Özetle; idareye istihdam bağı ile bağlı bulunmadığı halde kanunlar gereği kendilerine verilen kamusal görevleri bir meslek olarak ya da geçici bir süre ile yürüten kimseler de kamu görevlisi sayılmaktadır. Madde gerekçesinde de örneklendiği üzere; savunma görevi yapan avukatlar, hukuki işlem ve belgelerin tespiti görevini yürüten noterler, kanunun verdiği yetki ile yargısal faaliyete katkıda bulunmak üzere görevlendirilen tanık, bilirkişi, tercüman gibi kimseler kamu görevlisi sayılmaktadır. Benzer biçimde, seçimle gelerek yerel yönetimlerde görev alan muhtar, ihtiyar heyeti üyeleri, belediye meclisi ve il genel meclisi üyeleri gibi kimseler de bu görevleri dolayısı ile kamu görevlisidirler¹³⁷. 765 sayılı TCK döneminde tek

¹³⁵ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.42

¹³⁶ **AKÇİN İhsan**, s.17

¹³⁷ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, C.31, S.4, Ekim 2005, s.495

tek yargı kararlarında memur sayıldıkları belirtilen bu kişiler artık kamu görevlisi kavramına dahildirler¹³⁸.

Madde gerekçesinde; “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” denmektedir. Bu şekildeki açıklamanın doğruluğunda şüphe olduğunu belirtelim. Muhtemelen bu ibare ile kamu hizmeti değil de kamuya yararlı iş görenler kapsam dışında bırakılmak istenmiştir. Fakat sorun şu ki, şayet faaliyetin (hizmetin) yürütümü ile ilgili kamu kuruluşunun yakın gözetimi altındaysa, bir kamu hizmeti söz konusu olacağından, bunu sağlayan vatandaşlar da TCK kapsamında kamu görevlisi olacaktır. Kaldı ki “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin özel kişilerce üstlenilmesi” nin usulleri idare hukukunda bellidir, ihale bunlardan biri değildir¹³⁹. Kamu hizmeti ruhsat, müşterek emanet, imtiyaz, yap işlet devret gibi yöntemlerle özel kişiler tarafından yürütülebilir. Ancak bu halde hizmetin yürütülmesine katılanlar kamu görevlisi olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü hizmet genel idari esaslara göre yürütülmemektedir¹⁴⁰.

5237 sayılı yasa memur kavramını terk ederek kamu görevlisi kavramını esas alınca, özel kanunlarında “memur sayılan” “memur gibi sorumlu olan” kişilerin cezai sorumluluklarının ne olduğu sorusu akla gelmektedir. KİT personeli ve kendi özel kanunlarında memur gibi cezalandırılacağı belirtilen kimselerin TCK karşısındaki konumu nedir?

Burada farklı şekillerde düşünmek mümkündür. İlk düşünce tarzına göre TCK m. 5’te yer alan “bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmü uyarınca TCK m.6’ da kamu görevlisi tanımı genel bir hüküm olup ceza sorumluluğunu düzenleyen özel kanunlar bakımından da geçerlidir. Diğer bir deyişle bu kimseler ancak m.6’daki koşulları yerine getirdikleri takdirde kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçlardan sorumlu tutulabilecektir. O halde TCK m.6 da kamu görevlisi kavramına yer verildiği için, artık diğer kanunlardaki “memur gibi cezalandırılır” biçimindeki atıfların işlerliğine son verilmiştir. Yürürlük kanunu geçici m. 1’e göre diğer

¹³⁸ “ mahkemece tanık olarak dinlenenlerin TCY’nun 279. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde yazılı adli bir kamu görevi yapan kişilerden olduğu ve ceza yasası uygulamasında memur sayıldığı gözetilip...” (4.C.D. 08.03.1994,9943–1922) “Hakim tarafından görevlendirildiği için bilirkişi ile devlet arasında özel bir bağ kurulmuş olduğundan TCY’nun 279 maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde gösterilen adli kamu görevi yapan kimseler kavramına girer. Bu nitelikteki bilirkişi memur sayılır”.(10. C. D. 26.12.1994,11900/14671) “Muhtarların yukarıda belirtilen görevlerinin asli ve sürekli nitelikleri gözetildiğinde; TCK yönünden memur sayılmaları gerekli olmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi, 20.09.1994,1994/47–70)

¹³⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.737

¹⁴⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.560

kanunların TCK'nın genel hükümlerine aykırı bu gibi düzenlemeleri en geç 31.12.2006' ya kadar yürürlüktedir. Bu tarihe kadar, özel kanunlarda sorunu halleden bir düzenleme yapılırsa sorun olmaz. Şayet yapılmazsa “memur gibi cezalandırılır” şeklindeki atıflar geçersiz olacaktır.

Fakat şu şekilde düşünmek de mümkündür; KİT personelinin ve özel düzenlemeler ile ceza hukuku karşısında çalışanlarının statüsünün belirlendiği kanunlar da ceza uygulaması bakımından genel hükümlerden farklı bir kamu görevlisi tanımı getirmemektedir. Bu kanunlar da, kendi kapsamına giren kişilerin hangi kurallara tabi olacağı özel olarak belirtilmektedir. Bu bakımdan bu tür düzenlemelerin TCK m. 5'in uygulama alanına girdiği söylenemez. Yani bu hükümler TCK m.6/1-c'ye aykırı bir kamu görevlisi kavramı düzenlemediklerinden TCK m.5 gereği geçersiz hale de gelmemektedir¹⁴¹. Ayrıca özel ceza yasaları ve ceza hükmü içeren özel yasalarda yer alan “memur gibi sorumlu olur” şeklindeki düzenlemelere gerek kalmamıştır. Bu kişilerin yapmış oldukları görevler esas itibari ile kamusal faaliyet olduğundan kişiler otomatik olarak ceza kanunları açısından kamu görevlisi sayılmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki; kamusal faaliyete katılmadıkları, hatta kamuda çalışmadıkları halde kooperatif yöneticileri işledikleri suçlar bakımından memur sayılmaktadır. Özel yasalarında “memur sayılır” düzenlemesi bulunduğu sürece kamu görevlilerinin bir türü olan memur gibi sorumlu olacaklardır¹⁴².

Bu soruya farklı bir yaklaşım ise şu şekildedir; bu özel kanunlarında zikredilen kişilerin eski kanun anlamında memur yeni kanun anlamında kamu görevlisi olmadığı hususu açıktır. Ancak özel kanunlarında bu kişilerin memur gibi cezalandırılacaklarına dair hüküm mevcut olduğu göz önünde tutulup 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1 maddesinin “mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı kanuna yapılmış sayılır.” şeklinde ki hükmü ile 5237 sayılı kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gerekçesi de dikkate alındığında bu kimselerin kamu görevlisi gibi işledikleri fiillerden sorumlu tutulması gerekir düşüncesindeyiz¹⁴³.

Bu konudaki en son yasal düzenleme 08.02.2008 tarihli, 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” dur. Bu kanun ile özel kanunlarda “memur sayılır”, “memur gibi cezalandırılır” ibareleri “kamu görevlisi” şeklinde

¹⁴¹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.738

¹⁴²ÇOLAKER Mustafa, s.302

¹⁴³ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006., s.562

değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile kamusal faaliyete katılıp katılmadıklarına bakılmaksın özel kanunlarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı belirtilen kurum personelleri cezai sorumlulukları bakımından kamu görevlisi statüsüne tabi olacaklardır. Örneğin; 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 62’nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Devlet memurları gibi ceza görürler.” ibaresi “kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” şeklinde değiştirilmiştir¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Bu kanun ile değiştirilen diğer kanunlar maddeleri şunlardır;

11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 52’nci maddesinin birinci fıkrası “*Bu Kanunun tatbikinde vazifeli bulunan memur ve hizmetliler ile mahalle, köy muhtar ve ihtiyar heyeti ve meclisi azaları işledikleri suçlar ile kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı, Türk Ceza Kanununun kamu görevlisine ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.*” Şeklinde değiştirilmiştir.

1512 sayılı Noterlik Kanununun 151 inci maddesinin birinci fıkrası “*Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter kâtipleri ve kâtip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar.*” Şeklinde değiştirilmiştir.

28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi “*b) Kurulun para, evrak ve her çeşit malları Devlet malı hükmündedir. Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar. Bu kişiler hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.*” Şeklinde değiştirilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanununun 69 uncu maddesi “*Resmi arabulucu olarak görevlendirilenler görevlerinin ifası sırasında veya ifasından dolayı işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar.*” Şekilde değiştirilmiştir.

3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanunun 12’nci maddesi “*Bu Kanuna göre görevlendirilenlerden suç işleyenler kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Şu kadar ki, verilecek cezalar o suç için muayyen olan cezanın yarısından az olmamak üzere iki katına kadar artırılır.*” Şeklinde değiştirilmiştir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 7’nci maddesinin üçüncü fıkrası “*Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personel, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar ve bu personelin özelleştirilmenin paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilânço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa etikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Üçüncü Kısım Dördüncü Bölüm ile Dördüncü Kısım Birinci Bölüm altında yer alan suçlara ilişkin hükümler uygulanır.*” Şeklinde değiştirilmiştir

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 60’inci maddesi “*Kurumun para, evrak ve her çeşit malları devlet malı hükmündedir. Görevleri ile ilgili olarak suç işleyen Kurul başkan ve üyeleri ile personeli ceza sorumluluğu bakımından kamu görevlisi sayılır. Kurul başkan ve üyeleri ile personeline karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılır.*” Şeklinde değiştirilmiştir

4634 sayılı Şeker Kanununun 9 uncu maddesi “*Kurulun para, evrak ve her çeşit malları devlet malı hükmündedir. Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar.*” Şeklinde değiştirilmiştir

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 12’nci maddesinin (d) fıkrası “*d) Kurumun para, evrak ve her çeşit malları devlet malı hükmündedir. Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar. Görevleri ile ilgili olarak suç işleyen Kurul Başkanı ve üyeleri ile Kurum personeli hakkında soruşturma ve kovuşturma genel hükümlere göre yapılır.*” Şeklinde değiştirilmiştir

4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası “*Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, kamu görevlisi olmakla birlikte, haklarında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.*” Şekilde değiştirilmiştir

5174 sayılı TOBB ile Odalar Borsalar Birliği Kanununun “*Odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve*

Sonuç olarak inceleme konumuz olan görevi kötüye kullanma suçunun faili; ceza hukuku anlamında isnat kabiliyeti olan kamu görevlisidir. Failin suçtan sonra kamu görevlisi sıfatını kaybetmesi (örneğin, failin istifa etmesi, emekli olması veya başka bir eyleminden dolayı kamu görevinden çıkarılması) veya görevi ifa halinde olmaması (izin¹⁴⁵, hastalık, muvakkaten işten el çektirmek gibi nedenlerle görevi ifa halinde bulunmaması) TCK 257. maddesinin uygulanmasına engel¹⁴⁶ teşkil etmez¹⁴⁷.

4.2.4.Mağdur

Mağdur kelimesi “kadre uğramış kişi” “haksızlığa uğramış kişi” anlamına gelmektedir¹⁴⁸. Suçun mağduru suçun hukuki konusunun ait olduğu kişidir. Mağdur; suçu oluşturan fiilden dolayı saldırıya uğrayan, fiilin tehlikeye koyduğu ve ya zarar verdiği hakkın sahibidir.

Suçun mağdurunu ele alan yaklaşımlardan ilki; işlenen suç dolayısı ile kişinin mağdur olabilmesi için fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerektiğini, bütün suçlarda bir mağdurun olduğunu ancak mağdurun sadece gerçek kişiler olabileceğini savunur. Bu görüşe göre tüzel kişiler bir suçun işlenmesinden dolayı zarar görmüş olabilirler ancak mağdur olamazlar¹⁴⁹.

Mağduru ele alan ikinci yaklaşım ise; “her suç bireysel ve ya kamusal nitelikte belli varlık veya menfaatleri ihlal etmek sureti ile dolaylı olarak bu varlık ve menfaatlerin sentezi olan ve cezai korumanın konusunu oluşturan genel menfaati de ihlal eder. Bu genel menfaat devlete ait olduğundan her suçun biri devamlı ve genel (yani her suç için ortak) diğeri özel (suçtan suça değişebilen) iki ayrı pasif süjesi vardır¹⁵⁰. Devlet genel hukuk düzenini kuran ve himaye

evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılırlar.” Şekilde değiştirilmiştir

¹⁴⁵ Memurun izinli olması halinde görevli olmadığını dolayısı ile izinli memurun görevini kötüye kullanmasının mümkün olmadığını, görev kapsamında kalan ve sayılan eylemleri icra etmesinin söz konusu olmadığını dile getiren müellifler de vardır. Bkz. **YILDIZ, Mehmet Tan**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara 2002 s.120

¹⁴⁶ 765 sayılı Kanun madde 280 “*Memuriyet sıfatı kanuna göre cürmü teşkil eden anasından veya cürmün esbabı müşeddidesinden addolunduğu yerlerde memurdan bu sıfatın zail olmuş bulunması veya cürmün vukuu esnasında vazifesini ifa halinde bulunmaması bu kaidenin tatbikine mani değildir.*” Hükmü 5237 sayılı TCK da yer almamıştır. Almamış olması da bir eksiklik yaratmamaktadır.

¹⁴⁷ **ŞIK Hüseyin**, s.118

¹⁴⁸ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü, www.tdkterim.gov.tr/bts/, erişim tarihi: 27.07.2010 saat:10.00

¹⁴⁹ **ÖZGENÇ, İzzet**, 2009, s.207-208, **ŞIK Hüseyin**, s.120

¹⁵⁰ **TOROSLU, Nevzat**, 2009, s.96

eden olarak her zaman her suçun en üst, birinci derecede pasif süjesidir¹⁵¹” demektir. Bu görüş tüzel kişilerin suçun mağduru olması hususunda; tüzel kişilerin de suçun pasif süjesi olabileceğini, çünkü tüzel kişinin kendisini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir varlık olduğunu bu haliyle kendine özgü menfaatlere sahip olduğunu savunur¹⁵². Bu görüş ayrıca, aile, toplum ve devletler topluluğu gibi toplulukların hukuken korunan menfaatlerin sahibi ve dolayısı ile bunların ihlali halinde suçun pasif süjesi olabileceğini savunur. Bu görüşe göre suçun pasif süjesi sorununu; varlıkları ve menfaatleri hukuki yönden bir kişiye bağlamak sorunu değildir. Bu nedenle sadece birey gibi gerçek kişiler veya şirket veya devlet gibi özel veya kamusal nitelikte tüzel kişiler değil kendine özgü ihtiyaçları tatmin eden varlık ve ya menfaatlerin hamili olan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklar da suçun pasif süjesi ve mağduru olabilirler¹⁵³.

Mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Kural olarak, mağdur aynı zamanda bir suçun işlenmesi dolayısı ile zarar gören kişidir. Fakat suçtan zarar gören kişi her zaman suçun işlenmesi dolayısı ile mağdur edilen kişi demek değildir¹⁵⁴. Örneğin dolandırıcılık suçunun mağduru hileye maruz bırakılan kişi iken zarar göreni hile ile elde edilen malvarlığı değerinin sahibidir. Suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören kimse ancak hukuki ilişkinin tarafıdır ve iddiası esas itibari ile yalnız zarar ve ziyana ilişkin olup hukuki nitelik taşımaktadır¹⁵⁵.

765 sayılı TCK'nın 240. maddesindeki suçun doğrudan mağduru kamu idaresi kabul edilmekteydi. Suçun dolaylı mağduru olarak devlet veya diğer kamusal kuruluşlar sayılmaktaydı¹⁵⁶. Buna karşın 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesindeki suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir¹⁵⁷. Kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısı ile kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hâkim olan güvenin sarsılmaması gerekir. Aksi takdirde toplumu oluşturan herkes suçun mağduru olur. Devlet tüzel kişiliği suçun mağduru olamaz. Bununla birlikte devlet, görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesinden dolayı malvarlığı itibari ile suçtan zarar görmüş olabilir¹⁵⁸⁻¹⁵⁹.

¹⁵¹SOYASLAN Doğan, 2006, s.79

¹⁵²TOROSLU Nevzat, 2009, s.96

¹⁵³TOROSLU Nevzat, 2009, s.97

¹⁵⁴ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.207

¹⁵⁵DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman, s.426

¹⁵⁶CİHAN Erol, s.186

¹⁵⁷GÖKCAN Hasan Tahsin, 2005, s.496.

¹⁵⁸ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.207, GÖKCAN Hasan Tahsin, 2005, s.496

TCK 257/3. madde açısından kamu görevlisine menfaat temin eden kişinin de mağdur olup olmadığı tartışılabilir. Burada kamu hizmetinden yararlanmakta olan şahsın, bu hizmetin işleyişinden duyduğu kaygılar nedeni ile işin iyi ve zamanında yapılması talebiyle yarar sağlaması söz konusudur. Bu nedenle yarar sağlayan kişide aslında suçun mağdurudur¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

4.2.5. Hareket

4.2.5.1. Genel Olarak

Hareket kavramını ifade için fiil, davranış gibi terimler kullanılmaktadır. Hareket, insanın dış dünyada beliren iradi davranışı olarak tanımlanır. Kişinin iç dünyası, işte bu şekilde bir hareket olarak dış dünyaya yansımadağı sürece, ceza hukukunun devreye girmesini sonuçlayamaz. Hareketsiz suç olmaz¹⁶².

O halde hareket şu şekilde tanımlanabilir; insan tarafından iradi olarak gerçekleştirilen icrai veya ihmali davranışın dış dünyaya yansımadağıdır¹⁶³. Hareket kural olarak belli bir hedefe yönelmiş bir insan davranışdır¹⁶⁴.

Hareketin görünüş şekline göre suçlar ikiye ayrılır, icrai suçlar ve ihmali suçlar. İcrai suçlarda eylem doğal olarak belirir. Buna göre icrai eylem; örneğin el kol hareketi, kafa sallama, tekme vurmak, söz sarf etmek şekillerinde görülebilir. Buna karşılık, ihmali suçlarda söz konusu eylem ise, sadece normatif olarak yani, belli bir davranışın gerçekleştirilmemesi, belirli bir davranışta bulunmama olarak kabul edilmektedir. İhmal davranış normlarının kişiye belli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir¹⁶⁵. İhmali suçlar; kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak sureti ile işlenen suçlar veya hukuksal olarak neticeyi

¹⁵⁹ Aksî görüş; görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusunun, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin menfaattir buna bağılı olarak söz konusu suçun pasif süjesi, belirtilen menfaatin sahibi olan devlettir. (ERGÜN Güneş, s.139)

¹⁶⁰ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.121

¹⁶¹ Aksî görüş; görevi kötüye kullanma suçunda bireyin zarar gören olduğunu, mağdur olmadığını belirtir. (ERGÜN Güneş, s.139)

¹⁶² ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.201.

¹⁶³ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.204

¹⁶⁴ TOROSLU Nevzat, 2009, s.115

¹⁶⁵ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.60

önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu halde ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi sureti ile işlenen suçlar olarak tanımlanabilir¹⁶⁶.

4.2.5.2. Hareketin Şekline Göre Görevi Kötüye Kullanma Suçunun İşleniş Türleri

Hareketin şekline göre; görevi kötüye kullanma suçu 1. fıkra icrai 2. fıkrası ise ihmali hareketle işlenebilir. 1. fıkrada kanun koyucu “ görevin gereklerine aykırı hareket etmek sureti ile” icrai davranışı vurgularken, 2. fıkrada “görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek” ibaresi ile ihmali hareket şeklinde suçun işlenebileceğini vurgular.

765 sayılı TCK da görevi ihmal suçu 230. maddede görevi kötüye kullanma suçu ise 240. maddede düzenlenmekteydi. Temeli görevin gereklerine aykırı davranış olan ihmali davranışla işlenen görevi ihmal suçunun da görevi kötüye kullanma suçunun bir türü olması sebebi ile bu iki suçu birbirinden ayırmada uygulamada sorunlar yaşanmıştı. Bu nedenle bu iki suçu birbirinden ayırmada kullanılan farklardan birisi hareket ögesidir.

Memuriyet görevini savmak suçunun maddi unsuru ekseriya sanığın uhdesinde terettüp edip görevi yapmaması şeklinde tezahür edip bu surette ihmali bir suç mahiyetinde tecelli ettiği halde görevin kötüye kullanılması suçunda maddi unsur pek çok hallerde icrai bir fiili hareket şeklinde yani kanunen yasak olan bir hareketin yapılması şeklinde tezahür ettiğinden bu takdirde bu iki suçun yekdiğerinden ayrılması oldukça basittir¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

¹⁶⁶ **HAKERİ Hakan**, s.135

¹⁶⁷ **VIDİNLİ İbrahim**, s.346

¹⁶⁸ Bu iki suç tipini birbirinden ayırmada hareket ögesini kullanan yazarlara karşı görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketle olduğu kadar ihmali hareketle de işlenebileceğini bu iki suç tipini birbirinden ayırmada manevi unsurun etkili olduğunu savunan yazarlar olmuştur. Örneğin Dönmezer 765 sayılı Kanun madde 240'ın maddi unsurunu açıklarken; “*memurun vazifesini başka bir tabirle görevlerine dahil olan salahiyetlerini suiistimal ederek kanunun hususi bir hükmü ile suç telakki edilmemiş olan herhangi bir fiil ika eylememesi veya yine vazifesini veya başka bir tabirle fonksiyonlarına dahil bulunan salahiyetleri suiistimal ederek kanunun ayrıca bir hükmü ile suç olarak tespit edilmemiş bir ihmalde bulunmasıdır. Dikkat buyrulacağı vechile memuriyet vazifesini ihmal ve suiistimal cürümlerinin maddi unsurları benzetmektedir. Bu takdirde bu iki cürümü birbirinden tefrike medar olacak kıstas manevi unsurdur.*” demektedir. (**DÖNMEZER Sulhi**, s.230), Memurun görevini kötüye kullandığının kabulü için bir fiil yapmış olması gerektiği, hareketsiz kalmakla herhangi bir görev yapmış olmayacağı ve bu durumda TCK madde 230'un uygulanacağı görüşüne katılmakla birlikte, memurun “yapmaması “ gereken işler de vardır. Bir tür ihmali hareket söz konusudur. Mahkeme kararı ile yapılması gereken tartışılması mümkün olmayan bir işlemin yapılması emir ve sorunluluğu varken buna uymamak TCY'nın 240. maddenin aradığı “fiil” sayılmaz mı? 240. maddeyi mutlaka memurun yapmış olması

TCK bu şekilde iki ayrı suç tipinden vazgeçerek görevi ihmal suçunu görevi kötüye kullanma suçunun fıkrası olarak düzenlemiş ve tek tip görevi kötüye kullanma suçu ihdas ederek bu tartışmalara son vermiştir. Görevi kötüye kullanma suçunu düzenlerken de ilk fıkradaki suç tipini icrai, ikinci fıkradaki suç tipini ihmali hareket tarzı ile işlenecek şekilde düzenlemiştir. Bu husus madde gerekçesinde şu şekilde izahat bulmuştur; “görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, görevin gereklerine aykırı davranışın mutlaka icrai davranış olması gerekmektedir. Görevin gereklerine aykırı davranışın, ihmali bir hareket olması halinde de, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Görevi kötüye kullanma suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenmesinin sadece ceza miktarı üzerinde bir etkisi olabilecektir. Bu düzenlemeyle, 765 sayılı TCK da yer verilen keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından vazgeçilmiştir.”¹⁶⁹

TCK madde 257/3'te “görevin gereklerine uygun davranmak için kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlamak” olarak düzenlenen suç ise; icrai hareket ile işlenebileceği gibi ihmali hareket tarzı ile de işlenebilir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenlerken kanun koyucu bu suç tipini seçimlik hareketli¹⁷⁰ bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Fail kamu görevlisi; görevin gereklerine aykırı hareket etmek sureti ile bu suç tipini işleyebileceği gibi, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek veyahut irtikap suçunu oluşturma koşuluna bağlı olarak görevin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlayarak işleyebilir. Bu seçimlik hareketlerden birinin yapılması görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için yeterlidir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu seçimlik hareketleri ayrı ayrı ele alarak değerlendireceğiz.

gereken aktif-icrai “fiil” ve “eylemler” e konu olacak şekilde uygulamak, dışındakileri TCY 228. maddeye bırakmak yeterli olmayabilir. Kamu görevini kötüye kullanma suçu da bir yükümlülük suçudur bu suçlar, icrai davranışla işlenebileceği gibi yükümlülüğün gerekli kıldığı bir fiili gerçekleştirmemem yani ihmal suretiyle de işlenebilir.(GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1731)

¹⁶⁹ Madde gerekçesi

¹⁷⁰ Suçun tipte birbirinden bağımsız olarak gösterilen birden fazla hareketten sadece birinin gerçekleşmesi ile oluştuğu suçlara seçimlik hareketli suçlar denir. Hareketin birden fazla olması her bir hareketin yapılmasının birden fazla suç olarak kabulünü sonuçlamaz. Birden fazla hareket bir arada yapılırsa da yine tek suç sayılırsa da ceza yukarı sınırdan tayin edilir. Örneğin; devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu (m:302), konut dokunulmazlığının ihlali suçu (m.116), resmi belgede sahtecilik suçu (m.204), güveni kötüye kullanma suçu (m.155)

4.2.5.2.1 Görevin Gereklerine Aykırı Hareket Etmek

4.2.5.2.1.1.Genel Olarak

TCK madde 257/1. fıkrada tanımlanan suçun oluşabilmesi için failin hareketinin görevinin gereklerine aykırılık teşkil etmesi gerekir. Bu suçun icrai davranış ile işlenebileceğini belirtmiştik.

Görevi kötüye kullanmanın kapsamına gelince bizzat görev kullanılan bir şey değildir. Görev yapılır. Kullanılan görev dolayısı ile memura tanınan kudret ve yetkidir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunundaki genel görevi kötüye kullanma suçunda “göreve bağlı yetkilerin kötüye kullanılması” ifadesi kullanılmıştır¹⁷¹. Yargıtay 4.C.D. de bu görüşle bir kararında suçu “görevde yetkiyi kötüye kullanma” olarak adlandırmıştır¹⁷²⁻¹⁷³.

Görev, yerine getirilmesi gereken eylem ve işlem niteliğinde faaliyettir. Bu nedenle görev kamu görevlisine yasa ve mevzuatla verilmiş olan bir yetki (kamusal güç ve otorite) ile yerine getirilir. Kamu görevlisinin kendisine görevini yapmak üzere verilen yetkiyi, görevin gereklerine aykırı davranması durumunda kötüye kullandığından söz edilir¹⁷⁴. Dolayısı ile suçun oluşup oluşmadığının tespiti için failin görevinin, görevin gereklerinin ve göreve bağlı yetkilerinin tespiti gerekir.

4.2.5.2.1.2.Bir Görevin Bulunması Koşulu

Eğer failin işlediği fiil görevine giren bir konuya ilişkin değil ise, başka bir anlatımla fail kamu görevlisi olmakla birlikte, suçun maddi konusu bakımından görevli değil ise, unsurları varsa eylem başka bir suç¹⁷⁵ oluşturabilir veya sadece disiplin suçu teşkil edebilir ise de görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz. Zira olmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından söz

¹⁷¹ KUNTER Nurullah, s.395, SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s.2102, DEMİRBAŞ Timur, s.268,

¹⁷²“ ...5237 sayılı TCY'nın 257/1. maddesindeki suç genel olarak eski 240. maddenin benzeri olmakla beraber iki yeni unsur içermektedir. Bunlar memur yerine kamu görevlisi kavramının getirilmiş olması ve suçun tamamlanmış sayılabilmesi için görevde yetkiyi kötüye kullanma teşkil eden fiil ve kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açması yahut kişilere haksız kazanç sağlaması biçiminde birer seçimlik netice eklenmesi sureti ile suçun bir zarar suçu şeklinde düzenlenmiş olmasıdır.”(4.C.D. 30.03.2006, 38/10)

¹⁷³ Görevde yetkiyi kötüye kullanma adı suçun tanımına uygun olmakla birlikte doktrinde ve uygulamada tümü ile benimsenmemiştir. Suçun adının mutlaka suçun tanımını içinde barındırması gerekmez. Hatta çoğu kere mümkün olmaz. Suçun adı, gerek literatürde ve gerek toplumda benimsenecek ve diğer suçlarla karışmayı önleyecek biçimde suç tanımındaki bazı unsurlardan yararlanmakla birlikte, mümkün olan en az sözcükle ifade edilmelidir. Bu nedenle 257. Madde 1. fıkradaki suça yalnızca görevi kötüye kullanma demek kanaatimizce yeterli olmalıdır. (GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.56)

¹⁷⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.66

¹⁷⁵ Örneğin TCK madde 255, yetkili olmadığı iş için yarar sağlama suçu oluşabileceği gibi TCK madde 262 kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun oluşabilmesi de mümkündür.

edilemez¹⁷⁶. Nitekim Yargıtay yasal görevi olmayan bir işten dolayı görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesinin yasaya aykırı olduğunu, suçunun oluşması için, yasaya dayalı bir görevin varlığının önkoşul olduğunu süregelen kararlarında vurgulamaktadır¹⁷⁷. Görev esnasında görevde olmanın meydana getirdiği ortamdan yararlanarak başkaca bir suçun işlenmesi hali de görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermez¹⁷⁸. Aynı şekilde kamu görevlisinin, kendi görev ve yetki alanına girmeyen “kamu görevliliği unvan ve nüfuzu”nun kötüye kullanılması sureti ile gerçekleştirdiği eylemleri de bu suçun kapsamına girmez¹⁷⁹.

Şu halde kamu görevlisinin yaptığı iş veya fiil görevle ilgili olmalıdır. Ayrıca kamu görevlisinin fiili görevin gereklerine aykırılık oluşturmalıdır. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin normlara veya öngörülen formalitelere yahut kendisine verilen yetkileri verilmiş

¹⁷⁶**PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.3622

¹⁷⁷“İlçe seçim kurulu hizmetlisi sanığın suça konu dava dosyasını tanık kamil B.’e kendisinin incelemek üzere verdiği söylemesi karşısında ilgili dosyayı vermeye yetkili olmadığı bu konuda resmi bir görevlendirmenin bulunup bulunmadığı, sanığın dosya verme tarihine göre araştırılarak ve görevlendirmeye ilişkin ilgili hakimlerde dinlenerek sonuca göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 29.11.2005, 9824/20516) “görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; memurun yasal görevlerini yaparken, yasalara ve hukuka aykırı davranması gerektiği gözetilmeden sanığın görevi ile ilgili olmayarak yardım sandığı ile bağış toplama eylemlerinin 2860 sayılı Yardım Toplama Yasasına aykırılık suçunu oluşturup, oluşturmadığı tartışılmadan; unsurları oluşmayan görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 23.02.2004, 2884/01859) “köy muhtarının görevlerinin 422 sayılı köy yasasının 36. ve 37. maddelerinde belirlenmiş bulunması karşısında, KİT niteliğinde olan Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. tarafından bildirilen işleri yapma yönünde yasal bir görevi bulunmadığı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 19.10.2004, 10458–10231) “görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için, yasaya dayalı bir görevin varlığı önkoşuldur. Davaya konu olayda muhtara DSİ kavaklığından kesim yapılması konusunda yasaya dayalı olarak verilen bir görev ve yetkinin bulunmaması karşısında, göreve yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 27.10.2004.1 0836/10532) “görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için Yasalara aykırı biçimde yapılan işin memurun yasal görevleri arasında bulunması gerekir. Okul müdürü olan sanığın, öğrencilere dergi alımı konusunda aracılık edip para toplatılmasının yasal görevleri arasında bulunmaması karşısında; görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı gözetilmeden, beraatı yerine hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 31.03.2004, 4246/4160)

¹⁷⁸“İddianamenin içeriğine göre okul müdürü olan sanığın, aynı okulda öğretmen olarak görev yapan eşi seminere katılmadığı halde katılmış gibi ders ücreti tahakkuk ettirerek ödeme yapma eyleminin belgede sahtecilik veya kamunun zararına neden olarak dolandırıcılık eylemini; kayıt için müracaat eden öğrenci ve velilerden makbuz para toplama eyleminin ise kanıtlanmaları durumunda zimmet suçunu oluşturabileceği gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 27.06.2007, 2409/6126) “tapu sicil müdür yardımcısı olan sanığın, yeşil kart başvurusunda bulunan kişinin başvuru belgesine gerçeğe aykırı olarak tapu kaydı yoktur şerhi vererek onaylaması eyleminin resmi beldede sahtecilik suçunu oluşturabileceği gözetilmeden görevi kötüye kullanmadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 03.04.2007, 13301/3036) “karakola gelen mağdureye sarkıntılık eden zabita memurunun eylemi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz” (4.C.D. 17.12.1991, 7310/8002) “Tutukluya verilmek üzere yakınından para alan ancak bu parayı tutukluya vermeyen sanığın eylemi görevi dâhilinde bulunmaması nedeni ile emniyeti suiüstimal suçunu oluşturur” (4.C.D. 08.07.1991, 3257/4429)

¹⁷⁹**ÖNDER Ayhan**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 1994, s.223, **GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail**, s.1730

amacı dışında bir amaç için kullanması gerekir¹⁸⁰. Görevin kötüye kullanılmasının bahse konu olabilmesi için işin memurun görevi ile ilgili bulunması lazımdır¹⁸¹.

4.2.5.2.1.3.Görevin Tespiti

Failin hareketi görev alanına dair bir işleme ilişkin olmalıdır. Kamu görevlisinin görevinin nelerden ibaret olduğu ve bu görevin gerekleri failin yürüttüğü görevle ilgili yasa, tüzük, yönetmelik, genelge ve emir ya da talimat gibi düzenleyici işlemler ile belirlenir. Fail hangi konu ya da kamusal faaliyet alanında çalışmaktaysa o alandaki mevzuata göre görevinin gerektirdiği davranış normu tespit edilmelidir. Kimi zaman da görevin gereği mevzuatla birlikte yapılacak işin zorlukları ve idari geleneklerle tespit edilebilir¹⁸². Nitekim Anayasa mahkemesi suçun maddi unsurunun tespitinde; “Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hakim önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuna göre, bu konuda suç unsuru belli demektir.”¹⁸³ hususuna vurgu yaparak hakim önüne gelen davada kamu görevlisinin görevinin gereğini belirleyen mevzuatı tayin ve takdirle yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Kamu görevlisinin görev alanının tespitini yaparken sadece kendi görev alanı ile ilgili kanunlar değil, kendi görev alanı ile ilgili olmadığı halde yapılacak görevin kapsamı ve yürütülmesi bakımından alakalı diğer kanunların da kamu görevlisine yüklediği görevler de göz önünde tutulmalıdır. Mevzu hukukta bu hususta en sık karşılaşılan madde şudur; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 332 hangi kamu idaresinde görev yapıyor olursa olsun, kamu görevlisine suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında C. Savcısı, hakim ve ya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgileri 10 gün içerisinde cevap verme zorunluluğu öngörmektedir. Bu görevi yerine getirmeyen kamu görevlisi istem yazısında aykırı hareketin 257. madde kapsamında değerlendirileceğinin dercedilmesi şartı ile görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır. Örneğin; CMK m. 332 kapsamında kendisinden tapu kayıt bilgileri istenen tapu görevlisi bu husustaki bilgileri mahkemeye süresi

¹⁸⁰ **TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s.302

¹⁸¹ Y.C.G.K. 20.11.2007, 2007/5.MD-83

¹⁸² **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.66

¹⁸³ Anayasa mahkemesi 12.10.1965, 1965/27E. 1965/55K, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi Sayı:3, 1966, S.212

içinde vermediği takdirde her ne kadar kendi görev yaptığı kurumun mevzuatına aykırı bir davranışta bulunmasa da, görevin yürütülmesi bakımından alakalı diğer kanunun yüklediği göreve aykırı davrandığı için TCK m. 257 kapsamında sorumlu olacaktır.

Kamu görevlisin ellerine görev yükleyen diğer bir kanun ise; 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunudur. Bu kanunun 28. maddesi 1. fıkrası; “Danıştay, bölge idare mahkemesi, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak 30 günü geçemez.” hükmünü amirdir. Bu hüküm ile idarenin yargı kararlarına uyması, infazı süreye bağlanmıştır. Bu süre içerisinde keyfi nedenlerle yargı kararlarının infazını gerçekleştirilmeyen veyahut görevin gereğine uygun şekilde yerine getirmeyen kamu görevlisi hareketinin şekline göre TCK madde 257/1 veya 2. fıkradan sorumlu olabilecektir¹⁸⁴.

Buna karşılık, kamu görevlisine doğrudan hitap etmeyen veya bu görevi dolayısı ile yeni görev yüklemeyen ve genel nitelikte kurallara aykırılığın “görev gereğine aykırılık” olarak kabul edilmemesi gerekir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay bu sonuca ulaşmıştır. Temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay eylemin görev kapsamında olmadığını sadece özel yasalarda yer alan suçların oluşacağına karar vermiştir¹⁸⁵. Yargıtay’ın 5237 sayılı TCK döneminde verdiği yeni bir kararında¹⁸⁶ da SSK mevzuatı uyarınca her işverene getirilen kanuni yükümlülüğe belediye başkanının işveren sıfatı ile uymama eyleminin ilgili yasadaki idari yaptırıma tabi olacağı belirtilerek aynı sonuca ulaşılmıştır¹⁸⁷.

¹⁸⁴“somut olayda, şikâyetçinin iki kez görevi değiştirilmiş; bu işlemler için idari yargıya başvurulmuş ve yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Şikâyetçi mahkeme kararı ile iki kez görevine döndüğü halde, sanıklar mahkeme kararına uymuş gibi davranarak bir kaç gün ya da bir buçuk ay sonra yeniden görevden alarak başka bir göreve atama yapmışlardır. Yasama, yürütme ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri keyfi davranışları ile kişilerin haklarını çiğneyip zarar vermiş olurlar. Sanıklar eylemlerinin suç olduğu bilinç ve iradesine sahiptir. Yargı kararlarını sözde uygulamış gibi davranarak uygulamamak konusunda kararlı biçimde direnmişlerdir. Açıklanan nedenlerle sanıkların eylemleri görevi kişilere karşı kötüye kullanma suçunu (TCK m. 228) oluşturur.” (4.C.D. 22.01.1998, 10/1)

¹⁸⁵ Sanıkların sürücü belgesi olmayan PTT dağıtıcısına motosikletle dağıtım yapmasına izin verme eylemlerinin, özel hüküm niteliğindeki 2818 sayılı yasanın 4262 sayılı yasa ile değişik 36/3 ve 39/ son maddelerine uyduğu gözetilmeden, TCY md. 230 ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 20.09.2004, 2847/89020)

¹⁸⁶“belediye başkanı olan sanığın yakınanı geçici olarak çalıştırdığı halde sosyal sigortalar kurumuna bildirmemesi ve sigorta primlerini yatırmaması biçimindeki eylemlerinin 506 sayılı yasanın 79. Maddesinin 1. Fıkrasına aykırılık oluşturduğu, aynı yasanın 140/1 madde (c) bendi uyarınca anılan eylemin “idari para cezası” gerektirdiği ve bu cezayı uygulama konusunda SSK’nın yetkili bulunduğu anlaşılması karşısında; sanık hakkında görevsizlik kararı verilerek dosyanın ilgili idareye gönderilmesi gerekirken, yargılamaya devamla görevi savma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 16.05.2007, 1102/4708)

¹⁸⁷ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.71

Görev alanı ile ilgili olarak kimi kanunlar da kısıtlama ve yasaklar olabilir. Örneğin; 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanunu 72/1. maddesine göre “kanunların öngördüğü şekilde yetkili kılınmamış hiç bir tüzel kişi, kamu adına tahsilât veya ödeme yapamaz. Görevle ilgili kısıtlama ve yasağa karşın yetkisiz işlem yapan kişilerin fiilleri görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağından, fiil başka bir suç oluşturmuyor ise disiplin suçunu oluşturacağını düşünmek yerinde olacaktır¹⁸⁸ .

Görevin tespitinde sorulması gereken diğer bir soruda; görevin gereğini belirleyen kanun tüzük, yönetmelik ve genelge gibi kuralların suçun işlenmesinden sonra failin eylemi doğrultusunda değişmesi suçun oluşmasını engelleyecek midir, bu durumu sonraki kanunun lehe uygulaması kapsamında değerlendirmek mümkün müdür?

Bu hususu açıklayan ilk görüş, koruyan norm - korunan norm ayırımını kullanarak soruyu cevaplamaya çalışır. Buna göre; bir kanunda yapılan değişiklik ceza kanunundaki bir hükümde unsur olarak yer almaktaysa ve bu kanundaki değişiklik ceza normunun hitap ettiği kişide de bir değişikliğe neden olacak ise lehe olan kanun uygulanmalıdır. Fakat ceza kanunundaki değişiklik mevcut durumu değiştirmemiş ise bundan fail yararlanamayacaktır. Yürütmenin tasarruflarında lehe bir değişiklik yapılmış ise; hukuki yarar teorisine göre bu halde lehe hükmün geriye yürütmesi kuralı geçerli olmamalıdır, zira bu kural ceza normunda yani koruyan normda göz önünde bulundurulur. Yürütmenin tasarrufları ise korunan norm niteliğindedir¹⁸⁹ .

İkinci görüş ise yapılan değişikliğin suçun hukuki konusunu korumaya devam etmesi halinde yeni kuralın geçmişe yürümeceğini dile getirir. Örneğin; sanık para sahteciliğinden yargılanırken yeni kanun ile o paranın tedavülden kaldırılması halinde suçun hukuki konusu devam ettiğinden geçmişe yürüme olmamalıdır. Fakat akrabalar arası evlenme yasağı ile ilgili medeni kanunda evlenme serbestisi getirilmiş olur ise, bu değişikliğin geçmişe de yürütülmesi gerekecektir. Çünkü suçun hukuki konusu kalmamıştır¹⁹⁰ .

Bu konuya farklı bir bakış açısı ise ceza kanunlarına ek olan (ceza kanunlarının yollama yaptığı) kanunlardaki değişikliğin de ceza kurallarının parçası kabul edilmesini ve bu nedenle bunlardaki lehe değişikliğin failin lehine uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Suçların kanuniliği ilkesinin temeli kişinin hangi hareketinin suç oluşturduğunu önceden bilmesidir.

¹⁸⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.65

¹⁸⁹ ÖNDER Ayhan, s.79

¹⁹⁰ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.73

Bu bakımdan kanunlar ile düzenleyici işlemler arasında fark tesisinin anlamı yoktur. Hakim ilga edilmiş bir ceza kanununa dayanarak suç hakkında hüküm tesis edemez iken ortadan kaldırılmış düzenleyici işleme dayanarak nasıl hüküm tesisi yoluna gidebilir. Ancak idarenin düzenleyici işlemlerinin ise ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir. Geçici ve istisnai düzenleyici işlemler belirli bir döneme ve duruma ilişkin olduklarından işlemin sonradan yürürlükten kaldırılması önceki fillerin suç olmasını önlemeyecektir. Fakat bu nitelikte olmayan diğer düzenleyici işlemlerdeki lehe değişikliklerin geçmişe yürürlüğü kabul edilmelidir¹⁹¹.

4.2.5.2.1.4. Görevin Gereklere Aykırı Hareket

Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir. Maddede görev gereklerine aykırı davranışın hangi hareket ve vasıtalar ile yapılacağı hususunda bir sınırlama getirilmediğinden suç; serbest hareketli bir suçtur¹⁹².

TCK madde 257 içindeki düzenlemenin; 765 sayılı Kanunun 228/1 ve 230. maddelerini de kapsadığı da gözetilerek görevin gereklerine aykırı davranış sayılabilecek haller şu şeklide örneklenebilir.

1. Herhangi bir şekilde kanuni yetkinin aşılması,
2. Kanunun koyduğu usul ve şekillere uyulmaması
3. Takdir yetkisinin maksada aykırı kullanılması
4. Yargı kararlarına uyulmaması
5. Görevin gerektirdiği ön koşullara uyulmaması
6. Görevle ilgili emirlere uyulmaması, emrin keyfi biçimde yerine getirilmesi veya üstün kanuna aykırı olarak verdiği emri yerine getirmek
7. Görevin yapılmaması veya geciktirilmesi¹⁹³.

Herhangi bir şekilde kanunun tanıdığı yetkinin aşılması hali de görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına sebebiyet veren hallerden biridir. Yetkinin sınırlarının aşılması halinde görevin kötüye kullanılmış olduğunda ittifak vardır. Bu halde “nisbi yetkisizlikten” bahis olunur. Fakat bazı yazarlar “mutlak yetkisizlik” yani memurun kanunun vermediği bir yetkiyi kullanması halinde de görevin kötüye kullanılmasını kabul ederler. Biz, istimali mümkün olmayan şeyin suiistimali de olamayacağı kanaatiyle, mutlak yetkisizlik halinin görevi kötüye

¹⁹¹ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.73

¹⁹² PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3624

¹⁹³ ŞIK Hüseyin, s.65, GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.67

kullanma suçuna dâhil olmadığını¹⁹⁴ bu halde TCK m. 262’de bahsi mevzuu olan kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun meydana geleceği fikrindeyiz.

Kanunun kamu görevlisine görevi yüklerken bunun bir takım kaidelere, usul ve şekil şartlarına uyularak yerine getirilmesini emretmiş olabilir memurun hareketini kanunun emir veya tecviz ettiği hallerde, o hareket için aranan mütekaidim şartlara riayet etmemek de vazifenin suiistimali demektir. Muhtarın azalarına danışmadan onların mührünü basmasında, zabıt kâtibinin dava ile alakalı olmayan bir kimseye davetiye çıkarmasında olduğu gibi. Kanunun aradığı formalitelere riayet etmeyerek bir harekette bulunmak da vazifeyi suiistimal demektir. Hacze giden memurun usulü kaidelere riayet etmeksizin kapı kırması gibi¹⁹⁵. Fakat Yargıtay’ın salt usul hükümlerine riayetsizliğin görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına imkan vermeyeceğine dair karar verdiği hallerde vardır¹⁹⁶.

4.2.5.2.1.4.1.Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması

Bu sayılan nedenlerden takdir yetkisinin kötüye kullanılması üzerinde durmakta yarar vardır. İdare hukukunda asıl olan, yasama erkinin verdiği kadar yetkilerin kullanımınıdır. Ancak öngörü sınırlarının her konu ve olasılığı kucaklamasının imkânsızlığı karşısında idareye bazı konularda tanınmış olan bir takdir marjı vardır. İşte buna idarenin takdir yetkisi denilmektedir¹⁹⁷.

Takdir yetkisi kamu görevlisine davranış serbestisi vermemektedir. Takdir yetkisi bir kamu hizmetini yürütürken somut olaya uygun olarak görev ve hizmetin gereklerine uygun davranışta bulunmayı gerektiren ve görevliye maksada uygun davranma konusunda elastikiyet sağlayan bir yetkidir. Yetkinin mutlaka kamu hizmeti ve yararına uygun biçimde kullanılması gerekir. Takdir yetkisinde yanılma mümkündür. Yanılma halinde de maksada aykırı kullanma söz konusu olmaktadır. Buna karşın yanılma halinde fiilde 257. maddedeki unsurları bilerek ve isteyerek hareket etme iradesi olarak tanımlanan suç kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle takdir yetkisindeki yanılığın görev gereğine aykırı davranış olarak değerlendirmemek gerekir. Aksi takdirde idari görevlerin yürütülmesinde amaçlanan “maksada uygun davranma” konusunda görevlilerin çekingen kalmaları ve yetkilerini

¹⁹⁴ KUNTER Nurullah, s.395

¹⁹⁵ KUNTER Nurullah, s.396

¹⁹⁶“1412 sayılı CMUK’nın 67. Maddesi yollaması ile 2802 sayılı Hakimler Ve Savcılar Yasasının 46. maddesine aykırı olarak aynı dosyada bilirkişi olan sanıkların, salt bu durumdan dolayı mahkeme kararının bozulmasının sanıklar açısından görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağıın gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 24.04.2007, 1319/3692)

¹⁹⁷ ŞİK Hüseyin, s. 64

kullanamamaları gibi sonuçlar doğacaktır. Böyle bir sonuç, kanun koyucunun ilgili kanunlar ile getirmiş olduğu yönetim sistemi ve anlayışına aykırı düşecektir. Bu bakımdan takdir yetkisinin kötüye kullanılması fiilleri açıkça görevin gereğine aykırı davranış olarak nitelendirilebilir. Diğer yandan, kasıtlı davranışların yanlış savunması ile örtülmeye çalışılmasına da izin vermemek gereklidir. Bu nedenle somut olayın özelliğine, işin vasfına ve failin davranışlarına göre kastın tayin edilmesi gerekir. Takdir yetkisinin kötüye kullanılması fiili; kamu görevinin eşitlik, objektiflik ve tarafsızlıktan uzak bir şekilde yerine getirilmesi ile ortaya çıkar. Bu anlamda, takdir yetkisinin; dini, siyasi, ırki ve felsefi farklılık ya da birlikteliğe dayalı olarak veya husumet, intikam vb. duygularla ya da kişilere yarar sağlama amacı ile maksadından saptırılması halinde görev gereğine aykırı davranışın bulunduğu kabul edilmelidir¹⁹⁸. Takdir hakkı ancak görevin daha iyi görülmesi, kamu yararı gibi nedenlerle, bu gayelerle kayıtlıdır. Hissi nedenler, kayırma, nefret duyma gibi gaye dışı durumlar, takdir hakkının kullanılmasına mesnet olursa görev kötüye kullanılmış olur¹⁹⁹.

Takdir yetkisini kullanan kamu görevlisinin işlemi hakkında yasada yer alan başvuru yolları kullanılmak sureti ile işlemin iptal edilmesi sağlanmış olabilir. Buna rağmen kamu görevlisinin işlemi yetkinin kötüye kullanılması niteliğinde olmadıkça suç oluşmaz²⁰⁰. Hatta Yargıtay bir kararında işleme karşı yasal başvuru yolları açık iken kamu görevlisi hakkında görevi kötüye kullanmadan hüküm verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir²⁰¹.

4.2.5.2.1.4.2. Mesleki Etik İlkelerine Aykırı Hareket Etme

Kamu görevlisinin görevinin gereği olarak uymak zorunda olduğu mesleki etik ilkelerine uymamasının disiplin hukuku açısından cezayı gerektirdiğine kuşku yoktur. Fakat kamu görevlisinin sırf mesleki etik ilkelerine uymamasının ceza sorumluluğu açısından görevini kötüye kullanma suçuna vücut verip vermeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda etik ilkelerine aykırılığın disiplin hukukunu ilgilendirdiğini, ceza hukukunun konusu olmadığını dile getiren görüş şu şekildedir; “görevin gereğine aykırılık, failin üstlendiği görevin yerine getirilmesi ile ilgili olarak mevzuatın beklediği davranış normlarına aykırılık anlamına gelmekte olup, bu davranış aslında kamu düzenini bozan bir hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Buna karşın yine

¹⁹⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.68

¹⁹⁹YENER Orhan, Görevin Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, C.VI, S.1–2, 1980, s.49

²⁰⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.68

²⁰¹“sanık icra müdürünün, alacaklının borçluya ait olduğunu söyleyip gösterdiği üçüncü şahsın elindeki malı haczetme biçimindeki elemin, İcra İflas Yasası hükümlerine uygun olduğu, bu işleme karşı mercie yakınanca istihkak iddiası gibi yasal yolların açık bulunduğu gözetilmeden, olaya uygunla yeri bulunmayan aynı yasanın 89. maddesinden söz edilerek keyfi davranma suçundan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. C.D. 15.05.1997, 1352/3943)

genel olarak memurun- kamu personelinin görevini yaparken uyması gereken etik kurallarına aykırı davranışlar dolayısı ile oluşan hukuka aykırı sonuç ise disiplin hukukunu ilgilendirmektedir.”²⁰² Fakat bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.11.2007 tarihli bir kararında²⁰³ kamu görevlisinin yetki alanı dışında gerçekleştirdiği eylemde meslek etiği ilkelerine uymadığı gerekçesi ile görevi kötüye kullandığı sonucuna varmıştır. Buna ilişkin kararda göreve ilişkin yetkinin kötüye kullanılmasının suçun oluşması için bir koşul olmadığı, görev dışında mesleki etik ilkelerine uyulmaması nedeni ile bu suçun işlenebileceği vurgulanmıştır²⁰⁴.

4.2.5.2.1.4.3.Kamu Görevlisinin Kendisi Veya Yakını Aleyhine Görevlendirilmesi

Kamu görevlisinin; görevi gereği olarak, kendisi veya yakınları aleyhine görevlendirilip görevlendirilemeyeceği hususu 765 sayılı Kanunun döneminde de bugünde tartışmalıdır. Bu hususta “kamu görevlisine verilen görev kendisi veya yakınlarının zararına olursa bu görev verme “görev” sayılacak mıdır? Kamu görevlisinin bu görevin gereklerine aykırı hareketi ve ya bu görevi ihmalî görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecek midir?” soruları akla gelmektedir.

Kamu görevlisinin kendi aleyhine veya yakınları aleyhine görevlendirilemeyeceğini savunanlar; dayanak olarak anayasanın 38/5. maddesini “kimse kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmünü gösterirler. Aslında memura verilen her görevin yapılmasından sorumluluğun doğması memur aleyhine bir durumdur. Ancak buradaki aleyhe olma memura kendisi veya yakınları ile ilgili işlem yapmak zorunda kalması halindeki kadar ağır değildir. Böyle hallerde

²⁰² **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.66

²⁰³“hakim ve savcıların görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangolar Yargı Etiği İlkeleridir. Nitekim Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce tüm hakim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır.

Avrupa Savcılar Konferansının 29–30 Mayıs 2005 tarihli 6. Oturumunda kabul edilerek Hakim Ve Savcılar Yüksek Kurulunca 10.10.2006 gün ve 424 sayılı yasa ile benimsenmesine karar verilip Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce de hakim ve savcılara duyurulan Savcılar İçin Etik Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” de hemen hemen Bangolar İlkeleri ile benzer mahiyettedir.

Şu halde; hakimler ve savcılar Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan evrensel anlamda hakim ve savcıları bağladığından da kuşku bulunmayan etik kuralların tabii olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görevin ihmalinden ye da kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır.” (Y.C.G.K. 20.11.2007, 2007/5.MD–83)

²⁰⁴**MERAN, Necati**, Zimmet-Rüşvet-İrtikap Ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.300

memura ceza verilecek ise de verilecek cezada kanuni bir indirim sebebi bulunmak veya hiç değil ise takdiri indirme sebeplerini uygulamak zorunluluğu olmamalı mıdır²⁰⁵? Bu görüş bir dönem Yargıtay kararlarına da yansımış, yüksek mahkeme bir kamu görevlisine kendi ve ya yakınları aleyhine işlem yapmak görevi verilmez ve dolayısı ile bu yönden görevini yapmamış veya kötüye kullanmış sayılamaz ve bu suçların faili olmaz, şeklinde özetlenebilecek kararlar²⁰⁶ vermiştir.

Yüksek mahkemenin açıklanan nedenlerle verdiği kararlarının hukuki dayanaktan yoksun olduğu da bir gerçektir. Mevzuatımızda CMK hükümleri arasından hakimlikten, tanıklıktan, yeminden çekinme halleri mevcut olmasına rağmen kamu görevlisinin kendisi veya yakınları aleyhine görevlendirilemeyeceğini belirten bir düzenleme mevcut değildir. Yukarıda bahsi geçen anayasa hükmü ise, kamu görevlisinin kendisi veya yakınları aleyhine suçlamada bulunması, delil göstermesine ilişkindir yoksa bu hükümden yola çıkarak kendisi veyahut yakınları aleyhine görevlendirilemeyeceğini söylemek hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır²⁰⁷. Örneğin; bir kamu görevlisi kendi işlediği suçu ihbar etmediği için cezalandırılmaz. Buna karşılık bir trafik görevlisi; kırmızı ışıkta geçen yakını hakkında işlem yapmayı idari para cezası almasına engel olduğu takdirde suç işlemiş olacaktır. Bu nedenlerle, hukukumuz bakımından aksini düzenleyen açık bir kural bulunmadığı sürece, kendisi ve yakınları aleyhine görev gereği işlem tesis etmeyen failin de 257. madde ile cezalandırılması gerekmektedir²⁰⁸.

Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarsa şu şekilde eleştirilmiştir; “Yargıtay özel dairesi kararlarını psikolojik ve insan tabiatındaki hasletlere isnat ettirmektedir. Bu daha ziyade kanun vazınının düşüneceği bir husustur. Tatbikatçı olarak elimizdeki kanunların lafzına ve ruhuna uygun müşahhas hadiselere uygulamak durumundayız. Gerçekten kanunlarımızda

²⁰⁵ **BAYKAL Ali**, Memurluk Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilememesi, Adalet Dergisi, S.4, Yıl,62,1971, s.722

²⁰⁶ “Nüfusa bildirilmeyen iki kişinin sanığın çocukları olması ve hiç bir memurun kendi efradı ailesi itibari ile yapılacak muamelelerde memuriyet vazifesi göremeyeceğine göre, ancak veli sıfatı ile 4727 sayılı kanunun 11. maddesince ve idare kurulunca cezalandırılması gerekirken sanığın muhtar sıfatı ile cezalandırılması yolsuzdur.” (4.C.D. 25.05.1949, 6664/7985) “Hiç bir memur için baba ve kardeşinin suçları itibari ile muamele yapmak vazife ve salahiyyetinin mutasavver olacağı gözetilmeden (babasına ait arazi etrafında yaş orman ağaçları ile çevrili bulunduğunu gördüğü halde hadiseyi bir tutanakla yetkili mercie bildirmemek sureti ile görevini kötüye kullanmaktan sanık orman bakım memuru) hakkında mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur.” (4.C.D. 21.12.1952, 9858/9858) “Hiç bir memurun, kendi aleyhine muamele tayini için vazifelenirtilmesine kanunen imkan ve cevaz bulunmamasına ve binnetice böyle bir muamele ifasına yetkili olmadığı gibi, bu yolda tebliğe muhatap olmayacağına göre belediye muhasibi olan sanığın, mahcuz bulunan kendi maaşından tevkifat yapmaktan ibaret kalan fil ve hareketinde vazifeyi ihmal suçunun unsurları olmadığı düşünülmeksizin mahkumiyetine karar verilmesi yolsuzdur.” (4.C.D. 24.12.1970, 8108/8852)

²⁰⁷ **DEMİRBAŞ Timur**, s.257

²⁰⁸ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.70

bir memurun kendi aleyhinde görevlendirilemeyeceğine dair bir belirti dahi yoktur. Öte yandan memur bir yandan kamu hizmeti diğer yandan özel menfaat arasında sıkıştırılmamalıdır. Sıkıştırılmamalıdır ama böyle bir durum olduğu anda kanuna bağlı kalmak mecburiyetindeyiz. Yani eylemi durumuna göre vazifeyi ihmal veya suiistimal (eğer diğer şartları da tahakkuk etmiş ise) saymak durumunda kalmalıyız. Zira bizde yargı organı olarak kamu menfaati ile şahıs menfaati karşı karşıya geldiğinde tereddütsüz kamu menfaatini yeğ tutmalıyız. Kuvvetler ayrılığına son derece dikkat etmek mecburiyetindeyiz. Zaten kanun vazıı memurun kendi aleyhine netice verebilecek görev veremeyeceğini kastetmiş olsaydı, bunu sarahaten belirtirdi.”²⁰⁹

Yargıtay’ın süre gelen kararlarına bakıldığında ise bu hususta karar değiştirdiği, yapılan eleştirilere benzer kararlar verdiği, kamu görevlisinin kendi aleyhine görevlendirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmaması hasebi ile böyle bir görevi yerine getirmeyen kamu görevlisinin hareketinin veya ihmalinin diğer şartları da tamam olmuş ise görevi kötüye kullanma suçuna vücut vereceğini kabul ettiği görülmüştür²¹⁰. Örneğin; ceza genel kurulunun 25.12.1972 tarihli, 971/4–164 sayılı kararında yüksek mahkeme “mahkumiyet hükmü özel dairece bozulurken, belediye başkanı olan sanığın kendi aleyhine görev yapmaya zorlanamayacağı, gerekçesine dayanılmıştır. Oysa direnme kararında da belirtildiği üzere bir memura kendi aleyhine görev yaptırılmayacağını kabule elverişli bir hükme yasalarımızda yer verilmiş değildir. Uygulamada böyle bir anlayışa yol açması kamu yararı ve kamu düzeni ilkeleri ile esasen bağdaşmaz.” şeklinde karar vermiştir.

Belirtelim ki, kamu görevlisinin kendi aleyhine veya yakını aleyhine görevlendirilmeyeceğine ilişkin mevzuatımızda açık düzenleme olmamasına karşın; böyle bir olasılıkta kamu görevlisinin bu durumunun takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmesini önleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır. Hakim davada bu hususu takdiri bir indirim nedeni olarak kabul ederek hüküm kurabilir. Örneğin TCK m. 279 “kamu görevlisinin suçu

²⁰⁹YAVUZ Nihat, Memurluk Görevinin İhmal ve Suiistimal Suçlarında Memurun Kendi Aleyhine Muamele Yapma Meselesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, Ankara 1973, s.1126

²¹⁰“toplanan delillere göre, maznunun her ay maaşından muayyen miktar parayı ödediği anlaşılmış olup, daha evvelce maznun icab eden taksitleri maaşından kesmemiş ve icra memurluğu C. Savcılığına hazırlık evrakı için yazıyı göndermiş... ve gereken vazife yapılmamıştır. Ve mevzuata göre bir memurun kendi aleyhine vazife tahmil edemeyeceğine dair hüküm olmadığı gibi tatbikat ve maslahatta böyle bir yol açmasına müsaait bulunmamıştır. Binaenaleyh, bir memura kendi şahsı aleyhine de vazife tahmil edileceği düşünce ve kanaatine varılmıştır. Bu itibarla verilen hüküm usul ve kanuna uygun olup bozma kararı yerinde görülmemiştir.” (Yargıtay CGK. 22.06.1953, 4–77/111) “belediye hesap işleri müdürü olan sanığın icra müdürlüğünce haciz konulan maaşında kesinti yapıp gönderilmesi hususundaki yazısına karşı yanıt vermeme ve kesinti yapmama eyleminin TCY’nun 240. maddesine uyduğu ve bir memurun kendi aleyhine görev yapamayacağına ilişkin hüküm yasalarımızda yer almadığı halde kendi maaşından kesinti yapmaya zorlanamayacağından söz edilerek beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 06.11.1997, 9115/9567)

bildirmemesi” suçu “Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi”nin cezalandırılacağını düzenlemektedir. Eğer ki fail kamu görevlisinin yakını ise maddede bu hususta bir kanuni indirim nedeni yer almamasına rağmen hakim TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesi esnasında takdiri indirim nedeni olarak bu hususu göz önünde bulundurabilir.

4.2.5.2.1.5. Eylemin Disiplin Suçu Olması

Devlete oranla kapsamları sınırlı sosyal gruplarında kendilerine özgü bir düzeni bulunmaktadır. İşte bu devlete oranla daha küçük sosyal grupların düzenini sağlayan, grup içi disiplini gerçekleştiren normlardan sapıcı davranışlara disiplin suçu, bu tür davranışlara uygulanan yaptırımlara da disiplin yaptırımları denir. Bu konuyu düzenleyen hukuk dalı ise disiplin ceza hukuku olarak isimlendirilir²¹¹. Disiplin rejimi önleyici değil cezalandırıcıdır; ancak disiplin cezası korkusu memurları gerektiği gibi davranmaya sevk ettiği için önleyici bir etkiye de sahiptir²¹².

Disiplin yaptırımı gerektiren fiilleri ile suçlar arasındaki farklar şunlardır;

1. Suçlar genel sosyal düzeni bozan davranışlar iken disiplin yaptırımı gerektiren fiiller kısmi sosyal düzeni – kurum ve kuruluşların- düzenini bozar.
2. Cezanın amaçları arasında ödetme önemli iken disiplin yaptırımı gerektiren fiillerin tek amacı kısmi sosyal düzenin korunmasıdır.
3. Disiplin fiilini ancak belli meslek grubuna ait kişiler (sosyal grubun üyeleri) işleyebilir iken suçun faili herkes olabilir.
4. İdari yaptırımı gerektiren fiillerde kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilir.
5. Disiplin yaptırımı gerektiren fiil aynı zamanda suç oluşturuyor ise bunların birbirine etkisi bulunmaz. Suçun veya cezanın afla düşmesi disiplin yaptırımının uygulamasını engellemez²¹³.

Sosyal gruba -bizim incelememiz konusu açısından idari teşkilat içinde yer almak yahut bir kamu kurum ve kuruluşunda kamu görevlisi olarak çalışmak- ait olmak dolayısı ile verilen görevlere riayetsizlik fiilleri disiplin hukukunu ilgilendirmektedir. Ancak görev olarak

²¹¹ İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, s.33

²¹² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2002, s.53

²¹³ ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.61

yüklenen yükümlerde yetkisini kötüye kullanma hali söz konusu olur ise bu durum ceza hukuku kapsamında değerlendirilmelidir, diğer şatları da oluşmuş ise eylem TCK m. 257 kapsamında değerlendirilebilir.

765 sayılı TCK döneminde m.240 ve 230’u oluşturan fiiller ile disiplin suçu oluşturan fiillerin ayrımının net olarak yapılamaması karışıklığa neden olmakta idi.²¹⁴. Ancak TCK’nın getirdiği sistemde görevi kötüye kullanma suçunun artık zarar suçu haline dönüşmüş olmasının bu kargaşayı ortadan kaldıracağı söylenebilir. Şöyle ki; artık görevin gereklerine aykırı davranış nedeni ile kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya kişilere haksız kazanç sağlama neticelerinden biri gerçekleşmiş ise failin hareketinin m.257 kapsamında değerlendirileceği hususunda kuşku yoktur. Bu neticeleri gerçekleştirilmeyen davranışlar kamu hizmetinin iç işleyiş düzenini bozan fiiller mahiyetinde kalır ise disiplin hukuku kapsamında değerlendirilebileceklerdir.

4.2.5.2.2.Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal Veya Gecikme Göstermek

4.2.5.2.2.1.Görevli Olmak

Görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden ikincisi; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme

²¹⁴“sanığın sürekli olarak tanıgın kullandığı otomobili hacze götürme eyleminin disiplin boyutunu aşarak ne suretle görevde yetkiyi kötüye kullanma olarak değerlendirildiği açıklanmadan yetersiz gerekçe ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 11.10.2004, 8701/9820) “sanığın aşamalarda değişmeyen iş yoğunluğu nedeni ile yanlışlıkla işlem yaptığı ve yanılığını fark ettiğinde de kendisinin durumu C. Başsavcılığına bildirdiğine ilişkin savunması dairemizce 21.01.2004 günü incelenerek karara bağlanan Hanönü Asliye Ceza Mahkemesinin 13.02.2002 tarih 200/38-6 sayılı beraat hükmünün içeriği itibari ile gerçek yaşı nedeni ile evlenme yasağı bulunmayan bir kişiye ilişkin sanık tarafından evlenme belgesine verilen şerh nedeni ile hakkında dava açıldığı anlaşılma ile anılan hususların araştırılması; iş çokluğu, maddi yanılı dibi olguların suç kastını ortadan kaldıracağı, eylemin disiplin cezası gerektirebileceği gözetilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D. 28.01.2004, 803/811) “ Nöbetçi adli hakim sanığın, otopsi işlemi için saat 02.00 sıralarında nöbetçi listesinde belirtilen telefonda aranmasına karşın, kendisine ulaşılamaması biçimindeki eyleminin disiplin suçu kapsamında kalıp kalmadığı tartışılmadan ve olayda suçunun öğelerinin nasıl gerçekleştirildiği de açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D. 14.12.2004, 13091/12231) “ vicdani kanunun oluşturduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak nöbetçi hakim olan sanığın, nöbetçi olduğu gün göreve gelme biçimindeki eyleminin disiplin cezası gerektirdiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 20.01.2004, 27512/258) “ Tebligat Yasasının 19. ve tüzüğün 25. maddelerine göre ceza evinde tutuklu hükümlü olarak bulunanlara ilişkin tebligatların yapılmasını sağlamakla cezaevi müdürlüğü, müdürü yok ise orayı idare eden memurun görevli olduğu gözetilmeden tutukluyla yapılacak tebligatın işleminde ceza evi kâtabi olan sanığın ne suretle görevli sayıldığı açıklanmadan muhatabın ceza evinde bulunmadığı yolunda bilgi vermekten ibaret olan eyleminin disiplin cezasını gerektirir nitelikte olup olmadığı da tartışılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D. 01.06.2004, 9102/7043) “ Sağlık ocağında nöbetçi hekim olan sanık doktorun nöbet günü ilçede bulunmaması sonucu otopsiye katılmama eyleminin disiplin cezasını gerektirir nitelikte olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”(4.C.D. 09.02.2004, 1958/841)

göstererek sureti ile kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama” dır. Maddenin ikinci fıkrası daha önce izah edildiği üzere ihmali davranışla işlenilebilir.

Görevi ihmal, bir memurun bulunduğu konum itibari ile istek ve emir olmaksızın yapmak zorunda olduğu bir işi yapmaması veya mevzuata uygun şekilde yerine getirmemesi ya da belli ve uygun bir süre içerisinde yapılabilecek işi geciktirmesi, üstün yasal nitelikli emirlerini sebepsiz şekilde uygulamaması²¹⁵ şeklinde genel olarak tanımlanabilir.

TCK m. 257/2 bakımından da bir görevin bulunması gerekir. Failin gereğini ihmal veya gecikme gösterdiği (ya da hiç yapmadığı) işlemin görevine girmesi, yani yapmak ve geciktirmemekle yükümlü olduğu bir işlemin olması gerekir. İhmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunda failin hiçbir şey yapmaması değil, yapmakla yükümlü olduğu bir davranışta bulunmaması suç sayılmaktadır. İşlemin fail tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığı onun statüsünü belirleyen mevzuata göre belirlenir²¹⁶. Kamu görevlisinin ihmal ettiği ve geciktirerek yaptığı işin göreve ilişkin olması şart olduğundan, göreve girmeyen bir işi ihmal eden veya geciktiren kamu görevlisi TCK 257 m. 2. fıkrasını ihlal etmiş sayılmaz²¹⁷⁻²¹⁸.

İhmal edilen görevin başka kamu görevlilerince yapılıp tamamlanmış olması suçu ortadan kaldırmaz²¹⁹.

Böyle bir görevi olmayıp da sadece görevli ile idare arasındaki ilişkinin gerektirdiği gibi davranmamak ve kurum düzenini bozan davranışlarda bulunmak veyahut kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya kişilere haksız bir kazanç sağlama neticelerinden birini gerçekleştirmediği için görevi ihmal suçu kapsamında değerlendirilemeyecek olan fiilleri disiplin hükümleri çerçevesinde ele almak gerekecektir.

²¹⁵ **ÇİÇEK İbrahim**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görev Nedeni İle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi , İstanbul 2008, s. 47

²¹⁶ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.757

²¹⁷ **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, 2006, s.762

²¹⁸“köy muhtarının orman idaresince köy halkının zati ihtiyaç olarak verilen odunlar kesilirken ormanda bekleyip kesim yeri dışına çıkamamasını sağlama görevi bulunmadığı gözetilmeden görevi savma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D. 20.01.1993, 7799/117) “TEK’e ait elektrik paralarını toplaması ile ilgili işlemlerin köy muhtarının görevleri ile ilgili bulunmadığı gözetilmeden sanığın hükümlülüğüne kara verilmesi...” (4.C.D. 01.11.1994, 6083/9016)

²¹⁹ **GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail**, s.1661, aksi görüş için bkz. **YILDIZ Mehmet Tan**, Görevi İhmal Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara 2003, s.244

Uygulamada, memurun görevi sırasında yaptığı 2. ve 3. derecedeki işlemler de görev içinde ve görev gereği olarak kabul edilebilmektedir²²⁰. Ancak görevin esasına teşmil etmeyen bu tür fiilleri disiplin hükümleri çerçevesinde değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Kamu görevlisinin göreve gelmemesi sureti ile görevin aksamasına yol açması görevi savma suçunu oluşturmaz²²¹. Çünkü burada somut olarak belirli bir görevin gereklerini yapmakta savma veya gecikme değil, genel olarak göreve gelmeme söz konusudur. Kamu görevlisinin bu nitelikte eylemleri disiplin cezasını gerektirir²²². Bunun gibi, salt denetim görevinin yerine getirilmemesi, görevi savma sureti ile kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasını gerektirmez. Denetim görevinin yerine getirilmemesinden sorumlu tutulabilmek için, bu ihmal sonucunda, suçun genel maddi ögesi olan kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama yanında bu sonuçlara kamu görevlisinin kendi davranışından kaynaklanan ihmal hareketi yol açmalı, arada illiyet bağı bulunmalıdır²²³.

Görevin gereklerine aykırı davranma ya da yapmakta ihmal veya gecikme göstereme eylemi sonucunda, bir insan ölmüş olabilir. Bu durumda; kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısı ile görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğuna kuşku yoktur. Ancak aynı zamanda ihmali davranışla öldürme suçu da oluşmaktadır. Görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş ise kişi artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Kasden öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin TCK'nın 83. maddesi uygulanmalıdır²²⁴. Bu hususa madde gerekçesinde de şu şeklide değinilmiştir; “görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış olabilir. Bu durumda; kamu görevlisinin görevi gereği olan belli bir icrai davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğuna kuşku yoktur. Ancak bu durumda aynı zamanda ihmali davranışla öldürme veya yaralama suçu oluşmaktadır.” Böyle bir durumda failin hangi suçtan, nasıl cezalandırılacağı incelememizin “içtima” bölümünde açıklanacaktır.

²²⁰GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail s.1661

²²¹ÖNDER Ayhan, s. 205

²²²“infaz koruma görevlisi olan sanığın bir gün işe gelmeme ve iki gün geç gelme eylemleri disiplin cezası gerektirir nitelikte olup görevi savma suçunun öğeleri oluşmamıştır.” (4.C.D. 21.09.1994, 3902/6979) “hekim olan sanığın nöbetçi olduğu gün işe gelmeme biçimindeki eyleminin disiplin cezası gerektirdiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 20.01.2004, 27512/258)

²²³MERAN, Necati, 2008, s.315

²²⁴MERAN, Necati, 2008, s.314

Kanun koyucu bu fıkrada suçun; görevin gereklerini yerine getirmede ihmal sureti ile işlenebileceği gibi görevin gereklerini yerine getirmede gecikme sureti ile de işlenebileceğini düzenlemiştir. Buna göre madde 257/2. fıkradaki suç da kendi içinde seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir.

Kanunda tanımı yapılmayan ihmal ve gecikme; kanun, tüzük veya yönetmelik gibi bir hukuk kaynağı olarak yerine getirilmesi veya belirli bir süre içerisinde yerine getirilmesi gerekirken geç yapılması şeklinde tanımlanabilir. O halde ihmal; yapılması gereken görevin yerine getirilmemesi, gecikme ise geç yerine getirilmesi şeklinde farklı anlamlarda kullanılmıştır. Nitekim Yargıtay CGK. 17.04.1978 tarih ve 1978/6–85 E. 1978/141 K. sayılı kararında benzer bir tanımla benimsenmiştir. “yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi işgal eylediği mevki itibari ile yasaca belirli bir kamu ödev veya görevini yapmaya memur olan kişinin yapmaya zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirmemesi veya belirli ve uygun bir süre içinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet ve hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması” şeklinde tanımlanmıştır²²⁵.

4.2.5.2.2.2. Görevin Gereğini Yapmakta İhmal Göstermek

765 sayılı TCK m. 230 da “görevi yapmakta savma” ifadesinin yerine kanun koyucu 5237 sayılı TCK da “görevin gereklerini ihmal” terimini kullanmıştır.

Görevi savma/ihmal; kanunun veya diğer hukuk kaynağının emrettiği bir fiili görevli kamu görevlisinin bilerek ve isteyerek yapmamasıdır. Diğer bir deyişle; kamu görevlisinin görevine giren bir işi bilerek ve isteyerek yapmamasıdır. Örneğin; devlet hastanesinde çalışan doktorun hastayı muayene etmemesi gibi²²⁶.

765 sayılı TCK döneminde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; görevin belirli bir biçimde yapılması gerekir iken, başka bir şekilde yerine getirilmesi de savma/ihmal kapsamındadır. Bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir²²⁷. Buna göre, fail görev gereği yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte bu işlemin yapılması için gerekli

²²⁵DEMİRBAŞ Timur, s.260

²²⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.455

²²⁷“PTT Başmüdürlüğünde gişe memuru olan sanığın yönetime aykırı biçimde APS gönderisini kontrol etmeden kabul etmekten ibaret eyleminin TC'nin 230. maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan aynı yasanın 240/2 maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 22.02.2005, 13734/1280) “ TCK md. 230'dan anlaşılacağı üzere belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirilmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır.” (C.G.K. 06.10.1998, 6–214/296)

yöntemi uygulamamış ise ihmali davranış ile suç işlemiş olur. Bu durumda görevin belirli bir biçimde yapılmasına yönelik olarak ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmuş olmalıdır. Örneğin; bir başvurunun özel form doldurulması gerekirken, normal bir dilekçe ile işin yapılması durumunda görev gereği gibi yapılmamış olacaktır. Fakat fiilin bu şekilde işlenmesi durumunda hareketin ihmali olduğu söylenemeyecektir. İşlemin gerektiği gibi yapılmamasında ihmali davranış var ise de, asıl eylem gerekmediği gibi işlem yapmak olacağından icrai bir davranış ile suç işlemiş olmaktadır. Nitekim bu görüşü ileri süren yazarlar 240. maddeyle ilgili açıklamaları sırasında görevi gerektirdiği gibi yerine getirmememe halinde de ortada farklı şekilde yapılan bir görevin ve dolayısı ile bir “fiilin” bulunduğunu bu nedenle de ihmalin bir türü ile 240. maddedeki suçu ayırt etmenin hayli zor olduğunu belirtmektedir²²⁸. Örneğin; ihale komisyonu başkanı olan sanığın, Kanunda öngörülen koşullara uymadan ihaleyi sonuçlandırmasında, koşullara uymama ihmali bir davranış olarak görülmekte ise de ihalenin koşullara uymadan tamamlanmış olması icrai bir davranış olarak belirlemektedir²²⁹.

Bugün TCK'nın getirdiği sistemde bu suçların birbirinden ayrılmasında kullanılan hareket ögesinden yola çıkarak; yukarıda açıklananlara benzeri fiillerin m. 257/1 açısından değerlendirilmesi gerektiği çünkü işlemi gereği gibi yapmayan kamu görevlisinin tamamen hareketsiz kalmadığı, icrai davranış içerisinde işlemi görevin gereklerine aykırı olarak yerine getirdiği açıktır.

Görevin yapılması için kamu görevlisine mevzuatla belirlenen bir süre söz konusu ise ve fail görevin gereğini ihmal ederek sürenin sonuna kadar görevinin gereklerini yerine getirmez ise sürenin geçmesi ile görevin yapılmamış olduğu ve suçun oluştuğu kesinleşecektir. Örneğin; daha önce açıklanan CMK 332. madde ve İYUK m. 28/1 de kamu görevlisine görevin gereklerini yerine getirmesi için kanunen belirlenen süreler vardır. Fakat ihmali hareketin bir temadi göstermesi nedeni ile görevin yapılması için kesin bir sürenin bulunmadığı hallerde görevi ihmal sureti ile kötüye kullanma suçunun tarihinin tespiti bazen güçlük çıkarmaktadır.

²²⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.107

²²⁹ MERAN, Necati, 2008, s.314

Yargıtay'da bir olayda avukat sanığın kamulaştırma bedelinin arttırılması davası açması eylemine ilişkin olarak, bir aylık dava açma süresinin sona erdiği tarihi temadının sona erdiği tarih olarak kabul etmiştir²³⁰.

4.2.5.2.2.3. Görevin Gereğini Yapmakta Gecikme Göstermek

Gecikme; kamu görevlisinin görevini geç yapması yani yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapmasıdır²³¹. Görevin geç yerine getirildiğinden söz edilebilmek için bu görevin belli bir süre içinde yapılmasını zorunlu kılan bir durum olmalıdır. Görevin yerine getirilmesi için belirlenmiş olan süre ilerlemekle beraber sona ermediği sürece görevin geciktirilerek yerine getirildiğinden söz edilemeyecektir.

Gecikmenin suçu oluşturabilmesi için, işin kanun ve idari düzenlemeler yönünden yapılması mümkün ve zorunlu olan sürenin geçmesinden sonra yapılması gerekir²³². Ancak süre kanundan ve idari düzenlemeden çıkarılabileceği gibi somut olayın özelliklerinden de çıkarılabilir. Her ne kadar üstün yasaya göre verdiği buyrukların icrasında, emrin geciktirilerek yerine getirilmesi halinin suç teşkil etmeyeceği görüşü²³³ ileri sürülmüş olsa da suçun oluşması açısından geciktirilen görevin doğrudan bir emir veya düzenleyici işlemde kaynaklanması arasında fark yoktur²³⁴.

Mevzuat veya amirin emrinde kamu görevlisinin görevi yerine getireceği süre belirlenmiş ise bu sürenin geçmesi ile suç tamamlanacaktır. Fakat bu şekilde kesin bir süre öngörülemez hallerde görevin gereğini yapmakta gecikme gösterilip gösterilmediğinin tespiti nasıl olacaktır? Mevzuatta böyle kesin bir süre öngörülmemiş ise, görevin yapılması gereken sürenin, görevin mahiyetine göre belirlenmesi, görevin “makul süre” geçtiği halde yapılmamış olması ve geç yapılmış olması halinde suçun oluştuğunun kabulü gerekir²³⁵. Bu gibi durumlarda gecikme olup olmadığı, kamu görevlisinin yapmakla yükümlü olduğu işin önemine, normal bir kamu görevlisinin çalışma temposuna, iş yoğunluğuna, emrin içeriğine

²³⁰ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.108. “*sanığın kamulaştırma bedelinin arttırılması için dava açma görevi, suç tarihinde yürürlükte bulunan 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 13, 14. maddeleri uyarınca bir aylık süreye tabi bulunduğundan, dava açmama biçimindeki ihmali davranış ile işlenen eyleminde vekalet tarihleri esas alındığında dahi 26.12.1999 tarihinde dahi temadının son bulunduğu bu durumda suçun oluştuğu tarihe göre temyiz süreci içinde dava zaman aşımının gerçekleştiği anlaşıldığından sanığın temyiz nedenleri yerinde bulunmakla...*” (4.C.D. 26.09.2007, 4861/7352)

²³¹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, 2004, s.455

²³² **TOROSLU, Nevzat**, 2007, s.306

²³³ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, 2004, s.456

²³⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.758

²³⁵ **PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, s.3633

göre belirlenir²³⁶. Örneğin; TCK madde 279 ve 280 de düzenlenen özel nitelikli görevin gereklerini ihmal suçlarında kanun koyucusu kamu görevlisinin “Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme” göstermesini ve sağlık mensubunun “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme” göstermesini düzenlerken bu gecikmenin ve ihmalin süresini belirtmemiştir. Bu suçlar açısından de gecikme olup olmadığının tespitinde örneğin; hekimin müdahale ettiği yer ve zamana, müdahale için sarf edilen süreye, haber verme imkanlarının ne vakit ortaya çıktığına bakmak ve ona göre hakimih ihbarda gecikip gecikmediğini takdir etmek gerekir²³⁷. Yani bu suçlar açısından da TCK m. 257/2 de olduğu gibi “makul süre” kavramına başvurmak gerekir.

Yapılması gereken görevlerin yerine getirilmesi için esas alınacak makul sürenin belirlenmesinde failin diğer görevlerinin sayısı ve çokluğu, bu görevin yapılması gereken prosedürün biçimi, hazırlık işlemlerinin veya araştırmanın gerekip gerekmediği gibi olaya özel hususlardan yararlanılmalıdır. Bu şekilde yapılacak açık değerlendirmenin sonucunda açıkça görevin yapılması gereken makul sürenin aşıldığı kamısına varıldığında suçun oluştuğu kabul edilmelidir²³⁸. Makul süre kavramının Yargıtay kararlarına “kabul edilebilir süre” olarak yansıdığı kararlar vardır²³⁹.

İhmalin sürekliliğinin/temadiyi kesen hukuki ve fiili nedenler var ise kesici nedenden itibaren suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Örneğin; failin görevine aykırı davrandığı yolunda idari veya adli soruşturmanın başlaması veya ihmale konu oluşturan görevin yerine getirilmesi için gerekli işlemin zamanaşımının dolması gibi hallerde suçun en son o anda işlenmiş olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.11.2005 tarih, 4.MD. 114/144 sayılı kararında C.savcısının “soruşturma evrakını işlemsiz bırakmak sureti ile zamanaşımına

²³⁶TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.758

²³⁷ŞIK Hüseyin, s.80

²³⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.110

²³⁹“avukat olan sanığın... açması gereken davayı kabul edilebilir sürede açmaması, O. Ticaret Mahkemesinin... sayılı dosyasında kurum aleyhine verilen kararı temyiz etmesi için dosya kendisine gönderildiği halde bu işlemi yapmama sureti ile görevi savma suçlarının işlendiği gözetilmeden dosyadaki kanıtlara ters düşen ve yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilemesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 19.06.2000, 2788/5353) “Baş komiser olan sanığın disiplin soruşturması yaptırmak için 11.04.2001 tarihinde görevlendirildiği halde, soruşturma dosyasını ilgili teftiş kuruluna 10.07.2002 tarihinde sunmak sureti ile yapılan işin özelliğine göre makul olan süre içerisinde tamamlamayı disiplin soruşturmasının zamanaşımına neden olduğu anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde öngörülen öğelerin bulunduğu saptanması koşulu ile sanığın görevi savma suçundan mahkumiyeti yerine yazılı gerekçeler ile beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 25.04.2007, 1995/3943)

uğramasına yol açması” biçiminde iddianameye konu eylemleri ile ilgili olarak suçun, soruşturma evrakının zamanaşımına uğradığı tarihte işlenmiş sayılacağını kabul etmiştir²⁴⁰.

765 sayılı Kanun madde 230 hükmünde memurun görevini savma ve geciktirmesi ile suçun oluşabilmesi için “geçerli bir neden olmama” koşulunun gerçekleşmesi gerekli idi. Madde metninde geçen “hangi nedenle olursa olsun” ifadesinin “geçerli nedeni” kapsamadığı, geçerli nedenin bu ifadenin dışında kaldığı belirtilmişti²⁴¹. Geçerli nedenin dış menşeli (kar fırtınası yüzünden köye kadar gidilerek tebligat yapılamaması) olabileceği gibi kamu görevlisinin şahsından da (hastalık) nüksedebileceği de belirtilmekte idi²⁴². TCK’nın lafzına bakıldığından ihmalin geçerli bir neden dolayısı ile oluşmasına yer vermediği gözükse de elbette uygulamada failin geçeli nedeni suçun oluşmasına engel olabilecektir. Şöyle ki failin iş yoğunluğu ve benzeri etkiler sonucu bahse konu işlemin vaktinde yapılamaması insan gücünün tahammül yetkinliğinin üstüne taşmış ise, tabi olarak gecikmeden dolayı kamu görevlisini mesul tutmak mümkün olmayacaktır, suç oluşmayacaktır²⁴³.

4.2.5.2.3. Görevin Gereklere Uygun Davranmak İçin Kendisine Veya Başkasına Çıkar Sağlamak

Kanun kamu görevlisinin görevi gereği kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için kendisine veya üçüncü şahsın faydasına para alması veya başka fayda sağlaması veya menfaat vaadini kabul etmesi halini görevi kötüye kullanma saymıştır²⁴⁴. TCK m. 257/3’te yer alan bu suç tipi kısmen 765 sayılı Kanun m. 212/1 deki basit rüşveti, kısmen de 765 sayılı Kanun döneminde görevi kötüye kullanma suçu ile karşılanan bazı eylemleri yaptırım altına almaktadır²⁴⁵.

Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, bir kişiyle vardığı antlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması ile rüşvet suçu meydana gelir. Buna karşılık kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak amacı ile kişilerden yarar sağlaması durumunda, rüşvet suçu değil, kural olarak “icbar sureti ile irtikap suçu” oluşacaktır. Ancak somut olayda kişinin menfaat sağlama yönünde zorlandığı yönünde

²⁴⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.111

²⁴¹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.456

²⁴²ŞIK Hüseyin, s.80, “karakolda yalnız olan başçavuşun karakolu boş bırakarak ihzarı infaz için köye gidememesinde, görevli açısından bir zorunluluk, fiili imkansızlık söz konusu olduğundan, görevi ihmal kasdı gerçekleşmemiştir.” (4.C.D. 24.04.1995, 1499E. 8005 K.)

²⁴³SOYASLAN Doğan, 2006, s.525, ŞIK Hüseyin, s.80

²⁴⁴SOYARSLAN Doğan, 2006, s.526

²⁴⁵TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.760

somut dayanak noktalarının bulunması durumunda fiil, görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir²⁴⁶.

Kanun koyucunun bu düzenlemesini eleştiren yazarlar; “görevin yapılması için çıkar sağlama suçu yapısı ve unsurları bakımından 257. maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen suçlardan çok farklıdır. Bu suç esasen rüşvet suçu ile benzer yapı sergilemekte, rüşvet suçu ile ihlal edilen hukuki varlık ve menfaatlere benzer menfaatleri ihlal etmekte dolayısı ile mülga TCK da olduğu gibi, bu suçun rüşvetin bir türü olarak TCK’nin 252. maddesinde düzenlenmesi gerekir” demektedir²⁴⁷. Ancak kanun koyucu suç politikası uyarınca, haklı işin yapılması nedeni ile yarar sağlanmasında haksızlık muhtevasının haksız işe göre daha az olması gibi gerekçelerle fiili rüşvet olarak değil, irtikap biçiminde düzenlemiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, fiilin özünde görevin gereğine uygun davranış yattığı için bu tür fiilleri rüşvet olarak nitelendirmesini suç politikası bakımından sakıncalı görmüştür. Bu nedenle TCK, sisteminde haklı işin yapılması için veya bu nedenle çıkar elde edilmesi irtikap veya irtikap suçu koşulları oluşmamışsa, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır²⁴⁸.

Görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar temininde kamu görevlisinin yapacağı veya yaptığı hareket, görevi ile ilgili işlem pozitif (icrai) bir hareketten ibaret olabileceği gibi negatif (ihmal) bir harekette olabilir²⁴⁹.

4.2.5.2.3.1. Görevli Olmak Ve Yapılan İşin Görevin Gereklerine Uygun Olması

Haklı işin görülmesi için çıkar sağlamak suçunda da 257. maddenin ilk iki fıkrasında olduğu gibi, kamu görevlisinin görevli olması gerekir. Yani sağlanan çıkarın görev gereği yapılmak zorunda olan işin yapılmaması veya yapılmamak zorunda olan işin yapılmaması sonucunda oluşması gerekir. Eğer ki kamu görevlisi görev alanına girmeyen bir işlem nedeni ile çıkar temin etmiş ise artık m. 257/3’teki suç oluşmayacaktır. Bu halde, kamu görevlisi yetkili olmadığı iş için yarar elde etmiş ise ve muhatap vatandaş da bunu -yani bahse konu alanda yetkisiz olduğunu- biliyor ise TCK’nin 255’inci maddesinde düzenlenmiş bulunan yetkili olmadığı iş için yarar sağlama suçu gerçekleşebilecektir²⁵⁰.

²⁴⁶ Madde gerekçesi

²⁴⁷ ERGÜN Güneş, s.149

²⁴⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.114

²⁴⁹ SOYARSLAN, Doğan, 2006, s.527

²⁵⁰ ŞIK Hüseyin, s. 91, TCK md. 255 gerekçesinde; “bu suçun oluşabilmesi için menfaat temin eden kişinin, yapılmasını arzuladığı işin kamu görevlisinin görevine girmediğini ve bu hususta yetkisi olmadığını bilmesi gerekir.” denmektedir.

765 sayılı Kanundaki basit rüşvetten farklı olarak TCK m. 257/3 kapsamındaki fiiller de sağlanan çıkarın salt belirli, münferit bir işleme ilişkin olmasının gerekmediği dile getirilmektedir²⁵¹. Örneğin ilçedeki tapu dairesine çok sık işi düşen emlakçının işlemlerini gerçekleştiren memurlarla arasını sıkı tutmak amacı ile onları yemeğe götürmesi, hediyeler vermesi gibi. Gerçekten de eğer sağlanan yararın bir görev kapsamına giren ve fakat henüz yapılması gündemde olmamakla birlikte muhtemel bir işin yapılmasını temin maksadı ile verilmiş olması durumunda suçun işlendiği kabul edilmelidir. Buna karşın kanımızca sağlanan yararın muhtemel de olsa bir görevin yapılması için verildiği kanıtlanamaz ise suçun oluştuğu söylenemeyecek, fiil disiplin suçu olarak kabul edilecektir²⁵². Fakat belirlemek gerekir ki, doktrinde sağlanan çıkarın içeriği ve türü bakımından belli veya en azından belirlenebilir bir iş için olması gerektiğini savunan yazarlar vardır²⁵³.

Kamu görevlisi tarafından yapılan işlemin sonucu işlem olması gerekmez. İşlemin geri alınması mümkün olmayan biri işlem olması da gerekmez. İşlemin kalitesi ve vasfı da önemli değildir²⁵⁴.

Kamu görevlisine görevi kapsamında yapmakta olduğu bir iş için ancak mesai dışındaki çalışması veya olağanüstü gayeti nedeni ile karşılık verilmesinin hukuka uygun olup olmadığı sorulmaktadır. Mesela bir mesai biterken veya tatil günü muhtardan ikamet belgesi istemesi ve bunu temin eden muhtara bir miktar para vermesi halinde çıkar sağlamanın gerçekleşip gerçekleşmediği, bu hareketin TCK 257/3 kapsamında olup olmadığı sorulabilir.

Doktrinde bu konudaki ilk görüş böyle bir karşılığın suç teşkil etmemesinin üç kümülatif şartı olduğunu kabul eder;

1. Kamu görevlisi bedava hizmet vermek mecburiyetinde olmamalıdır.
2. Verilen karşılık kamu görevlisinin diğer görevlerini yapmayı ihmal etmesine veya diğer görevlerini geciktirmesine sebep olmamalıdır.
3. Teklif edilen karşılığın kamu görevlisi tarafından kabulü kamu görevlisinin prestijini hissedilebilir düzey ve derecede yaralamamalıdır²⁵⁵.

²⁵¹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

²⁵²GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.116

²⁵³ERGÜN Güneş, s.150

²⁵⁴SOYARSLAN, Doğan, 2006, s.527

²⁵⁵SOYARSLAN Doğan, 2006, s.528

Diğer bir görüş ise; burada zaten kamu görevlisinin görevinin gereği olan bir iş söz konusu olmadığından²⁵⁶ TCK m. 257/3'ün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılmasına gerek olmadığını, suçun oluşmadığını dile getirir.

Kanaatimizce; böyle bir durumda failin yaptığı iş dolayısı ile yarar sağlaması görevin gereğine aykırılık oluşturmakta ise, bu tür fiillerin de 257. madde ile cezalandırılması gerekmektedir²⁵⁷.

4.2.5.2.3.2.Çıkar Sağlanması

TCK 257/3'te suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevi gereği yerine getirmek zorunda olduğu işlem için “çıkar” temini yoluna gitmesidir.

Sağlanan çıkar, ekonomik değerlerle sınırlı olmayıp, kişinin maddi ve manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler ve hatta cinsel veya benzeri arzuların giderilmesinin de çıkar olarak kabulü gerekir. Ayrıca suçun oluşması için yapılan görevle birey tarafından sağlanan çıkar arasında nedensellik bağı bulunması diğer bir deyişle çıkarın görevle bağlantılı olarak sağlanması gerekir²⁵⁸.

Kamu görevlisinin çıkar temininin kendisi ya da üçüncü kişi yararına olması arasında fark yoktur. Fert menfaati doğrudan kamu görevlisine sağlayabileceği gibi, onun tarafından gösterilen üçüncü bir kişiye de sağlayabilir. Ancak kamu görevlisinin haberi olmaksızın üçüncü kişinin onun adına fertten menfaat temini bu suç kapsamında düşünülemez²⁵⁹. Bu takdirde diğer koşulları da gerçekleşmek şartı ile TCK 158. maddede 2. fıkrada düzenlenen “Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temini” suçu oluşacaktır.

Kişi yapılan işin karşılığı olarak bir şey vermeye mecbur olmamalıdır. Karşılığa kanun açıkça izin vermeyebileceği gibi, yasaklamış ta olabilir. Eğer karşılığı hukuk kuralları veya idari işlem öngörmüş veya karşılık örf ve adet gereği ise, bunların öngördüğü kıymetten fazlasının verilmesi çıkar sağlama sayılır²⁶⁰. Ancak buradaki gelenek, örf ve adetin uygunluk

²⁵⁶ERGÜN Güneş, s.151

²⁵⁷GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.116

²⁵⁸PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3636

²⁵⁹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.763

²⁶⁰Örneğin, cenaze işlemlerini yerine getirmekle yükümlü olan din görevlisine, herhangi bir talebi olmadan cenazeyi yıkaması nedeni ile örf ve adet gereği bir miktar para verilmiş ise ancak bu paranın miktarı örf ve âdetin öngördüğü kıymetten fazla ise veyahut bu örf ve âdetin bir hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı bir durum mevcut ise TCK md. 257 anlamında suçun oluştuğuna şüphe yoktur.

sebebi teşkil edecek boyutta olması gerekir²⁶¹. Kanaatimizce aksi bir durum olarak her örf ve adet gereği sağlanan çıkarı bu kapsamda değerlendirmek maddenin amacını önemli ölçüde zayıflatacaktır.

Kamu görevlisinin herhangi bir çıkar temini talebi olmadan, görevin yerine getirilmesinden sonra, kişinin memnuniyetini göstermek amacı ile kamu görevlisine “hediye” vermesi ve kamu görevlisi işini yaptığı için menfaat temini yoluna gitmesi tartışmalıdır. Bu konuda kamu görevlisinin herhangi bir talebi bulunmamasına rağmen, işin yapılmasından sonra ferdin memnuniyetini ifade etmek üzere “hediye vermesi” suç kapsamında “çıkâr” olarak değerlendirilemez, her ne kadar maddede yer alan “veya bu nedenlerle” ibaresi söz konusu hali ifade eder gibi gözükmekte ise de burada kastedilen, menfaat temini ile görev arasındaki bağıdır, görüşü ileri sürülmüştür²⁶².

Belirtmeliyiz ki; bu suç genelde işin yapılmasından önce kamu görevlisi ile iş sahibinin yaptığı anlaşma gereği yarar sağlama şeklinde işlenmektedir. Fakat failin işin yapılmasından sonra iş sahibinden bir yarar elde etmesi durumunda da görevi kötüye kullanma suçu işlenmiş olur. Aralarında önceden çıkar sağlanması konusunda bir anlaşma bulunmadığı halde, işin yapılmasından sonra iş sahibinden haksız bir yarar elde eden kamu görevlisinin eylemi de TCK m. 257 ile cezalandırılmalıdır. Çünkü 3. fıkrada geçen “görevin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenlerle” ifadesi ile failin yaptığı iş nedeni ile çıkar elde etmesi kastedilmiştir²⁶³. Bu husus madde gerekçesinde “haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısı ile kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda da, kişiler hakkın teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görünüşte rızaya dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısı ile burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir.” denilmektedir.

765 sayılı Kanun uygulamasında, özellikle irtikap ve rüşvet davalarında çıkarın iş tamamlandıktan sonra sağlanması halinde eylemin 765 sayılı Kanun m. 240’a -görevi kötüye kullanma suçuna- uyduğuna dair kararlar verilmekte idi. Fakat karşı görüş olarak, burada iş ve görev ilişkisinin kalktığı, kullanılacak bir yetki bulunmadığı eylemin disiplin suçu oluşturabileceği ileri sürülmekteydi; çünkü söz konusu çıkar, karşılığında görevin etkilenerek

²⁶¹ERGÜN Güneş, s.150

²⁶²ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.763

²⁶³GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.117

yetkilerin kullanılmasına yol açmamaktaydı. TCK'da bu tür davranışların açıkça düzenlenmesi sureti ile sorun çözümlenmiştir²⁶⁴. Gerçekten de yukarıda madde gerekçesinden alıntı yapılan kısımda görüldüğü üzere; haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur²⁶⁵. Burada önem kazanan soru; bu kişi bir kamu görevlisi olmayıp, bu işlemi yapsa idi, acaba muhatap tarafından kendisine böyle bir menfaat temin edilecek miydi? Eğer bu sorunun cevabı “hayır” ise artık yapılan suçtur. Bu eylem suç teşkil etmez demek, kamu faaliyetlerinin satın alınmazlığı idealine büyük darbe vuracağı gibi, diğer fertlerin de kendilerini menfaat teminine mecbur hissetmelerine, aksi halin aleyhlerine sonuç doğuracağı tereddüdüne kapılmalarına yol açar ki, bu ceza hukukunun kabul ve tahammül edebileceği bir sonuç olmaz²⁶⁶.

Sağlanan çıkarın belli bir miktar veya vasfı taşımamasının gerekip gerekmediği de tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre failin sağladığı çıkar ile yapılan iş arasında bir denge bulunmalıdır. Bu görüş gereği sağlanan çıkar ile yapılacak iş arasında açık bir dengesizlik var ise çıkar sağlama ögesinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda örneğin; görevliye sigara, kola, bira gibi ikramda bulunulması halinde görevi kötüye kullanma suçu işlenmiş olmaz²⁶⁷. Ancak buradaki oran/denge ilişkisi, kamu görevlisinin konumu, ilişkinin derecesi gibi sosyal uygunluk ölçülerine göre belirlenmelidir²⁶⁸.

Çıkarın kıymetinin az yada çok olması kanaatimizce suçun oluşumu için etkili değildir. Eşitlik ilkesi ile hareket etmeleri gerekenlerin, bu eksenden en ufak sapmaları dahi cezai sorumluluğa tabi olmak zorundadır. Yasa koyucu Devlet Memurları Kanunu'nun 29. maddesinde iş sahiplerinden hediye alınmasını da yasaklamıştır. Yasa koyucunun cezayı eksiltici veya tamamen ortadan kaldırıcı fonksiyon atfettiği malın değerinin az olması bazı suçlarda (örneğin; hırsızlık, yağma, zimmet) için istisnaen getirilmiş bir cezasızlık kurumu olduğundan, onu adeta genel bir cezasızlık sebebi gibi kabul edemeyiz²⁶⁹. Aksi bir durum TCK m.61/7. “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” hükmüne aykırılık teşkil eder. Görevi kötüye kullanma suçunda çıkarın

²⁶⁴TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

²⁶⁵“devlet hastanesinde doktor olan sanığın Mart 2003'te ölen Safiye S'in bacağındaki cilt kanseri rahatsızlığı sebebi ile 2001-2002 yıllarında özel muayenehanesinde yaptığı muayeneleri için, hastanın eşi ve kardeşi olan müşterilerden aldığı ücretler dışında, hastanede yaptığı ameliyatlardan sonrasında icbar ve ikna boyutunda söz ve hareketlerde bulunmadan, müşterinin hastalarıyla ilgilenmesi nedeniyle minnet altında ödedikleri anlaşılabilir bir kısım paraları almak sureti ile haksız çıkar sağlanmasından ibaret eyleminin zincirleme görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır. (5.C.D. 13.11.2006, 315/8838)

²⁶⁶ŞİK Hüseyin, s.93

²⁶⁷GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.117

²⁶⁸ERGÜN Güneş, s.151

²⁶⁹ŞİK Hüseyin, s.94

miktarının az olması, sadece yargıcın temel ceza tayininde alt haddten ceza vermesinin gerekçesi olabilir²⁷⁰.

4.2.5.2.3.3.Hareketin İrtikap Suçunu Oluşturmaması

TCK m. 257/3 görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar teminini “İrtikap suçunu oluşturmama” koşuluna bağlı tutmuştur. TCK m. 250 de düzenlenen irtikap suçu; görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması sureti ile ve icbar ile hileli davranışlarla ikna ile ya da kişinin hatasından yararlanmak sureti ile kamu görevlisinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması veyahut bu yolda bir vaatte bulunulmasını temin etmesi ile işlenebilmektedir. 250. maddenin 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen ikna ve kişinin hatasından yararlanmak sureti ile irtikap suçlarının görevi kötüye kullanma suçundan ayrılmasında tereddüt doğuracak bir hal söz konusu değildir. Fakat 250/1’de düzenlenen görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ve icbar sureti ile irtikap suçunun görevi kötüye kullanma suçundan ayırt edilmesi gerekmektedir.

TCK’nın getirdiği sistemde kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak amacı ile -hukuka uygun bir işin yapılması için- kişilerden menfaat temin etmesi durumunda (765 sayılı Kanunun aksine) rüşvet suçu değil; kural olarak icbar sureti ile irtikap suçu oluşacaktır. Mağdurun icbar edilmesi; mağdurun iradesini zorlayan hareketleri ifade etmektedir²⁷¹. İcbar halinde mağdur sağladığı yararın, failin istediği şeylerin hukuka aykırı olduğunu bilerek fakat zorda kaldığı için çıkar sağlamayı kabul etmektedir²⁷². Fakat bu icbarın maddi değil manevi cebir (tehdit) niteliğinde olması ve mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldıracak derecede olmaması gerekir; aksi halde (TCK m.148) yağma suçu oluşur. İcbar ögesinin oluşması, manevi cebirin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskını etkisinden kolaylıkla kurtulma imkanının da bulunmaması gerekir. İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için, bu baskının etkisiyle, kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü bir kişiye yarar sağlamaktadır. Ancak somut olayda icbar ögesinin varlığının kanıtlanması oldukça zordur²⁷³. Bu husus gözetken kanun koyucu icbar ögesinin ispat edilemediği hallerde eylemin cezasız kalmasını önlemek istemiş ve bu halde eylemin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Bu sonuca madde

²⁷⁰ ÖNDER Ayhan, s.173

²⁷¹ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3635

²⁷² GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.119

²⁷³ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3635

gerçekesindeki; “somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunulamaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.” ifadesinden varmaktayız.

Bazı yazarlar²⁷⁴, TCK m. 257/3’te ki “irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde” vurgusunun gereksiz olduğunu, ceza hukuku uygulamasının kendiliğinden aynı sonuca ulaşacağını, görevi kötüye kullanma suçunun tali niteliği gereği özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçlarının, -irtikap, rüşvet gibi- oluşmaması halinde kendiliğinden uygulanacağını belirtmektedir. Kanun koyucunun bu vurgusunun ispat kolaylığı açısından getirtmiş bir düzenleme olduğunu dile getirmektedirler. Nitekim Yargıtay’ında bu yönde kararları vardır²⁷⁵.

4.2.5.2.3.4.Hareketin Rüşvet Suçundan Ayrılması

765 sayılı Kanununun 211 ve 212. maddelerinde rüşvet suçu haklı veya haksız işin yapılması veya yapılmaması için yarar sağlamak şeklinde düzenlenmişti. 212/1. maddeye göre haklı (görev gereğine göre uygun olan) bir işin yapılması ya da yapılmaması amacı ile çıkar verilmesi ve alınması filleri “basit veya adi rüşvet” olarak adlandırılmaktaydı. Yine 212/2. madde ise haksız (görev gereğine aykırı) bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla çıkar elde edilmesi fiili düzenlenmiş olup buna da “nitelikli rüşvet” denilmekteydi. TCK’nın 252. maddesi basit rüşvete yer vermemiştir. Basit (haklı iş için çıkar sağlama) rüşvet alma sayılabilecek olan filler 257. madde kapsamında düzenlenmiş iken, basit verme fiili suç olmaktan çıkarılmıştır²⁷⁶.

Gerçekten TCK m. 252/3’e göre “Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.”²⁷⁷ Yani, failin görev gereği yapması gereken bir işi yapmaması ya da yapmaması gereken bir işi yapması için yarar sağlaması durumunda rüşvet suçu oluşacaktır. Buna karşılık zaten yapması gereken bir işi yapması (ya da yapmaması gereken bir işi yapmaması) için yarar sağlanması durumunda yukarıda ele aldığımız TCK m.257/3 hükmü

²⁷⁴TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.762, ŞIK Hüseyin, s. 91

²⁷⁵“bir memurun özel kastla, yasa ve nizamlara uygun şekilde yaptığı işten menfaat sağlamaya çalışması unsurları yasada belirtilen cebri veya ikna sureti ile irtikapta bulunmak, rüşvet almak gibi suçları oluşturmadığı takdirde genel nitelikte olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” (CGK. 04.05.1987, 600/245)

²⁷⁶GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s. 549

²⁷⁷ 765 sayılı Kanun, rüşvet suçunu, kamu görevlisinin “yapmak zorunda olduğu bir görevi yapmak için veya yapmamakla yükümlü olduğu bir görevi yapmak için” üçüncü kişi ile varmış olduğu anlaşma şeklinde düzenlemiştir. Yani yeni Kanun, önceki Kanunu tam tersine çevirmiştir. ÖZEN Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:8, Nisan 2007, s.90

uygulanacaktır²⁷⁸. Belirtelim ki yasa koyucunun 765 sayılı Kanun anlamındaki “basit rüşvet” fiillerini rüşvet suçu kapsamında çıkarması, bu suçla mücadele açısından anlaşılabilir bir yaklaşım değildir. Çünkü bu tür eylemlerin görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde cezalandırılması durumunda, yalnızca yararı sağlayan kamu görevlisi cezalandırılacaktır. Oysa bu tür durumlar da söz konusu yararı sağlayan kimsenin her zaman masum olduğunu söylemek mümkün değildir. Sağlana yarar, şayet kamu görevlisinin zorlamasına bağlı ise elbette icbar sureti ile irtikap suçu oluşacaktır. Fakat durumun her zaman böyle olduğunu karine gibi kabul etmek doğru değildir. Serbest iradeyle oluşan karşılıklı anlaşma sonucunda vatandaşın kamu görevlisine yapması gereken bir işi yapması için yarar sağlaması durumunda, vatandaşın bize göre cezasız kalması doğru gözükmemektedir²⁷⁹.

Rüşvet “çok failli” suç olduğu için, gerek veren gerekse alan cezalandırılmaktaydı. Oysa TCK m.257/3 düzenlemesine göre, çıkar sağlayan kamu görevlisi tek başına faildir; bu çıkarı sağlayan vatandaş ise cezalandırılmamaktadır. Yolsuzlukla mücadele açısından bu anlayışın sakıncası ortadadır. Kaldı ki, TCK m.257/3, ilk menfaat teklifinin kamu görevlisinden gelmesi varsayımından hareket etmektedir. Oysa bazı durumlar da menfaat teklifi vatandaştan gelmiş olabilir. Böyle bir durumda vatandaş iştirak terminolojisiyle ifade etmek gerekir ise “azmettiren” durumunda olup, görevi kötüye kullanma suçuna azmettirme nedeni ile cezalandırılacaktır. Buna karşılık 765 sayılı Kanun rüşvet alma ve verme fiillerini iki ayrı suç olarak düzenlediği için rüşvet veren veya alanın etkin pişmanlıktan yararlanması söz konusu olabilmekte; bu da yolsuzlukla mücadele açısından iyi bir suç politikası aracı olarak gözükmekteydi. Bugünkü düzenleme karşısında “azmettiren” veya duruma göre “yardım eden” konumunda olan vatandaşın, kendisinin de cezalandırılma olasılığı karşısında bu suçu ihbar etmesi düşünülemezine göre, gerekçede yer verilen yolsuzlukla daha etkin mücadele için böyle bir düzenlemeye yer verildiği yönündeki anlatımların dayanaksız olduğu söylenebilir²⁸⁰.

²⁷⁸ “765 sayılı Yasanın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde, 5237 sayılı TCK.nun rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde “rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamında çıkarıldığı, bu durumda kesinleşen mahkumiyet kararına göre sabit görülen yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma bunun vasıtası olma eylemlerinin aynı yasanın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama ve buna iştirak mahiyetinde olduğunun düşünülmemesi...” (Y.5CD. E.2006/6032, K.2006/5755)

²⁷⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.807

²⁸⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

TCK'nın basit rüşvet verme fiilini suç olmaktan çıkarması karşısında, görevinin gereğine uygun davranması için kamu görevlisine çıkar teklif eden kişinin eyleminin TCK' da hangi suç kapsamında değerlendirileceği de diğer bir soru konusunu oluşturmaktadır. Görevin gereğine uygun davranması için kamu görevlisine çıkar teklif eden kişinin eylemi m. 257/3 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira 257/3. fıkrada cezalandırılan husus kamu görevlisinin çıkar teminidir. Kanun koyucu bu maddede çıkar teklif eden kişinin eylemlerini önemsememiş, çıkar temin eden kamu görevlisini hedef almıştır. Kamu görevlisine görevinin gereğini yapması için çıkar teklif eden kişinin eylemi rüşvet suçu kapsamında da değerlendirilemeyecektir. Zira rüşvet verme fiilinde kişi, kamu görevlisine görevinin gereğine aykırı olarak bir işi yapması ya da yapmaması için menfaat temin etmektedir. Kamu görevlisinin görevine uygun işlemi yapması için çıkar temini rüşvet suçu kapsamında düzenlenmemiştir. TCK'nın getirdiği sisteme göre uygulamada Yargıtay görevinin gereğine uygun davranması için kamu görevlisine çıkar temini teklif eden kişinin eylemini hakaret suçu kapsamında değerlendirmektedir. Yüksek mahkeme görevin gereğine uygun işin yapılması için çıkar teminini teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması gerekçesi ile eylemin hakaret suçunun 3. fıkrasında yer alan kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret edilmesi suçunu oluşacağına hükmetmektedir²⁸¹.

²⁸¹ “5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde "rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır" denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle aynı Yasa'nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı..." (Y.5CD.E.2006/1435, K.2008/4255)

4.2.6. Netice

4.2.6.1.Genel Olarak

Hareket insan vücudu tarafından gerçekleştirilen maddi iş iken, bu hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe de netice denir²⁸².

Netice icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Ancak, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişiklik ceza hukuku açısından önem taşımaktadır. Bir başka deyişle, burada söz konusu edilen netice, sadece kanuni tarifte yer alan dış alemdeki değişikliktir²⁸³. Somut olayda kanuni tarifteki neticeler dışında bazı başka neticelerde meydana çıkmış olabilir. Örneğin; insan öldürme suçunda, kanuni tarifte yer alan netice mağdurun ölmesidir. Ancak bu ölüm akrabalarının manen ve maddeten perişan etmiş olabilir. Bu da dış alemde bir değişiklik belirtir; yine bu olayların her biri ile failin hareketi arasında nedensellik bağı vardır. Fakat bunlardan sadece biri hukuken önemlidir ve suç tipinde tarif edilmiştir; bu da mağdurun ölmesidir²⁸⁴.

Neticenin suçun hareket (eylem) unsuru içerisinde yer aldığına ilişkin görüş²⁸⁵ yerini netice fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak suçun maddi unsurlarından birini oluşturur

Neticenin sadece maddi olması lazım değildir. Acı, öfke, sövmeye üzüntü ve onur kırıklığı gibi moral değişiklikleri de neticedir²⁸⁶.

Neticesiz suç yoktur. Neticenin maddi olarak ortaya çıkmaması o suçu neticesiz hale getirmez. Neticenin mutlaka gözle görülür olması da gerekmez. Tehlike de bir neticedir. Bir zarar tehlikesinin bulunması da neticenin varlığı için yeterlidir. Bu anlamda hareketin olası sonuçları da netice kavramı içinde kabul edilmelidir²⁸⁷.

Suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş şekli ve derecesine göre suçlar zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılırlar. Zarar -tehlike suçu

²⁸²ÖZBEK Veli Özer / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan, Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı-1- Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.98

²⁸³ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.178

²⁸⁴HAKERİ Hakan, s.140

²⁸⁵İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, s.67

²⁸⁶HAKERİ Hakan, s.141

²⁸⁷ÖZBEK / BACAKSIZ / KORAY, s.98

ayrımı hukuken korunan menfaatin ya da varlığın ihlalini esas alır²⁸⁸. Doğaldır ki, sonuç bakımından ne zaman zarar ne zaman tehlike yeterli olacaktır bu yasal düzenlemeden anlaşılabilir²⁸⁹.

Netice veya zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmiş olması aranırken, tehlike ya da sırf hareket suçlarında suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi neticenin kabulü için yeterli olup, hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarara uğramış olması şart değildir. Bu anlamda bir zarar tehlikesini yaratabilme imkanının varlığı, yani eylem suç tipinin ihlali için yeterlidir. Tehlike suçlarında hareketin yönelik olduğu konunun objektif olarak zarar uğrama tehlikesi ile karşılaşmış olması, yani zarar doğmadan ceza hukukunun müdahalesi aranır. Konunun zarara uğraması tehlikesi ciddi sonuçlar doğurduğu için yasa koyucu bu yolu benimsemiştir. Ancak bu da bir ihlal olarak değerlendirilmektedir. Yasa koyucu burada hukuki değere verdiği öneme göre hareket etmektedir. Böylece yasa koyucu ceza hukukunun müdahale olanağını genişletmiş olmaktadır²⁹⁰. Dolayısı ile bu suç tiplerinde failin henüz bir zarar doğmadığından kendisinin cezalandırılmayacağı savunması geçerli olmaz, zira esasen aranan da zarar değil, sadece tehlikeye yol açılmış olmasıdır²⁹¹.

Mülga TCK kapsamında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun tehlike suçu olarak düzenlendiğini ancak TCK'nın getirdiği sistemde zarar suçu halinde dönüştürüldüğünü daha önce de ifade etmiştik. 257. maddenin ilk iki fıkrasında “görevin gereklerine aykırı hareket etmek sureti ile veya ihmal ve gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız kazanç sağlayan kamu görevlisinin” cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır²⁹². Yani bugün 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak, suçun oluşabilmesi için belirli bir neticenin de oluşması aranmıştır. Bu üç şekilde ortaya çıkabilir;

1. Kişilerin mağduriyetine neden olma veya
2. Kamunun zararına neden olma ya da
3. Kişilere haksız bir kazanç sağlama²⁹³.

²⁸⁸ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.216

²⁸⁹İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.67

²⁹⁰ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.216

²⁹¹HAKERİ Hakan, s.143

²⁹²MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs 2007, s.103

²⁹³TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.749

Görevi kötüye kullanma suçunun ilk iki fıkrasında; kanuni tanımda üç ayrı neticeye yer verilmiştir. Bu nedenle suç “çok neticeli suç” olarak düzenlenmiştir. Maddede aranana bu neticeler zarar-yarar kastı şeklinde sübjektif olarak değil, yapılan davranışın tabii sonucu biçiminde objektif olarak gerçekleşmelidir. Diğer taraftan maddede sayılan neticelerden üçünün de birlikte gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu neticelerden bir tanesi dahi gerçekleşmiş olsa da suç oluşmaktadır. Birden fazla neticenin gerçekleşmesi belki de cezanın bireyselleştirilmesinde gözetilmelidir. Kanunda belirtilen neticelerin gerçekleşmesi koşuluyla nitelik ve niceliğin de bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle suça bağlı olarak sağlanan kazanç veya kamu zararının az ya da çok olması suçun oluşmasına engel teşkil etmez. Fakat belirtelim ki gerçekleşen neticenin miktar ve yoğunluk derecesi 765 sayılı TCK m. 230 ve 240’ ta olduğu gibi şimdi de cezanın tayin edilmesinde de gözetilmelidir²⁹⁴.

Şunu da belirtmeliyiz ki suçun tehlike suçu olmaktan çıkarılıp zarar suçu haline getirilmesi de doktrinde eleştirilmektedir; bu eleştiri şu şekildedir; kanun sadece görevin gereklerine aykırılığı suç saymakta, bunun yanında kamunun zarar görmesini ve ya kişinin mağdur olması veya kişinin kazanç temin etmesini öngörmektedir. Soyut kuralın ihlali suç olmaz ise hukuk devleti korunamaz. Hukuk devletini korumak için disiplin hukukunun yaptırımı yeterli olmaz. Kamu görevlisi tarafından soyut kuralın ihlali devletin itibarına, saygınlığına, güvenilirliğine zarar verir. Bu zararın ödenmesi için görevi kötüye kullanma suçu ihdas edilmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunun koruduğu menfaat devletin itibar ve güvenilirliğidir. Hal böyle olunca hukuk devletini korumayan ceza normu, ceza kanununun maddesi ile çelişmektedir. Örneğin; bir öğretim üyesinin içeriğinde pek bir şey bulunmayan bir yazılı sınav kağıdına geçeri not vermişse bundan kamunun ekonomik bir zararı olmayacak, kişisel bir kazanç bulunmayacak, dolayısı ile fiil suç teşkil etmeyecektir. Kanaatimizce; kişisel kazanç ve mağduriyet veya kamusal zarar kavramları uygulamada tereddütlere sebebiyet verecektir²⁹⁵.

Yukarıda sayılan neticelerin aslında suçun unsuru değil doktrinde objektif cezalandırılabilme şartı olduğu ileri sürülmüştür. Bu neticeleri incelemeye geçmeden önce doktrinde süre gelen bu tartışmaya değinmek istiyoruz.

²⁹⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s. 86

²⁹⁵ SOYASLAN Doğan, 2006, s. 523

4.2.6.2. Kanundaki Mağduriyet, Haksız Kazanç Ve Kamu Zararı Öğelerinin Objektif Cezalandırılabilme Şartı Olup Olmadığı Sorunu

Suçun yapısal öğelerinin bulunmasına rağmen gerçekleşmedikleri takdirde failin cezalandırılmasını önleyen bazı olgular vardır. Bunlar yapısal öğeler içinde yer almaz ve eksiklikleri suçun varlığını etkilemez. Objektif cezalandırılabilme şartları, kovuşturma koşulları ve suçun önkoşulları bu tür olguları meydana getirir²⁹⁶.

Objektif cezalandırılabilme koşulları; suç teşkil eden eylemle doğrudan doğruya ilişkisi bulunmalarına karşın, hukuka aykırılığın ve kusurluluğun bünyesine girmeyen olgulardır. Bu koşullar suçun oluşumunu etkilemedikleri halde cezalandırılmada doğrudan doğruya etkilidirler. Diğer bir deyişle suçu tüm unsurlarıyla gerçekleştirmiş olan failin cezalandırılması için kanun ayrıca bir objektif koşul aramışsa bu koşul gerçekleşmedikçe yaptırım uygulanamaz²⁹⁷.

Objektif cezalandırılabilme koşullarının belirgin özelliği koşulun varlığını kabul için kusurun aranmamasıdır. Zaten bu şartlara objektif denilmesinin sebebi de budur. Yani kusurun bu koşulu kapsamaması gerekmez²⁹⁸. Kanunda yazılı netice, ancak failin kusurlu davranışı ile bu sonuca yol açması halinde ona yükletilebiliyor ise öğeden; buna karşılık failin bu neticeye kusurlu bir şekilde yol açmış olması gereği aranmıyor ise cezalandırılabilme koşulunun varlığından söz edilir²⁹⁹.

Objektif cezalandırılabilirlik koşulları; kusur aramayan yani objektif nitelikte olan, gerçekleşmedikleri takdirde failin başka türlü cezalandırılması olanağı bulunmayan, çoğu zaman suçun işlenmesi sırasında var olan veya suçun işlenmesi ile birlikte gerçekleşen, cezalandırmayı sağladığı için olumlu nitelik gösteren olgulardır. Bu tür koşulların devletin suç politikası ile çok yakından ilgili olduğunu vurgulamak gerekir³⁰⁰.

Objektif cezalandırılabilirlik koşullarının özelliklerini saymak gerekir ise;

1. Failin bu koşullara ilişkin yanılığı önemsizdir. Çünkü yanılma kusurlulukla ilgilidir.

²⁹⁶MERAN Necati, 2007, s.103

²⁹⁷İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.13

²⁹⁸ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.421

²⁹⁹MERAN, Necati, 2007, s.104

³⁰⁰İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, s.17

2. Failin bu koşulları bilip bilmemesi önemsizdir. Zira objektif cezalandırılabilme koşulları faile değil fiile ilişkindir.

3. Bu koşulların gerçekleşmemesi failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını engeller. Cezalandırılabilme koşulları suçun unsurları dışında kaldığından, suçun tüm unsurları ile gerçekleşmesi veya teşebbüs durumunda kalması başka bir şey failin bu suçtan dolayı cezalandırılabilip cezalandırılmaması başka bir şeydir. Bu tür koşullara sahip suçlarda failin sonucu gerçekleştirmek kastı ile hareket ettiği ve fakat sonuç gerçekleşmediği -eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı- durumlarda, cezalandırılabilirlik koşulları gerçekleşmiş ise fail suça teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır. Buna karşılık, koşul gerçekleşmemiş ise faile teşebbüsten dahi ceza verilmez.

4. Bu koşullar suçun işlendiği yer, zamanın ve zamanaşımının saptanmasında dikkate alınmazlar. Suç unsurların gerçekleştiği yer ve zamanda işlenmiş sayılır³⁰¹.

Doktrinde bu; “Kişilerin mağduriyetine neden olma veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama” hallerini objektif cezalandırılabilme şartı kabul eden yazarlara göre³⁰²; bu hallerin oluşmaması halinde fail görevin gereklerine aykırı hareket etmek ya da görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermekle suç bütün öğeleri tamamlanmakta; ancak failin cezalandırılabilmesine ilişkin koşul oluşmadığından cezalandırılmamaktadır. Buna göre failin eyleminin tamamlanmış bulunması ve cezalandırılabilme koşulu olarak görülen olguların gerçekleşmemiş olması durumunda teşebbüsten dolayı cezalandırılması olanağı bulunmamaktadır. Çünkü bu koşullar suçun öğeleri dışındadır. Aksi takdirde görevin gereklerine aykırı hareket eden her kamu görevlisinin 257. maddede öngörülen suça teşebbüsten cezalandırılabilmesi olanaklı olabilecektir³⁰³.

Suçun neticesi; suç tanımında belirlenen hareket tarafından meydana getirilen dış alemdeki değişikliktir ve neticenin hareketten doğması ve hareketle arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde sözü edilen mağduriyet, kamu zararı ve haksız kazanç ise, failin görevine aykırı davranışına bağlı ve o davranışın zorunlu ve illi sonucu olan neticelerdir. Failin görev gereğine aykırılık teşkil eden kusurlu davranışı yapılmamış olsa, maddede açıklanan kişilerin mağduriyeti, kişilere haksız kazanç sağlanması ya da kamu zararına yol açılmasından söz edilemeyecektir. Failin hukuka aykırı davranışı ile

³⁰¹ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s. 421, İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.17

³⁰² ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.758, MERAN Necati, 2008, s. 317, ŞİK Hüseyin, s.138

³⁰³ MERAN Necati, 2007, s.104

neticeler arasında nedensellik ilişkisi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle; kanunda gösterilen neticeler, failin bu neticelere yol açabilecek biçimde görev gereğine aykırı davranışı dolayısıyla failin tipe uygun hareketi içerisindedir. Bu bakımdan sözü edilen yasal sonuçların objektif cezalandırma şartı olmayıp, suçun hukuki neticesi ve unsuru olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Zira objektif cezalandırılabilme şartları failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içerisinde bulunmayan şartlardır³⁰⁴. Yargıtay da kanundaki bu yasal sonuçları suçun neticesi, suçun unsuru olarak kabul etmektedir³⁰⁵.

4.2.6.3. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma

Görevin gereklerine aykırı davranışın yol açabileceği neticelerden ilki, kişilerin mağduriyetine neden olmasıdır. Buradaki kişi kavramının hem gerçek hem de tüzel kişiyi (özel hukuk veya kamu tüzel kişisi) kapsayacak biçimde anlaşılması gerekir. Zarar kavramından daha geniş bir anlama sahip olan “mağduriyet” kavramı ise ekonomik bakımdan uğranılan zararı değil manevi zararları da kapsamaktadır³⁰⁶.

Yargıtay kararlarında mağduriyet kavramını sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı kabul etmeyip bireysel hak ihlalinin doğuracak her türlü davranış olarak niteler³⁰⁷. Madde gerekçesinde bu hususu belirten örnekler verilmiştir; örneğin kişi tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar uygulamasında, belli bir parsel sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı halde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai ve ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı halde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir. Bütün bu durumlar da vatandaşın maddi ve manevi bir zararı söz konusudur. Kişiler hem ekonomik hem mali ve ticari mağduriyete uğramış olabilirler hem de

³⁰⁴ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.83, **ERGÜN Güneş**, s.142

³⁰⁵ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.83, “TCY’nın 257. maddesine göre göreve yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için eylemin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamasına yol açmasının öngörülmesi karşısında; sanığın tebligat tüzüğüne 28. Maddesine aykırı olarak tebligat yapmış olması nedeni ile sözü edilen unsurlardan hangisinin gerçekleştiği anlaşılıp tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 21.02.2007, 12835/1815)

³⁰⁶ **PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, s.3626; “Ancak sınırları bu denli belirsiz olan bir suçun gerçekleşmesi için aranan sonucunda son derece geniş kapsamlı bir kavram olan “mağduriyet” kavramı ile ifade edilmesi, suçun kapsamını daha da belirsizleştirmektedir.” (**ERGÜN Güneş**, s.143)

³⁰⁷ CGK: 03.01.2006, 4MD 196/204

yapılan işlemle gelecekte elde edebilecekleri manevi tatmin sağlayacak olanakları da kaybetmiş olabilirler. Belli bir konuda yapılmak istenen özel araştırma ve eğitimin maddeye uygun şekilde engellenmesi ile kişi maddi açıdan mağdur olmayabilirse de, kazanacağı sıfat ve edineceği bilgi ve becerilerle manevi tatmin sağlayabilecek iken bundan yoksun bırakılmakla da mağduriyete uğramış olabilir³⁰⁸. Kişinin sosyal siyasi, medeni her türlü haklarının ihlali sonucunu doğuran fiillerin mağduriyet kavramına dahil olduğu gözetilmelidir³⁰⁹.

Mağduriyet halinin varlığının somut olayda objektif olarak belirlenebilir olması, mağdurun sadece subjektif olarak kendini haksızlığa uğramış hissetmesinin yeterli sayılmaması gerekir³¹⁰.

Hukuka aykırı işlem yapılması durumunda, idarenin ekonomik bir zararı olmasa da işlemin ilgili olduğu kişinin mağduriyeti varsa 257. maddedeki suç oluşur³¹¹.

Mağduriyet ögesinin varlığının kabul edilmesi için mağdur olduğu belirtilen kişi veya kişilerin bulunması gerekir. Görevin gereklerine aykırı davranılmasının doğal bir sonucu olarak bir veya daha çok kişinin mağdur olduğu belirlenebilmelidir. Ancak mağdur olan kişi veya kişilerin bu fiil nedeni ile şikayetçi olmaları zorunlu değildir. Ortada bir şikayet bulunmasa ve fiilin illi bir sonucu olarak mağdur olan bir kişi dahi olsa suç işlenmiş olur. Diğer taraftan mağduriyetin azlığı veya çokluğunun suçun oluşumunda önemi bulunmadığından somut olaya göre mağduriyetin varlığını saptama bakımından zorunlu olmadıkça zararın ölçülmesi veya belli bir hesapla belirlenmiş olması da gerekli değildir. Hatta eylemin gerçekleşmesinden, suçun oluşmasından sonra mağduriyetin giderilmesi telafi edilmesi cezanın takdirinde gözetilebilir ise de suçun oluşmasını önlemez³¹².

TCK m. 257 de suçun oluşması için aranılan neticelerden biri olan “kişilerin mağduriyetine” bu suç tipinde yer verilmek sureti ile 765 sayılı Kanun m. 228/1’deki keyfi muamele suçun da görevi kötüye kullanma suçu kapsamına alınmıştır. Gerçekten 765 sayılı Kanun m. 228’deki suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler” keyfi muamelede bulunmak” veya “yapılmasını emretmek” veya “emrettirmek” biçiminde seçimlik olarak

³⁰⁸**KAYLAN, Keskin**, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale, Erişim Tarihi:19.02.2010, Saat: 14.00, s.19

³⁰⁹**PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, s.3627

³¹⁰**PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, s.3626

³¹¹**PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, s.3627

³¹²**GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.88

sayılmıştı. 765 sayılı Kanun m. 240'tan farklı olarak, bu suçun oluşması için keyfi muamelelerin doğrudan doğruya “kişiye” karşı gerçekleştirilmiş olması, yani kişinin şahsına ya da haklarına veya malına yönelik olması gerektiği söylenmekteydi. Artık kişiye yönelik olarak görevin gereğine aykırı olarak yapılan ve onun mağduriyetine neden olan davranışlar 257. madde kapsamında değerlendirilecektir. Bununla birlikte 765 sayılı Kanun m. 228 bakımından keyfi muamele yapılması veya yapılmasının emredilmesi ile suç tamamlandığı için, keyfi muamele sonucunda kişinin bir hakkının ihlal edilmiş veya bir malının zarar görmüş olması gerekmezdi. TCK açısından ise, kişilerin mağduriyeti sonucu doğmamış ise, eylem teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak Yargıtay uygulamasında, maddede belirtilen üç neticeden birinin doğmaması durumunda suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir³¹³.

765 sayılı Kanun m. 228/2 de yer alan “kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada görevi gerektirmediği halde kişilere karşı sert muamelede bulunması” halinde oluşan suç kalıbı TCK m. 257 kapsamına alınmamıştır. Mağduriyet kavramının sert muamele fiillerini kapsamadığı anlaşılmaktadır. Sert muamele fiilleri olayın özelliğine göre kanundaki diğer suçları (örneğin görevde zor kullanma sınırının aşılmasını (m.256) veya sövme, tehdit yaralama gibi suçları gibi) oluşturacaktır³¹⁴.

4.2.6.4.Kamunun Zararına Neden Olmak

Görevin gereklerine aykırı davranan fail ikinci bir netice olarak kamunun zarar görmesine neden olmuş olabilir.

“Kamu” kelimesi lügat anlamına göre amme; halk, toplum, bütün toplumla ilgili olan ya da toplumu temsil eden anlamına gelmektedir. Toplumu temsil eden şey ise devlet veya kamu idaresidir. Kamu hizmeti gören bütün kuruluşlar “kamu idaresi” teriminin kapsamı içindedir³¹⁵. Bu terim 765 sayılı TCK m.230/2 de kullanılan “devlet zararı” kavramını da içine alan kamu hizmeti yürüten tüm kurum ve kamu idarelerinin zararını kapsayan geniş bir kavram olarak düşünülmelidir.

³¹³TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.751

³¹⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.89

³¹⁵PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3628

Maddede geçen “zarar” teriminin ise yalnız maddi nitelik mi yoksa hem maddi hem de manevi nitelik taşıması gerektiği hususu ise tartışmalıdır.

“Zarar” kelimesinin dar olarak sadece maddi nitelikteki ekonomik zararları kapsadığını savunan yazarlar³¹⁶; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması halinde doğal olarak sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmekle birlikte, kanun koyucunun burada kamusal zararı somut bir zarar olarak aradığını dile getirirler. Sadakat yükümlülüğünün ihlalden doğan kamusal zararı ve başkaca “dolayısı ile zararları” değil, kamu idaresini ekonomik zarara uğratacak nitelikte somut ve “doğrudan zarara” yol açan fiilleri suç saymak istediğini vurgularlar. Bu hususta da madde gerekçesinde örneklenen; orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürmekle, görevin gereğine aykırı davranılmış olabilir örneğini verirler.

Buna karşılık kamu zararının “ekonomik zarar” olarak kısıtlanarak dar yorumlanmaması gerektiği de dile getirilmektedir. Görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresinin işleyişinin ve güvenilirliğinin devamını temel alan bir suçtur. Ekonomik zarara yol açmasa bile kamu idaresinin işleyişindeki aksama ve düzensizlikler kamunun güvenliğini zedeleyecektir. Devlet idaresine olan güveni sarsacaktır. Kamu idaresinin işleyişi için zorunlu olan bir kısım görevlerine yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi kamunun ekonomik zararına yol açmasa da, kamu idaresinin işleyişini engelleyecek ve dolayısı ile zaafa uğratacaktır. Örneğin; mahkeme yazısına yanıt vermeme nedeni ile yargılamanın gecikmesine yol açma eylemi, amirin memuruna verdiği görevin yapılmaması nedeni ile kamu görevinin yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi, adli kolluk görevlilerinin savcının veya hakimnin emrini geç yerine getirmeleri, kötü niyetli kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak orman alanında bulunan ve kesilmemesi gereken ağaçları kestirmesi, kamu görevlilerinin damgalama yapmadan üretimde bulunma niteliğindeki eylemleri, kişilere haksız kazanç sağlamadığı, mağdurun zararına neden olmadığı veya kamunun ekonomik zararına yol açmadığından suç oluşturamayabilecektir. Ancak bu durum kamu idaresinin keyfiliğine yol açacak ve kamu görevlilerinin görevlerini aksatmaları ya da görevlerini kanunlara aykırı olarak yapmaları sonucunu doğuracaktır. Kamu zararı, görevin kanuna uygun olarak yapılmaması nedeni ile ilgili makam ve görevlilerin daha fazla emek ve güç harcamak sureti ile bir kamu hizmetini ya da işlemi gerçekleştirmelerini ya da bir kamu görevinin hiç gerçekleşmemesini ve görevin hukuka aykırı biçimde yapılması nedeni ile devletin ekonomik

³¹⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.758, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.754, PARLAR Aİİ / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3628,

zararına neden olmasa bile, “kamunun yoksun kaldığı ortak yarar” biçiminde anlaşılmalıdır³¹⁷. Madde gerekçesinde ; “kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir” denilmektedir. Gerekçe yoruma yardımcı olacak bir olgudur³¹⁸. İçinde birbiri ile çelişen ifadeler vardır. Bu nedenle kamu zararının ekonomik zarar ile sınırlanmasının doğru olmadığını düşünüyoruz³¹⁹.

Kanaatimizce; kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı davranması, her durumda kamusal görevlerin düzenli etkili ve dürüst biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaatlere aykırılık teşkil etmek sureti ile kamu idaresinin zararını ifade edecektir. Burada aranan zararın, malvarlığına ilişkin olma kaydına bağlanmaksızın, son derece geniş bir kavram olan kamu zararı kavramı ile ifade edilmiş olması da ayrıca bir eleştiri konusudur. Tüm bu eleştiriler ışığında belirtmek gerekir ki burada aranan zarar malvarlığına ait bir zarar olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten buradaki zararın somut bir zarar olarak anlaşılıp değerlendirilmesi zorunludur. Çünkü kamunun malvarlığına ilişkin olmayan, yani manevi nitelikteki zararlarını tespit etmek, hem çok güçtür hem de kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davrandığı her durumda kamunun böyle bir zarara neden olmaya bağlanması ile bağdaşmayacaktır. Nitekim İtalyan Ceza Kanununun 323. maddesi de görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi bakımından görevi kötüye kullanma davranışı ile amaçlanan avantajın malvarlığına ilişkin olması aranırken, zarar bakımından böyle bir kayıt içermemesi bakımından eleştirilmektedir³²⁰. Bu durumda kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırılık teşkil eden ancak maddi anlamda kamu zararına neden olmayan fiiller disiplin hukuku kapsamında değerlendirilmelidir.

Failin görevinin gereğine aykırılık davranışının kamu zararına neden olduğunun kabul edilmesi için, zararın eylemin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkması ve zararla hareket arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Nitekim 765 sayılı TCK m. 230'daki “devletçe bir

³¹⁷MERAN Necati, 2008, s.319 vd.

³¹⁸Madde gerekçesinde; “ görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin; orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri ve konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir” denilmekte, yukarıda belirttiğimiz gerekçeye ters bir açıklama yapılmaktadır. Çünkü yasak yere yapılmış bir işyeri ya da konuta elektrik, su vb. sağlamakla kamu zarara uğramamakta, aksine enerji veya yaşam alanları nedeni ile kamunun bunlardan vergi olarak gelir sağlaması söz konusu olmaktadır. Kişinin bunları kendisinin sağlaması durumunda ise eylemin görevi kötüye kullanmakla ilgisi bulunduğundan söz edilemeyecektir. (MERAN Necati, 2008, s.319)

³¹⁹MERAN Necati, 2008, s.321

³²⁰ERGÜN Güneş, s.142

zarar meydana gelmesi”, ögesi bakımından Yargıtay da zararın doğrudan meydana gelmesini aramaktaydı³²¹.

Suçun oluşması bakımından neticelerden kamu zararının oluşması gerekliliği karşısında, bu zararın kesin olarak belirli bir rakam olarak tespiti geremektedir. Somut olayda oluşan kamu zararının haksızlık ögesi bakımından yeterli bir miktarda olmasının tespiti yeterli olacaktır, zararın miktarının tespiti gerekli değildir³²². Yani zararın varlığının tespiti gerekli iken bu zararın miktarının belirli ve kesin bir rakam olarak tespiti gerekmemektedir.³²³ Ayrıca kanun koyucu maddede için herhangi bir etkin pişmanlık hükmüne yer vermediğinden oluşan kamu zararının ödenmesi, sonradan giderilmesi hali suçun oluşmasını engellemeyecektir³²⁴.

Ceza kanununda “kamu zararı” kavramının tanımı yapılmamasına rağmen başka bir kanunda kamu zararı terimi kullanılmış ve bu kavramın tanımı yapılmıştır. 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu 71. maddesinde kamu zararı terimini tanımlamış ve belirlenmesinde gözetilecek kıstasları sıralamıştır. 5018 sayılı Kanunun 1. maddesinde amacı ; “Bu Kanunun amacı, kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemektir.”, 2. maddesinde kapsamı;” Bu Kanun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsar” şeklinde tanımlanmıştır.

³²¹ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.94, “TCK md.230/2 de devletçe bir zarar husule gelmiş ise cezanın arttırılacağı kabul olunmuştur. Bu fıkranın uygulanabilmesi için, zararın doğrudan doğruya sanığın eyleminden meydana gelmesi gerekir.” (CGK. 05.07.0965, 4–264/285)

³²² “kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmayacağı ve aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendisine özgü özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirtme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanmasında dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapım gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir.” (CGK. 18.10.2005, 4MD. 96/118)

³²³ “belediye memuru olan sanığın... isimli kişinin su sayacını okumaya gittiğinde sayacın mühürünün koparılmış olduğunu gördüğü halde tutanak tutmayarak görevini savdığı anlaşılmasına göre 5237 sayılı TCK’nın 257. Maddesi uyarınca da miktarı tespit edilemese de kaçak su kullanımı nedeni ile kamu zararına yol açtığı ve kaçak su kullananın haksız kazanç sağlamasına neden olduğu da gözetilerek görev savma suçundan hükümlülük kararı verilmesi yerine yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (CGK, 18.10.2005, 4MD 96/118)

³²⁴ “..devlet zararının sonradan ödenmesinin suçun oluşmasını önleyemeyeceği düşünülmeden yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 12.07.2006, 1778/13853)

Kanunun 71. maddesinde ise “Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.” şeklinde tanımlanmış ve kamu zararının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler şu şekilde sıralanmıştır;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- f) (Kaldırıldı)
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Görüldüğü üzere 5018 sayılı Kanun da kamu zararı kavramını “maddi ekonomik zarar” anlamında değerlendirmektedir. Hukuk düzeninde kullanılan kavramların bütünlük arz etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kamu zararı kavramının belirlenmesinde 5018 sayılı kanunun yukarıda sözü edilen 71. maddesinden yararlanılması kanun kapsamındaki kamu idareleri bakımından zorunlu sayılmaktadır. Zararın bulunup bulunmadığıyla ilgili yapılacak bilirkişi incelemesinde, anılan madde de yer alan kriterler gözetilmelidir³²⁵.

Ancak 5018 sayılı yasanın kamu zararının tespit edilmesinde kriter olamayacağını söyleyen yazarlarda da mevcuttur. Yazarlara göre; 5018 sayılı kanun, kamu mali yönetimine ilişkin olarak kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş bulunduğundan kamu zararının ekonomik bir kavram olarak değerlendirilmesi doğaldır. Oysaki Ceza Kanununun 257. maddesinde öngörülen kamu zararının 5018 sayılı kanunda ifade edilen kamu zararı ile bağdaştırılmasını gerektiren bir hüküm bulunmamaktadır. Madde metninden kamu zararının sadece “ekonomik zarar” ile sınırlandırılacağı anlaşılamamaktadır. Gerekçe ise yoruma yardımcı olacak bir olgudur. Bu nedenle “kamu zararı” kavramının ekonomik zarar ile sınırlandırılmasının doğru olmadığını düşünmektedirler³²⁶.

Yargıtay’ın bu konudaki kararlarına bakıldığında ise, yüksek mahkeme kamu zararı kavramını ekonomik zarar olarak ele alır ve bu zararın tespitinde 5018 sayılı kanundaki

³²⁵ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.95

³²⁶ MERAN Necati, 2008, s.321

kriterleri kullanılmaktadır³²⁷. Ancak karşı oy yazılarında bu hususun tersine savunan üyeler de vardır³²⁸.

Görevin gereğine aykırı olarak yapılan harcamanın aslında yine kamu yararına ve kamu hizmeti yolunda kullanılmış olması suçun oluşmasını önlemeli midir? Benzer biçimde, kamu görevlisi olan failin kamu hizmetinde kullanılmakla birlikte kendisine harcama yetkisi veren kalemlerden birindeki parayı diğer kalemlerle ilgili olarak harcaması durumunda suç işlendiği kabul edilmeli midir? Bu tür olaylarda aynı kamu idaresinin hizmetinde kullanılmak üzere usulsüz harcama yapılmaktadır. Kanaatimizce bu tür yetki aşımı sureti ile yapılan harcamalarda kamu zararının var olup olmadığını belirlemek için yine sözü edilen 5018 sayılı kanunun 71. maddesinden yararlanılmalıdır. Göreve aykırı yapılan işlem ve eylem

³²⁷“sanıkların yüklenen görevi kötüye kullanma eylemleri nedeni ile 5237 sayılı TCK’nın 257. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına (5018sayılı kamu mali yönetimi ve kontrol yasasının 71. maddesi uyarınca ekonomik zarar) neden olursa ve kişilere haksız kazanç sağlama koşullarının oluşup oluşmadığına bakılmadan Sayıştay uzman denetçisi ve devlet ihale mevzuatından anlayan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılarak sonuca göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 02.10.2007, 5246/7625) “Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; madde gerekçesinde “ekonomik bir zarar olduğu” vurgulanan anılan kavramla ilgili olarak yasal düzenleme içeren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde ise; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem ve ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınamayacağı ve aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendisine özgü özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirtme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapım gerçekleştiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken; norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklinde bir varsayımla da hareket edilmemelidir.” (C.G.K. 18.10.2005, 4MD. 96/118)

³²⁸“ KARŞI OY=5018 sayılı yasanın 1. maddesinde yasanın amacının “kamu kaynaklarının ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi, kullanılması ve tüm mali işlerinin kontrolünü düzenlemek” olduğu açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu yasanın konusu kamu maliyesi ve mali işleridir. Yani paradır. Bu nedenle zarar kavramının da ekonomik zarar olarak tanımlanması da gayet doğaldır. Modern devlette kamu hizmetlerinin yürütülmesi ancak para ile mümkün olabilmektedir. Devlet topladığı paraları yetkili organları ile belirlenen hizmetlere harcamaktadır. Hukuk toplumunda para ile ölçülebilen değerler dışında başka değerler de yok mudur? Salt parasal değerlerini ölçemediğimiz için kültürel değerlerimizin tümünü yok saymak mı gerekecektir?

Sonuç olarak; “kamu zararı” kavramının mağduriyet kavramında olduğu gibi geniş anlamda yorumlanması gerektiği kanaatindeyim. Esasen bu yorum tarzı üst norm olan anayasanın yukarıda işaret edilen 2. ve 5. maddeleriyle, ceza yasasının genel prensiplerine de uygun olacaktır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kamu görevlilerine yüklediği sadakat görevi de bunu gerektirmektedir. 257. maddenin gerekçesindeki ekonomik zarar tanımı belirtilen ilkelere uygun bir izah tarzı değildir. Esasen her hukuk normunun temelinde bir değer yatmaktadır. Bu açıdan toplumun bekası için zaruri olan bu hukuk normlarını ihlal eden her eylem aslında başlı başına da bir kamu zararına sebebiyet vermiş demektir.

Kamu zararının dar anlamda ve sadece maddi zarar olarak kabul edilmesi halinde yasalarda suç olarak tanımlandıkları halde kişilerin mağduriyeti ve kişilere haksız kazanç sağlama unsurunu kanıtlanma olanağı mümkün olmayacağı için ekonomik zarar oluşturmadığı gerekçesiyle cezai yaptırım uygulanmayacaktır. Örneğin; çağrıldığı halde otopsiye gitmeyen doktor yerine başka bir hekim alınarak otopsi işlemlerinin tamamlanması halinde otopsiye gitmeyen doktora, genel ve katmalı bütçeli kamu kurumları ile belediyenin 2886 sayılı yasanın 1. ve 36. maddeleri gereğince mutlaka “kapalı teklif usulü” ile yaptırılması zorunlu olan işlerin “pazarlık usulü ile ihale” yöntemi ile yaptırılan kamu görevlilerine...” (4.C.D. 26.02.2007, 2005/13076, 2007/1959)

dolayısıyla; kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması hususunda anılan maddedeki ilkelere göre araştırma yapılmalıdır³²⁹.

4.2.6.5. Kişilere Haksız Kazanç Sağlamak

Madde 257/1 ve 2. fıkralar açısından maddi unsuru oluşturabilecek son netice ise; görevin gereklerine aykırı davranmak sureti ile kişilere haksız kazanç sağlanmış olmasıdır. Haksız kazanç; bir kişinin hakkı bulunmadığı halde ve hukuk düzenince onaylanmayan yöntemlerle mal varlığının artırılmasıdır³³⁰. Bu kazancın sağlandığı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişide olabilir, yeter ki bu kişi yarar sağlandığı belirlenebilen bir kişi olsun³³¹.

Haksız kazanç kavramının da maddi nitelikte ekonomik bir zararı mı ifade ettiği yoksa maddi nitelikte olmayan manevi yararı da içine alacak şekilde geniş yorumlanıp yorumlanmaması gerektiği doktrinde “kamu zararı” kavramında olduğu gibi tartışma yaratmıştır.

Haksız kazanç kavramını ekonomik nitelikte değerlendiren yazarlar; “malvarlığını doğrudan olmasa da failin sağladığı avantaj ya da statü ile dolaylı olarak artıran fiillerde kazanç sayılır³³², kanun koyucu 257/3. maddede “çıkart”, irtikap ve rüşvet suçlarında ise “yarar” kavramlarını kullanırken, 257/1,2 de “kazanç” kavramını tercih ederken bilinçli davranmıştır³³³” görüşündedir

Haksız kazanç kavramının yalnızca maddi değerleri değil, manevi yararları da kapsayacak nitelikte geniş yorumlanması gerektiğini savunanlar; hukuken hak sahibi olmadığı halde bir kişinin hukuk düzenince onaylanmayan yöntemlerle maddi ve manevi bir yarar sağlanması, malvarlığının artırılması veya artışa olanak sağlayan bir avantaj ya da çıkarın elde edilmesi hallerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini söylerler³³⁴. Gereğede verilen; “kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı halde

³²⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.95

³³⁰PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3631

³³¹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.92

³³²PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3631

³³³GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.90

³³⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.90

yararlandırılmış olabilir. Kişiyeye belirli bir sınaî ve ya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin ve koşulları taşımadığı halde, bu faaliyetlerin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir plan tekniğine ve imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkan sağlanmış olabilir³³⁵, örneklerinin ekonomik çıkarlardan yola çıkması, ekonomik olamayan çıkarlara yer verilmemesi sebebi ile³³⁶ sadece maddi kazançların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğini, ilgisine sağlanan her türlü haksız çıkarın bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunurlar³³⁷.

Haksız kazanç kavramının muhtevasını netleştirecek yerleşmiş yargı kararları da bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme bazı kararlarında kazanç kavramını dar yorumlamış, fakat karşı oy yazılarında ise salt maddi, ekonomik nitelikteki olmayan kazanımları bu kapsamda değerlendirmiştir³³⁸.

Kişilerin, kamu idaresinin vereceği izinler veya sağlayacağı olanaklarla yapabileceği faaliyetler vardır. Bu faaliyetleriyle kazanç sağlamaları söz konusu olabilir. Kamu görevlisi anılan iznin verilmesi ya da olanakların sağlanması işlemlerinde bunlara layık olanlar dışındakilere izin verir, olanak sağlarsa; bu kişiyeye haksız kazanç sağlanmış olacaktır. Kişinin elde ettiği sonuç (kazanç) temelde idare hukukunun sakat işlemine dayandığı için haksız bir kazanç olarak nitelendirilecektir³³⁹. Örneğin kişi, devletin sağladığı belirli bir krediden yararlanmak için gerekli şartları taşımadığı halde bundan yararlandırılmış olabilir³⁴⁰.

Yalnızca maddi değerlerin haksız kazanç kavramına dahil edilmesi durumunda bazı eylemlerin; cezasız kalması ihtimalinin doğacağı uyarısı yapılmaktadır. “Örneğin; mahkeme tutanak yazmanı olan sanığın mahkemece verilen onanma kararı ve diğer evrakları dosyada vekaleti bulunmayan avukata imza karşılığında teslim etmesi, jandarma karakol komutanı yardımcısı olan sanığın silahla tehdit suçundan dolayı yapılan başvuru üzerine, suça konu tüfeğe el koyduktan sonra gereği için, C. savcılığına göndermesi gerekirken, tarafların barıştığı gerekçesi ile silahı geri vermesi, infaz evrakını hazırlamak ve infaz edilip edilmediğini denetlemekle görevli, yazı işleri müdürü olan sanığın, uzun süre ve ancak adalet müfettişleri tarafından uyarılması üzerine, hapis cezasına ilişkin ilamat evrakını infaza

³³⁵Madde gerekçesi

³³⁶MERAN Necati, 2008, s. 322

³³⁷MERAN Necati, 2008, s. 327

³³⁸“kamunun zarara uğraması ise, madde gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi “ekonomik bir zararı” ifade etmektedir.” (C.G.K. 17.04.2007, 4–88/94)

³³⁹KAYLAN Keskin, s.20

³⁴⁰TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.754

vermesi eylemlerinde, kişilere ekonomik bir kazanç sağlanmamış olması nedeni ile suç oluşmayacak mıdır?”³⁴¹

“Bu eylemlerde ortada maddi anlamda bir haksız kazanç olmasa dahi kötüye kullanma suçu vücut bulacaktır.” şeklinde cevap veren yazarlar “bu halde kamu zararının neticesinin oluştuğunu ve oluşan kamu zararı nedeni ile failin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması gerektiğini” savunurlar³⁴². Ancak burada yazarların kamu zararını da sırf maddi nitelikte değil kamuya olan güveni sarsan, kamu idaresinin işleyişini zaafa uğratan nitelikte her fiil olarak kabul ettikleri dikkatlerimizden kaçmamalıdır.

Kamu görevlisinin gereklerine aykırı hareketi sonucu, kişilere sağlanan menfaat haksız değil ise, hüküm kapsamında değerlendirilemez. Diğer bir ifade ile bireylerin haklarının teslimi zımında gerçekleştirilen görevin gereklerine aykırı davranışlar, başkalarını mağdur etmemek ve kamunun da zararına yol açmamak şartı ile madde kapsamında değerlendirilemez³⁴³.

Görevin gereğine aykırı davranılması sureti yapılmaması gereken bir işlemin yapılması ile kişilere haksız kazanç sağlama neticesi oluşan görevi kötüye kullanma suçu ile yapılmaması gereken bir işlemin yapılması için haksız yarar sağlama neticesi oluşan rüşvet suçu, şeklen birbirlerine benzemektedirler. Bu nedenle bu iki suçun birbirinden ayrılmasının da kullanılabilir ölçü “rüşvet anlaşması”dır. Gerçekten görevi kötüye kullanma suçunda faili ile vatandaşın karşılıklı olarak kazanç sağlamaya ilişkin bir mutabakatları olmadığı halde rüşvet suçunda taraflar arasında “yarar” sağlanması hususunda bir antlaşma yapılmaktadır.

4.2.6.6.Kendisine Veya Bir Başkasına Çıkar Sağlama

TCK m. 257/3’te düzenlenen 765 sayılı Kanun da basit rüşvet olarak adlandırılan suçun oluşumu açısından netice; çıkarın sağlanmasıdır. Yalnız burada TCK m.257/3 ile 765 sayılı Kanun m.212/1 deki basit rüşvet suçunun farklılaştığı bir noktaya vurgu yapmak isteriz. 765 sayılı Kanun döneminde basit rüşvet suçunun oluşumu bakımından “vaat veya taahhüt” elde

³⁴¹MERAN Necati, 2008, s. 327

³⁴²MERAN Necati, 2008, s. 327

³⁴³ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.760

edilmesi suçun tamamlanması için yeterli idi. Suçun olduğu an bu vaat veya taahhüdün kabul edildiği an idi yoksa bu vaadin yerine getirildiği yahut taahhüdün ifa edildiği an değil.

Oysa TCK'nın getirdiği sistem içinde görevin gereklerine uygun davranma suçunda “çıkarın” vaad edilmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir, ayrıca bu çıkarın teslimi gerekmektedir. Kanun koyucunun “sağlama” kavramını kullandığına göre çıkarın verilmesini, elde edilmesini fiilen aramaktadır. Kamu görevlisinin işi yapmasından önce sağlanan çıkarda suçun tamamlanması için işlemin yapılması gerekmemektedir³⁴⁴ zira suç çıkarın verilmesi ile tamam olmuştur.

Haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması halinin de çıkar sağlamak kavramında dahil olduğunu, bu hususun madde gerekçesinde; Çünkü bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısı ile kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda da, kişiler hakkın teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görünüşte rızaya dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısı ile burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir.” şeklinde izah edildiğini daha önce açıklamıştık. Haklı işin görülmesinden sonra kamu görevlisinin herhangi bir talebi olmadan “hediye” adı altında verilen değerlerinde “çıkar” kavramına dahil olduğu bu noktada gözden kaçırılmamalıdır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 29. maddesi ile “devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları” yasaklanmıştır. Ancak bizim üzerinde durmak istediğimiz başka bir yasal düzenleme daha vardır ki bu; 25.05.2004 tarihli ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3. ve 7. maddelerine dayanılarak hazırlanan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliktir.

Bu yönetmeliğin 15. maddesi 1. fıkra ile hediyein tanımı şu şeklide yapılmıştır; “Kamu görevlisinin tarafsızlığını, performansını, kararını veya görevini yapmasını etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan, ekonomik değeri olan ya da olmayan, doğrudan ya da dolaylı olarak kabul edilen her türlü eşya ve menfaat hediye kapsamındadır.”

³⁴⁴SOYASLAN Doğan, 2006, s.528

Yönetmeliğin 15. maddesi 2.ve 3. fıkraları; “Kamu görevlilerinin hediye almaması, kamu görevlisine hediye verilmemesi ve görev sebebiyle çıkar sağlanmaması temel ilkedir. Kamu görevlileri, yürüttükleri görevle ilgili bir iş, hizmet veya menfaat ilişkisi olan gerçek veya tüzel kişilerden kendileri, yakınları veya üçüncü kişi veya kuruluşlar için doğrudan doğruya veya aracı eliyle herhangi bir hediye alamazlar ve menfaat sağlayamazlar.” hükmü ile hediye alma ve menfaat, çıkar sağlama yasağı getirmiştir. Yönetmeliğin 15. maddesi diğer fıkralarında ise hediye alma yasağı kapsamına dahil olacak veyahut hediye alma yasağı kapsamında kalacak durumları sıralamıştır.

Bu yönetmeliğinde kamu görevlisine uymakla yükümlü olduğu bir görev yüklediği göz önüne alındığı zaman bu yönetmeliğe aykırılığında görevin gereklerine aykırılık teşkil edeceği aşıkardır. Bu itibarla; kişinin haklı işi gördükten sonra dahi yarar sağlaması fiili de görevi kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilecektir³⁴⁵.

4.2.7. Nedensellik Bağı

Ceza hukuku açısından bireylerin sorumlu tutulabilmesi için; iradi bir hareketle dış dünyada bir değişikliğin meydana getirilmiş olması ve bunun cezai nitelik taşıyan normlarda tanımı bulunan tipik neticeyi oluşturması gerekmektedir. Ancak sorumluluk açısından dış dünyadaki bu değişiklik yetmemekte ayrıca yapılan hareketle meydana gelen haksız netice arasında mutlaka nedensellik bağlantısının kurulabilmesi de aranmaktadır. Nedensellik bağlantısının söz konusu olmadığı durumlarda bireylerin cezai sorumluluğundan da bahsedilemez³⁴⁶. Bu gereklilik ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile de bağlantılıdır. Gerçekten de kimse irade dışı hareketlerle, üçüncü kişilerin meydana getirdiği neticelerden ya da doğa olaylarının neden olduğu sonuçlardan sorumlu tutulmaz³⁴⁷.

³⁴⁵ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3631

³⁴⁶ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.71

³⁴⁷ HAKERİ Hakan, s.153

Nedensellik bağlantısı konusunda çoğu kanunda olduğu gibi TCK da açık bir düzenleme bulunmadığı söylenmelidir. Bu nedenle nedensellik bağlantısı sorununun çözümünün öğretisi ve uygulamaya bırakıldığını söylemek yanlış olmaz³⁴⁸.

Gerçekte nedensellik bağı ve bunun tespiti hukuki bir konu ve kavram değildir; mantık ve insan yaşamına ait, deneylere dayanan ve kazanılan bir kavramdır. Nedensellik bağı konusunda verdiğimiz hüküm, hayat kural ve deneyimlerimizden edindiğimiz bilgiler sonunda vardığımız ve mantığı ilgilendiren bir sorun olmaktadır. Diğer ifade ile olayları ve etkenlerini algılarız ve hayatın bizlere kazandırdığı deneyimlerimize göre bir sonuca vararak, hareket ve netice ilişkisini tespit ederiz³⁴⁹.

Görevi kötüye kullanma suçunda nedensellik bağı; maddede belirtilen kanuni neticenin, failin görevinin gereklerine aykırılık oluşturan davranışına bağlı olarak ortaya çıkmasını ifade eder. Daha açık bir anlatımla, fail, göreve aykırı davranışının doğal ve doğrudan sonucu olarak kişilere haksız kazanç sağlamalı veya mağduriyetine veya kamunun zararına yol açmalıdır. Fiilin dolaylı biçimde yol açtığı netice kanunda kastedilen netice olmayacaktır. Örneğin; belediye hesap işleri müdürü olan sanığın, belediye işçisi (...) hakkında maaşının dörtte birine haciz konulmasını içeren icra müdürünün yazısına karşın, hiç kesinti yapmaması veya (...)’in isteğine uyararak maaşının altıda birine haciz işlemi yapması eyleminde failin hareketi (göreve aykırı işlem) ile netice (icra alacaklısının mağduriyeti veya borçlunun kazancı) arasında doğrudan ve doğal ilişki vardır³⁵⁰.

İhmal suçlarında ihmalin kendisi bizzat illeti teşkil ederken³⁵¹ TCK m.257/2 bir zarar suçu olduğundan ve sadece ihmalin gösterilmesinin suçun gerçekleşmesi için yeterli olmayıp maddede sayılan neticelerinde oluşumu gerektiğinden illiyet bağı; bizzat ihmalin kendisi değil fakat ihmal hareket ve ihmali hareket nedeni ile oluşan neticeler arasında kurulur.

³⁴⁸ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.220

³⁴⁹ HAKERİ Hakan, s.153

³⁵⁰ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.100

³⁵¹ ŞIK Hüseyin, s.98

4.3. Suçun Manevi Unsuru

4.3.1. Genel Olarak

Fiilin sübjektifliği ilkesi, suçtan söz edilebilmesi için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerektiğini yani suçu oluşturan fiil ile fail arasında sadece nedensel bir bağın değil, aynı zamanda psişik bir bağın da bulunmasını ifade eder³⁵². İşlediği fiil ile kişi arasındaki psişik bağlantı, suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu oluşturmaktadır³⁵³

Suçun manevi unsuru veya sübjektif unsuru uzun bir süredir kusurluluk deyimi ile ifade edilmektedir³⁵⁴. Kusurluluk; failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına (isnad yeteneği) sahip bulunduğu halde hukuka aykırı bir davranış seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebi ile bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir³⁵⁵. Hareketin ve ihmalin mutlaka bilinçli ve iradi olmasını gerektiren bu unsur iki biçimde ortaya çıkar. Bunlar kast ve taksirdir³⁵⁶.

Kast TCK m. 21’de şu şekilde tanımlanmıştır; “kast, suçun tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” Bu tanımdan kastın oluşması için aranacak iki unsura ulaşılır; bunlar suçun oluşması için fiilin kanuni tanımındaki unsurların bilinmesi ve söz konusu fiilin irade edilmesi yani istenmesidir.

Kastı kendi içinde çeşitli ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Biz bunlardan genel kast- özel kast ayrımı üzerinde duracağız.

Kanunun sadece maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasını kabul ettiği, suçun varlığı için faili harekete geçiren amacın önem taşımadığı hallerde; genel kast, kanunun maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka failin özel bir amaçla hareket etmesini gerekli kıldığı hallerde; özel kast³⁵⁷ söz konusu olur. Örneğin; hırsızlık suçunda kanun koyucu yarar sağlamak maksadı ile taşınır malın rıza hilafına alınmasını arar. Ancak belirtmek gerekir ki; amaç ve saik olarak ifade edilebilecek olan özel kast esasen doğrudan kastın bir şeklidir. Kural olarak suç tipinde

³⁵²TOROSLU Nevzat, 2009, s.171

³⁵³ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.223

³⁵⁴TOROSLU Nevzat, 2009, s.174

³⁵⁵HAKERİ Hakan, s.270

³⁵⁶TOROSLU Nevzat, 2009, s.175

³⁵⁷TOROSLU Nevzat, 2009, s.188

özel olarak belirtilmediği sürece bu niteliklerin failin cezalandırılmasında bir etkisi bulunmaz³⁵⁸.

Taksir ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanabilir ve taksirli sorumluluk istisnai nitelik arz eder. Kişi taksirli davranışı sebebi ile ancak kanunun taksirli sorumluluğu öngördüğü hallerde cezalandırılabilir.

4.3.2. 5237 Sayılı TCK Öncesi Durum

765 sayılı TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun tespiti bakımından görüş farklılıkları bulunmaktaydı. Yazarlar, 230. maddenin oluşması bakımından failde genel kastı yeterli görmekte hemfikirdiler, fakat 240. madde tartışma yaratmakta idi.

Bir kısım yazarlar, 240'ıncı maddeyi 230. maddeden ayıran hususun “özel kast” olduğunu vurgulamıştır. Bu görüş şu şekildedir; “ 240. maddenin tahakkuku için, vazifei ihmal suçundan farklı olarak, failde “hususî bir kastın” araştırılması lazım gelir. Yani bu mevzuda, hemen de, failin saikine bakmak lazım geleceği ileri sürülebilir. Faildeki kast, ihmal suçundakinden farklı olarak memuriyete taalluk eden faaliyetleri gayri muayyen maksatlar için –bu maksatlar kendisine veya başkasına menfaat temin etmek yahut başkası için bir zarar husule getirmek olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi iktiza eden yerlerde lüzumlu tasarrufları icra eylememek şuur ve iradesidir. Halbuki vazifeyi ihmal de faildeki kast hususî bir kast değildir; sadece ve yalnız olarak memuriyetin icabından olan bir tasarrufu yapmamak veya vaktinde yapmamak şuur ve iradesinden ibarettir³⁵⁹.”

240 ve 230. maddelerin farkının hareket ögesinde olduğunu savunan ve bu suçların arasında manevi unsur bakımından fark olmadan genel kastın yeterli olduğunu savunan yazılar ise yukarıdaki görüşü şu şekilde eleştirmektedir; “biz, vazifenin kötü kullanılmış olması neticeyi teşkil ettiğine ve failin bu kötü davranışı bilmesi ve istemesi kastı meydana getirdiğine göre ayrıca hususî kasda lüzum olmadığı kanaatindeyiz. Mahkeme ile işi olmayan

³⁵⁸ ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.246

³⁵⁹ DÖNMEZER Sulhi, s.231, YAŞAR Hakkı, s.863

bir kimseye resmen davetiye gönderen zabıt katibi, vazifesini kötüye kullandığını bilmektedir. Bu kasıt kafidir. Çankırı'daki arkadaşının Ankara'ya gelmesini temin maksadı ile hareket etmiş olmasının suç bakımından tesiri yoktur³⁶⁰.”

Mukayeseli hukuka bakıldığında ise suçun manevi unsuru konusunda kanunları iki sisteme indirgemek mümkündür. Birinci sistemi benimseyen kanunlar, suçun oluşumu bakımından kastı yeterli görüp ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmesini aramazlar. İkinci sistemi kabul eden kanunlar, suçun gerçekleşmesi bakımından failin saikine bakarlar. Ancak kanunların aradıkları saik birbirinden farklılıklar arz eder. Gerçekten 1930 İtalyan CK. m. 323 başkasına zarar verme veya başkasına bir fayda sağlama, Danimarka CK. m. 155 bir şahsın veya kamunun haklarına zarar verme, kendisine veya başkasına meşruu olmayan menfaat sağlama saikini suç tipinde ayrıca gösterdikleri gibi, 1948 Romanya CK. m. 245 de, kişilerin kanuni haklarına veya kamunun mallarına zarar veren memurun bu fiilleri işleminde maddi veya şahsi yararının bulunmasını zorunlu görmektedir³⁶¹. 2001 TCK tasarısında da 765 sayılı Kanun da 240. maddenin karşılığını olan suçun oluşması için “özel kast” a yer verilmiş. Buna göre memurun kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadı ile hareket etmiş olması gerekirdi. Yani neticelerden birinin doğacağı failce öngörülüp istenmesi ya da buna razı olunması yetmez; failin açıkça bu saikle hareket etmiş olması gerekirdi³⁶².

Yargıtay kararları incelendiğinde ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararlarında³⁶³ 240. maddedeki suçun oluşması bakımından özel kastı aradığı gözükmekte, fakat Yargıtay 4. C.D. ise suçun genel kast ile işlenmesini kafi bulduğu³⁶⁴ gözlemlenmektedir.

³⁶⁰KUNTER Nurullah, s.393

³⁶¹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.764

³⁶²TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.763

³⁶³“Suçun manevi unsurunu ise genel kastın yanında özel kast oluşturur. Bu suç taksirle işlenemeyeceği gibi hukuki ve fiili yanılma hallerinde de suçun manevi unsuru oluşmayacağı için suçta düşünülemez.” (Y.CGK., 17/02/1986,4-431/48) “ yerel mahkeme, sanığın formu üzerine özel bir kastla –hastanın Eskişehir doğumevine sevki uygundur. Uçakla gitmelidir.- yazdığını kabul ederek, sanığın mahkumiyetine karar vermiştir. Toplanan deliller, olayda sanığın özel bir kastla hareket ettiğini kabule elverişli bulunmamaktadır.” (Y.CGK., 19/03/1984, 4-396/99) “...hastanesi müdür yardımcısı olan sanığın, satım yönetmeliğine aykırı olsa da, teamül haline getirilen usulle 2. banyo suyu satması ve bu satıştan aldığı para ile hurda oto lastiği parasının iş yoğunluğu arasında unutup, zamanında vezneye yatırmaması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Çünkü eylemde bu suçun özel kast unsuru bulunmamaktadır. Saptanan oluşa göre, görevi savma suçundan cezalandırılması gerekir.” (Y.CGK., 02/03/1992, 9-38/61)

³⁶⁴ “Çaykur ihale komisyonu olan sanıkların, yasa ve yönetime aykırı biçimde ihale yapıp kurumu zarara uğratmalarına karşın, genel kastla işlenen suçta özel kasta ağırlık veren bilirkişi raporu doğrultusunda beraat hükmü kurulması...” (4.C.D., 27/06/1995, 3990/4785) “sanıkların köye ait taşınmaz alınan karar kaymakamlıkça onaylanmadan kiraladıkları anlaşıldığı ve bu durumuyla görevde yetkiyi kötüye kullanma suçları olduğu halde, genel kastla işlenen suçta özel kastı arayan bilirkişi raporuna dayanarak karar verilmesi...” (4.C.D., 12/10/1994,5447/8072) “Belediye başkanı olan sanığın belediyeye ait... tesisini ihale

4.3.3. 5237 Sayılı TCK'da Suçun Manevi Unsuru

5237 sayılı TCK da ise görevi kötüye kullanma suçunun tüm fıkraları için geçerli olmak üzere, suçun oluşması için, failde genel kastın bulunması yeterlidir. Görevin gereklerine aykırı davranıldığını bilen ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek kişilerin menfaatine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilerden bilerek haksız kazanç sağlayan, kamu görevlisinin suçu işleme kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekir. Eylem sonucunda, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunacağına ya da kişilere haksız kazanç sağlanacağına bilinmesi ve istenmesi yeterlidir, ayrıca bu saikle hareket edilmesi şart değildir³⁶⁵. Belirtilen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız kazanç sağlamış olması şartı, davranışın bir sonucu olup maddi unsura dahildir. Bu sonuçlar suçun maddi unsuruna dahil olduğundan suçun tamamlanması için bunların gerçekleşmesi şarttır. Oysa bu sonuçları istemek özel kast şeklinde anlaşılacak olursa, suçun tamamlanması için bu sonuçların gerçekleşmesi gerekmez, failin bu sonuçları gerçekleştirmek amacıyla görevin gereklerine aykırı davranması suçun tamamlanması için yeterli olur³⁶⁶. Sonuç olarak kanuni tanımında fiil maksatlı suç tarzında düzenlenmediğinden³⁶⁷ suçun özel kasta dayandığı söylenemez³⁶⁸.

Madde 257 açısından failde doğrudan kastın bulunması halinde suçun oluşacağına tereddüt yoktur. Failin saiki ve maksadı farklı olsa dahi görevin gereklerine aykırı davranışının kesinlikle maddedeki neticelere yol açtığını bilmesi ve istemesi durumunda suç doğrudan kastla işlenmiştir³⁶⁹. Suçun olası kastla³⁷⁰ işlenmesinin ise teorik olarak mümkün

yoluyla kiraya vermesi gerektiği halde, ihale yasasının koyduğu yöntem ve biçimlere uymayarak, ilk kiralayandan devralan kişiye sözleşme ile 10 yılına kiralamaktan ibaret olan ve mahkemece böyle kabul edilen eylemlerinin, görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, genel kastla işlenen suçta özel kasta ağırlık verilerek beraat hükmü kurulması..." (4.C.D., 24/11/1994, 7787/10193)

³⁶⁵MERAN Necati, 2008, s.329

³⁶⁶ERGÜN Güneş, s.145

³⁶⁷Eğer madde metninde "kamu zararına kişilerin mağduriyetine veya kişilerden haksız kazanç sağlama maksadı ile görevin gerekleri..." şeklinde bir düzenleme olsa idi suçun öze kastla işlenilebileceği söylenilebilirdi.

³⁶⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.102

³⁶⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.103

³⁷⁰TCK yeniliği ile md. 21/2 de ilk kez kanunda tanımına yer verilen olası kast; "kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır" şeklinde yasallaştırılmıştır. Failin hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngördüğü hallerde, bu hareketini yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun demesi halinde doğrudan kast değil olası kast söz konusudur. (HAKERİ Hakan, s.186) ancak kanunun yaptığı tanım eksiktir ve bu yönü ile bilinçli taksir ile karışmaktadır. Olası kast, kastın isteme unsuru ile ilişkilidir. Olası kastta fail neticeyi istemez, meydana gelmemesini umut eder ama meydana gelecek olmasına aldırılmaz. Bu anlamda failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen aldırılmaması neticeyi göze almasıdır. (ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / KORAY / TEPE ,s.249)

olduğu belirtilmekte³⁷¹ fakat suçun niteliği gereği olası kastın gerçekleşmesinin zor³⁷² olduğu dile getirilmektedir.

257. maddenin taksirli hali kanunda söz konusu olmadığından failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile kişilerin mağduriyetine, kamu zararına ve kişilere haksız kazanç sağlaması durumunda cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır. Bu tür davranışlar disiplin hükümleri içerisinde değerlendirilebilir.

Kamu görevlisinin hareketi, mesleki yetersizlik³⁷³, iş çokluğu, hastalık, maddi yanılğı, beşeri hata³⁷⁴... vb gibi durumlardan kaynaklandığında failin kasten hareket ettiği kabul edilemeyecektir. Bu halde failin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Fakat görevden doğan yetkilerin kötüye kullanılmasında kapris, taraf tutuculuk, gaddarlık, zorbalık, misilleme, intikam, düşmanlık nisbet yapma sebebi ile hareket edilmesi durumunda kastın varlığı için her şey mevcuttur³⁷⁵.

4.3.4.Kusurluluğa Etki Eden Haller

4.3.4.1.Hatanın Etkisi

TCK 4. madde “Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılamayacağı” hükmünü amirdir. Ancak kusurluluğa etki eden bir hal olarak hata TCK m. 30/4’te “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁷¹Örneğin; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket ederken bundan doğacak sonuçları-kamu zararı, kişiler bakımından haksız kazanç, mağduriyet- sadece öngörmüş olması durumunda olduğu gibi (ERGÜ, Güneş, s.145)

³⁷²PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3636

³⁷³“görevi ihmal suçunun oluşması için failde ihmal kastının bulunması gerekir. Olay görevi ihmal kastından değil sanığın mesleki deneyimsizliğinden kaynaklanmıştır. ve nedenle muayene yanılığısı olarak değerlendirilmesi gerekir.” (Y.CGK, 06/10/1998, 6-214/296)

³⁷⁴“mahalle muhtarı olan sanığın insani yanılğı sonucu mahalle mührünü yitirmekten ibaret olan eyleminde görevi ihmal suçunun öğeleri oluşmadığı halde hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D., 20/03/1997, 1329/2094)

³⁷⁵CİHAN Erol, s.191

İncelememiz konusu açısından hatanın önemini arttıran soru; ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz, fakat ceza kanunu dışında normatif bir unsuru düzenleyen kanunu bilmemek mazeret sayılacak mıdır?

Ceza kanunu dışında kalan kanunlarda hata ya fiil üzerinde hataya dönüşür ve mazeret sayılır veya fiil üzerinde hataya dönüşmez, ceza normu üzerinde hata olarak kalır ve bu nedenle mazeret sayılmaz. Burada önemli olan ceza kanunları dışındaki bir kanuna ilişkin hatanın ne zaman fiil üzerinde bir hataya dönüştüğüdür³⁷⁶.

Bilindiği gibi, suç fiilinin ceza normu tarafından yapılan tanımı içinde hem maddi nitelikte unsurlar hem de normatif nitelikte unsurlar bulunabilir. Bu normatif unsurlar ise, bizzat ceza normunun kendisi tarafından tanımlanabileceği gibi görevin gereklerine aykırılık suçunda olduğu gibi ceza normu dışında kalan bir norm tarafından da tanımlanabilir. İşte ceza normları dışında kalan normlar üzerinde yapılan hatanın fiil üzerinde hataya dönüşüp dönüşmediği hatanın her bir somut olaydaki psikolojik etkisine bakılarak değerlendirilir. Suç fiilinin normatif unsuru haline gelen ceza kanunu dışındaki normlar, aynı zamanda suç fiiline özel bir nitelik kazandırır. Dolayısıyla failin ceza kuralının dışında kalan bir normu bilmemesi veya yanlış bilmesi nedeni ile ceza normu tarafından yasaklanandan farklı bir fiil gerçekleştirdiği inancı ile hareket etmesi halinde, fiili hatadan kaynaklanan hatayla aynı sonucu doğuran bir hata yani fiil üzerinde hata söz konusudur. Böyle bir hata yani suçun esaslı unsurları üzerinde düşülen hata, failin kastını kaldıracaktır. Görevin gereklerine aykırılık suçunda görevin gereklerini düzenleyen ve ceza kanunu dışında kalan kanunlar, suç fiilinin normatif unsurunu teşkil ederler ve bunlar üzerinde yapılan hata suçun kurucu unsurları üzerinde yapılan bir hatadır ve mazeret sayılır. Bu nedenle kamu görevlisinin görevinin gereklerini veya davranışının görevinin gereklerine aykırılık teşkil ettiğini bilmediği için görevinin gereklerine aykırı davranmadığı inancı ile hareket ettiği hallerde fiil üzerinde hataya dönüşen bir hata söz konusudur ve failin kastını ortadan kalkmış olacaktır³⁷⁷.

³⁷⁶ TOROSLU Nevzat, 2009, s.231

³⁷⁷ ERGÜN Güneş, s.146

4.3.4.2. Amirin Emrini İfa

TCK m. 24. madde 2, 3. ve 4. fıkralarda;

“Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” hükmü düzenlenmiştir.

Kanun koyucu TCK ile amirin emrini ifayı bir hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkarmış ve kusuru kaldıran bir hal olarak düzenlemiştir. Aynı şekilde CMK m. 223/3 b bedinde yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrine yerine getirilmesi sureti ile işlenmesi hali failin kusuru bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmayan hal olarak düzenlenmiştir.

Anayasa madde 137 “kanunsuz emir” başlığı altında;

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” hükmünü düzenlemiştir.

Aynı şekilde Devlet Memurları Kanunu memurların görev ve sorumluluklarını belirlerken madde 11 de; “Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.” hükmünü düzenleme altına almış ve devam eden fıkralarda anayasaya paralel olarak; “Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa,

kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” hükümlerini düzenlemiştir.

Her üç kanunda düzenlendiği üzere hiyerarşik yapı içerisinde bir astlık-üstlük ilişkisi barındırmaktadır. Bu alt-üst ilişkisinin doğal sonucu olarak üstüne yetkileri astında yükümlülükleri bulunmaktadır. Hiyerarşi ilişkisi içinde üstün asta emir verme yetkisini içerir. Başka bir ifade ile hiyerarşi emir verme temeline dayanmaktadır³⁷⁸.

Bu hiyerarşik yapı içinde amirin memuruna verdiği emrin hukuka uygun olması halinde, verilen bu emrin emredilen tarafından icrası da hukuka uygunluk arz edecektir. Bu itibarla, şayet amirin emri hukuka uygun ise, ifa şartları da bağlı kalmak kaydıyla, bu emrin ifasının hukuka aykırılığından bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁷⁹.

Bir emrin TCK m. 24 kapsamında değerlendirilebilmesi için doktrinde emrin bağlayıcı (meşru) bir emir olması gerektiği dile getirilmektedir. Ve bağlayıcı emrin bir takım özellikleri sıralanmaktadır. Emrin bağlayıcı olabilmesi için öncelikle bu emri veren amirin yetkili olması gerekir. İkinci olarak yerine getirilmesi görev yönünden zorunlu olan bir emir olmalıdır. Ve son olarak bu emir kanunun öngördüğü biçim ve içerik koşullarına uygun olmalıdır³⁸⁰. Bu sayılanlara emrin şekli anlamda meşruiyeti denmektedir. Ayrıca emrin maddi anlamda da meşru yani, içerik olarak kanunun göstermiş olduğu şartlara uygun yani, kanunun belirttiği neden ve konuya ilişkin bir irade açıklaması olması da gerekir³⁸¹.

Anayasada ve DMK’da belirtildiği üzere astın kanuna aykırı daha doğrusu hukuka aykırı gördüğü emri yerine getirmeyip, bunu amirine bildirmesi gerekir. Ancak amirin emrinde ısrar etmesi ve bu emri yazılı olarak yenilemesi halinde ast sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.

³⁷⁸ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.123

³⁷⁹ ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.382

³⁸⁰ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.126-127

³⁸¹ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.387

Fakat emri veren amirin sorumluluğu devam edecektir. Yazılı emrin varlığı durumunda, açıkça görevinin gereklerine aykırı hareket eden memur açısından da görevi kötüye kullanma suçundan hüküm yoluna gidilemeyecektir. Çünkü bu durumda yukarıda izah edildiği üzere görevinin gereklerini belirleyen mevzuata açıkça aykırı hareketi amirin yazılı emrinden kaynaklanmaktadır³⁸².

Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesi halinde astın sorumlu olmayacağı bazı haller vardır. Bunlar; öncelikle memurun emrin kanuna aykırı olduğunu bilmemesi yani hataya düşmesi, ikinci olarak ise mevzuatın mutlak olarak itaati aradığı yani bağlayıcı meşru emrin hukuka uygunluğunun şekli koşullarının ast tarafından sorgulanabildiği fakat maddi meşruiyetinin araştırılmadan tersine mutlak anlamda itaatin arandığı hallerdir. Mutlak itaat asker ve polis kişiler bakımından söz konusudur³⁸³.

Belirtmek gerekir ki, sadece hukuka aykırı emrin verilmesi, söz konusu emir memur tarafından yerine getirilmedikçe, belli başına görevin gereklerine aykırılık suçu oluşmaz³⁸⁴. Kanunsuz emri yerine getirmeyen kamu görevlisi de -bu emir yazılı olarak verilse dahi- amirin verdiği emir görevin gereği olduğundan yerine getirmemesi sebebi ile görevi kötüye kullanma suçunun faili olmayacaktır.

Konusu suç teşkil eden emir ise hiçbir surette yerine getirilemez aksi takdirde emri verenle beraber emri yerine getirenin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Konusu suç teşkil eden emir açısından mutlak itaatin gerektirdiği hal gibi sorumluluğu kaldıran bir durumda söz konusu değildir.

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından konusu suç teşkil eden kanuna aykırı emri incelediğimizde; görevin gereğine aykırı davranışta bulunmayı içeren bir emir, kanunsuz emir niteliğindedir. Ancak emrin konusu TCK veya herhangi bir kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması durumunda konusu suç olan bir emirden bahsedemeyiz. Bu halde

³⁸²“Suç tarihinde belediye yazı işleri müdürü vekili olan sanığın, kendisinden yapılması istenilen atama işlemlerinin yasa ve genelgelere aykırı olduğunu emri verene 21.09.2001 günlü yazı ile bildirdiği ancak diğer sanığın ‘atamaların yapılmasına dair tüm sorumluluğu üstleniyorum’ biçimindeki yazılı emri üzerine dava konusu işlemlerinin yapıldığının anlaşılması karşısında, atama işlemlerinin konusu itibari ile suç oluşturup oluşturmadığı ve ne suretle 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 11/3 maddesi kapsamında değerlendirildiği açıklanıp tartışılmadan yetersiz hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 20.12.2004, 13005/12407)

³⁸³ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.390

³⁸⁴ERGÜN Güneş, s.143, “nüfus memuru olan sanığın amiri olan müdürü tarafından kendisine havale edilen mağdurun dilekçesini, mevzuat gereği yetkisiz üçüncü şahıslara nüfus kayıtlarının verilemeyeceği nedeni ile buruşturup çöpe atarak yasal olmayan emri yerine getirmekten ibaret eyleminin disiplin suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden, hükümlülüğe karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 06/06/2000, 3658/4897)

sadece disiplin suçunu gerektiren bir kanuna aykırı bir emir vardır. Örneğin; kanunsuz emir, rüşvet karşılığı göreve aykırı davranmayı içermekteyse konusu suç olacağından, emri veren ve yerine getiren kişi rüşvet suçunu işlemiş olur. Bu nedenle, görevin gereğine aykırı emrin yerine getirilmesi durumunda diğer suçlardan biri oluşmasa dahi, eyleme bağlı olarak kamu zararı ve kişilerin mağduriyetine yol açar veya kişilere haksız kazanç sağlanmış olacak ise emrin konusunun suç olduğu kabul edilmelidir. Örneğin; atamaya yetkili amirin yazılı veya sözlü emri ile mahkeme kararını uygulamayan kamu görevlisi bakımından fiil suç olmaktan çıkmayacaktır³⁸⁵. Bir mahkeme kararının yerine getirilmemesinin emredilmesi halinde de ortada suç teşkil eden bir emir bulunacağından hem bu emri veren hem de yerine getirilen sorumlu tutulacaktır³⁸⁶. Buna karşın, görevin yerine getirilmesine ilişkin takdir hakkının kullanımı ya da mevzuatın yorumu konusundaki görüş farklılıkları dolayısıyla emrin yerine getirilmemesinde suç konusu emirden söz edilmemelidir. Fakat emrin mahkeme kararına uyulmaması gibi kesin suç sayılacak bir konuya ilişkin olması durumunda, eylemin yerine getirilmesi de suç teşkil edecektir³⁸⁷.

4.3.4.3. Haksız Tahrik

Hukuk düzenince tasvip edilmeyen bir fiile muhatap kalarak bu fiilin etkisi ile suç işleyen kimsenin kusurluluğunda bir azalma olduğu kabul edilmektedir. Haksız tahrik; failin haksız bir fiilin doğurduğu gazap ve elemnin etkisi altında hareket ederek, bir suç işlemesidir³⁸⁸. TCK haksız tahrik müessesesini kusurluluğu azaltan bir hal olarak TCK m.29 da düzenlemiş ve cezadan indirim nedeni olabileceğini belirtmiştir.

³⁸⁵ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.142 “açıklanan somut olayda sanık, bu kurallara uygun davranmamıştır. Yargı kararlarını hiçe sayan bir tutum ile uygulanmaz hale getirecek şekilde konusu suç teşkil eden emri yerine getirmiş ve bu keyfi hareketi ile ilgili kişinin hakkını ihlal ederek onun zarara uğramasına neden olmuştur. Sanığın sabit olan eylemi görevde keyfi davranmak suçuna uymakta olup, TCY md.228 uyarınca cezalandırılmasına ilişkin özel daire kararı isabetlidir.” (YCGK.; 11.02.2003, 4MD-63/37)

³⁸⁶ **ERGÜN Güneş**, s.143, “sanık, bankın bilgi ve buyruğu doğrultusunda hazırlanan müşterek kararname taslağını soyadının baş harfi olan (İ) harfini yazarak paraf etmekle, yürütmenin durdurulmasına ilişkin idari yargı kararını etkisiz hale bırakan işlemin yapılmasına yol açmak sureti ile suça katılmıştır. ... sanığın hiyerarşik düzeydeki buyrukları yerine getirmekle yetindiği yolundaki savunması yerinde değildir. Çünkü suç oluşturan bir buyruğu yerine getirmek, eylemi suç olmaktan çıkaran ve onu hukuka uygun kılan bir neden değildir.” (4.C.D. 08.06.2006, 25/15)

³⁸⁷ **GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.142

³⁸⁸ **HAKERİ Hakan**, s.309

İncelememiz konusu açısında da kamu görevlisinin hakız bir fiile karşı olarak görevinin gereklerine aykırı davranışı, görevinin gereğini yapmakta ihmal göstermesi ve bu durumda madde de yer alan neticelerden birinin oluşması durumunda suç oluşacaktır. Fakat somut olayda 29. maddenin şartları yani faile karşı yapılan fiilin hiddet ve şiddetli elem doğurabilecek nitelikte olması halinde haksız tahrik nedeni ile kamu görevlisinin cezasından indirim yapılabilecektir. Yargıtay'ın da görevi kötüye kullanma suçu açısından haksız tahrik hükümlerini tartıştığı kararları mevcuttur³⁸⁹.

4.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık belli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık olarak tanımlanabilir. Hukuka aykırılık hukukun genel olarak yapılmasını ve uyulmasını istediği emir ve taleplerin (emir ve yasakların) aksine olarak fiil hakkında ifade edilen negatif bir değer hükmüdür. Tipe uygun hareket, buna izin veren bir norm nedeni ile hukuk düzenine aykırı bulunmuyorsa, hukuka aykırıda değildir. Hukuka aykırılık tipe uygun fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma içinde bulunmasıdır³⁹⁰.

Eylemin tipikliği, onun aynı zamanda hukuka aykırılığı açısından bir karine oluşturmaktadır. İstisnaen somut olayda tipik eylemin hukuka aykırılığını kaldıran bir neden yoksa tipik eylem aynı zamanda hukuka aykırıdır. Burada artık bir hukuka uygunluk nedeni ile örtülen bir haksızlıktan değil, cezalandırılabilir bir haksızlıktan bahsedilecektir. Buna karşılık somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunda, bu hukuka aykırılık

³⁸⁹“inceleme konusu somut olayda; sanık belediye başkanı seçim döneminde kendisine oy vermediğini düşündüğü müştekinin işine son vermek ve yerine kendi siyasi görüşünde olanları işe almak amacıyla ona çeşitli baskı ve yıldırma metotları uygulamış, müştekinin bu olumsuz davranışlara tepki göstermesi üzerine de düzenlediği tutanakla mevzuata aykırı olarak encümen kararı ile memuriyetten çıkarılmasını sağlamıştır. Müştekinin 22.11.1999 günü sanık belediye başkanına karşı koyması memuriyetten çıkarılması gerekçeleri arasında belirtilmiş ise de; kendi haksız hareketi ile olaya neden olan sanığın haksız tahrik hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır. Tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır. Tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin, haksız bir fiilin yarattığı gazap ve elemnin tesiri altında suç işleme yönünde önceden karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklık sonucu suç işlemesi gerekir. Baştan beri siyasi saikle hareket eden sanığın bu ruhi durumunun tepkisi olarak suçu işlediği söylenemez.... Bu itibarla sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması isabetsizdir.” (YCGK. 17.09.2002, 173/307)

³⁹⁰ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.256

karinesi çürümüş olacaktır. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri, eylemin haksızlığını örtmekte, yani onun hukuka aykırı olarak doğmasını engellemektedir³⁹¹.

Hukuka uygunluk sebepleri TCK’ da sayılanlar ile sınırlı olmayıp, başkaca kanunlardan da kaynaklanabilir. Kanun koyucunun TCK’da saydığı hukuk uygunluk nedenleri ise dört adettir;

1. Kanun hükmünü yerine getirme
2. Meşru savunma
3. Hakkın kullanılması
4. İlgilinin rızası

4.4.1.Kanun Hükmünü Yerine Getirme

TCK m. 24/1; “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.” hükmünü amirdir. Bu düzenlemenin anlamı şudur; kanun hükmü, kişiye bir hak veya bir yetki vermiş olabilir. O halde kişiye herhangi bir hak veya yetki veren kanun hükmünün yerine getirilmesi halinde fiil suç oluşturmaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; kanun hükmünün yerine getirilmesini hakkın icrasından ayıran esas itibari ile onun “görev” ya da “yetki” niteliğinde olmasıdır. Örneğin; bilirkişilik görevinin yerine getirilmesi (CMK m. 62 vd.), terbiye yetkisinin kullanılması (765 sayılı TCK m. 477; 5237 sayılı TCK m. 232); ceza soruşturması yapan kişi (4483 sayılı Kanun m. 1vd.), suçüstü yakalama da herkesin yakalama yapabilmesi (CMK m.90), İİK m.802 gereği haciz amacı ile borçlunun evine giren icra memuru gibi. O halde kanunun belli kişilere belirli bir davranışta bulunmaları konusunda doğrudan yetki vermesine kanun hükmünü yerine getirme denir. Diğer bir deyişle kanun hükmünü yerine getirme, kanunlarca doğrudan verilen yetkiye bağlı olarak kişilerin öngörülen davranışlarda bulunmalarıdır. O halde yakalama yapan ve durumu hemen yetkili makamlara haber veren kişi hürriyetten yoksun kılma (TCK m. 193) suçunu işlemiş olmaz³⁹².

Kanun hükmünü yerine getirmek görevin bir gereği olduğundan kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırılık teşkil edecek bir hareketi olmayacaktır. Bu durumda suç kalıbına uyan bir eylem olmadığından görevi kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Ancak

³⁹¹ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.92

³⁹² ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.263

elbetteki kanun hükmünü yerine getirirken kişi, kendisine verilen yetkinin sınırını aşmamalıdır. Aksi bir durumda TCK m.27/1’de yer alan sınırın aşılması kuralı gündeme gelebilecektir.

Uluslararası antlaşmaların bu madde açısından “kanun” hükmü olarak değerlendirilmesi gerekliliği de unutulmamalıdır. Normlar hiyerarşisi içerisinde kanunlarla eşdeğer kabul edilen hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmaları durumunda Anayasa m.90/5 gereği “kanun üstü norm” kabul edilen uluslar arası antlaşmalar da TCK m. 24/1 kapsamında “kanun” kabul edilir ve hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilir. İç hukukta bir kanun hükmü, uluslar arası antlaşmanın aksine bir düzenleme içeriyorsa o halde iç hukuk düzenlemesini göz önünde bulundurularak eylem hukuka aykırı kabul edilmemeli, aksine, söz konusu kanun hükmü ikinci plana alınarak öncelik uluslararası antlaşma hükmüne verilmeli ve şartlar oluşuyorsa m.24/1 işletilmelidir³⁹³. Yargıtay kararlarında da görevi kötüye kullanma suçu açısından da uluslararası sözleşmelere hukuka uygunluk nedeni olarak rastlanmaktadır³⁹⁴.

4.4.2. İlgilinin Rızası

TCK m. 26/2; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” hükmünü amirdir. Maddeye göre; üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olarak rıza ehliyetine sahip bir kişinin, önceden açıklaması koşulu ile yani korunan hukuki yarar sahibinin ihlale rıza göstermesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. O halde mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabilmesi için hukuki yararın sahibi olmak, diğer bir deyişle bireylerin yararlarının korunmasına ilişkin suç/suçların bulunması gerekir. Bu nedenle her durumda mağdurun rızası geçerli olmaz. Ancak mağdurun rızasının bir işleve sahip bulunduğu hallerde bu hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir³⁹⁵.

³⁹³ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.267

³⁹⁴“sendika ve toplu pazarlık haklarını kamu görevlilerini de kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslar arası sözleşmelerin, özellikle 151sayılı İLO sözleşmesinin devletçe onaylanarak Anayasanın 90. maddesine göre iç hukuk yönünden de bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeni ile sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasalarda öngörülenden fazla ödeme bulunmaktan ibaret eylemlerde suç öğelerinin nasıl oluştuğu ve hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi... yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 13.06.1997, 3993/4355)

³⁹⁵ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.314

Örneğin; malvarlığına, şerefe, hürriyet aleyhine, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda mağdurun rızasını açıklama ehliyetine sahip olması koşulu ile açıklanan rıza eylem hukuka aykırı olmaktan çıkarılabilecektir. Kanun koyucunun “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği” ibaresi ile vurgulamak istediği husus budur. Gerçekten devletin şahsiyeti aleyhine işlenen suçlar bakımından korunan değer devlet, toplum, kamuya ait olduğu için bireylerin bu değerler üzerinde mutlak surette tasarruf etme yetkisi bulunmaz³⁹⁶.

İncelememiz konusu madde açısından önem kazan soru; kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı davranışına, ihmeline veya görev nedeni ile sağlanan çıkara vatandaşın gösterdiği rıza bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilecek midir?

Bu soruya doktrinde iki cevap bulmak mümkündür. İlk görüşe göre mağdurun rızası kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği hallerde bu davranışa maruz kalan kişilerin buna karşı gelmemeleri, yani rıza göstermeleri, mağdurun rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenini oluşturmaz. Zira her şeyden önce burada kamu idaresine karşı işlenen bir suç söz konusu olup suçun mağduru kamu görevlisinin davranışına maruz kalan kişi değil, devlettir³⁹⁷. Bu suçlarla kamu yönetiminde disiplin sağlanması da amaçlandığından, kişilerin mağduriyetine zarar olan davranışların varlığı durumunda, zarar gören mağdurun rızasının bulunması suçun hukuka aykırılığına etki etmez³⁹⁸. Dolayısıyla, bu kişinin belirtilen davranışlara gösterdiği rızanın hukuki açıdan bir değeri yoktur. Kaldı ki kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışlarına tepki göstermemek, her zaman gerçek anlamda bir rızanın bulunduğu şeklinde yorumlanamaz³⁹⁹.

Bu soruya “bu suç açısından da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebileceği” cevabını veren görüş tezlerini suçun artık bir zarar suçu haline getirilmiş olması karşısında korunan hukuki yararın idarenin güvenilirliği ve işleyiş düzeninden daha geniş olması üzerine kurarlar. Buna göre; 257. maddede düzenlenen suç ile fiilin niteliğine göre kişilerin mağdur olmaması, kamunun zarar görmemesi ya da kişilere haksız kazanç sağlanmaması da amaçlanmakta ve bu yöndeki kişisel haklar korunmak istenmektedir. Bu nedenle, kamu görevlisinin, bir kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkına onun rızası ile fakat görevine aykırı olarak müdahale etmemesi durumunda (başkasına haksız kazanç sağlamamış olma ve kamu zararına yol açmama koşuluyla) rızaya dayalı hukuka uygunluk nedeninden

³⁹⁶ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.315

³⁹⁷ ERGÜN Güneş, s.144

³⁹⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.764

³⁹⁹ ERGÜN Güneş, s.144

yararlanabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin; bir yol çalışması sırasında kamulaştırma işlemi yapılmadığı halde, arsa sahibinin rızası ile bir kısım arsayı yola katma emri veren belediye başkanının gereken yasal koşullara uymadan görevi yapma (fiili kamulaştırma) eyleminin suç oluşturmayaacağı söylenebilir. Buna karşın başlangıçta bulunmayan rızanın sonradan gerçekleşmiş olması suçun teşekkülüne mani olmaz⁴⁰⁰.

5.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

5.1.Teşebbüs

Fail, işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doruya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu olacaktır.

765 sayılı TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu değildir. Failin hareketi sonucunda idarenin bir zarara uğraması, suçun tamamlanması bakımından önem arz etmez. Bu bakımdan memurun yasal görevlerini icra ederken usul ve nizamaya aykırı davranması ile oluşan görevi kötüye kullanma cürümü tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir. Fail, memuriyet fonksiyonuna ait yetkileri kullanınca suç tamamlanır⁴⁰¹. Bu nedenle bu suça teşebbüs mümkün değildir. Ancak kötüye kullanma hareketlerinin parçalara ayrılabilirdiği hallerde eksik teşebbüsün mümkün olduğu fikri hakimdir⁴⁰². Fakat bu dönemde dahi bu suçun bir zarar suçu olduğunu savunan ve teşebbüse elverişli olduğunu dile getiren yazarlar mevcuttu. Buna göre; görevin kötüye kullanılmasını ifade eden hareketlerin kısımlara bölünebilmesi halinde, bunların icrasına başlanmış ise eksik, hareketlerin bitirilmesine rağmen herhangi bir menfaatin sağlanmaması veya idareye herhangi bir zarar verilmemesi halinde tam teşebbüs bulunur. Ama hareketin böyle bir zarar vermeye veya maddi veya manevi bir yarar sağlamaya elverişli olması da lazım gelir⁴⁰³. İcra hareketlerinin parçalara bölünmesi durumunda eksik teşebbüsün mümkün olduğu hususuna şu olay örnek verilmekte idi; bir asker kaçağının askere alınmasını önlemek için köyde bulunmadığına

⁴⁰⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.145

⁴⁰¹“TCY'nın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için idarenin bir zarara uğraması zorunlu değildir.. bu suç, bir memurun yasal görevlerini yaparken yasalari ve yazılı hukuka aykırı davranması ile oluşur.” (4.C.D., 18.01,1996, 7825/239)

⁴⁰²ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.477

⁴⁰³GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail,, s.1733

ilişkin gerçeğe aykırı bir ilmühaber düzenlemekte olan muhtarın henüz ilmühaber tamamlanmadan suçüstü yakalanması halinde, icra hareketlerini bitirmediği için, memuriyet görevini kötüye kullanma cürümüne eksik teşebbüs mümkündür⁴⁰⁴.

YTC'nın sisteminde suçun bir zarar suçu halinde düzenlenmesi ile ve eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının kaldırılması ile suçun teşebbüse elverişliliği ile ilgili tartışmaların bittiği düşünülebilir. Fakat TCK sisteminde incelememiz konusu suç açısından doğan tartışma maddede sayılan, kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin suçun neticeleri mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu hususuna dayanmaktadır.

TCK m.257/1 ve 2. fıkralardaki kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu hususunu vurgulayanlar, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını, bu tarz suçlarda failin ceza normunda yazılı hareketi gerçekleştirmesinin yeterli görülmediğini, cezalandırılabilme şartı olarak getirilen hallerin gerçekleşmesinin arandığını belirtirler. Şart gerçekleşmediği takdirde ceza hukuku anlamında yaptırıma bağlanacak bir eylemin varlığından da söz edilemez. Cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş ise artık fail tamamlanmış suçtan sorumlu tutulacaktır⁴⁰⁵. Aksi bir durumun yani kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin suçun maddi ögesi yani hareketin sonucu kabul edilmesi durumunda, görevinin gereklerine aykırı hareket eden her kamu görevlisinin bu sonuçlar oluşmuşsa tamamlanmış görevi kötüye kullanma suçundan, oluşmamış ise görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsten cezalandırılmasını gerektirecektir⁴⁰⁶ ki bu durumda yasa koyucunun iradesini gölgelemiş oluruz⁴⁰⁷. İşte bu neticelerin çokluğu ve meydana gelmeden tespitinin zorluğu, bizi cezalandırılabilme şartı olan sonuçları beklemeye mecbur kılmakta, teşebbüs hükümlerinin yürümesini engellemektedir ki bu yönü ile görevi kötüye kullanma suçu, neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçuna benzetilebilir. Bu suçlarında teşebbüse müsait olmadığı ancak neticelerin kabil olduğu vakıanın kendisidir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴DEMİRBAŞ Timur, s.275

⁴⁰⁵ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.767

⁴⁰⁶MERAN Necati, 2008, s.329

⁴⁰⁷ŞİK Hüseyin, s.139, yazar bu görüşünü madde gerekçesinde yer alan; “kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esasları ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşınması halinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir.” Açıklamasına dayandırmaktadır.

⁴⁰⁸ŞİK Hüseyin, s.140

Bu konudaki diğer bakış açısı; “TCK’nın sisteminde suçun oluşumunu ayrıca maddede yer alan neticelerden birine bağladığından artık bir zarar suçu söz konusu olmaktadır, suçun maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin ortaya çıkması ile tamamlanır, görevin gereğine aykırı hareketin yapılmasına rağmen bu neticeler oluşmamış ise artık suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.”⁴⁰⁹ demektir. Suçun oluşumu maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin varlığına bağlandığı için bu ana kadar gerçekleştirilen hareketler icra hareketleridir ve icra hareketlerinin tamamlanmadığı veya icra hareketinin (görevin gereğine aykırı hareketini, ihmal ve gecikmenin) yapılmasına rağmen bu neticeler oluşmamışsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir⁴¹⁰. Failin görevinin gereğine aykırı davranışı maddedeki neticeleri gerçekleştirmeye elverişli değil ise teşebbüsten de söz edilemeyecektir⁴¹¹.

257. maddenin 2. fıkrasında hareket tarzı olarak ihmali bir suç düzenlendiğini daha önce ifade etmiştik. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte⁴¹² ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı, bu suçların genellikle neticesi harekete bitişik olduğundan teşebbüse elverişli görülmediği, ancak bu suçlara teşebbüsün tümü ile mümkün olmadığını söylemenin doğru olmadığı, ihmal sureti ile icra suçlarına teşebbüsün mümkünlüğü belirtilmektedir⁴¹³. 765 sayılı Kanun döneminde bu görüşe paralel doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre görevi ihmal suçu açısından eksik ve tam teşebbüs mümkün olmamaktadır⁴¹⁴. Çünkü ihmali suçlarda, kanunun yapılmasını emrettiği hareket ya yapılmıştır ve bu halde ihmali suç zaten yoktur, ya da yapılmamıştır ve bu durumda suç tamamlanmıştır. Bu iki ihtimalden öncesinin ise hukuken önemi yoktur. Diğer bir deyişle yapmama safhasından önceki durumları cezalandırmak kastın soyut olarak cezalandırılması demek olur ki bu kabul edilemez. Örneğin; bir ceza mahkemesi katibi, hakkında tahliye kararı verilen bir tutuklunu, bu tahliye kararını kişisel ihtirasları tatmin gayesiyle iki gün ihmal etmesi halinde oluşan memuriyet görevini kötüye kullanma cürümü teşebbüse elverişli değildir. Çünkü kanunun

⁴⁰⁹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.765, ERGÜN Güneş, s.143

⁴¹⁰PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3638

⁴¹¹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.528

⁴¹²Eğer bir ihmali suç, failin kanunun emrettiği hareketin yapılması bakımından bir zaman fasılasına müsait değilse, failin ihmali hareketi ile suç tamamlanmış olacağından bu tür suçlara teşebbüse elverişli değildir. Buna karşılık, ihmali suç tipi, failin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu hareketin yapılması için bir zaman sürecine müsait ise, bu tür ihmali suçlara teşebbüs mümkündür. (İCEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.352)

⁴¹³ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.437

⁴¹⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.528

kendisine verdiği görevi yapmayarak hareketsiz kalmakla, zabıt katibi fiilini tamamlamış olmaktadır⁴¹⁵.

Ancak doktrinde TCK m. 257/2 bakımından, ihmali bir suç söz konusu olmakla birlikte suçun tamamlanması kanunda öngörülen zararlı neticelerden birinin oluşmasına bağlı olduğu için, 765 sayılı Kanunun aksine artık bu suç tipinin teşebbüse elverişli olduğu dile getirilmektedir⁴¹⁶. Hatta bu konuda bu suçun ihmal sureti ile icra suçu olması dolayısı ile teşebbüse elverişli olduğunu dile getiren yazarlar da vardır⁴¹⁷. İhmali suça teşebbüsün mümkünlüğünü savunan bu görüş; failin hareketsizliği ortadan kaldırmadığı veya hareketsizliğe devam ettiği müddetçe (görevin yapılması gereken süre dolmamak kaydı ile) ihmali suça teşebbüsün mümkün olduğunu belirtir. Örneğin; kamu görevlisinin belli bir icrai hareketi yapması gerekirken yapmamayı tercih etmesi ve fakat henüz yapmak için var olan (makul veya kesin) sürede diğer bir görevlinin gelerek işlemi yapması ile neticenin gerçekleşmemesi durumunda suç teşebbüs aşamasına kalmış olmaktadır. Yine failin belirli bir sonucu önlemekle yükümlü olduğu ihmali suçlarda teşebbüs mümkündür. Örneğin; hemşirenin hastaya yaşamsal önemi bulunan ilacı vermesi için gereken makul süre geçmiş ve artık hastanın sağlığı için zarar riski doğmuşsa suç tamamlanmış olacaktır⁴¹⁸.

Görevin ihmal edilmesi veya geciktirilmesi sureti ile işlenen görevi kötüye kullanma suçlarında fiil, görevin maddede sayılan neticeleri temin edecek biçimde ve gereken sürede yapılmaması ile tamamlanmaktadır. Bu nedenle, görevin yapılması için makul olan sürenin dolduğu an suç tamamlanmış olmaktadır. Zamanaşımı da bu andan itibaren başlayacaktır. Görevin yapılması için gerekli olan süre mevzuatta belirli ise o kesin süredir, belirsiz ise görevin niteliğinden bu süre çıkarılmalıdır. Kesin ve belirli sürenin tespit edilmediği durumlarda eylemin temadi ettiği düşünülüp suç tarihi buna göre saptanmalıdır. Görev geç de olsa yapılmışsa, yapıldığı tarihte temadi sona ermiştir. Ancak görev idari veya adli bir soruşturma sonucu yapılmışsa, temadinin adli veya idari soruşturmanın başladığı tarihte kesildiği kabul edilmelidir. Bu durumda zamanaşımı temadinin son bulunduğu tarihten itibaren başlayacaktır⁴¹⁹.

⁴¹⁵DEMİRBAŞ Timur, s.275

⁴¹⁶TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.765

⁴¹⁷ERGÜN Güneş, s.148

⁴¹⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.530

⁴¹⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.530

TCK m. 257/3 açısından ise, suç çıkarın sağlanması ile birlikte tamamlanır⁴²⁰. Dolayısı ile mülga TCK' dan farklı olarak yürürlükteki TCK bakımından kamu görevlisi ile iş sahibi arasındaki çıkar anlaşması suçun tamamlanması için yeterli değildir⁴²¹. Fakat işin yapılmasından önce çıkarın sağlanmasına yönelik bir anlaşma varsa zaten tamamlanmış rüşvet suçu, anlaşma girişimi varsa rüşvete teşebbüs; kamu görevlisinin bu yönde zorlaması ya da aldatma girişimi varsa irtikap suçu oluşacaktır. Bu bakımdan, fıkra açısından teorik olarak teşebbüs hükümleri uygulanabilir ise de; bu çoğu durumda mümkün gözükmemektedir. Ancak işin yapılmasından sonra çıkar temini konusunda karşılıklı rızayla anlaşılması fakat kamu görevlisinin bunu elde dememesi durumunda teşebbüs olabilecektir⁴²². Örneğin; Menfaat temininin failin amirinin müdahalesi sonucu kesilmesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır⁴²³.

5.2. İştirak

Özgü suçlar ancak belli bir sığata veya niteliğe sahip kişiler tarafından işlenilebilen suçlardır. Örneğin; kadın olmak, kamu görevlisi olmak gibi. İşte failin şahsının özellik taşıdığı özgü suç niteliğindeki suçlarda, ancak bu özelliğe sahip olan kişiler fail olabilir⁴²⁴. Kamu görevlisi sıfatının arandığı özgü suçlar doktrinde yükümlülük suçları olarak da adlandırılmaktadır⁴²⁵.

Görevi kötüye kullanma suçu da bir özgü suçtur. Bu suç açısından fail olabilmek için kamu görevlisi olmak gerekir. Birden fazla kamu görevlisinin bu suçu beraber işlemeleri halinde her bir müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır⁴²⁶. Ancak müşterek fail olarak iştirak eden kamu

⁴²⁰TOROSLU Nevzat, 2007, s.308

⁴²¹ERGÜN Güneş, s.151

⁴²²TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.765

⁴²³SOYASLAN Doğan, 2006, s.528

⁴²⁴ÖZBEK / BACAKSIZ / KORAY, s.501

⁴²⁵Kamu görevlisi, kamu faaliyetine iştirak etmekle, bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmiştir ve dolayısıyla bu görevi icra ederken söz konusu yükümlülüğe uygun hareket etmek zorundadır. Bu yükümlülük ceza hukuku normlarına tekaddüm eden ve diğer hukuk alanlarından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün muayyen tarzda ihlali, ceza kanunlarında suç olarak tarif edilmiştir. Örneğin; rüşvet, irtikap, zimmet gibi suçlar birer yükümlülük suçlarıdır. (ÖZGENÇ İzzet, Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 1994, s. 344)

⁴²⁶Özel yükümlülük altındaki şahısla işlenen fiilin haksızlık muhtevası arasında özel bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla bu suçların işlenişinde fail olabilmek için mutlaka özel yükümlülük altında bir kişi (intraneus) olmak gerekir. Özel yükümlülük altında olmayan şahıs (extraneus) ancak öze yükümlülük altındaki şahsın fail olarak

görevlilerinin bu seviyede sorumlu tutulabilmeleri için bahse konu görev gereğini yapma ve yapmama ya da çıkar temini konusunda her bir kamu görevlisinin görevi kapsamına giren bir işlem olmalı yani kamu görevlisinin yetki sahası dahilinde olmalıdır. Örneğin; belediye encümeninin aldığı bir kararla yasa dışı bir işleme neden olması halinde tüm encümen üyeleri ve başkanı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır⁴²⁷. Kamu görevlisi olmayan kişilerin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri mümkündür. Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur⁴²⁸. Ancak bu kişilerin failin kamu görevlisi olduğunu bilmesi ve hareketinin maddedeki zararlı neticelere yol açabileceğini öngörüyor olması gerekir⁴²⁹.

Görevi kötüye kullanma suçunun üçüncü fıkrasında düzenlenen biçimini yasa koyucu sanki çıkar teklifi hep kamu görevlisinden gelecekmiş gibi kaleme almıştır. Böyle bir çıkar teklifi işlerini daha kolaylaştırmak için pekala muhatap vatandaştan da gelebilir. Böyle bir durumda vatandaş iştirak terminoloji ile ifade etmek gerekir ise “azmettiren” durumunda olup, görevi kötüye kullanma suçuna azmettirme nedeni ile cezalandırılacaktır⁴³⁰. Ve ya çıkar sağlama kararı zaten var olan görevlinin görevinin gereğine aykırı davranarak işlerini hızlandırması sonucunda kendisine çıkarın teslimi konusunda vaatte bulunulması halinde vatandaş suç işleme kararını teşvik ve yahut kuvvetlendirmekten dolayı “yardım eden” sıfatını alacaktır. 765 sayılı TCK döneminde basit rüşvet alma ve verme iki ayrı suç olarak düzenlendiği için rüşvet alan ve rüşvet verenin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi söz konusu olabilmekte, bu da yolsuzlukla mücadele açısından iyi bir suç politikası olarak gözükmekteydi. Bugünkü düzenleme karşısında “azmettiren” veya yardım eden” konumunda olan vatandaşın kendisinin de cezalandırılma olasılığı karşısında bu suçu ihbar etmesi düşünülmemeyeceğine göre, gerekçede yer verilen yolsuzlukla daha etkin mücadele edilebilmesi için böyle bir düzenlemeye yer verildiği yönündeki anlatımda geçersizdir⁴³¹.

işleyebileceği yükümlülük suçuna şerik (azmettiren veya yardım eden) olarak iştirak edebilir. Suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyeti ne olursa olsun, özel yükümlülük altında bulunmayan kişinin, bu yükümlülük suçunun işlenişinden dolayı sorumluluğu tali derecede yani şerik olarak sorumluluktur. Kamu görevini kötüye kullanma suçu da bir yükümlülük suçudur. Binaenaleyh, görevi kötüye kullanma suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. (ÖZGENÇ İzzet, 1994, s.345)

⁴²⁷PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3638

⁴²⁸5237 sayılı TCK md. 40/2

⁴²⁹“sanığın SSK hastanesi idari müdür yardımcısı ve malzeme şefi ve yanı zamanda satın alma komisyonu üyesi olan diğer sanıkla hayali şirket adına teklif mektupları düzenleyip kendisi de en düşük teklif mektubu verip ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıldıktan sonra, kurum hastanesine mal vererek idareye zarar vermesi görevi kötüye kullanma suçunu teşkil eder.” (CGK., 03.10.1988, 301/336)

⁴³⁰TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

⁴³¹ŞIK Hüseyin, s. 143

Ancak bu halde kamu görevlisine menfaat sağlayan 3. kişinin iştirak kurallarına göre sorumlu tutulmamasını savunan yazarlar da vardır. Buna göre, kamu görevlisine haklı işin yapılması için menfaat sağlayan kişi, işin zamanında ve usulünce yapılacağından endişe duyduğu için bu davranışta bulunmaktadır. Örneğin; bir talep olmasa dahi, hasta sahibinin, çocuğunun ameliyatını yapacak olan hekimin masasına bıraktığı parayı hekimin alması biçimindeki bir olay ele alınabilir. Böyle bir olayda ameliyat kararının verilmesi ve tedavi süreci konusunda hekimin olumsuz bir tavır ve davranışı olmasa dahi, hasta sahibi, hastanın hayatı ve sağlığı konusunda yeterince titiz ve dikkatli davranılıp davranılmayacağı konusunda duyduğu endişeden hareketle menfaat teklifinde bulunmaktadır. Başka bir anlatımla burada bir provakatörlük değil, gerçekten kamu hizmetinden yararlanmakta olan şahsın, bir hizmetin işleyişinden duyduğu kaygıları nedeni ile işin zamanında ve iyi yapılması talebi ile bir yarar teklifinde bulunması söz konusudur. Bu nedenle de, yarar sağlayan kişi aslında suçun mağdurudur. Esasen menfaat sağlayanın da sorumlu tutulması durumunda, bu tür eylemlerin ortaya çıkarılıp cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, yarar sağlayanın mağdur olmadığı ve eylemin iştirak niteliğinde bulunduğu varsayılsa dahi, suçla mücadele politikası gereğince kanun koyucunun bu konuda bir anlamda “cezalandırılmayan iştirak” hali öngördüğü kabul edilmelidir⁴³².

5.3. İçtima

Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir norm olarak tanımlanmıştır. Zira 257. maddenin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen suç tanımlarında “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...”, 3. fıkrada belirtilen halde ise “irtikap suçu oluşturmadığı takdirde” bu suçun oluşacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, fiile uygulanması mümkün olan özel norm var ise “özel normun önceliği” ilkesi gereğince sadece özel norm uygulanır⁴³³.

Özel- genel norm ilişkisi, bir normda düzenlenen suç tipine ilişkin özelliklerin başka bir normda da yer alması ve fakat bu normda ayrıca diğer bir veya birden fazla ögesinde bulunması durumunda söz konusu olmaktadır. Fakat özel- genel norm ilişkisinin mevcudiyeti

⁴³² GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.121

⁴³³ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3638

için her iki normun koruduğu hukuki yararın aynı olması gerekir. Mahsus suçlarda da özel-genel norm ilişkisi bulunabilmektedir. Örneğin; doktrinde güveni kötüye kullanma suçu genel, zimmet suçu özel norm kabul edilmektedir. Bunun gibi; genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu ile görevi kötüye kullanma ögesini de barındıran özel nitelikte suçlar olan m. 247, 250, 251, 255, 258, 260'daki suçlar arasında özel-genel suç ilişkisi bulunmaktadır. Örneğin; rüşvet suçu özel nitelikli bir görevi kötüye kullanma suçu olduğundan faile 257. madde ile değil, özel norm olan 252. madde ile ceza verilecektir. Bu şekildeki bir fiilin 257. madde ile birlikte görevin kötüye kullanılması vasfında düzenlenmiş bulunan özel bir hükme aykırılık oluşturması durumunda özel-genel hüküm karşılaştırılmasından söz edilir ve bu halde “özel normun önceliği” ilkesi veya “özel norm, genel normun uygulanmasını engeller” kuralı uyarınca özel norm ile uygulama yapılır⁴³⁴. Burada fikri içtima kuralları değil, özel normun önceliği ilkesi gündeme gelecektir⁴³⁵. Yani özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunda yer alan ceza daha hafif olsa bile m. 257'den dolayı faile ceza verilmez⁴³⁶.

Bazen de kanunda özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiş fakat yaptırım olarak 257. maddeye yollama yapılmış olabilir. Örneğin; TCK m. 295/1 de “muhafızın görevini kötüye kullanması” suçu düzenlenmiştir. Maddenin 1.fikrasına göre; “Gözüaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri halinde, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler uygulanır”. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hükümlü, tutuklu veya gözüaltına alınanın muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri hâliyle ilgili olarak, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir yani ayrıca 257. maddede aranan yasal unsur ve neticelerin de gerçekleşmesi gerekmektedir⁴³⁷.

Zincirleme suç; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda söz konusu olur. Görevi kötüye kullanma suçu da bir kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilir ise,

⁴³⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.124

⁴³⁵ ÖNDER Ayhan, s.173

⁴³⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.766

⁴³⁷ TCK m.295 gerekçesi; “Maddenin birinci fıkrasında, hükümlü, tutuklu veya gözüaltına alınanın muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri hâliyle ilgili olarak, görevi kötüye kullanma suçuna atıfta bulunulmuş ve bu suça ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri, başka bağımsız bir suçu oluşturmadığı takdirde, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.”

zincirleme suç hükümlerine tabi olacaktır⁴³⁸. Kanun koyucu; “mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda ve aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da⁴³⁹” zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmiştir. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da; fail bir işleme dayanarak o işlem kapsamındaki birden çok şahsın mağduriyetine yol açarsa “aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan 43/2. fıkradaki zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca 5237 sayılı TCK’nın getirdiği sisteme göre, toplumdaki tüm bireylerin/herkesin mağdur olduğu suçlarda belirli bir mağdurun bulunamaması nedeni ile zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir.⁴⁴⁰ Bu halde bireysel bir zarar veya mağduriyet söz konusu olsa bile, suç “kamu idaresine karşı” işlendiği için, aynı suç işleme kararı varsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilir⁴⁴¹.

Korunan hukuki yararın başka olduğu hallerde özel- genel norm ilişkisinden söz edilemez⁴⁴². Bu durumda temel norm-yardımcı norm ilişkisinden söz edilir. Çünkü tali ve tamamlayıcı norm adı verilen normlar aslında ceza kanunlarında mümkün olan boşluk ve eksiklikleri doldurmak, tamamlamak görevini üzerine almış normlardır. Tali norm, ancak asli normun uygulanmadığı hallerde uygulanmak olanağı elde eder. Bu kurala “yardımcı normun sonralığı” ilkesi denilmektedir. Bu durum suçların görünüşte içtimaı olarak adlandırılmaktadır⁴⁴³.

Görevi kötüye kullanma suçu da tali bir norm niteliğindedir ve asli normun uygulanmadığı hallerde uygulama kabiliyetine haizdir. Örneğin; TCK m.120 haksız arama suçunu düzenlemektedir. Buna göre; hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin haksız arama suçuna göre cezalandırılabilme kabiliyeti olmadığı durumda

⁴³⁸“sanığın üst göreve atadığı görevlilerle ilgili eylemlerin gerçekleştiği tarihlerin yakınlığı ve eylemlerin işleniş biçimindeki benzerlik gibi hususlar göze alındığında, bir çok eylemin (aynı) bir suç işlememe kararı icrası kapsamında zincirleme suç oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan her bir atamanın bağımsız bir suç oluşturduğu kabul edilerek, ayrı ayrı hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 28.03.2007, 1529/2834)

⁴³⁹ TCK md. 43/2

⁴⁴⁰**PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, s.3639 “ Sanıkların park yapım ihalesine ilave etmek sureti ile ilçenin giriş ve çıkışına tak yaptırımları eylemleri kısa aralıklarla bir suç işleme kararı ile yasanın aynı hükmünü birden fazla ihlal ettikleri anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması gerektirdiği gözetilmeden TCY’nin 240. maddesinin iki kez uygulanması sureti ile fazla ceza belirlenmesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 19.03.2007, 13725/2524)

⁴⁴¹**TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.766

⁴⁴²“İki yasal hüküm arasında genellik-özellik ilişkisinin ve ilkesinin bulunduğu (ila principio di spetialita) bulunması için, aynı hukuksal varlık ya da yararı yahut da değeri korumaları, bir başka deyişle hukuksal konularda özdeşlik ve birlik bulunması zorunludur... o yüzden TCY’nin 339 vd. maddeleriyle 240. maddesi arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu tür hükümler arasında ancak, temel hüküm-ikinci(yardımcı) hüküm ilişkisi ve ilkesi (il principio di sussidiarietà) bulunabilir... sergilenen bu nedenle sanığın eylemi; 765 sayılı TCY’nin 340. maddesi aracılığı ile 334. maddesine uygun bulunmaktadır.” (CGK., 14.02.1983, 6-471/46)

⁴⁴³**GÖKCAN Hasan Tahsin**, 2008, s.126

görevin gereğine aykırılık teşkil eden hareketi 257. maddeye göre cezalandırılacaktır. Aynı şekilde dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (m.121), kamu görevlisi tarafında işlenen resmi belgede sahtecilik⁴⁴⁴ (m.204/2), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m.279) suçları ile görevi kötüye kullanma suçu arasında asli- tali norm ilişkisi vardır.

Ancak doktrinde belirtilmektedir ki; 257. maddenin artık bir zarar suçu olarak düzenlenmiş olması karşısında; bir zarar suçu ile tehlike suçu karşılaştığında zarar suçunun asli norm, tehlike suçunun tali norm olduğu kabul edilmelidir⁴⁴⁵.

Fikri içtima; failin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi durumunda bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasıdır⁴⁴⁶. Özel-genel norm hallerinin bulunduğu durumlarda fikri içtima kurallarının uygulanmayacağını dile getirmiştik. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da özel- genel norm ilişkisinin bulunmadığı hallerde eyleme fikri içtima kurallarının da uygulanması olasıdır. Ancak “Eğer kamu görevlisi fail, icrai bir hareket yaparak bir zararı önlemek yükümlülüğü altında olur, ancak bu icrai hareketi yapmayarak pasif kalır ise, hem önlemediği suçtan ve hem de ihmal sureti ile görevi ihmalden sorumlu olacaktır. Mesela bir şahıs bıçak darbeleri ile bir şahsı öldürmek üzeredir. Bu durumu güvenlik güçleri önlemek yerine seyretmeyi tercih etmiş ve pasif kalmış olsunlar. Bu durumda hem ihmal sureti ile icra yolu ile adam öldürme ve hem de görevi kötüye kullanma suçları olacaktır. Ancak fail fikri içtima kuralı gereği ağır suçtan cezalandırılacaktır⁴⁴⁷.” görüşü de isabetsizdir.

Zira kamu görevinin gereği olan belli bir icrai davranışta bulunmayarak ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçunu işlemesi durumunda TCK m. 44’ün uygulanmayacağı belirtilmektedir. Buna göre; görevle bağlantılı bir yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veyahut yaralanmış ise kişi, artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin, Kanununun 83. maddesi ya da kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde cezanın indirilerek hükmolunmasını öngören 88. maddesi uygulanmalıdır. Burada TCK m.44 hükmü

⁴⁴⁴“Çıraklık eğitim merkezi müdürü olan sanığın; okulda herhangi bir eğitim kursuna devam etmeyen kişi hakkında, devam ediyor gibi belge düzenleyip askerliğini erteleme biçimindeki eyleminin sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilerek 765 ve 5237 sayılı TCY’lerin ilgili hükümlerinin uygulanıp karşılaştırılmak sureti ile sanık yararına olan yasa hükümlerinin saptanması zorunluluğu, bozmayı gerektirmektedir.” (4.C.D., 22.03.2006, 1483/8550)

⁴⁴⁵GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.127

⁴⁴⁶TCK md.44 “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”

⁴⁴⁷SOYASLAN Doğan, 2006, s.526

uygulanamaz. Çünkü TCK'nın 257. maddesi “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevin gereğine aykırı davranma” eylemlerini cezalandırmaktadır. Failin ihmali davranışıyla kasten yaralama suçu oluşmuş ise, bu davranış TCK m.88/2’da yaptırıma bağlanmış olduğundan TCK'nın 257. maddesinin uygulanmasına elverişli değildir⁴⁴⁸. Artık kamu görevlisinin görevi gereği yükümlü olduğu bir icrai veya ihmali davranışı yerine getirmemiş olması 83 ve 88/2. maddelerin unsuru olarak düzenlenmekle ortada TCK'nın 42. maddesinde sözü edilen türde “bileşik/mürekkep suç” bulunmaktadır. Bu halde fiil tek fiil kabul edilerek bileşik suçtan hüküm kurulmaktadır. Anılan maddelerdeki koşullar bulunduğu takdirde, görevin gereği olan belli bir davranışı yapmayan veya yapmaktan geciken kamu görevlisi, ihmali davranışını ve neticesini bilerek ve isteyerek hareket etmesi durumunda kasten öldürme veya yaralama suçlarından sorumlu tutulacaktır. Hekimin durumunu bildiği acil hastaya müdahale etmemesi nedeni ile hastanın ölümü veya yaralanması gibi olaylarda artık TCK'nın 83 ve 88/2. maddelerinde yazılı suçlar oluşabilecektir⁴⁴⁹.

6.GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

6.1. Zimmet Suçu İle İlişkisi

5237 sayılı TCK'nın 247. maddesinde yer alan zimmet suçu; görevi nedeni ile zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetmekle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin cezalandırılacağını düzenlemektedir.

⁴⁴⁸MERAN Necati, 2008, s.330

⁴⁴⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.134 “Trafik kazası sonucu hastane acil getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İ.K. ile hemşire H.S.’nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol –muayene ile ölüme gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmamak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeni ile Yüksek Sağlık Surasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kururlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek sureti ile adli tıp kurumundan sanıkların tedavide kusur ve savmalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savma niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumlulukları yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayının kaçınılmaz bir biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda eylemlerinin görevi savma suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yüklenen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturma ile görevi savma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırı... görüldüğünden hükmün bozulmasına... oybirliğiyle karar verildi.” (4.C.D., 11.02.2004, 2003/1064-2004/2055)

Zimmet suçu 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Millele Ve Devlete Karşı Suçlar Ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde, 247 ve 249 uncu maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında inceleme konumuz olan görevi kötüye kullanma suçu ile aynı başlıklar altına yer alır. Esasında zimmet suçu da görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir. Görevi kötüye kullanma suçunun taliliği gereği zimmet suçunun olduğu hallerde görevi kötüye kullanma suçundan faile ceza verilemeyecektir.

Zimmet suçunun koruduğu hukuki yararın "malvarlığı" mı, "devlet idaresi" mi yoksa "kamu idaresinin güvenilirliği" mi olduğu hususunda tartışmalar olmakla birlikte, pek çok yazar bu suç tipinin birden fazla hukuksal yararı korumayı amaçladığını dile getirir⁴⁵⁰. Buna göre zimmet suçu, bir yandan kamu görevlilerinin doğruluğu ve dürüstlüğü, bunların devlete karşı sahip olmaları gereken bağlılık ve bunlara duyulması gereken güven duygusu, diğer taraftan devletin mali menfaatlerini korumaktadır. Görevi kötüye kullanma suçunun da zimmet suçunun da esasında en basit hali ile toplumun temel ve hayati menfaatleri olan ve onun en esaslı yaşama şartını teşkil eden, kamu idaresi mekanizmasının normal surette işlenmesini korumaya yöneldiklerini söylemek yanlış olmaz. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun bir zarar suçu haline gelmesi ile birlikte kişilerin kamu görevlisi görevlerini yaparken zarar görmemesi ve mağdur olmaması hususlarının da dahil edildiği hususu gözden kaçırılmamalıdır.

Zimmet suçunun düzenlenmesinde de faili kamu görevlisi sıfatına haiz bir kişi olacağı belirtilmiştir.

Zimmet suçun maddi konusunu ise taşınır veya taşınmaz mal, diğer bir deyişle, para veya para yerine geçen belge veya senetler veya sair mallar yani ekonomik değeri olan her türlü şey oluşturmaktadır. Zimmet suçunun oluşabilmesi için bu malın mutlaka devlete ait olması da gerekmez, bireylere ait değerlerin mal edinilmesi halinde bu suçun oluşmayacağını savunmak mümkün olmaz⁴⁵¹.

Zimmet suçunun maddi konusunu oluşturan malın kamu görevlisine görev nedeni ile tevdi edilmiş olması veya onun koruma ve denetim veya sorumluluğu altında bulunması gerekir⁴⁵². Yani zimmete konu eşyanın faile görevi dolayısı ile tevdi edilmiş olması gerekir. Fail de bu

⁴⁵⁰ TOROSLU, Nevzat, 2007, s.274, SOYASLAN Doğan, 2006, s.497, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.768

⁴⁵¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.770

⁴⁵²Görev nedeni ile zilyetliğin devrinin yapılmış olması hususunun bir önşart olduğu dile getirilmektedir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.771

tevdii kabule yetkili olmalıdır. Yetkilendirme kanun tarafından yapılabileceği gibi, usulüne uygun idari veya adli kararlar da olabilir. Bu tür bir yetkilendirme yok ise zimmet suçu oluşmayacaktır.

Zilyetliğin devri bir görevlendirme dolayısı ile değil, kamu görevlisinin şahsına duyulan güven nedeni ile yapılmış ise bu durumda zimmet suçu oluşmayacak, kamu görevlisi tarafından işlenmiş bir güveni kötüye kullanma suçuna vücut verecektir.

Zimmet suçunun maddi ögesi ise “zimmete geçime” yani, zilyetliği mülkiyete çevirme, mal üzerine yalnız malikinin bulunabileceği tasarruflar da bulunmaktır. O halde bu suçun maddi ögesi yönünden oluşabilmesi için kamu görevlisinin suçun maddi konusu olan şeyi tahsis edildiği amaç dışında kendisine veya üçüncü kişiler yararına mal edinmek üzere alması, mülk edinmesi, bu mallar üzerinde devir amacı dışına tasarruflar da bulunması gerekir⁴⁵³.

Zimmet fiilinin işlenmesi ile kamu görevlilerinin doğruluğu ve dürüstlüğü, bunların devlete karşı sahip olmaları gereken bağlılık ve bunlara duyulması gereken güven duygusu zedelenecek, hukuksal yarar ihlal edilmiş olacaktır. Suçun oluşması için ayrıca bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Görevi kötüye kullanma suçu ile zimmet suçunun arasındaki en belirgin fark bu noktadadır. Görevi kötüye kullanma suçunda kanun koyucu kişilerin mağduriyetini, kamunun zararını, kişilere haksız kazanç sağlanmasını suçun oluşması için ararken, zimmet suçunda idarenin ve yahut kişilerin bir zararının varlığı aranmamaktadır. Zimmet suçunda zararın varlığı suçun oluşumu için etkili olmamakla beraber cezanın tespitinde etkili olabilir.

Zimmet suçu kasten işlenebilir. Taksirli hali kanun da yoktur.

Görevi kötüye kullanma suçunun 1. ve 2. fıkralarını zimmet suçundan ayıran ölçüt, kamu görevlisinin kanun ya da ilgili mevzuat veya idari karara aykırı davranmış olması sonucunda kamunun zarara uğratılmış olması ancak, kendisine görev dolayısı ile devrolunan malı, mülkiyetine geçirdiğinin saptanamaması, zimmete geçirme maddi ögesinin tespit edilememesidir⁴⁵⁴.

Zimmet suçunda kanun koyucu suçun malın geçici bir süre kullanılıp iadesi için işlenmesi halini, malın değerinin az olması halini indirim nedeni olarak kabul etmektedir. Ayrıca soruşturma ve kovuşturma başlamadan önce malın aynen iadesini, uğranılan zararın tamamen

⁴⁵³ MERAN Necati, 2008, s.47

⁴⁵⁴ MERAN Necati, 2008, s.48

tazmin edilmesini etkin pişmanlık hali olarak kabul etmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunda bir etkin pişmanlık hali yer almadığı gibi, temin edilen menfaatin azlığı, zararın azlığı, tazmini gibi hususlara da yer vermemiştir.

6.2.İrtikap Suçu İle İlişkisi

5237 sayılı TCK m. 250 de düzenlenen irtikap suçu görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması sureti ile ve icbar ile, hileli davranışlarla ikna sureti ile ya da kişinin hatasından yararlanmak sureti ile kendisine ya da başkasına yarar sağlama yahut bu yolda vaatte bulunmasını temin etme fiillerini cezalandırır.

İrtikap suçunda korunan hukuki konu kamu idaresinin dürüstlük ve itibarının korunması diğer taraftan kişilerin zarara uğramasını önlenmesidir.

İrtikap suçunun faili kamu görevlisi sıfatına haiz olan kişidir. Suçun maddi ögesi, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kullanarak icbar sureti ile, görevin sağladığı güveni kötüye kullanarak hileli davranışlarla ikna sureti ile veyahut kişinin hatasından yararlanmak sureti ile yarar temini veya bu yolda bir vaat elde etmesidir. Yarar kavramı faili ekonomik durumda iyileştirme sonucunu doğuran her türlü edimi teşkil eder. 5237 sayılı TCK da sağlanan yararın az ya da çok olması 765 sayılı TCK'dakinin aksine önem taşımaz. Sağlanan yararın daha sonra mağdura iadesi de bir etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmemiştir. Sağlanan yararın devlet lehine kullanılması bu suçun oluşmasını etkilemez. Ancak kamu görevlisine sağlanan yararın devlete ait olması halinde irtikap suçu oluşmayacaktır, bu durumda diğer koşulları da oluşmuşsa zimmet suçu söz konusu olabilir.

İrtikap suçu kasten işlenebilen bir suç olup kanunda taksirli haline yer verilmemiştir.

5237 sayılı TCK da irtikap suçu hukuka uygun bir işin yapılması için çıkar temini veya bu yolda bir vaadin elde edilmesi olarak düzenlenmiş iken, rüşvet suçu hukuka uygun işin yapılması için çıkar temini konusunda anlaşma olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu 765 sayılı TCK' daki kalıbı tersine çevirmiştir.

İkna sureti ile ve kişinin hatasından yararlanmak sureti ile işlenen irtikap suçunun görevi kötüye kullanma suçundan ayrımında tereddüt yaratacak bir husus yoktur. Fakat m. 250/1 de yer alan icbar sureti ile irtikap suçunda, failin haklı işi yapmak için icbar sureti ile mağdurdan

çıkar sağladığı eylemler de icbar ögesinin oluşmaması veya kanıtlanamaması halinde fiil görevi kötüye kullanma suçunun 3.fıkrası kapsamında değerlendirilecektir.

5237 sayılı TCK 257. madde 3. fıkranın oluşumunu irtikap suçunun oluşmamasına bağlı tutmaktadır. İki madde arasındaki fark irtikap suçunda “icbar” ögesindedir. Mağdurun icbar edilmesi; mağdurun iradesini zorlayan hareketleri ifade etmektedir. Fakat bu icbarın maddi değil, manevi cebir niteliğinde olması ve mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldıracak derecede olmaması gerekir ki irtikap suçu ile yağma suçu arasındaki fark da bu noktadadır. İcbar ögesinin oluşması için, manevi cebirin belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun etkisinden kolaylıkla kurtulma imkanının da bulunmaması gerekir. Eğer kamu görevlisi, görevinin sağladığı nüfuz sebebi ile ferdi kendisinin veya yakının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibari ile büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederse veya temin etmek istediği yarara ferdin engel olmasını aynı vasıtalarla önlerse, fiil cebri irtikap değil yağma olur.⁴⁵⁵

İkna sureti ile işlenen irtikap suçunda fiilde mağdur sağladığı yararın görevin gereklerine uygun olduğuna inandırılmakta, icbar halinde ise mağdur failin istediği şeylerin hukuka aykırı hukuka aykırı olduğunu bilerek fakat zorda kaldığı için çıkar sağlamayı kabul etmektedir. Diğer taraftan icbar koşullarının oluşmaması veya kanıtlanması her olayda gerçekleşemeyebilir. Örneğin haklı bir işin gördürülmesi için mağdurun görevlinin nüfuzunun etkisiyle icbar edilmiş ve fakat görevliye vaat edilen çıkar işin gördürülmesinden sonra sağlanmış ve failin icbar etmediği yolundaki savunmasının da aksi kanıtlanamamış ise fiilin artık icbar sureti ile irtikap değil 257/3. madde uyarınca görevi kötüye kullanma olarak kabul edilmesi gerekecektir. Yine icbar sureti ile irtikap suçunun varlığı için icbar ögesinin belli bir yoğunluk kazanmış olması gerekir. Bu koşul oluşmamış ise fiil 257/3. madde ile cezalandırılacaktır.⁴⁵⁶

6.3 Rüşvet Suçu İle İlişkisi

Rüşvet suçu, 5237 sayılı TCK m. 252/3 de tanımlanmıştır. Tanıma göre rüşvet; bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

⁴⁵⁵ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.597

⁴⁵⁶GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.119

Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınmaz oldukları hususunda toplumda hakim olan güvenin ve inancın sarsılmaması gerekliliği⁴⁵⁷ suçun hukuki konusunu oluşturur.

Rüşvet suçunun faili kamu görevlisi sıfatına haiz kişidir. Suçun söz konusu olabilmesi için yapılması veya yapılmaması istenen iş, kamu görevlisinin görevine girmeli, yani rüşvet söz konusu olmadan da yapılması veya yapılmaması gereken bir şey olmalıdır. Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat sağlanması rüşvet suçunu oluşturmaz⁴⁵⁸.

Rüşvet çok faili bir karşılaşma suçudur⁴⁵⁹. Bir tarafta rüşvet alan kamu görevlisi diğer tarafta rüşvet veren kişi bulunacaktır. Rüşvet alan ve veren aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler.

Rüşvet suçunun mağduru münhasıran kamu idaresi ve diğer kamu tüzel kişileridir. Yarar sağlayan kişi suçun mağduru değildir. Sağlanan “yarar”dan anlaşılması gereken, kamu görevlisinin ekonomik, hukuksal kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edimdir.

Kanun koyucu izlediği suç politikası gereği rüşvet anlaşmasının yapılmasını suçun oluşumu bakımından yeterli görmektedir. Şöyle ki, taraflar yani kamu görevlisi ve fert yapılacak iş konusunda anlaşmaları takdirde rüşvet alma bakımından kamu görevlisinin, rüşvet verme bakımından ferdin suç işlemiş oldukları ve suçun tamamlanmış olduğu kabul edilir. Demek ki, kamu görevlisi ve ferdin anlaşmış olmaları halinde her iki taraf açısından suç tamamlanmıştır. Daha sonra tarafların anlaşma konusunu yerine getirmemeleri tamamlanmış suçu ortadan kaldırmayacağı gibi ferdin anlaşmanın gereğini yapmayarak kamu görevlisini şikayet etmesi de fiili irtikaba dönüştürmez⁴⁶⁰.

Rüşvet suçunun maddi unsurunu alan kişi bakımından “rüşvet almak” veren kişi bakımından ise, “rüşvet vermek” oluşturur. Öte yandan, her iki taraf açısından “rüşvet konusunda anlaşmaya varılması” da maddi unsurun seçimlik diğer hareketidir. Ancak sağlanan yararının kamu görevlisi ile karşı taraf arasındaki mevcut bir anlaşmanın sonucu olması gerekir. Anlaşmadan kasıt her iki tarafın yarar sağlanması ve bunun karşılığında

⁴⁵⁷ 5237 sayılı TCK md. 252 gerekçesi

⁴⁵⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.645

⁴⁵⁹ 5237 sayılı TCK md. 252 gerekçesi

⁴⁶⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.645

yapılacak iş arasında bir bağlantı bulunduğu bilinci ile hareket etmiş olmasıdır. Yarar sağlanması yönünde bir anlaşmanın bulunması koşuluyla, ilk teklifin kamu görevlisinden veya karşı taraftan gelmiş olması suçun oluşması bakımından önem taşımaz⁴⁶¹.

Rüşvet, bir işin yapılmasını veya yapılmamasını sağlamaya yönelik olacağından önceden bir anlaşma veya teklif bulunmaksızın iş yapıldıktan sonra bundan duyulan memnuniyet sonucu verilen veya alınan hediyeler rüşvet suçuna vücut vermez⁴⁶².

765 sayılı TCK'nın 211 ve 212.maddelerinde rüşvet suçu haklı veya hasız işin yapılması ya da yapılmaması için yarar sağlama şeklinde düzenlenmişti. 212/1. maddeye göre göreve uygun işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla çıkar verilmesi veya alınması fiilleri “basit veya adi rüşvet” olarak adlandırılmaktaydı. Yine 212/2. maddede ise görev gereğine aykırı bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla çıkarın elde edilmesi fiili düzenlenmiş olup buna da “nitelikli rüşvet” denilmekte idi. 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinde basit rüşvete yer verilmemiştir. Basit (haklı iş için çıkar sağlama) rüşvet alma sayılabilecek olan fiiller 250 ve 257. maddeler kapsamında düzenlenmiş iken, basit rüşvet verme fiili artık suç olmaktan çıkarılmıştır⁴⁶³.

Kanun koyucunun 765 sayılı TCK anlamındaki “basit rüşvet” fiillerini rüşvet suçu kapsamından çıkarması, suçla mücadele açısından anlaşılabilir bir yaklaşım değildir. Çünkü bu tür eylemlerin görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde cezalandırılması durumunda, yalnızca yararı sağlayan kamu görevlisi cezalandırılacaktır. Oysa bu tür durumlar da söz konusu yararı sağlayan kimsenin her zaman masum olduğunu söylemek mümkün değildir. Sağlana yarar, şayet kamu görevlisinin zorlamasına bağlı ise elbette icbar sureti ile irtikap suçu oluşacaktır. Fakat durumun her zaman böyle olduğunu karine gibi kabul etmek doğru değildir. Serbest iradeyle oluşan karşılıklı anlaşma sonucunda vatandaşın kamu görevlisine yapması gereken bir işi yapması için yarar sağlaması durumunda, vatandaşın bize göre cezasız kalması doğru gözükmemektedir⁴⁶⁴.

Rüşvet “çok failli” suç olduğu için, gerek veren gerekse alan cezalandırılmaktaydı. Oysa TCK m.257/3 düzenlemesine göre, çıkar sağlayan kamu görevlisi tek başına faildir; bu çıkarı sağlayan vatandaş ise cezalandırılmamaktadır. Yolsuzlukla mücadele açısından bu anlayışın sakıncası ortadadır. Kaldı ki, TCK m.257/3, ilk menfaat teklifinin kamu görevlisinden

⁴⁶¹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.666

⁴⁶²ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.645

⁴⁶³GÖKCEN Hasan Tahsin, 2008, s.549

⁴⁶⁴TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.807

gelmesi varsayımından hareket etmektedir. Oysa bazı durumlar da menfaat teklifi vatandaştan gelmiş olabilir. Böyle bir durumda vatandaş iştirak terminolojisiyle ifade etmek gerekir ise “azmettiren” durumunda olup, görevi kötüye kullanma suçuna azmettirme nedeni ile cezalandırılacaktır. Buna karşılık 765 sayılı Kanun rüşvet alma ve verme fiilleri iki ayrı suç olarak düzenlendiği için rüşvet veren veya alanın etkin pişmanlıktan yararlanması söz konusu olabilmekte; bu da yolsuzlukla mücadele açısından iyi bir suç politikası aracı olarak gözükmekteydi. Bugünkü düzenleme karşısında “azmettiren” veya duruma göre “yardım eden” konumunda olan vatandaşın, kendisinin de cezalandırılma olasılığı karşısında bu suçu ihbar etmesi düşünülemeyeceğine göre, gerekçede yer verilen yolsuzlukla daha etkin mücadele için böyle bir düzenlemeye yer verildiği yönündeki anlatımların dayanaksız olduğu söylenebilir⁴⁶⁵.

7. YAPTIRIM

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen icrai davranışla işlenen görevinin gereklerine aykırı hareketle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama suçunun yaptırımını bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 257/1. maddenin karşılığını oluşturan 765 sayılı TCK m.240’da yer alan suçun cezası da yine bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası idi. Kanun koyucu bu suç tipi açısından cezada herhangi bir değişikliğe gitmemiştir.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ihmali davranışla işlenen görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Kanun koyucu TCK döneminde bu suçu 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırırken TCK da suçun cezasını iki kat arttırmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen basit rüşvet olarak adlandırılan suç kalıbına öngörülen cezada kanun koyucu 1. fıkra hükmüne atıf yapmıştır. Yani bu halde de kamu görevlisi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında bu suç tipine verilen cezanın düşürüldüğü görülür, 765 sayılı TCK m.

⁴⁶⁵TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

212/1'nin cezası 4 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıdır ve daha önce belirttiğimiz gibi rüşvet vermekte suç olarak düzenlenmiştir. Ancak 257/3. madde görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisine bu çıkarı temin eden kişinin cezalandırılmasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili kamu görevlisinin hükmedilen cezasının 1 yıl ve daha az kısa süreli hapis cezası olması durumunda kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili kamu görevlisinin hükmedilen cezasının 2 yıl ve daha az süreli hapis cezası olması durumunda, daha önce kasıtlı suçtan hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak ve tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanat oluşturmak şartlarına bağlı olarak TCK m.51 çerçevesinde ertelenmesi de mümkündür.

Kişinin kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak belirli hakları kullanmaktan mahrum kalması söz konusu olmaktadır. Kanuni sonucu olmasının anlamı hakim tarafından hükmedilmese bile cezanın çektirilmesi aşamasında bunların gözetilecek olmasıdır. Bu hak yoksunlukları TCK m.53 de belirtilmiştir. Bu hak yoksunluklarından biri sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden kişinin yoksun kalmasıdır. Fail kamu görevlisi 657 sayılı DMK' ya tabi biri ise, bu halde de devlet memuru olma şartlarını kaybetmesinden dolayı bu kanunun 98. maddesi gereği memuriyeti sona erecektir.

Görevi kötüye kullanma suçu nedeni ile failin kendisinin ya da başkasının elde etmesini sağladığı haksız kazanç söz konusu olmuş ise bu kazanç TCM m.54 eşya müsaderesi yahut TCK m.55 kazanç müsaderesi hükümlerine göre müsadereye tabi tutulacaktır.

8. MUHAKEME

Görevi kötüye kullanma suçu “görev nedeni ile işlenen” suçlardan olduğu için 4483 sayılı “Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” uygulamasına göre yapılacak soruşturmaya tabi tutulacaktır.

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar dolayısıyla doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açacaktır. Bu bakımdan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamlarca soruşturma yapılmadan, idarenin bir ön inceleme yapmasını ve bu ön incelemenin sonucuna göre olayın yetkili mercilere intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir⁴⁶⁶.

Ülkemizde bu sistemlerden “izin sitemi” kabul edilmiştir. Anayasanın 129. maddesi “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” hükmünü amirdir. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu madde 24 “Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.” düzenlemesini getirmiştir. Bu iki maddenin öngördüğü izin sistemine göre; memurlar ve kamu görevlilerinin işlediği bir suçun adli makamlar tarafından kovuşturulabilmesi için idari makamların adli makamlara izin vermeleri gerekmektedir.

4483 sayılı kanunun 2. maddesi 1.fıkrasında bu kanun kapsamında yer alan kişiler “Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre 4483 sayılı kanuna tabi olmanın ilk koşulu, devlet veya diğer bir kamu tüzel kişiliğine bağlı olarak görev yapıyor olmaktır. Devlet dairelerinde -ki burada devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları kastedilmektedir- asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri bu kanunun kapsamı içersindedirler. Dolayısıyla soruşturulan suçun failinin özel bir yasa hükmü uyarınca kamu

⁴⁶⁶ **AKSOY Fatih**, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama Şartları, Ön İnceleme Usul ve Esasları, www.kolayidare/fatihaksoytez.htm s.1, Edinme Tarihi: 29.03.2010, Saat: 15.00

görevlisi sayılması veya kamu görevlisi gibi cezalandırılması söz konusu olsa dahi, devlet veya diğer kamu tüzel kişisinde çalışmaması durumunda soruşturması genel hükümlere göre yürütülecek ve 4483 sayılı Kanun uygulanmayacaktır⁴⁶⁷.

Sözleşmeli personelin ise, 4483 sayılı kanun kapsamında olup olmadığını belirlemek için ikili bir ayırım yapmak gerekir. İlki kadro karşılık gösterilmek suretiyle çalıştırılan sözleşmeli personel, ikincisi kadro karşılığı olmaksızın çalıştırılan sözleşmeli personeldir. Bunların göreve getirilişleri ve bağlı oldukları hükümler farklıdır. İlkinde sözleşmeli personelin göreve getirilişi yönetimle görevli arasında bir sözleşmeye değil, atamaya dayanır. Bu nedenle kadro karşılığı sözleşmeli personel, memur personeldir. Bunlar isterlerse öbür memurlar gibi Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve sosyal güvenlik yönünden bu kuruma bağlı olurlar. Bu guruba giren sözleşmeli personel 4483 sayılı kanunun 2/1 maddesinde yazılı koşulları taşıdıkları için haklarında bu yasa uygulanmalıdır. İkincisinde ise sözleşmeli personel, özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığa gerek gösteren geçici ve zorunlu durumlarda kullanılır. Bunların göreve getirilişleri atamaya değil, yönetimle görevli arasındaki sözleşmeye dayanır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 4. maddesinin b. fıkrasında sözleşmeli personelin, ... “zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere... geçici işlerde... çalıştırılabilecekleri” bildirilmektedir. 4483 sayılı Kanunun 2/1 maddesine göre haklarında bu yasa uygulanacak görevlilerin yaptıkları görevin asli ve sürekli görev olması gerektiğinden “süreklilik” arz etmeyen geçici durumlarda çalıştırılabilen bu tür sözleşmeli personel bu yasa kapsamı dışında kalır ve haklarındaki hazırlık soruşturmaları genel hükümler uyarınca yapılır⁴⁶⁸.

Geçici personel gurubuna girenler ise, yaptıkları görev “süreklilik” arz etmediğinden dolayı 4483 sayılı kanunun uygulaması kapsamı dışındadır.

4483 sayılı kanun uygulamasında 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 uygulama dışındadır. Birçok kanun belli meslek grupları veya kamu görevlileri için özel bir izin veya yargılama usulü düzenlemektedir. Örnek vermek gerekir ise; Anayasa Mahkemesi Başkan Ve Üyeleri (2949 sayılı Kanunun m. 55) Danıştay Başkan Ve Üyeleri (2575 Sayılı Kanun m.76), Sayıştay Başkan Ve Üyeleri (832 sayılı Kanun m.96), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan Ve Üyeleri (1602 sayılı Kanun m.32) Hakim Ve Savcılar (2802 sayılı Kanun m.82),

⁴⁶⁷ GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, s.296

⁴⁶⁸ AKSOY Fatih, s.12

Avukatlar (1136 sayılı Kanun m.58), Üniversite Rektör, Dekan Ve Öğretim Üyeleri (2547 sayılı Kanun m. 53) ayrı yargılama usulüne tabidirler⁴⁶⁹.

4483 sayılı yasanın konu bakımından kapsamını ise memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar oluşturur. Görev sebebi ile işlenen suç; (görevden doğan) suçlar yalnız memurlar ve diğer kamu görevlisi olan kişiler tarafından ve görevleri nedeniyle işlenebilen suçlardır. Memur veya diğer kamu görevlisi olmayan kişiler bu suçları işleyemez, ancak işlenmesine katılabilirler. Suçun görevden doğması için memur ve diğer kamu görevlisinin işi ile ilgili olması yeterlidir. Memurun veya diğer kamu görevlilerinin görevlerini, kanun ve ilgili diğer mevzuata göre yerine getirmeyerek, kanunlarda suç olduğu belirtilen eylemleri gerçekleştirmiş olmaları gerekir. Memur veya diğer kamu görevlisi olmak, bu suçlarda suçun asli unsurudur. Bu unsur gerçekleşmezse, suçta oluşmaz. Memurluk görevini kötüye kullanmak (TCK. 240), görevi savaştırmak (TCK 230), evrakta sahtekarlık yapmak (TCK. 339-340-341) örneklerinde olduğu gibi görev ile işlenen suç arasında bir illiyet bağı mevcuttur⁴⁷⁰.

Belirtmek gerekir ki, bir suçun görev suçu olabilmesi için sırf mesai saatleri içinde ve görev mahalinde işlenmesine gerek yoktur. Suçun görevle ilgili olması yeterlilik arz eder. Memurun görevden ayrılması, emekli olması, başka bir kuruma atanması gibi haller yasanın uygulanmasına engel teşkil etmez.

4483 sayılı yasa kendisinden önceki Memurun Muhakematı Hakkında Kanuna göre uygulama alanını daraltmıştır. Memurun Muhakematı Hakkında Kanun hem “görev sebebi ile” hem de “görev sırasında” işlenen suçları ilenen suçları kapsamına almıştır⁴⁷¹. Görev sırasında işlenen suçlar, niteliği itibarı ile memur veya diğer kamu görevlisi olan ve olmayan herkes tarafından işlenebilen ancak, görev yaptıkları zaman içerisinde işledikleri suçlardır. İşlenen suç ile görev arasında illiyet bağı aranmaz⁴⁷². 4483 sayılı yasa uygulamasında memurların görev sırasında işledikleri suçlara genel kurallar uygulanacaktır. Burada şunu da belirtelim ki; 657 sayılı kanun 24. maddesinde memurların hem görev sebebi ile hem de görev sırasında işledikleri suçların soruşturulmasının özel usullere tabi olmasını öngörmektedir. Bu

⁴⁶⁹**ZAFER Hamide**, 4483 Sayı Ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.74, S.10–11–12, 2000, s.989

⁴⁷⁰**AKSOY Fatih**, s. 24

⁴⁷¹**ÇAĞLAYAN Ramazan**, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1-2, Haziran 2003, s.116

⁴⁷²**TOPUZ İbrahim**, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Cilt 5, Sayı 6, Haziran 2000,s.10

düzenleme ile 4483 sayılı kanunun getirdiği düzenleme birbiri ile çelişmektedir. Ancak memurların yargılanmasını düzenleyen 4483 sayılı kanun, bu konuda özel kanun olduğu için, bu kanunun getirdiği kurallar uygulanacaktır⁴⁷³.

4483 sayılı yasa ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde uygulanmaz. Bu durumlarda genel hükümler uygulanacaktır. Ayrıca bu kanunun uygulanacağı suçlar, memurların idari görevlerinden doğan suçlardır. Adli görevler bu anlamda genel hükümlere tabidir. Adli görev yapan bir memur hakkında Cumhuriyet savcısı yetkili merciden izin almadan doğrudan soruşturma yapıp dava açabilir. Bu anlamda jandarma teşkilatı mensuplarının adli görevlerinden doğan suçlar, emniyet teşkilatı mensuplarının adli görevinden doğan suçlar, çarşı ve mahalle bekçilerinin adli görevlerinden doğan suçlar, gümrük muhafaza memurlarının, belediye zabıtasının, köy muhtarının adli görevlerinden doğan suçlar genel hükümlere tabidir. Örneğin polis memurlarının işlenen bir suçun soruşturulması sırasında işledikleri suçlar adli görev sırasında işlenmiş sayılır ve haklarında genel hükümler uyarınca soruşturma yapılır. Jandarma astsubayının hastalanan bir tutukluyu sağlık ocağına götürmesine emreden Cumhuriyet savcısının emrini yerine getirmeme eylemi adli görevi savsama niteliğindedir, genel hükümlere tabidir⁴⁷⁴.

4483 sayılı yasa kapsamına giren bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlileri olayı izin vermeye yetkili mercie bildirebilecekleri gibi⁴⁷⁵, öninceleme izni vermeye yetkili mercide olaydan bizzat haberdar olup öninceleme başlatabilir. Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir. Düzenlenecek ön inceleme raporu üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur⁴⁷⁶.

Soruşturma izni, şikayet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak ileride soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek konuları kapsar. Soruşturma sırasında izin verilen olay ve konudan tamamen ayrı veya farklı bir suç olarak nitelendirilebilecek bir fiil ortaya

⁴⁷³ ÇAĞLAYAN Ramazan, s.117

⁴⁷⁴ AKSOY Fatih, s. 20

⁴⁷⁵ 4483 sayılı yasa md.4

⁴⁷⁶ 4483 sayılı yasa md.5

çıkıldığında, yeniden izin alınması zorunludur. Suçun hukuki niteliğinin değişmesi, yeniden izin alınmasını gerektirmez⁴⁷⁷.

Yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirilmesi ile soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi itiraz yoluna gidebilir. İtiraz süresi, yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gündür. İtirazlar, öncelikle incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir⁴⁷⁸.

Soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosya, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷4483 sayılı yasa md.8

⁴⁷⁸4483 sayılı yasa md.9

⁴⁷⁹4483 sayılı yasa md.11

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi ile yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nın birden fazla suç tipi olarak düzenlediği hususlar tek madde altında toplanmıştır. Mülga kanunda yer alan görevi kötüye kullanma, görevde keyfi muamele, görevi ihmal ve basit rüşvet alma suçlarını oluşturan fiiller artık 257. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Kanun koyucunun 257. madde içerisindeki suçları görevi kötüye kullanma olarak adlandırmasına rağmen madde içerisinde üç farklı suç vardır. “Görevin gereklerine aykırı hareketle görevi kötüye kullanma” ve “görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek sureti ile görevi kötüye kullanma” suçlarına ilave olarak kanun koyucu basit rüşvet olarak adlandırılan suç tipini “görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlamak” kalıbı ile maddeye ilave etmiştir. Her ne kadar madde gerekçesinde bu düzenlemenin rüşvet ve irtikap suçları oluşmadığı durumlarda, haklı işin yapılması nedeni ile yarar sağlanmasının cezasız kalmaması amacı ile oluşturulduğu ifade edilse de, basit rüşvet verme fiilinin cezasız kalması nedeni ile düzenleme eleştirilmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçu genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Madde lafzında bu suçun oluşumu “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” başkaca bir suça vücut vermeme ve yahut “irtikap suçunu oluşturmama” koşullarına tabi tutulmuştur. 765 sayılı Kanun döneminde de maddenin “kanunda yazılı hallerden başka” ifadesi ile tali bir suç olarak tanımlanmasının Anayasanın kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa mahkemesi “Burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Hakim önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuna göre, bu konuda suç unsuru belli demektir.” şeklinde karar vermiş ve iptal istemine başvuran mahkemenin talebini red etmiştir.

Madde gerekçesinde görevin gereklerine aykırılık oluşturan her fiil değil, bu fiilin belirli koşullar taşıması halinde 257. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kısaca mülga kanunun aksine görevi kötüye kullanma suçu 5237 sayılı TCK da bir tehlike suçu olarak değil bir zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Madde de sayılan bu zararlı neticeler; kişilerin mağduriyetine neden olma, kamunun zararına neden olma, kişilere haksız kazanç sağlama ve kendisine veya başkasına çıkar sağlamadır. Madde de sayılan bu zararlı neticelerin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu da ileri sürülmüştür.

Görevi kötüye kullanma suçunun “zarar, mağduriyet ve kazanç sağlama” öğelerini de araması karşısında suçun koruduğu hukuki değerın içerisinde kamu idaresinin kanuna uygun işleyiş düzeni ile beraber kamu görevlisinin görevlerini yaparken idareye ve kişilere zarar vermemesi, mağduriyetlere yol açmamasının da yer aldığı kabul edilebilir.

Görevi kötüye kullanma suçunda suçun maddi konusu; maddede sayılan zararlı neticelerin türüne göre değişir. Kişilerin mağduriyetine yol açan bir fiil varsa, bir kişinin mağduriyetine veya zararına yol açan ve suçun üzerinde işlendiği malvarlığı, ekonomik veya manevi bir hak ya da benzer sonuç doğuran başka bir hak suçun hukuki konusu olabilir. Fiilin kişilere kazanç sağlamasına yol açması durumunda konu, sağlanan malvarlığı ya da ekonomik bir hak veya ekonomik bir hakka yol açan başka bir statü hakkı vb. bir şeydir. Failin görevinin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlanması halinde de sağlan çıkar, suçun maddi konusunu oluşturacaktır.

765 sayılı Kanun dönemindeki “memur- kamu hizmetlisi” ayırımından vazgeçen 5237 sayılı TCK kamu görevlisi kavramını benimsemiştir. Kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılması gerekmektedir. Kamu görevlisinin görevine seçimle veya tayin yolu ile getirilmesinin, devamlı ve geçici üstlenilmesinin, bu görev nedeni ile para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur.

Yaptıkları iş ile kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmasa da 765 sayılı Kanun döneminde “memur sayılan” “memur gibi sorumlu olan” kişilerin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1 maddesinin “mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı kanuna yapılmış sayılır” şeklinde ki hükmü ile 5237 sayılı kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gerekçesi de dikkate alındığında kamu görevlisi gibi işledikleri fiillerden sorumlu tutulması gerekir. Şu anda özel kanunlardaki bu yöndeki hükümler 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile “kamu görevlisi” şeklinde değiştirilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesindeki suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Devlet tüzel kişiliği suçun mağduru değil görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesinden dolayı malvarlığı itibari ile suçtan zarar görmüş olabilir. TCK 257/3. madde açısından kamu görevlisine menfaat temin eden kişinin de suçun mağduru olduğu kabul edilmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için failin aykırı hareketi görev alanına dair bir işleme ilişkin olmalıdır. Kamu görevlisinin görevinin nelerden ibaret olduğu ve bu görevin gerekleri failin yürüttüğü görevle ilgili yasa, tüzük, yönetmelik, genelge ve emir ya da talimat gibi düzenleyici işlemler ile belirlenir. Kamu görevlisinin görev alanının tespitini yaparken sadece kendi görev alanı ile ilgili kanunların değil, kendi görev alanı ile ilgili olmadığı halde yapılacak görevin kapsamı ve yürütülmesi bakımından alakalı diğer kanunlarında kamu görevlisine yüklediği görevler de göz önünde tutulur. Örneğin; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 332, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu 28. maddesi 1. fıkrası kamu görevlisinin görev alanını genişleten alakalı kanunlardır.

Görevi kötüye kullanma suçu; görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle icrai davranışla veya görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek sureti ile ihmali davranışla ve görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle çıkar sağlamak sureti icrai davranış veyahut ihmali davranış ile işlenebilir. Bu hali ile madde içerisinde hareket öğeleri farklı seçimlik üç suç tipi vardır.

Görevin gereğine aykırı hareketi oluşturan davranışların hangi hareket ve vasıtalar ile yapılacağı hususunda bir sınırlama getirilmediğinden 257/1. maddedeki suç; serbest hareketli bir suçtur. Bu hareketlere örnek olarak; herhangi bir şekilde kanuni yetkinin aşılması, kanunun koyduğu usul ve şekillere uyulmaması, takdir yetkisinin maksada aykırı kullanılması, yargı kararlarına uyulmaması, görevin gerektirdiği ön koşullara uyulmaması, görevle ilgili emirlere uyulmaması, emrin keyfi biçimde yerine getirilmesi veya üstün kanuna aykırı olarak verdiği emri yerine getirmek, görevin yapılmaması veya geciktirilmesi sayılabilir.

Kamu görevlisinin sırf mesleki etik ilkelerine uymamasının ceza sorumluluğu açısından görevini kötüye kullanma suçuna vücut verip vermeyeceği tartışılmakla beraber Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.11.2007 tarihli bir kararında kamu görevlisinin yetki alanı dışında gerçekleştirdiği eylemde meslek etiği ilkelerine uymadığı gerekçesi ile görevi kötüye kullandığı sonucuna varmıştır.

Kamu görevlisinin kendisi veya yakını aleyhine görevlendirilmesi durumunda görevinin gereğine aykırı hareketinin diğer şartları da tamam olması koşulu ile görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Zira kişinin kendisi veyahut yakını aleyhine

görevlendirilemeyeceğine ilişkin bir hüküm veyahut hukuka uygunluk nedeni kanunlarımız da mevcut değildir.

257/2. maddedeki suç tipi; görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek sureti ile ihmali davranışla işlenebilir. Bu suç bakımından da bir görevin bulunması gerekir. Kanunda tanımı yapılmayan ihmal ve gecikme; kanun, tüzük veya yönetmelik gibi bir hukuk kaynağı olarak yerine getirilmesi veya belirli bir süre içerisinde yerine getirilmesi gerekirken geç yapılması şeklinde tanımlanabilir. O halde ihmal; yapılması gereken görevin yerine getirilmemesi, gecikme ise geç yerine getirilmesi şeklinde farklı anlamlarda kullanılmıştır. Mevzuat veya amirin emrinde kamu görevlisinin görevi yerine getireceği süre belirlenmiş ise bu sürenin geçmesi ile suç tamamlanacaktır. Fakat bu şekilde kesin bir süre öngörülemeyen hallerde ihmali ve gecikmenin tespiti “makul süre” kavramı ile yapılacaktır. Kamu görevlisinin yapmakla yükümlü olduğu işin önemine, normal bir kamu görevlisinin çalışma temposuna, iş yoğunluğuna, emrin içeriğine göre makul süre belirlenir.

Maddedeki üçüncü suç tipi; görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak için. Bu suçun oluşumu failin hareketinin irtikap suçunu oluşturumamasına bağlı tutulmuştur. Sağlanan çıkar, ekonomik değerlerle sınırlı olmayıp, kişinin maddi ve manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeylerdir. Kamu görevlisinin çıkar temininin kendisi ya da üçüncü kişi yararına olması arasında fark yoktur. Kamu görevlisinin herhangi bir çıkar temini talebi olmadan, görevin yerine getirilmesinden sonra, kişinin memnuniyetini göstermek amacı ile kamu görevlisine “hediye” vermesi yani haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısı ile kişiye sağlanmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçunun tehlike suçu olmaktan çıkarılıp zarar suçu haline getirildiğini belirtmiştik. Görevi kötüye kullanma suçunun ilk iki fıkrasında; kanuni tanıda üç ayrı neticeye yer verilmiştir, bunlar; kişilerin mağduriyetine neden olma veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamadır. Bu zararlı neticelerden bir tanesinin oluşumu ile suç oluşacaktır. Neticelerin gerçekleşmesi koşuluyla nitelik ve niceliğin de bir önemi bulunmaz, suça bağlı olarak sağlanan kazanç veya kamu zararının az ya da çok olması suçun oluşmasını etkilemez. Kişilerin mağduriyeti; sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı kabul edilmeyip bireysel hak ihlalini doğuracak her türlü davranış olarak nitelendirilir. Kamu zararı kavramının ise kapsamı ise tartışmalı olmakla beraber

Yargıtay kararlarında ekonomik zarar olarak ele alınır ve bu zararın tespitinde 5018 sayılı kanundaki kriterleri kullanmaktadır. Haksız kazanç kavramının içeriğinin tespitinde ise Yargıtay bazı kararlarında kazanç kavramını dar yorumlayarak maddi nitelikte kabul etmiş, fakat karşı oy yazılarında ise salt maddi, ekonomik nitelikteki olmayan kazanımları bu kapsamda değerlendirmiştir.

5237 sayılı TCK da ise görevi kötüye kullanma suçunun tüm fıkraları için geçerli olmak üzere, suçun oluşması için, failde genel kastın bulunması yeterlidir. Görevin gereklerine aykırı davranıldığını bilen ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek kişilerin menfaatine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilerden bilerek haksız kazanç sağlayan, kamu görevlisinin suçu işleme kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekir. Maddenin taksirli hali ise düzenlenmemiştir.

Suçun oluşumu maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin varlığına bağlandığı içini bu ana kadar gerçekleştirilen hareketler icra hareketleridir ve icra hareketinin (görevin gereğine aykırı hareketini, ihmal ve gecikmenin) yapılmasına rağmen bu neticeler oluşmamışsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir. Failin görevinin gereğine aykırı davranışı maddedeki neticeleri gerçekleştirmeye elverişli değil ise teşebbüsten de söz edilemeyecektir.

Genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu ile görevi kötüye kullanma ögesini de barındıran özel nitelikte suçlar olan m. 247, 250, 251, 255, 258, 260'daki suçlar arasında özel-genel suç ilişkisi bulunmaktadır. Bu şekildeki bir fiilin 257. madde ile birlikte görevin kötüye kullanılması vasfında düzenlenmiş bulunan özel bir hükme aykırılık oluşturması durumunda halde “özel normun önceliği” ilkesi veya “özel norm, genel normun uygulanmasını engeller” kuralı uyarınca özel norm ile uygulama yapılır.

Görevi kötüye kullanma suçu da bir kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilir ise, zincirleme suç hükümlerine tabi olacaktır. Kanun koyucu; “mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda ve aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da” zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmiştir. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da; fail bir işleme dayanarak o işlem kapsamındaki birden çok şahsın mağduriyetine yol açarsa “aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan 43/2. fıkradaki zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın getirdiği sisteme göre, toplumdaki tüm bireylerin/herkesin mağdur olduğu suçlarda belirli bir mağdurun bulunamaması nedeni ile zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Bu halde bireysel bir zarar veya mağduriyet

söz konusu olsa bile, suç “kamu idaresine karşı” işlendiği için, aynı suç işleme kararı varsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

K A Y N A K Ç A

1. **AKÇİN İhsan**, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
2. **AKYILMAZ Bahtiyar**, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004
3. **AKSOY Fatih**, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama Şartları, Ön İnceleme Usul ve Esasları, www.kolayidare/fatihaksoytez.htm s.1, Edinme Tarihi: 29.03.2010, Saat: 15.00
4. **ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004
5. **ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner**, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
6. **BAYKAL Ali**, Memurluk Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilememesi, Adalet Dergisi, S.4, Yıl,62,1971
7. **CİHAN Erol**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979
8. **ÇAĞLAYAN Muhtar**, Türk Ceza Kanunu Cilt:1, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1962
9. **ÇAĞLAYAN Ramazan**, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1-2, Haziran, 2003
10. **ÇETİN Özek**, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul, 1976
11. **ÇİÇEK İbrahim**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görev Nedeni İle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008
12. **ÇOLAKER Mustafa**, 5237 Sayılı Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı, Adalet Dergisi, Yıl:98, Sayı:28 Mayıs, 2007
13. **DEMİRBAŞ Timur**, Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Prof. Dr. Kudret Ayıter'e Armağan Cilt-III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1988
14. **DÖNMEZER Sulhi**, İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıstas, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XI, İstanbul, 1945

- 15. DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Genel Kısım Cilt:2, 7. Bası, İstanbul, 1982
- 16. EREM Faruk**, Keyfi Muamele, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 16, Sayı 1, Ankara, 1959
- 17. ERGÜN Güneş**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2009
- 18. GÖKCAN Hasan Tahsin**, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- 19. GÖKCAN Hasan Tahsin**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, C.31, S.4, Ekim, 2005
- 20. GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa**, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- 21. GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2002
- 22. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat**, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt:3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970
- 23. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat**, Türk Ceza Hukukunda Memur Ve Hizmetli Kavramları, Adalet Dergisi, S.1, Yıl 61, 1970
- 24. İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl**, Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 3.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1999
- 25. İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsun / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener**, İçel Suç Teorisi, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000
- 26. GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler -2, Adil Yayınları, Ankara, 1996
- 27. HAKERİ Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- 28. KANLIGÖZ Cihan**, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 1-4, Ankara 1993
- 29. KAYLAN Keskin**, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale, Erişim Tarihi:19.02.2010, Saat: 14.00
- 30. KUNTER Nurullah**, Vazifeyi ihmal ve Suiistimal, Rüşvet, Memurlara İntisap İddiası İle Menfaat Temini ve Münakaşaya Fesat Karıştırma Suçlarına Müteallik Bazı Meseleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 1, İstanbul, 1949

- 31. MALKOÇ İsmail**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 58, Ankara, 1988
- 32. MALKOÇ İsmail**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.58, S.1, 1993
- 33. MALKOÇ İsmail / MALKOÇ Aytaç**, Memurlar Ve Suçlar Memurlar Ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1988
- 34. MERAN Necati**, Zimmet-Rüşvet-İrtikap Ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- 35. MERAN Necati**, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs, 2007
- 36. ÖNDER Ayhan**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul, 1994
- 37. ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan / TEPE İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
- 38. ÖZBEK Veli Özer / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan**, Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı-1- Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006
- 39. ÖZEN Mustafa**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:8, Nisan, 2007
- 40. ÖZGENÇ İzzet**, Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 1994
- 41. ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- 42. ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhuri**, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2002
- 43. PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer**, Açıklamalı-Yeni İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- 44. SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık**, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999
- 45. SELÇUK Sami**, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, Cilt: 23 (Ocak-Nisan 1997), Sayı: 1-2, Ankara 1997
- 46. SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006

47. **SOYARSLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002
48. **SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1-4, Ankara, 1998
49. **ŞIK Hüseyin**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
50. **ŞEN Ersan**, Anayasa Mahkemesi Kararları- Ceza, Beta Yayınları, İstanbul, 1988
51. **TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
52. **TOPUZ, İbrahim**, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Cilt 5, Sayı 6, Haziran 2000
53. **TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007
54. **TOROSLU Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009
55. **UTKU Eray**, Ceza Hukukunda Memur, Adalet Dergisi, Sayı:8, Ankara, 2001
56. **VIDİNLİ İbrahim**, Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Sayı:4 Ankara, 1946
57. **YARSUVAT Duygun**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1965
58. **YAVUZ Nihat**, Memurluk Görevinin İhmal ve Suiistimal Suçlarında Memurun Kendi Aleyhine Muamele Yapma Meselesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, Ankara, 1973
59. **YAŞAR Hakkı**, Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı Ve Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili Ve Tatbiki, Adalet Dergisi, S.11-12, 1966
60. **YENER Orhan**, Görevin Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, C.VI, S.1-2, 1980
61. **YILDIRIM Ramazan**, İdare Hukuku Dersleri 1, Mimoza Yayınları, Konya, 2005
62. **YILDIZ Mehmet Tan**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara, 2002
63. **YILDIZ Mehmet Tan**, Görevi İhmal Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, 2003

64. ZAFER Hamide, 4483 Sayı Ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.74, S.10-11-12, 2000

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI :Nur GÜVENÇ

Doğum Tarihi ve Yeri :19/09/1984- MERSİN

Medeni Durumu :Bekar

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise :Yusuf Kalkavan Anadolu Lisesi - 2002

Lisans Diploması : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi - 2007

Yükseklisans Diploması: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı

Tez Konusu : Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)

Yabancı Dil / Diller : İngilizce

İş Denevimi

Çalıştığı Kurumlar : Bayındırlık Ve İskan Bakanlığı

Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü

Teftiş Kurulu Başkanlığı

Adres : GMK Bulvarı no:68 kat:7 MALTEPE/ANKARA