

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**CEZA HUKUKU'NDA
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARI**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN**


**HAZIRLAYAN
ARİF NACİ SUCUOĞLU**

ANKARA

2010

Arif Naci SUCUOĞLU tarafından hazırlanan **Ceza Hukuku'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçları** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Tez Danışmanı

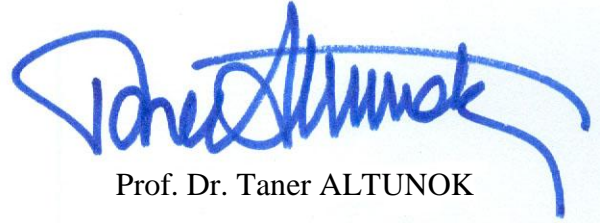
: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.


Prof. Dr. Taner ALTUNOK

Tez Sınav Tarihi : 06 Aralık 2010

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

(Çankaya Üniversitesi) 

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

(Gazi Üniversitesi) 

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ

(Çankaya Üniversitesi) 

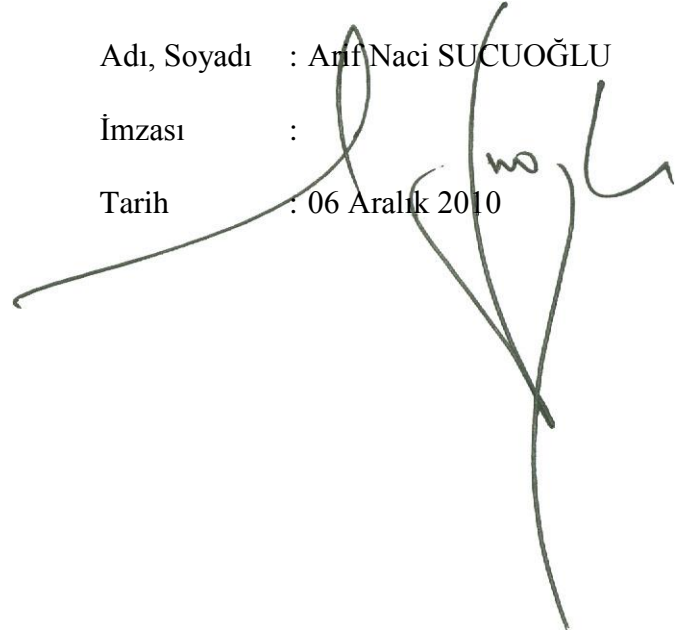
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Arif Naci SUCUOĞLU

İmzası :

Tarih : 06 Aralık 2010



ÖZET

CEZA HUKUKU'NDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARI

SUCUOĞLU, Arif Naci

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Aralık 2010, 146 sayfa

Çalışmamızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde düzenlenen Görevi Kötüye Kullanma Suçları incelenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun özel hükümleri içerisinde “Devlete ve Millete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” adlı birinci bölümünde düzenlenen Görevi Kötüye Kullanma suçları 257. maddede üç fıkra halinde düzenlenmiştir. 257. madde, mülga 765 sayılı kanunda yer alan görevi suistimal, keyfi ve sert muamele, görevi savsama ve basit rüşvet suçlarını içine alacak şekilde üç ayrı fıkra halinde düzenlenmiş ve bu üç farklı suça madde başlığında “görevi kötüye kullanma” adı verilmiştir.

Bu maddenin birinci fıkrasında icrai hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir. Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen keyfi muamele suçu ile 240. maddesinde düzenlenen görevi suistimal suçu birlikte kabul edilerek tek bir fıkra halinde vücut bulmuştur. İkinci fıkrada ise ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçu

düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise 765 sayılı TCK' da basit rüşvet olarak bilinen eylem, görevde haksız kazanç sağlama suçu olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda her üç suç tipi unsurları ve özel görünüş şekilleriyle ayrı ayrı ele alınmıştır. Bunun yanında suçun kanunda “açık ceza normu” ve “torba hüküm” niteliğinde düzenlenmiş olması tartışılmış ve eskiden bu yana tartışılan “kamu görevlisi” kavramı ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Görevi Suistimal, Görevi İhmal, Görevi Kötüye Kullanma, Kamu Zararı, Basit Rüşvet, Haksız Çıkar Sağlamak.

ABSTRACT

CRIME OF MISCONDUCT (MALPRACTICE) IN CRIMINAL LAW

SUCUOĞLU, Arif Naci

Graduate School of Social Sciences Department of Public Law

Supervisor : Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

December 2010, 146 pages

In our work, the Misconduct Crimes was investigated on the 257th article of 5237th legislation in Turkish Penal Code.

Special provisions of the Turkish Penal Code No. 5237 in the "Crimes Against the State and the nation," the fourth part entitled "Crimes Against Public Administration's trustworthiness and function," the first chapter of his crimes, the Task Abuse in item 257 is organized into three paragraphs.

Article No. 257, No. 765 abolished the task of law abuse, arbitrary and harsh treatment, default and simple task to incorporate the crimes of bribery and organized into three separate clause in the title of this article three different crime "misconduct" was named.

Executive action in the first paragraph of this Article, committed the crime of misconduct have been given. Euro shield the Turkish Penal Code No. 765 228 arbitrary treatment of organized crime in Article 240 of Article organized crime of abuse of duty by accepting the body found in a single paragraph. Starting in the omission of misconduct committed in the second paragraph is organized crime.

In the last paragraph of Article No. 765 of Turkish Penal Code, known as a simple act of bribery, served as the organized crime of unjust gains.

In our study, and a special appearance in all three forms of crime-type elements are handled separately. In addition, crime in the law on "criminal norm" and "bag of terms" nature is organized and used to be discussed and debated since the "public official" concept are examined in detail.

Keywords: Malpractice, Breach of Duty, Misconduct in Office, Public Damage, Bribery.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde düzenlenen “görevi kötüye kullanma suçu” çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Görevi kötüye kullanma suçu, özel hükümler içerisinde “*Devlete ve Millete Karşı Suçlar*” başlıklı dördüncü kısmının “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiştir.

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla, kamu görevlisi adı verilen kişilere tanınan bir takım üstün yetkilerin, devlete zarar verecek, vatandaşın mağduriyetine yol açacak yahut bazı kişilere haksız yarar sağlayacak şekilde kullanılması mümkündür. Bu tür suistimaller sebebiyle devletin ve vatandaşın zarar görmesinin engellenmemesi, devletin itibarını ve güvenilirliğini ciddi şekilde zedeler. Devletin itibarını sarsacak eylemlerin belirlenmesi ve ciddi yaptırımlara bağlanması şarttır. Bu yüzden görevi kötüye kullanma suçuyla birlikte, bu bölümde düzenlenen suçlar genel olarak, devletin saygınlığı, tarafsızlığı, dürüstlüğü ve disiplinli işleyişinin sağlanması gibi menfaatleri korumaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçunun düzenleniş biçimi, devletin güvenilirliğine karşı eylemlerden üçünü içermektedir. 257. maddeye göre;

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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.

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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.

İrtikâp 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’ nın 257. maddesinde, mülga 765 sayılı kanundaki düzenlemeden farklı olarak üç farklı suç tipi aynı maddede yer almaktadır. Birinci fıkrada düzenlenen icrai hareketle işlenen görevin kötüye kullanılması suçu, 765 sayılı kanunun 228. maddesindeki “keyfi ve sert muamele” suçu ile 240. maddesindeki “görevi suistimal” suçlarını içine alır şekilde düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada yer alan suç, “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında*” demekle genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç olarak biçimlenmiştir. Bu halde, işlenen eylemin ancak TCK’ da sayılan veya diğer özel kanunlarda yer alan suç tiplerine *girmemesi* halinde 257. maddenin uygulanması söz konusu olmaktadır.

Benzer ibare maddenin ikinci fıkrasında yer alan görevi ihmal suçunda da bulunmaktadır. 765 sayılı kanunun 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçuna, 5237 sayılı TCK’ nın 257/2. maddesinde yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK’ nda kabul edilen suç tipi, mülga kanundaki düzenlemeden farklı bir yapıya bürünmüş ve suçun unsurları değişmiştir.

Öyle ki, her iki suç mülga 765 sayılı kanunda “tehlike suçu” idi. Ancak 5237 sayılı kanunda, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarının oluşumu için “*kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması*” şart koşulmakla, birer “zarar suçu” haline getirilmiştir. Suçun

neticesi itibarıyla, bahsi geçen olguların gerçekleşmemesi halinde suç tamamlanmış olmayacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ise, ilk iki fıkradan çok farklı bir yapıya sahiptir. Mülga 765 sayılı kanunun 212/1. maddesindeki “basit rüşvet” suçuna, 5237 sayılı kanunun 257/3. maddesinde yer verilmiştir.

Yerine getirilen bir iş için çıkar sağlanması, görevin gereklerine aykırı olmasa dahi suç sayılmıştır. Ancak mülga 765 sayılı kanunda aynı eylem “rüşvet” suçunu oluşturmakta iken, 5237 sayılı kanunda görevin kötüye kullanılması suçu içerisine dahil edilmiştir. Bu halde, basit rüşvet suçu “yüz kızartıcı suç” kategorisi dışında kalmıştır.

Bilindiği üzere görevi kötüye kullanma suçları yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen mahsus suçlardandır. Kişilerin kamu görevlisi olup olmaması veya kamu görevi yerine getirip getirmemesine göre suçun faili tespit edilecektir. Bu sebeple kamu görevi ve kamu görevlisi kavramlarının açıklığa kavuşturulması zaruridir. Ancak söylemek gerekir ki, 765 sayılı kanundaki kamu görevlisi sıfatının ne olduğu konusundaki belirsizlik, 5237 sayılı kanun döneminde devam etmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde evvela görevi kötüye kullanma suçunun genel yapısı, koruduğu hukuki menfaat, akabinde suçun faili olan “kamu görevlisi” sıfatı ve kamusal faaliyet kavramları ayrıntılı olarak incelenmiştir. En son suçun mağduru ele alınmıştır.

İkinci bölümde görevi kötüye kullanma suçunun unsurları irdelenmiştir. Özellikle “Kanuni Unsur” başlıklı bölümde, 257. maddenin ilk iki fıkrasındaki suçların, genel ve tamamlayıcı şekilde düzenlenmiş olmasının “suç ve cezaların kanuniliği prensibi” ne aykırılığı tartışılmıştır.

“Maddi Unsur” başlığında her üç suç tipi ayrı ayrı ele alınarak, hareket ve neticeleri tek tek incelenmiştir. “Manevi Unsur” bölümünde ise özellikle görevi kötüye kullanma suçlarının “olası kast” ile işlenip işlenemeyeceği, bilinçli taksir halinde failin sorumluluğunun ne olacağı konusu ele alınmıştır. “Hukuka aykırılık Unsuru” başlığında ise “amirin emrini ifa” ve “ilgilinin rızası” halinde, suça vücut veren eylemin hukuka uygunluğu hususu tartışılmıştır. Ardından görevi kötüye kullanma suçlarının teşebbüse elverişli olup olmadığı, kamu görevlisi olmayan kişilerin bu suça iştirak edip edemeyeceği ve suçların içtimaı konuları ayrıntılı şekilde irdelenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde, ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçu unsurları ve özel görünüş şekilleriyle ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Ve nihayet dördüncü bölümde, eski TCK’ da basit rüşvet alma olarak bilinen “görev sebebiyle çıkar sağlama” suçunun unsurları ayrı ayrı incelenmiştir.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
GİRİŞ.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	xii
KISALTMALAR	xvi

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARININ ORTAK YANLARI.....	1
1.1. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suç Kavramı ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları.....	1
1.1.1. Kamu İdaresi ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suç Kavramı	1
1.1.2. Genel Olarak Görevi Kötüye Kullanma Suçları.....	3
1.2. Hukuki Konu	5
1.3. Fail.....	9
1.3.1. Genel Olarak.....	9
1.3.2. Anayasa ve Kanunlarda Kamu Görevlisi Tanımı.....	11
1.3.3. 765 Sayılı TCK Dönemindeki Kamu Görevi – Kamu Hizmeti Kavramları.....	12
1.3.4. 5237 sayılı TCK’ da Kamu Görevlisi ve Kamusal Faaliyet Kavramları.....	17
1.3.5. Kamusal Faaliyet Kavramının Anlamı.....	19
1.3.5.1. Kamusal Olan ve Kamu Adına Gerçekleştirilen Faaliyetler.....	19
1.3.5.2. Kamusal Faaliyetin Siyasal Bir Kararla Yerine Getirilmesinin Anlamı.....	22

1.3.5.3. Kamusal Faaliyetin Siyasal Bir Kararla Yerine Getirilmesinin Anlamı.....	23
1.3.6. Ceza Hukuku Nazarında Kamu Görevlisi Olmanın Neticeleri ...	25
1.4. Mağdur	28
1.5. Görevi Kötüye Kullanma Suçlarının Benzer Suçlarla İlişkisi	30
1.5.1. Zimmet ve Görevi Kötüye Kullanma.....	30
1.5.2. Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma	31
1.5.3. İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

2. İCRAİ HAREKETLE İŞLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU.....	35
2.1. Genel Olarak	35
2.2. Tipiklik.....	36
2.3. Maddi Unsur.....	42
2.3.1. Genel Olarak.....	42
2.3.2. Hareket (Görevinin Gereklere Aykırı Hareket Etmek)	44
2.3.2.1. Hareketin Kanunda Yer Alan Bir Başka Suça Vücut Vermemesi	44
2.3.2.2. Görevin Gereğinin Tespit Edilmesi.....	46
2.3.2.3. Görevin Gereklere Aykırılığın Bulunması.....	48
2.3.3. Netice (Kamunun Zararına Yol Açmak, Kişilerin Mağduriyetine Neden Olmak, Kişilere Haksız Kazanç Sağlamak).....	54
2.3.3.1. Kamunun Zararına Yol Açmak.....	54
2.3.3.2. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olmak	60
2.3.3.3. Kişilere Haksız Kazanç Sağlama	62
2.3.4. Suçun Tamamlanma Anı	64
2.4. Teşebbüs.....	66
2.5. İştirak.....	70
2.6. İçtima.....	73
2.7. Manevi Unsur.....	75

2.7.1. Genel Olarak.....	75
2.7.2. Özel Kast	77
2.7.3. Kusurluluğa Etki Eden Haller	79
2.8. Hukuka Aykırı Unsur	81
2.8.1. Genel Olarak.....	81
2.8.2. Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi	82
2.8.3. İlgilinin Rızası	84
2.9. Yaptırım	85
2.10. Lehe Kanununun Tespiti	88
2.11. Yargılama Usulü	90
2.11.1. Genel Olarak.....	90
2.11.2. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun	92
2.11.2.1.4483 Sayılı Kanunun Kapsamı.....	92
2.11.2.2.4483 Sayılı Kanun Rejimine Tabi Olanlar	94
2.11.2.3.Öninceleme.....	95
2.11.2.4.İzin.....	97

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İHMALİ HAREKETLE İŞLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (GÖREVİ İHMAL SUÇU).....	99
3.1. Genel Olarak	99
3.2. Tipiklik.....	100
3.3. Maddi Unsur.....	101
3.3.1. Hareket (Görevinin Gereklilerini Yapmakta Gecikme ve İhmal Göstermek)	101
3.3.2. Netice (Kamunun Zararına, Kişilerin Mağduriyetine veya Kişilere Haksız Kazanç Sağlanmasına Neden Olmak)	109
3.4. Teşebbüs.....	110
3.5. İştirak.....	111
3.6. İçtima.....	112
3.7. Manevi Unsur.....	113

3.8. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	116
3.9. Yaptırım ve Lehe Kanununun Tespiti.....	116
3.9.1. Yaptırım.....	116
3.9.2. Lehe Kanununun Tespiti	117

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. GÖREVDE ÇIKAR SAĞLAMA SUÇU	118
4.1. Genel Olarak	118
4.2. Tipiklik.....	119
4.3. Maddi Unsur.....	120
4.3.1. Hareket ve Netice (Görevin Gereklerine Uygun Davranmak İçin Menfaat Temin Etmek)	120
4.3.2. Suçun Tamamlanma Anı	127
4.4. Teşebbüs.....	127
4.5. İştirak.....	128
4.6. İçtima.....	129
4.7. Manevi Unsur.....	130
4.8. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	130
4.9. Yaptırım ve Lehe Kanununun Testipi.....	131
SONUÇ	133
KAYNAKÇA	141
EK	
ÖZGEÇMİŞ.....	146

KISALTMALAR

Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dip	: Dipnot
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HPD	: Hukuk Perspektifler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüs
S.	: Sayı
sy.	: Sayfa
Y.	: Yıl

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARININ ORTAK YANLARI

1.1. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suç Kavramı ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları

1.1.1. Kamu İdaresi ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suç Kavramı

Kamu idaresi kavramı, idare hukukunda organik ve fonksiyonel anlamda olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Organik anlamda kamu idaresi, teşkilat ve organlarının yapılanması, kuruluş şekli ve personel niteliği olarak ifade edilir¹. Fonksiyonel anlamda kamu idaresi ise devletin, yasama ve yargı faaliyetleri ile yürütmenin siyasi faaliyetleri haricinde kalan toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için yürütülen faaliyetler olarak tanımlanır². Bu nedenle kamu idaresi kamu yararı amacı güder ve faaliyetlerini kamu hizmeti gerçekleştirmek adına yerine getirir³. Fonksiyonel anlamda kamu idaresi faaliyetlerini kamu gücü kullanarak yerine getirir ve bu faaliyetler sürekli bir niteliktedir⁴.

Anlaşılacağı üzere idare hukuku, yasama ve yargı faaliyetleri ile hükümet faaliyetlerini kamu idaresinden ayrı tutmaktadır. Ancak ceza hukukunun anlayışı, devlet idaresini tüm faaliyetleriyle değerlendirmektedir. Buna göre devlet idaresi,

¹ GÜNDAY, M. (2003), *İdare Hukuku*, sy.3, Ankara.

² GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, sy.14.

³ GÖZLER, K. (2004), *İdare Hukuku Dersleri*, sy.24, Bursa.

⁴ GÖZLER, K., *İdare Hukuku Dersleri*, sy.24.

kamu düzeninin korunması, toplumun refahı, güvenliği, gelişimi ve varlığını devam ettirebilmesi için gerekli olan tüm hizmetleri yerine getirmektedir⁵. Ceza hukuku bunun içine, emredici kural koyma faaliyetlerini, bu kuralları uygulama faaliyetlerini ve bu işlemleri denetleme ve yargılama faaliyetlerini de dahil eder⁶.

Tanımlamaya çalıştığımız kamu idaresi kavramı, ceza kanununun dördüncü kısmını oluşturan Devlete ve Millete Karşı Suçlar başlığı altında, birinci bölümde yer alan Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlarla koruma altına alınmıştır. 765 sayılı mülga TCK da ise Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler adı altında benzer hükümler düzenlenmiştir. Kamu idaresine karşı işlenen suçların yer aldığı bölüm, sadece devletin erklerini korumakta değildir. Kanunun bu bölümde tanımladığı suçlarla, kamu kurumlarının düzenli işleyişi ve itibarını, kamu personelinin dürüstlüğünü, itibarını, güvencelerini, sadakatini, disiplinini ve tarafsızlığını, kamu idaresinin menfaatine olan şeyleri korumayı amaçlamıştır⁷. Bir başka deyişle ceza hukuku kamu idaresi kavramını organik anlamda kabul ederek bu yönden korumakta, ayrıca fonksiyonel anlamda idari faaliyetlerin işleyişini de gözetmektedir.

Ceza kanununun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu, kamu hizmetlerinin disiplinini ve itibarını korumakla birlikte, kamu idaresinin malvarlığını da gözetmektedir. Bu anlamda organik anlamda kamu idaresinin menfaatleri korunmaktadır. Ancak görevi ihmal suçunun ihdası ile kamu hizmetlerinin süratli ve sağlıklı şekilde yürütülmesi amaçlanarak, fonksiyonel anlamda idarenin faaliyetleriyle ilgilenmektedir. Düzenlenen suçlar arasında kamu idaresi anlamı bir olmasa da, ceza hukuku yukarıda belirttiğimiz gibi kamu idaresi

⁵ **EREM, F., TOROSLU, N.** (2003), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, sy.143, Ankara.

⁶ **DEMİRBAŞ, T.** (1988), *Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, DÜHFD, Prof.Dr. Kudret Ayiter Armağanı, sy.250, Ankara.

⁷ **TOROSLU, N.** (2007), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, sy.272, Ankara.

kavramını kamu yararına yapılan tüm hizmetleri yerine getiren bir yapı olarak anlamaktadır⁸.

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçların büyük kısmı (irtikap, görevi kötüye kullanma, kamu görevlisinin ticareti gibi) yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Kamu görevlisi, işlediği bir kısım eylem nedeniyle bu bölümde yer alan suçlardan ve cezalardan sorumlu olacaktır. Ceza sorumluluğu da diğer kısımlarda yer alan suçlara nispeten fazladır. Kamu görevlisi kavramı bu noktada büyük öneme sahiptir.

Bu bölümde düzenlenen suçlardan kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçlarını ise herkes işleyebilir.

1.1.2. Genel Olarak Görevi Kötüye Kullanma Suçları

İnceleme konusu olan görevi kötüye kullanma suçları da, 5237 sayılı kanunun dördüncü kısmın birinci bölümünde yer alan Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Görevi kötüye kullanma suçları, kamu görevlilerinin kendilerine verilen görev ve yetkileriyle kamu idaresinin itibarını, güvenilirliğini ve işleyişini zedelemelerini engellemek amacıyla ihdas edilmiştir. Anlaşılacağı üzere görevi kötüye kullanma suçu mahsus bir suçtur ve bu bölümde yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlardandır⁹.

257. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, bu başlık altında birbirinden farklı suç tiplerini içermektedir. 765 sayılı mülga TCK' da kişilere karşı keyfi ve sert muamele (228. madde), görevi suistimal (240. madde), görevi savsama (230. madde) ve basit rüşvet alma (212/1. madde) suçları, 5237 sayılı

⁸ **OKUYUCU-ERGÜN, G.** (2008), *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, sy.7, Ankara.

⁹ **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.** (2007), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, sy.758, Ankara.

kanunun 257. maddesinde “görevi kötüye kullanma” suçu olarak tanımlanmıştır. Anılan madde şu şekildedir:

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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.”

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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.

İrtikâp 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.”

Eski TCK’ da yer alan keyfi muamele ve görevi suistimal ayırımına son verilmiş ve her iki suç görevi kötüye kullanma suçu içerisinde düzenlenmiştir. Eski düzenlemeden farklı olarak işlenen eylemin kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açması gerekmektedir. Bu neticelerin meydana gelmemesi halinde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Aynı husus görevi ihmal suçu için de geçerlidir¹⁰. Kanun tarafından gerçekleşmesi şart olan bu olguların “objektif cezalandırılabilme şartı”¹¹ değil, suçun maddi unsurunu oluşturan “netice” olarak değerlendirmekteyiz.

Bunun dışında, 257. maddede görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal eylemleri “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ise söz konusu

¹⁰ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.744.

¹¹ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.744.

olmaktadır. İşlenen eylem kanunda bir başka suça vücut veriyorsa, öncelikle bu suça ilişkin hükümler uygulanmak zorundadır. Bu haliyle anılan suçlar genel ve tamamlayıcı niteliktedir¹².

257. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen görev sebebiyle çıkar sağlama suçu, mülga TCK' nın 212/1. maddesinde yer alan "basit rüşvet alma" suçuna karşılık gelmektedir. Görevinin gereklerini yerine getirmek için menfaat temin eden kamu görevlisi birinci fıkrada yer alan ceza ile cezalandırılmaktadır. Kamu görevlisinin menfaat temin etme şekli, kesinlikle irtikap suçuna vücut vermemelidir¹³. İşinin görülmesini isteyen kişi, cebir veya hile olmaksızın kamu görevlisine menfaat sağlama konusunda kendisini zorunlu hissetmektedir¹⁴. Menfaati sağlayan kişi 5237 sayılı TCK' nın 257/3. maddesi nazarında mağdur kabul edilmiş ve böylelikle mülga TCK' daki "basit rüşvet verme" eylemi suç olmaktan çıkarılmıştır.

1.2. Hukuki Konu

Hukuki konu, kanunda düzenlenen suç ve cezanın korumak istediği hukuki yarardır. Korunmak istenen hukuki yararın belirlenmesi, suçların tasnifinin yapılması, kanunun sistematığının belirlenmesi ve oluşturulması açısından önemli bir yer teşkil eder. Ancak bir başka anlam taşıyan suçun maddi konusu kavramıyla suçun hukuki konusu kavramlarını ayırmak gerekir.

¹² TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.301.

¹³ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.745.

¹⁴ Madde gerekçesinde bu husus şöyle dile getirilmiştir: "Haklı olan işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü, bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısıyla kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda, kişiler hakkının 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 dolayısıyla, burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir."

Evvela suçun *maddi konusu*, suçun doğrudan etki ettiği insan yahut eşyadır.¹⁵ İnsan ve eşya kavramları burada dar ve geniş anlamda kullanılabilir. Dar yorumlandığı zaman, maddi konusu olmayan suçların varlığını kabul etmemiz gerekecektir. Hırsızlık suçunun maddi konusunu çalınan eşya, sahtecilik suçunun maddi konusunu ise sahte olarak tanzim edilen yahut kullanılan evrak olarak belirleyebiliriz. Buna karşın, görevi kötüye kullanma suçunun maddi konusunu bu şekilde tespit edebilmemiz zordur.

Bu sebeple suçun maddi konusu, fiilin üzerinde etki bıraktığı *her türlü tabii varlıkları* içerir.¹⁶ Görevi kötüye kullanma ve ihmâl suçunun maddi konusunu geniş anlamda kabul ederek, memurun kanuna aykırı olarak yaptığı veya ihmâl ettiği idari eylem – idari işlem olarak kabul edebiliriz. Ancak suçun maddi konusunun tespiti önemli olsa da, suçların tasnifi bakımından yeterli bir kriter değildir.

Suçların tasnifinde pek çok görüş ileri sürülmüşse de,¹⁷ suçun hukuki konusu görüşü kabul gören görüş olmuştur. Bu tür değerlendirme diğer görüşlerin belirlemeye çalıştığı kriterlere nazaran daha objektif kriterlere dayanmaktadır.¹⁸ Ceza kanunumuzun sistematığı de hukuki konu kriterine göre düzenlenmiştir.¹⁹

Kanunda yaptırım ile karşılanan her suç mutlaka bir hakkı ve menfaati ihlâl etmektedir. Her hangi bir hukuki menfaat ile ilişkilendirilemeyen bir eylemde haksızlık veya suç olduğu söylenemez.²⁰ Öyleyse her suçun bir hukuki

¹⁵ **EREM, F.** (1968), *Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin*, AÜHF Dergisi, Y.1968, C.25, S.1, sy.14.

¹⁶ **TOROSLU, N.** (1970), *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, sy.185, Ankara.

¹⁷ Adı geçen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TOROSLU, N.**, *Cürümlerin Tasnifi...*, sy.45-87., **EREM, F.**, *Suçun Hukuki Konusu*, sy.25-30.

¹⁸ **TOROSLU, N.**, *Cürümlerin Tasnifi...*, sy.203-204.

¹⁹ **HAFIZOĞULLARI, Z., GÜNGÖR, D.** (2007), *Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*, TBB Dergisi, Y.2007, S.69, sy.30.

konusu bulunmaktadır.²¹ Kabul edilen şekilde suçun tasnifini belirlemede, yaptırım ile korunan hak ve menfaat hukuki konunun özünü oluşturmakta ve en mühim kriter olarak halen dikkate alınmaktadır.²²

Hukuki konunun ne olduğunu anlamak ve suçun hangi hak ve menfaati ihlal ettiğini tespit etmek için evvela “zarar” kavramını dikkate almak lazım gelir. Zararın da, hukuken korunan hangi hak ve menfaate yöneldiğine bakmak gerekir. Öyle ki, menfaat insanın cismine ya da maneviyatına ilişkin olabileceği gibi toplumun, ailenin hatta devletin cismine veya maneviyatına dair olabilir.²³ Aynı veya benzer menfaati ihlal eden eylemler ayrı bir grupta toplanır ve kanunun sistematığı bu şekilde belirlenmiş olur.

Türk Ceza Kanununun sistematığı de bu teknikle oluşturulmuştur. Yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu, hukuki menfaat kriteri esas alınarak dört ana başlıkla sınıflandırılmıştır.²⁴

Çalışmamızın konusu olan görevi kötüye kullanma suçu, Devlete ve Millete Karşı Suçlar isimli dördüncü kısmın içerisinde Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında yer almıştır.

Çalışma konusu suçun kanundaki yeri, bize hangi hak ve menfaatlerin korunmak istendiğini göstermektedir. Görevi kötüye kullanma suçu, erklere ayrılmış kamu idaresinin disiplin içerisinde ve düzenli şekilde işleyebilmesine, saygınlığına, özgür, adaletli, tarafsız ve dürüst olarak çalışmasına zarar

²⁰ İÇEL, K., SOKULLU-AKINCI, F., ÖZGENÇ, İ., SÖZÜER, A., MAHMUTOĞLU, F., ÜNVER, Y. (2007), *İçel Suç Teorisi*, sy.87, İstanbul.

²¹ EREM, F., *Suçun Hukuki Konusu*, sy.24.

²² HAFIZOĞULLARI, Z., GÜNGÖR, D., ...*Suçların Tasnifi*, sy.23.

²³ TOROSLU, N., *Cürümlerin Tasnifi...*, sy.221-223.

²⁴ 5237 sayılı kanunun, AHİS ve Anayasa tarafından öngörölmüş hukuki değer ve menfaat kriterlerine uyulmadan düzenlendiği hatta yok sayıldığı görüşü için bkz. HAFIZOĞULLARI, Z., GÜNGÖR, D., ...*Suçların Tasnifi*, sy.29-34.

vereceğinden, bu eylemler yaptırma bağlanmış ve söz konusu menfaatler korunmak istenmiştir.²⁵

Görevi kötüye kullanma suçunun koruduğu menfaatler belirlenirken, “zarar” kavramını argüman olarak almamız gerekir. Çünkü devlet, işlenen suç sebebiyle maddi veya manevi zarara uğramaktadır. Meydana gelen zararın niteliği dikkate alındığında suçun hukuki konusu *devletin itibarı, eşitliği, tarafsızlığı ve mevzuata uygun sürekli işlerliğidir*.²⁶

Elbette görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi halinde yalnızca devlet değil, özel şahıslar da maddi yahut manevi zarar görebilecektir. Bu durumda bir suçun birden fazla hukuki menfaati ihlal edilebilmesi mümkündür. Bu halde, baz alınacak hukuki menfaatin tespiti gerekmektedir.

Bu tespit, *hukuki menfaatlerin derecelendirilmesiyle* mümkündür. İhlal edilen hukuki menfaatlerin sahibi olan mağdurun, üzerinde tasarruf edebildiği ve edemediği haklarının tespiti ile bu derecelendirmeyi yapabiliriz.²⁷

Görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusunun, işlenen suçun özel kişilerin maddi ve manevi menfaatlerine zarar vermesi sebebiyle, özel hak ve menfaatler olarak kabul edilmesi, suçun düzenleniş yerine ve amacına, kanunun sistematiğine ve hukuki menfaatler hiyerarşisine aykırı olacaktır. Keza devletin uğrayacağı zararların da önemini yitirmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu değerlendirmeyi, son olarak kanun koyucu yapacaktır. Kanun koyucu ihlal edilen birden fazla hak ve menfaatten hangisini üstün görüyorsa, suçların tasnifini ona göre yapacak ve sistematiğini bu şekilde belirleyecektir. Kanun koyucu görevi kötüye kullanma suçunu “Devlete Karşı Suçlar” içerisinde

²⁵ TOROSLU, N. (2008), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, sy.272, Ankara.

²⁶ SOYASLAN, D. (2005), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, sy.493, Ankara.

²⁷ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.88.

düzenlemiş ise ihlal edilen hukuki menfaatlerden, devlete ait olanını üstün tutmuş demektir.²⁸

Görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusuyla paralel olarak, menfi bir hareketle işlenen görevi ihmal suçunun hukuki konusu da, devlet organlarının işleyişinin her hangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin, disiplin içerisinde yapıldığı inancı ve bu hususta devlete duyulan itibardır.²⁹ Çünkü ihmal edilen işlem sebebiyle devlete duyulan bu itibar zarar görecektir.

Maddi bir yönünün bulunması sebebiyle 257. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen görevde çıkar sağlama suçunun hukuki konusu ise, birden ziyade olabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, suçun kanun içerisinde işgal ettiği yer dikkate alındığında hukuki konusu, devletin işleyişinin etkin ve adaletli ve itibarlı olması, devletin üstünlüğü ve satın alınamazlığıdır. Kamu görevlisinin kanuna aykırı olmasa bile bir şekilde menfaat temin etmesi, devletin bu şekilde manevi kişiliğinin zarara uğramasına sebep olacaktır.³⁰

1.3. Fail

1.3.1. Genel Olarak

Suçun failini belirtirken ceza kanunlarında genel itibarıyla “*her kim*”, “*kimse*” veya “*bir kimse*” ibareleri kullanılmaktadır.³¹ Bu ibarelerin varlığı, başka bir ayırıcı ibare bulunmayan suçların, herkes tarafından işlenebileceği anlamına gelir.

²⁸ TOROSLU, N. (1980), “*İftira Cürmünün Hukukî Konusu*”, AÜHF Dergisi, Y.1980, C.37, S.1-4, sy.110.

²⁹ Yargıtay 4. C.D. 31.01.1994 E.1993/301 K.1994/471.

³⁰ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.527.

³¹ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C. (2006), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, sy.453, Ankara.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili ise herkes olamaz. Çalışma konusu suç mahsus bir suçtur.³² Yalnızca kamu görevlisi sıfatını haiz bir kimse, ihmali veya icrai bir eylemi ile bu suçun faili olabilir. Görevi kötüye kullanma suçundan başka “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” kısmında bulunan suçların çoğunun faili kamu görevlisidir.³³ Diğer bölümlerde yer alan bir kısım suçlarda yine kamu görevlisi sıfatını taşımak, suçun oluşmasına yada ağırlaşmasına etki etmektedir.³⁴

Bunun yanında 5237 sayılı TCK’ nın , 94. maddesinde düzenlenen “işkence”, 120. maddesinde düzenlenen “haksız arama”, 204/2. maddesinde düzenlenen “resmi belgede sahtecilik”, 247. maddesinde düzenlenen “zimmet”, 250. maddesinde düzenlenen “irtikap”, 251. maddesinde düzenlenen “denetim görevini ihmal”, 252. maddesinde düzenlenen “rüşvet”, 255. maddesinde düzenlenen “yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama” gibi suçları da yalnızca kamu görevlisi olan fail tarafından işlenebilmektedir.

Temel ceza kanunu dışındaki bazı özel kanunlarda, kamu görevlisi olmamasına rağmen , buldukları statü itibarıyla işledikleri suçlar bakımından bazı kişilerin “*kamu görevlisi sayılacakları*”, “*memur gibi cezalandırılacakları*” veya “*kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları*” öngörülmüştür.³⁵

³² Ayrıntı için bkz. Kamu görevlisi alt başlığı.

³³ **EREM, F., TOROSLU, N.** (2003), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, sy.149, Ankara.

³⁴ Mahsus suçlara iştirak halinde, özel fail sıfatına sahip olmayan kişilerin bu suçlardan sorumlulukları hususu önem arz etmektedir. Bu konuya ilerde “iştirak” başlıklı bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir.

³⁵ Örneğin, 2954 sayılı TRT Kanununun 50. maddesinde TRT personelinin KİT personeli sayılacağı, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1. maddesine göre yapılan organizasyonlarda geçici olarak görevlendirilenlerin görev boyunca kamu görevlisi sayılacakları, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinde teşebbüs ve bağlı ortaklıkların personel yönetici ve personelinin teşebbüs ve bağlı ortaklık mallarına karşı işleyecekleri suçlarda kamu görevlisi gibi sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKCAN, H.T., ARTUÇ, M.** (2007), *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Ankara.

Bahsi geçen özel kanunların büyük çoğunluğu mülga 765 sayılı TCK döneminde yürürlüğe girmiş ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerin hepsi 765 sayılı TCK' ya atıfta bulunmuştur. Eğer düzeltmeler yapılmamış ise, yürürlükte bulunan ceza kanununa bir atıf bulunmamaktadır. Ancak mülga TCK' ya yapılan atıfların 5237 sayılı TCK' ya yapılmış sayılacağına dair, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1. maddesinde hüküm mevcuttur.³⁶ Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine göre bu kanunun hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.

Fakat bu hüküm, 5252 sayılı yürürlük kanununun geçici 1. maddesi gereği 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bundan önce 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı kanun ile, özel kanunlarda yer alan atıflar 5237 sayılı kanuna göre uyarlanmıştır³⁷.

Peki kamu görevlisi ne demektir? Kapsamı nedir? Kamu görevlisi olmanın sonuçları nelerdir? Bu sorulara cevap ararken evvela anayasa ve kanunlarda yapılan kamu görevlisi tanımına yer verdikten sonra, doktrinde ve içtihatlarda kamu görevinin ne olduğunu irdelemeye çalışacağız.

1.3.2. Anayasa ve Kanunlarda Kamu Görevlisi Tanımı

1982 Anayasasınının 128. maddesinde; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve

³⁶ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C. (2007), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, sy.556, Ankara.

³⁷ Örneğin, 5728 sayılı kanunun 339. maddesiyle yapılan değişiklikle, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 62/3. maddesinde yer alan “Devlet memurları gibi ceza görürler” ibaresi “Kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu madde, kooperatif yöneticilerinin özellikle kooperatifin para ve malları ile bilanço ve defterleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını düzenlemiştir. Örneğin, kooperatifin parası ve mallarıyla kendi yararına tasarrufta bulunan yönetici kamu görevlisi sayılarak, zimmet suçundan sorumlu olacaktır.

diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”denmiştir. Anayasanın bu hükmü, kamu görevlisi ve memur kavramlarını çok dar bir anlamda ele almıştır.

Yalnızca devlette, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve kamu tüzel kişiliklerinde çalışanları kamu görevlisi olarak kabul etmiş ve kamusal faaliyetlerde “genel idare esaslarına” göre görev almayı şart koşmuştur. Kamu görevlisinin istihdam usulü, anayasa nazarında memur ve kamu görevlisinin belirleyici unsurudur. Genel idare esasları kavramı, devletin kamu hizmetlerinde uyguladığı rejimi ifade eder. Diğer kamu görevlileri ibaresi ise, kamu hukuku kurallarına tabi memur dışında asli ve sürekli olarak, genel idare esaslarına göre yürüyen kamu hizmetlerinde çalışan personeli kapsamaktadır.³⁸

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda da , Anayasanın 128. maddesine paralel şekilde memur tanımı yapılmıştır.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 3. maddesinde bir kamu görevlisi tanımı yapılmıştır. “*Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel olarak çalışan, adaylık veya deneme süreleri tamamlanmış kamu görevlileri*” bu kanun nazarında kamu görevlisi sayılmıştır. Bu tanım da, Anayasadaki tanımla benzer nitelikte olup, istihdam şekline göre kamu görevlisi anlayışı söz konusudur.

1.3.3. 765 Sayılı TCK Dönemindeki Kamu Görevi – Kamu Hizmeti Kavramları

Mülga 765 sayılı TCK' da kamu görevi – kamu hizmeti ayırımına gidilerek ceza hukuku anlamında memur kavramı 279. maddede şöyle ifade edilmiştir:

“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;

³⁸ AVSALLI, H. (2006), *Zimmet Suçu*, Yayınlanmamış doktora tezi, sy.38-39, İstanbul.

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

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte 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.”

1930 İtalyan ceza kanunundan bizzat alınan bu düzenlemede dikkati çeken ilk husus; maddenin iki fıkraya ayrılarak, birinci fıkrada memur (kamu görevlisi) tanımının yapılması, ikinci fıkrada ise kamu hizmetiyle uğraşan diğer şahısların belirtilmesi ve bu surette kamu personelinin iki sınıftan oluştuğunun belirlenmesidir³⁹. Her iki fıkranın ilk bentlerinde memur ve kamu hizmetlisinin istihdam edilenler, ikinci bentlerde ise kamu görevi ve kamu hizmeti gören diğer şahıslar konu edilmiştir.⁴⁰

Bu ayrıma göre mahsus suçun faili olabilecek kişilerin “memur” olması gerekmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, kamu görevlisi olanlar memur sayılmaktadır. Kamu hizmetiyle uğraşanların ise memur sayılmayacağı açıktır. Lakin kimlerin kamu görevlisi olduğu, kimlerin kamu hizmetlisi olduğu konusunda ayrıştırıcı bir argüman yoktur. Bunun için failin yerine getirdiği görevin niteliğine bakılması lazımdır. Netice itibarıyla 765 sayılı kanuna göre, bir kimsenin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olarak sorumlu olması personel statüsünden ziyade, bizzat yaptığı faaliyetin kamu görevi veya kamu hizmeti olup olmamasıyla ilgilidir.⁴¹

³⁹ **ERMAN, S.** (1947), *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, AÜSBOD, C.II, S.1-4, sy.240, Ankara.

⁴⁰ **ERMAN, S.**, *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.242.

⁴¹ **SOYASLAN, D.** (1996), *Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)*, AÜHFD, C.45, s.1-4, sy.45, Ankara.; **ERMAN, S.**, *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.240.; **ÖZGENÇ, İ., ŞAHİN, C.**, *Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Üzerine Düşünceler*, GÜHFD, C.VI, S.1-2, sy.192, Ankara.

Bu kanun döneminde, 279. maddede yer alan kamu hizmeti ve kamu görevi kavramları karışıklığa yol açmıştır. Hangi faaliyetlerin kamu görevi hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu sorunu, uzun süre tartışılmıştır. Failin kamu görevi yerine getirip getirmemesi konusu cezai sorumluluğu belirlediğinden, kavramın içeriği ve sınırlarının tespiti her zaman sorun oluşturmuştur. Doktrin ve içtihatlarla bir yol haritası çizilmeye çalışılmışsa da, her iki kavramın net bir tanımı yapılamamış, aralarındaki sınır çizilememiş hatta hakim bir görüş dahi ortaya konamamıştır.⁴²

Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının ayırımına yönelik olarak ileri sürülen görüşlerden bir kısmı, yerine getirilen faaliyetin niteliğini baz alarak, faaliyetin kamu gücü veya iktidar yetkisini barındırıp barındırmadığı hususu üzerinde durmuşlardır.⁴³ Bu görüşe göre; eğer yerine getirilen faaliyet sebebiyle

⁴² SOYASLAN, D., *Memur Kavramı*, sy.46.

⁴³ **Objektif Görüş:** Kişinin yerine getirdiği görev ve faaliyetin niteliğinin esas alınması objektif görüşlerin temelini oluşturur. Kişinin kamu yönetimi içerisinde organik bir bağının bulunup bulunmadığı hususu ikinci plandadır. Bir kamu kurumunda daimi olarak çalışmak, yapılan görevin kamu görevi olduğuna delalet etmemektedir. Kamu görevinin belirlenmesindeki ana etken, o görevin niteliğinin kamusal olup olmamasıdır. Bu açıdan ceza kanunumuzun, objektif değerlendirmeleri esas aldığı ileri sürülmektedir. (ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.243.; OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.18.; ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.552-554.)

Kamu Gücü ve Üstün Yetki Görüşü: Bu görüş devletin, bireylere nazaran sahip olduğu emretme, yasaklama ve zorlama yetkisiyle yerine getirdiği faaliyetleri kamu görevi olarak nitelendirmektedir. Bu yetkiye dayanarak görev yapan kişiler bu anlamda kamu görevlisidirler. Devlet, kamu gücüne ve üstün yetkisine dayanarak bir irade beyanında bulunur ve işlem tesis eder. Bu işlemin oluşmasında görev alanlar, bir kamu görevi yerine getirmektedirler. Bunun dışında görev yapanlar ise kamu hizmeti görürler. (ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.553.; OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.19.; ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.248.; ŞEKERCİOĞLU, M. (1974), *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları*, sy.15, İstanbul.)

İrade Oluşturma ve Temsil Yetkisi Görüşü: Bu görüş, ilgili kamu kuruluşunun her türlü iradesinin oluşturulması safahatına katılanların ve bu iradenin icrasında kamu kuruluşunu temsil yetkisine sahip olanların kamu görevlisi olacaklarını benimseyen görüştür. (OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.18-19.)

Kamu Hukukuna Tabi Olma Görüşü: Kamu hukuku tarafından düzenlenen, emredici hükümlere göre tesis edilen tüm idari faaliyetler kamu görevidir. Özel hukuka tabi olan ve eşitler arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre yapılan işlemler, kamu yararında olsa kamu görevi içerisinde kabul edilmez. (OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.25.)

kamu ajanı kamu gücüne sahip ise, hukuki sonuç doğuracak eylem ve işlemler yapma yetkisi var ise, bu kişi kamu görevi görmektedir. Bunun dışındaki her faaliyet kamu hizmetine girer.

Devlet idaresinin faaliyetlerini esaslı faaliyetler – esaslı olmayan faaliyetler şeklinde ayıran görüşe göre, esaslı kabul edilen faaliyetler kamu görevi, esaslı olmayanlar ise kamu hizmetidir⁴⁴.

Subjektif nitelikteki görüşler ise, daha çok devletle kişi arasında istihdam ilişkisinin varlığına önem vermektedir⁴⁵. Bunun haricinde, fikri faaliyetlerde

Münhasır Yetki Görüşü : Devletin sahip olduğu yetki ve iktidarın kullanılması sırasında yerine getirilen faaliyetlerin hepsi eşit değerde değildirler. Bazı faaliyetler, hukuki işlemlerin oluşturulması ve bunların bizzat icrası şeklinde ortaya çıkarlar. Bazı faaliyetler ise hukuki bir sonuç ortaya çıkarmayan, fikri veya bedeni faaliyetlerin yerine getirilmesinden ibarettir. Devletin münhasıran sahip olduğu yetkiler gereği yerine getirilen faaliyetler içinde, *hukuki işlemler tanzim eden ve hukuki fiilleri icra eden kişiler kamu görevi yerine getirmektedirler*. Ayrıca bu hukuki işlem ve fiillerin yerine getirilmesine kamu hukuku usulleri dairesinde katılanlarda kamu görevi icra etmektedirler. İkinci kategoride sayılan, hukuki işlem ve fiillerin yerine getirilmesinde hukuk aleminde bir değişiklik oluşturmadan, kamu hukuku usulleri haricinde yardım ve iştirak edenler ise kamu hizmetlisi olarak kabul edilmelidirler. (ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.251.)

⁴⁴ **Gaye Görüşü:** Buna göre devletin faaliyetleri, esaslı faaliyetler ve esaslı olmayan faaliyetler olarak ikiye ayrılmıştır. Devletin esaslı amaçlarını yerine getiren nitelikte olduğu kabul edilen faaliyetler kamu görevi, esaslı nitelikte olmayan faaliyetler ise kamu hizmetidir. Devlet yerine getirmesi beklenen faaliyetlerin bir kısmını bizzat tekelinde bulundurmamak zorundadır. Bunları her hangi bir özel veya tüzel kişiye devretmesi düşünülemez. İşte ozaman devletin esaslı amaçlarını yerine getirmek için yapılan faaliyetlerden bahsedilir ve bunlar kamu görevi içerisinde mütalaa edilirler. Ancak devlet bir takım amaçlarından vazgeçerek bunları başkalarına yaptırabilir. İhale yöntemiyle, özel kişilerin eliyle bir takım sosyal ihtiyaçların gördürülmesine karar verebilir. Burada ikincil amaçlar söz konusudur ve bunların kamu hizmeti olduğunu kabul etmek gerekir. (ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.243.; ŞEKERCİOĞLU, M., *Memur Kavramı*, sy.15.; ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.244.)

⁴⁵ **Subjektif Görüş:** Kişinin kamu görevi görüp görmediği hususu, onun devletle arasında organik bir bağın olup olmasına göre tespit edilir. Eğer kişi devlet bünyesinde istihdam edilmek suretiyle görev almaktaysa, kamu görevlisi olarak kabul edilir. (ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.247.)

Belge Düzenleme Yetkisi Görüşü: Kamu hukuku nazarında geçerli olan ve delil niteliği haiz belgeleri düzenleme yetkisine sahip olanlar bu görüşe göre kamu görevi görmektedirler. Bu anlamda noterler, mali müşavirler, kambiyo memurları kamu görevlisi gibi sorumlu olacaklardır. (SOYASLAN, D., *Memur Kavramı*, sy.48-49.; SOYASLAN, D., *Memur Kavramı*, sy.49.; OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.22.)

bulunanların kamu görevi gördüğü, bedeni faaliyetlerde çalışanların ise kamu hizmeti yerine getirdiği görüşü de mevcuttur⁴⁶.

Bir başka görüş ileri sahipleri, kamu görevi ile kamu hizmeti kavramlarının aynı kavramlar olduğunu savunmuş ve bu ayrımı kabul etmemiştir⁴⁷.

Yargıtay, kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarını ayırmak ve ceza kanununda ifade edilen “memur” tanımına ulaşmak için birbirinden farklı görüşlere yer vermiştir. Ancak genel olarak Yargıtay’ın objektif görüşlere itibar ettiği ve yapılan faaliyetin niteliğini dikkate alarak kavramları ayırdığı anlaşılmaktadır⁴⁸.

⁴⁶ **Fikri – Bedeni Faaliyet Ayrımı Görüşü:** Bu görüşe göre, kamu yararına bir faaliyetin yerine getirilmesinde beden gücü kullanılıyorsa, bu faaliyet kamu hizmeti niteliindedir. Ancak kamu görevi daha çok fikri bir faaliyetin yerine getirilmesiyle oluşur. (ERMAN, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.247.; ŞEKERCİOĞLU, M., *Memur Kavramı*, sy.16.; SOYASLAN, D., *Memur Kavramı*, sy.48.)

⁴⁷ **Kamu Hizmeti ve Kamu Görevini Aynı Sayan Görüş :** Bu görüşe göre, kamu gücünün kullanılması esas alınmaktadır. Kamu gücünün ve iktidarının kullanıldığı her faaliyet kamu hizmetidir. Bu anlamda kamu görevi ve kamu hizmeti temelinde aynı şeyler olup, bu iki kavram arasında bir ayrım bulunmamaktadır. (SELÇUK, S. (1997), *İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı*, YD, Ocak-Nisan 1997, C.23, S.1-2, sy.33.; SOYASLAN, D., *Memur Kavramı*, sy.49.)

⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında kamu görevinin belirlenmesinde iki ayrı ölçütü benimsemiştir. “Devlete ait hukuki bir erk ve yetkinin kullanılmasına ilişkin hukuksal işlem ve eylem” in bulunmasını ve gerçekleştirilmesini zorunlu tutmuş, “bunların gerçekleştirilmesinde kamu hukuku yöntemine uygun bir biçimde katılma ve yardım” faaliyetlerini kamu görevi olarak kabul etmiştir. (Yargıtay CGK. , 25.11.1985, E.1985/1-410, K.1985/595 (SELÇUK, S., *Memur Kavramı*, sy.40.))

Bir diğer kararda devlete ait iktidarın kullanılması anlamında hukuki işlem ve eylemde bulunmayanların, kamu görevlisi sayılmayacaklarına hükmedilmiştir. Bu bakımdan Yargıtay kamu gücü ölçütünü, gaye ölçütünü, münhasır yetki ölçütünü ve kamu hukukuna tabi olma ölçütünü birlikte esas alarak kamu görevlisi kavramını belirleme yoluna gitmiştir (Yargıtay CGK 26.11.2002, E.2002/279, K.2002/406 (GÖKCAN, H.T. (2008), *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.31, Ankara.)) Bu sebeple Yargıtay, bir takım kararlarında odacının, belediye işçisinin, hademenin , hasta bakıcının, cezaevi aşçısının, köy katibinin, spor-toto teşkilat müdürlüğü personelinin her hangi bir kamusal iktidar ve yetkinin kullanılmadığı gerekçesiyle kamu görevlisi olmadıklarına dair kararlar vermiştir. Yine bu görüşe paralel olarak, otobüs biletcisinin, ticaret ve sanayi odası genel sekreterinin devlete ait bir yetki ve iktidarın kullanılmasına iştirak etmediklerine karar vermiştir. (Yargıtay 4. CD. 03.07.1995, E.1995/853, K.1995/5042 (TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M. (2006), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, sy.595, Ankara.)

İleri sürülen bu görüşlere ve oluşturulan içtihatlarla rağmen, kavramların birbirinden kesin ve belirgin çizgilerle ayrılabilmesi mümkün olmamıştır. Gerçi devlet idaresinin işleyişinde hangi faaliyetlerin kamu görevi , hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğu problemi, kökünde idare hukukunu ilgilendirse de , idare hukukçuları da iki kavram arasında kesin bir sınır belirleyememişler ve hatta bazı büyük idare hukukçuları bu ayrımı reddetmişlerdir⁴⁹.

1.3.4. 5237 sayılı TCK' da Kamu Görevlisi ve Kamusal Faaliyet Kavramları

Görüleceği üzere 765 sayılı TCK' da iki çeşit kamu çalışanına yer verilmiştir. Yürürlükteki 5237 sayılı kanunla birlikte, mevcut sakıncalar sebebiyle bu sistemden vazgeçilmiş, kamu hizmetlisi ve kamu görevlisi ayrımı kaldırılmıştır. Esas itibarıyla “*her hangi bir surette kamusal faaliyete katılan*” şahıs, ceza kanunu uygulamasında kamu görevlisi kabul edilmiştir⁵⁰.

5237 sayılı TCK' nın 6'ncı maddesinde yer alan tanımlar içerisinde kamu görevlisinin tanımı da yapılmıştır. Buna göre kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla yada herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” dir.

Objektif görüşün benimsendiği bir diğer Yargıtay kararında, milli eğitim müdürlüğünde çalışan hizmetlinin devlet bünyesinde çalışıyor olmasına karşın yürüttüğü faaliyetin kamu görevi olmadığına hükmedilmiştir. (Yargıtay 4. CD. 12.06.2000, E.2000/4770, K.2000/5102 (OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.18.)

Buna karşın Yargıtay 20.01.1985 tarihli içtihatı birleştirme kararında , kooperatif ve birliklerin kamu tüzel kişisi olmadıkları, bu sebeple bu kuruluşta çalışan personelin kamu görevlisi olmadığı ve yaptıkları işin kamu görevi olmadığı gerekçesini ileri sürerek , istihdam olgusunu esas alan subjektif görüşü benimsemiştir. (Yargıtay İBGK, 20.01.1986, E.1985/6, K.1986/1 (OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.17.)

Kamu tüzel kişisi olan belediyeleri dışarıya karşı temsil ettikleri gerekçesiyle belediye başkanlarının kamu görevlisi olduklarına dair Yargıtay kararları mevcuttur. Bu bakımdan Yargıtay,kamu görevinin belirlenmesinde irade ve temsil görüşünü esas almıştır. (Yargıtay CGK. 05.02.2002 , E.2001/9-338, K.2002/157 (OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.17.)

⁴⁹ SOYASLAN, D., *Memur Kavramı*, sy.48.

⁵⁰ OKUYUCU-ERGÜN, G. (2008), *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, sy.12, Ankara.

5237 sayılı kanunda , kamu görevlisi olmanın öncelikli şartının “kamusal faaliyete katılma” olarak işaret edilmesine karşın kamusal faaliyetin ne olduğu hususuna değinilmemiş⁵¹, ancak altıncı maddenin gerekçesinde kısa bir tanım yapılmıştır. Gerekçe metninde:

“765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”

şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu tarif, kendi içerisinde pek çok bilinmeyen taşımaktadır ve her yönden açıklanmaya muhtaç durumdadır

⁵¹ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.273.

1.3.5. Kamusal Faaliyet Kavramının Anlamı

Kamusal faaliyet kavramı, 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinde yapılan “kamu görevlisi” kavramının tarifinde kullanılmış ve aynı maddenin gerekçesinde “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” olarak tanımlanmıştır. Ancak bu tanımın doktrin ve uygulamayı tatmin etmediği ortadadır. Kamusal faaliyet tanımı, en azından şu sorulara cevap verecek yeterliliğe sahip değildir: Kamusal faaliyetin sınırı ve kapsamı nedir? Kamusal faaliyetin *siyasal bir kararlar* yürütülmesinin anlamı nedir? Kimler kamusal faaliyete katılabilir? Kamusal faaliyetin kamu görevi ve kamu hizmetinden farkı nedir? Kamu adına yürütülen her hizmeti kamusal faaliyet sayabilir miyiz? Kamu yararına yapılan hizmetlerin hepsi kamusal faaliyet midir?

Kamusal faaliyet kavramı ceza hukukumuzda genç bir kavramdır ve yerleşik değildir. Bu sebeple kesin çizgilerle bir sınır çizmek zordur. Kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımının yıllarca doktrin ve içtihatlarla belirlenmeye çalışılmasına rağmen kesin bir sınırın çizilememiş olması , yeni bir kavramın ceza hukukuna kazandırılması kolay olmayacaktır. Bu yolda çalışırken evvela kamusal olan ve olmayan faaliyetlerin neler olduğunu tespit etmemiz doğru olacaktır.

1.3.5.1. Kamusal Olan ve Kamu Adına Gerçekleştirilen Faaliyetler

Hangi faaliyetlerinin kamusal olduğu hususu daha çok idare hukukunun inceleme alanındadır. Kamusal faaliyet kavramı idare hukukunda nadiren yer almakla birlikte, bunun yerine “kamu hizmeti” ve “kamu görevi” terimleri kullanılmaktadır. İdare hukukunda kamu hizmeti, toplumun ortak ve genel ve sürekli nitelikteki ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla kamu idaresi ve özel girişimciler tarafından yerine getirilen faaliyetlerdir⁵².

⁵² GÜNDAY, M. (2003), *İdare Hukuku*, sy.295, Ankara.; ÖZAY, İ. (1986), *İkinci Bine Kavuşurken Gün Işığında Yönetim*, sy.247, İstanbul.

Devletin kamu gücüne dayanarak yerine getirdiği faaliyetler ile birlikte (kolluk, yasama, yargılama, askerlik, vergi gibi), kamunun hayati ihtiyaçlarının karşılanması bakımından özel kişilerden ziyade, devlete kamu hukukuna dayanan daha üstün yetki ve daha ağır sorumluluk yüklenerek gerçekleştirilen faaliyetler⁵³ (sağlık, eğitim, bayındırlık gibi) kamusal faaliyetlerdendir.

Bu noktada, organik anlamda idareden değil fonksiyonel anlamda idareden söz etmekteyiz. Kamusal faaliyet kavramının içeriğinde yalnızca yürütmenin anlaşılması olanaksızdır. Yasama ve yargı faaliyetlerinin de kamu hukukuna tabi olmaları sebebiyle kamu görevi olarak kabulü zorunludur. Yürütme haricinde, yasama içerisinde görev yapan milletvekilleri, meclis genel sekreteri ve meclis memurları ile yargı erki içinde görevli hakim, cumhuriyet savcısı, yazı işleri müdürü, zabıt katibi ve icra müdürlerinin yerine getirdikleri eylem ve işlemleri kamusal faaliyet kapsamındadır.⁵⁴

5237 sayılı kanunun 6. maddesinin gerekçesinde yer verilen “kamusal faaliyet” tanımının, az evvel bahsi geçen idare hukuku anlamında “kamu hizmeti” tanımıyla büyük ölçüde örtüştüğü anlaşılmaktadır. Bu tanımın genel olarak idare hukuku anlayışından faydalanmak üzere yapıldığı dikkat çekmektedir. 765 sayılı mülga TCK dönemindeki, yani idare hukuku anlamında kamu hizmeti ve kamu görevi terimlerinden çok farklı olan anlayış terk edilmiştir. Bunun yerine idare hukukuyla benzer unsurlar barındıran bir tanım kabul edilmiştir. Ancak ceza hukukunun anlayışı, kamu hizmeti gören kişiler noktasında idare hukukundan ayrılmaktadır. Bu hususa daha sonra değinilecektir.

Ceza hukukunda bir takım sonuçları olan “kamu görevi” terimi, 765 sayılı mülga TCK’ nın anlayışından oldukça geniş bir kapsama sahip olarak, 5237 sayılı kanunda karşımıza çıkmıştır. Öyle ki, madde gerekçesinde yer verilen “kamusal faaliyet” kavramının, *kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarını içine alan bir üst*

⁵³ GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, sy.31-32.

⁵⁴ SELÇUK, S., *Memur Kavramı*, sy.39.

kavram olarak kabul edilmesini kanun koyucu amaçlamıştır⁵⁵. Kamu görevi, 765 sayılı kanundan farklı olarak yalnızca kamu görevi görenlerin değil, her hangi bir kamu hizmeti yerine getirenlerin de faaliyetlerini içermektedir. 765 sayılı kanun döneminde kamu hizmeti olduğu kabul edilen ve ceza hukuku anlamında “memur” olarak sorumlu sayılmayan çöpçü, kaloriferci, odacı, şoför, mübaşir gibi yardımcı hizmet sınıfında yer alan çalışanlar, 5237 sayılı kanuna göre kamu görevlisi olarak kabul edilecektir⁵⁶. Çünkü kamu hizmeti gören bu şahıslar, bir kamu kurumu adına bu faaliyetleri gerçekleştirmektedir. Bu anlamda kişinin yerine getirdiği faaliyette kamu gücü kullanıp kullanmaması veya iktidar yetkisine sahip olup olmaması bir önem teşkil etmemektedir. Faaliyetin türü ve niteliği ne olursa olsun, kamu adına yapılıyor ise kamusal faaliyet niteliğini kazanacaktır. Öyleyse aranması gereken şart, faaliyetin kamusal olması ve kamu adına gerçekleştirilmesidir.

Yürütülen faaliyetin yalnızca kamusal olması, kamu görevlisi sıfatı için yeterli değildir. Böyle olsaydı kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulleriyle yerine getirilmesi halinde de, bu faaliyetleri icra edenlerin kamu görevlisi sayılması gerekirdi. Ancak madde gerekçesinde özel hukuk kişilerinde yürütülen kamu hizmetlerinin, ceza hukuku anlamında kamusal faaliyet sayılmayacağına işaret edilmiştir. O yüzden kamu hizmetinin ancak kamu adına yürütülmesi gerekmektedir.

Kamu yararına yapılmasına karşın , özel kişilerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak yerine getirdiği hizmetler kamusal faaliyet kapsamında değerlendirilmez. Kamu iktisadi teşebbüsleri her ne kadar kamu yararına faaliyet gösteriyor olsa da, ticari hayatta kâr amacıyla görev yaptığı, yerine getirdiği faaliyetler sırasında kamu gücü kullanmadığı, kamu hukukuna göre değil özel hukuk hükümlerine göre hukuki işlem ve eylemlerde bulunduğu⁵⁷, kamu

⁵⁵ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622.

⁵⁶ MALKOÇ, İ. (2007), *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, sy.26, Ankara.

⁵⁷ GÖZLER, K. (2004), *İdare Hukuku Dersleri*, sy.44, Bursa.; GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, sy.32.

iktisadi teşebbüsü personelinin yerine getirdiği faaliyetler kamusal faaliyet sayılmayacaktır. Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülme usullerinden olan imtiyaz sözleşmesi, yap-işlet-devret modeli, müşterek emanet yahut iltizam usulleri⁵⁸ ile yerine getirilen faaliyetler özel hukuk hükümlerine tabi olduğundan kamusal faaliyet kapsamı dışındadır. Bu sebeple 5237 sayılı TCK' nın 6. maddesinin gerekçesinde işaret edildiği gibi, bu kurumlardaki sorumluların eylemlerinden ötürü kamu görevlisi sayılmaları söz konusu olmaz.

1.3.5.2. Kamusal Faaliyetin Siyasal Bir Kararla Yerine Getirilmesinin Anlamı

Netice itibarıyla, kamusal faaliyetin sınırlarının ve kapsamının belirlenmesi tamamen yasama organının tasarrufundadır.⁵⁹ Hangi faaliyetlerin kamusal olacağı, hangilerinin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı kanunla belirlenir⁶⁰. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde yapılan tanımda bahsi geçen kamusal faaliyetin “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla*” yerine getirilen faaliyetler olarak tarif edilmesinin anlamı budur.

Ancak kamusal faaliyetin idari bir kararla yerine getirilmesi de mümkündür. Merkezi veya yerel idarenin, *düzenleyici veya bireysel işlem tesis etmesiyle* kamu hizmetleri görülebilir. Hatta mahkemenin verdiği ara karar ile bilirkişi olarak tayin edilen kişinin, yerine getirdiği görev sebebiyle kamu görevlisi sıfatını kazanması durumunda, bilirkişi “*yargısal kararla*” bu faaliyeti yerine getirmektedir. Fonksiyonel anlamda idarenin bu işlemlerini “*siyasal karar*” kabul etmemiz yerinde olmaz. Kanımızca, madde gerekçesinde kamusal faaliyetin

⁵⁸ GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, sy.170 vd.

⁵⁹ GÖZLER, K., *İdare Hukuku Dersleri*, sy.45.; GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, sy.31.; ÖZAY, İ., *Gün Işığında Yönetim*, sy.249.

⁶⁰ ÖZAY, İ., *Gün Işığında Yönetim*, sy.249-250.

yalnızca “siyasal bir kararlar” görüleceğinin ifade edilmesi ve idari işlemlerle yerine getirilebileceğinin öngörülmemesi ciddi bir eksikliklerdir.

1.3.5.3. Kamusal Faaliyete Katılma

Ceza hukukunda kamusal faaliyet kavramının tespitinde, devlet idaresi içerisinde istihdam ilişkisinin bulunması hususu önem arz etmekle birlikte, yeterli bir argüman değildir. Bu anlamda idare hukuku ile ceza hukuku arasında farklılıklar mevcuttur ve bunun sebebi her iki hukuk dalının amaçlarının farklı olmasıdır⁶¹. İdare hukuku anlamında veya dar anlamda kamu görevlisi kavramı, devlet ile görevli arasındaki organik ilişkiye dayanmaktadır⁶². Önemli olan, kişinin genel idare esaslarına göre istihdam edilmesi ve bu anlamda kamu idaresinin eli altında faaliyet yürütmesi ve yürütülen bu faaliyet sırasında kamu gücünün kullanılıyor olmasıdır. Görüleceği üzere idari hukuktaki kamu görevlisi anlayışı, ceza hukukundaki kamu görevlisi anlayışına göre dar bir kapsama sahiptir. Her iki hukuk dalındaki kamu görevlisi terimlerinin, bu anlamda birbirleriyle örtüşmediğini söylemeye lüzum yoktur. Örneğin idare hukuku, kamu idaresi bünyesinde çalışan işçileri kamu görevlisi olarak kabul etmez iken, ceza hukuku kişilerin istihdam türüyle ilgilenmeyerek, kamu adına bir kamu hizmetinin yürütülmesini kafi saymakta ve kamu işçilerini doğal olarak kamu görevlisi kabul etmektedir.

Bu anlamda, kişilerin yürüttükleri hizmet karşılığında bir ücret alıp almamaları bir fark yaratmaz. Gönüllü olarak yürütülen bir kamu hizmeti kamusal faaliyet sayılır. Yahut mahkeme kararıyla bilirkişi olarak atanan kişi kamu görevlisi olarak görev yapar. Bilirkişilik atama yoluyla yerine getirilen, geçici veya süreli bir nitelik arz eder. Ancak bu niteliklerden ziyade, kişinin mahkeme adına hizmet edecek olması sebebiyle yaptığı iş kamusal faaliyet olacaktır. Bunun

⁶¹ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Zimmet Suçu*, sy.11.

⁶² SELÇUK, S., *Memur Kavramı*, sy.28.

dışında seçilme yoluyla gelen veya sürekli bir görevde bulunan kişilerin bu niteliklerinin önemi yoktur.

Kamu görevi sözleşme yoluyla yerine getirilebilir. Avukatın vekalet sözleşmesiyle görevlendirilmesi yahut uyuşmazlık çözümü için tahkim sözleşmesi imzalayan taraflarca hakem tayin edilmesi gibi. Az önce belirtildiği gibi, kamusal faaliyete katılma şekli her hangi bir yolla olabilir. Yinelemek gerekirse, faaliyetin kamu adına yerine getirilmesi zorunludur. Kamu yararına olsa bile , kamu hizmeti özel hukuk hükümlerine göre yürütülüyor ise kamusal faaliyet sayılmamaktadır.

5237 sayılı kanunun kamu görevlisini tanımlayan 6. maddesinin gerekçesinde yapılan tarife göre kamusal faaliyet, kamu görevi ve kamu hizmetini birlikte içermektedir. Yani 765 sayılı kanunda kamu hizmeti yaptığı için memur olarak sorumlu olmayanları da kamu görevlisi saymaktadır. Çünkü adı geçen maddenin gerekçesinde, her türlü kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin eylemler kamusal faaliyet kabul etmiştir.

Ancak kamu hizmeti ve kamu görevi sayılan ve kamu adına yürütülen her faaliyetin kamusal faaliyet içerisinde kabul edilmesi pek çok sakınca içermektedir.

1- Evvela kamu görevlisi statüsü, ceza hukukunun tatbikinde istisnai bir durumdur. Ceza kanununun herkese eşit olarak uygulanması gereğinin istisnasıdır. Bu istisnai durumun amacı ise kamusal faaliyette bulunan kişinin, elinde bulundurduğu diğer kişilerden daha üstün yetkileri ve yüksek sorumlulukları nedeniyle, görevinde daha özenli ve dikkatli olmasının sağlanması, kendine bahşedilen yetkileri kötü amaçla kullanmaktan caydırılmasıdır. Bu sebeple ceza kanunlarında; *kamu görevlileri tarafından işlenen suçlar özenle düzenlenmiş, diğer vatandaşlara nazaran çok daha ağır yaptırımlara tabi tutulmuş ve bazı adi suçlarında kamu görevlileri tarafından işlenmelerini teşdit sebebi saymıştır*⁶³.

5237 sayılı kanunun kamu görevlisi anlayışı ise fazlasıyla geniştir. İstisna olan bir hal, kural haline gelmiştir. Çünkü ceza kanununun kamu görevlisi saydığı

⁶³ SELÇUK, S., *Memur Kavramı*, sy.33.

kişiler, toplumun çok geniş bir bölümünü oluşturmaktadır. Ve bu kişiler, yerine getirdikleri görevin önemine, yetkisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın eylemleri nedeniyle kamu görevlisi kabul edilecek ve eylemlerinden ötürü çok daha ağır yaptırımlarla karşılaşacaktır.

2- Ayrıca kamusal faaliyet kavramının bu denli geniş tutulması, kamu görevlilerinin özel yargılanma usullerini düzenleyen başta 4483 sayılı kanun olmak üzere birçok kanunun kapsamı gereğinden fazla genişletilmiş olacaktır⁶⁴. Tekrar etmek gerekirse, ceza hukuku ve ceza usul hukukunun uygulanmasında istisna olan kamu görevlisi statüsünün, adeta kural haline getirilmesine sebebiyet verilmiştir. Bu bakımdan, kamu görevlilerinin yargılanmaları konusundaki koruyucu usul hükümleri gereğinden fazla kişi hakkında uygulama alanı bulmuştur.

3- 765 sayılı kanun döneminde kamu hizmetlisi olarak kabul edilen ve kamu gücünün kullanılması adına hiçbir yetkisi bulunmayan kişilerin, yerine getirdikleri faaliyet kamu hizmetini gerektirdiği için kamu görevlisi sayılarak, ağır şekilde cezalandırılmasının kanunun amacına ve kamu vicdanına aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

Açıkladığımız sebeplerden ötürü kanaatimizce, kamusal faaliyet kavramının bu şekilde geniş olarak düzenlenmiş olması, ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı olmuştur.

1.3.6. Ceza Hukuku Nazarında Kamu Görevlisi Olmanın Neticeleri

Yukarıda belirtildiği üzere görevi kötüye kullanma , rüşvet alma , zimmet, irtikap gibi suçların faili, yalnızca kamu görevlisi sıfatını taşıyan bir kimse olabilmektedir. Kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan bir kimsenin kendisine özel bir görevi için zilyedliği verilen bir malı uhdesine geçirmesi şeklindeki eylemi *maddi unsur* bakımından zimmet suçunu oluşturabilir. Ancak zimmet suçunda

⁶⁴ **ERMAN, S.**, *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, sy.255.; **SELÇUK, S.**, *Memur Kavramı*, sy.33.; **KEYMAN, S.** (1962), *Memurin Muhakematı Kanunu*, AÜHFD, C.19, S.1-4, sy.187, Ankara.; **OKUYUCU-ERGÜN, G.**, *Zimmet Suçu*, sy.39.

önşart⁶⁵ kamu görevlisi olmak olduğundan bu eylem zimmet suçunu değil, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Bir başka örnek olarak; ceza hukuku nazarında kamu görevlisi sayılmayan bir kişinin , kendisine verilen görevi kasten ihmal etmesi durumunda, katiyen görevi ihmal suçunu işlediği kabul edilemeyecektir. Kişinin eyleminde muhakkak bir haksızlık mevcuttur. Ancak bu eylemi suç teorisi açısından, suç olarak nitelendiremeyiz. İşte mahsus suç dediğimiz bu suçların, önşart olarak failin kendinde bulunması gereken sıfatın bulunmadığı her hangi bir kimse tarafından işlenebilme olasılığı yoktur⁶⁶.

Bazı suçlarda ise failin kamu görevlisi olması ceza artırımı sebebi olarak öngörülmüştür. Örneğin; 5237 sayılı TCK' nın 281/2. maddesinde suç delillerini yok etme suçunu kamu görevlisinin işlemesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı, 282/2. maddesinde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı, aynı kanunun 86/3-d maddesinde yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kullanmak suretiyle işlemesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiş ve kamu görevlisinin suç işlemesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir⁶⁷.

5237 sayılı kanunda bu gibi nitelikli haller, ilgili suçların yazılı olduğu maddede tek tek sayılmıştır. 765 sayılı TCK' da ise bunun yerine 251. madde bu işlevi görmekteydi. Bu maddeye göre “*kanunda yazılı olmayan hallerde, memurun vazife esnasında bir kimse aleyhinde cürüm işlemesi*” her suçta ağırlaştırıcı nedendi⁶⁸. Tabi ki bu madde suçun oluşumu için kamu görevlisi olmanın önşart olduğu suçlar dışında kalan suçlar için uygulanıyordu⁶⁹.

⁶⁵ Önşart hakkında ayrıntılı bilgi için; **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C.I, sy.312-316, İstanbul.; **KUNTER, N.** (1949), *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, sy.210-227, İstanbul.

⁶⁶ **İÇEL, K.**, *Suç Teorisi*, sy.90-91.

⁶⁷ **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.**, *Özel Hükümler*, sy.562.

⁶⁸ **EREM, F., TOROSLU, N.**, *Özel Hükümler*, sy.149.

⁶⁹ **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.**, *Özel Hükümler*, sy.560-561.

Kamu görevlisi sıfatı, kamu görevlisinin suçtan mağdur olması durumunda da önem arzeder. Çünkü, bir takım suçların yalnızca kamu görevlisine karşı işlenebiliyor olması ve yine bazı suçların kamu görevlisine karşı işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olması söz konusudur. Örneğin; 5237 sayılı kanunun 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu sadece kamu görevlisine karşı işlenebilir. Bununla birlikte, 82/1-g maddesinde adam öldürme suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle işlenmesi halinde cezanın artırılacağı, yine aynı kanunun 125/3-a maddesinde hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi halinde cezada artırım yapılacağı düzenlenmiştir.

765 sayılı kanunda mağdurun kamu görevlisi olmasını genel bir nitelikli hal olarak düzenleyen 273. madde mevcuttu⁷⁰. Bu maddeye göre;

“Kanunun hususi hükümler ile tasrih eylediği ahvalin haricinde her kim Büyük Millet Meclisi azası ile temsil sıfatını ve emir ve idare salahiyetini haiz rüesadan veya diğer Devlet memurlarından biri aleyhine sıfat ve hizmetlerinden dolayı bir cürüm işlerse o cürüm için kanunen muayyen olan ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır”

idi. 5237 sayılı kanun ile, genel ve tamamlayıcı şekilde bir nitelikli hal düzenlenmesi kabul edilmemiştir. Kamu görevlisinin mağdur olması hususunda, ancak ilgili suçun maddesinde ayrıca bir düzenleme bulunduğu vakit suçun nitelikli hali söz konusudur⁷¹.

Görev süresi içerisinde kanunda yazılı suçlardan birini işleyen kamu görevlisinin bu sıfatının her hangi bir şekilde son bulması, suçun oluşumu veya cezalandırılabilme şartı bakımından bir önem teşkil etmez. Tek şart, kişinin tipik eylemi görevi sırasında gerçekleştirmesidir. Bununla birlikte, 5237 sayılı kanunun

⁷⁰ EREM, F., TOROSLU, N., *Özel Hükümler*, sy.149.

⁷¹ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.559.

258. maddesindeki göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu işleyen kamu görevlisinin, bu suçu görevi sona erdikten sonra işlemesi durumunda, görevdeymiş gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir⁷².

Yine mülga 765 sayılı TCK'nın 280. maddesi bu hususuda düzenlemiş idi. Maddede kamu görevlisinin işlediği suç sebebiyle sorumluluğunun , memuriyet halinin sona ermesinde de devam edeceği belirtilmişti. 5237 sayılı kanunda ise bu maddeye ihtiyaç duyulmamıştır. Doğal olarak kamu görevlisinin mağdur olduğu suçlarda da, failin suçun nitelikli halinden sorumluluğu, mağdur kamu görevlisinin görevinden ayrılması durumunda devam edecektir⁷³.

1.4. Mağdur

Suçun mağduru, suç sebebiyle haksızlığa maruz kalan kişidir. Mağdurun, uğradığı zararın niteliğine bakılarak tespit edilmesi mümkündür. Çünkü mağdurun ihlal edilen hakkı, o suçla korunmak istenen hukuki menfaattir.

Görevi kötüye kullanma suçu ile korunan menfaatin, *hem devletin güvenilirliği ve disiplinli işleyişi, hemde şahısların maddi ve manevi bir zarara uğramasının engellenmesi*⁷⁴ olduğu hususu, “hukuki konu” bölümünde irdelenmiş idi. Görevi kötüye kullanma suçu sebebiyle ortaya çıkan zarardan, devletin kendisi etkileneceği gibi özel şahısların da etkilenmesi olasıdır.

Burada devletin ve gerçek kişinin hangisinin *mağdur* olduğu, hangisinin *suçtan zarar gören* olduğu sorusu karşımıza çıkar. Çünkü *suçtan zarar gören* ile *mağdur* birbirinden farklı kavramlardır ve her zaman iki sıfat aynı kişide

⁷² ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.558.

⁷³ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.495-496.

⁷⁴ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.521.

birleşmeyebilir. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramından daha geniş kapsama sahiptir⁷⁵.

Mağdurun, ihlal edilen *hakkın sahibi* olduğu konusunda şüphe yoktur.⁷⁶ Suçtan zarar gören kişinin de bir hakkının ihlal edildiği açıktır. Bu iki kavram birbirine benzemekteyse de, arasındaki ayrımı şu şekilde açıklamak mümkündür; *suçun mağduru ceza ilişkisinin tarafı iken, suçtan zarar gören hukuki bir ilişkinin tarafıdır*⁷⁷. Adam öldürme suçunda mağdur, yaşam hakkı elinden alınan gerçek kişidir. Suçtan zarar gören ise onun yakınları, mirasçılardır.⁷⁸

Ayrıca, mağdur her zaman hakkı doğrudan etkilenen kişidir. Suçtan zarar gören kişinin hakkı ise doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilebilir, tehlikeye uğrayabilir.⁷⁹

Yukarıdaki anlatımlara göre görevi kötüye kullanma suçu ile korunmak istenen hak ve menfaatler, devlete ait menfaatler olduğuna göre, suçun mağdurunun “*kamu idaresi*” olduğunu kabul etmemiz gerekir.⁸⁰ İşlenen suç sebebiyle zarara uğrayan özel kişiler ise mağdur değil, suçtan zarar görendir.

Burada kastedilen, suç sebebiyle doğrudan doğruya mağdur olan devlettir. Yoksa genel anlamda, devletin her suçun mağduru olduğu görüşü değildir⁸¹.

⁷⁵ ÖZGENÇ, İ., ŞAHİN, C. (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, sy.113, Ankara.

⁷⁶ TOROSLU, N., *Cürümlerin Tasnifi...*, sy.183.

⁷⁷ DÖNMEZER, S., ERMAN, S. (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C.II, sy.427, İstanbul.; DEMİRBAŞ, T. (2007), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, sy.490, Ankara.

⁷⁸ SOYASLAN, D. (1998), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, sy.209, Ankara.

⁷⁹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, sy.424.

⁸⁰ ÜZÜLMEZ, İ. (2005), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu*, HPD, S.5, Aralık 2005, sy.218.

⁸¹ TOROSLU, N., *Cürümlerin Tasnifi...*, sy.56.

Devleti hak sujesi olarak kabul etmek gerekir. Bu yüzden bazı suç tiplerinde devlet mağdur olabilir⁸².

Doktrinde bazı yazarlar tarafından devletin veya bir başka tüzel kişinin mağdur olamayacağı, bunun yerine devleti veya tüzel kişiliği oluşturan bütün bireylerin mağdur sıfatına sahip olacağı görüşü ileri sürülmektedir. 5237 sayılı TCK sisteminde tüzel kişinin mağdur olamayacağı savunulmaktadır.⁸³

Ancak bu görüşü paylaşmak mümkün değildir. Çünkü mağdur, suçun işlenmesi sebebiyle hakkı doğrudan doğruya ihlal edilen kişidir. Bu kişinin gerçek veya tüzel kişi olması farketmez. Toplumunu oluşturan tüm bireylerin bu kapsamda mağdur sayılması; “*hak sahibi olma*” ve “*doğrudan zarar görme*” olgularına uygun olmayacaktır. Ayrıca 5237 sayılı TCK’ nın her hangi bir maddesinde tüzel kişilerin mağdur olamayacağına dair bir hüküm yahut ibare bulunmamaktadır.

1.5. Görevi Kötüye Kullanma Suçlarının Benzer Suçlarla İlişkisi

1.5.1. Zimmet ve Görevi Kötüye Kullanma

Görevi kötüye kullanma ve zimmet suçu kanunda Devlete ve Millete Karşı Suçlar adlı kısım altında düzenlenmiş ve her ikisi de Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde yer almıştır. Bu sebeple her iki suçun korumak istediği hukuki menfaat, devletin düzenli ve disiplinli işleyişinin, kamu görevlilerinin doğruluk tarafsızlık ve dürüstlüğüünün korunmasıdır. Tanzim edilen suçlar kamu idaresine olan itimadın korunmasını amaçlamaktadır.⁸⁴

⁸² DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, sy.462.

⁸³ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Genel Hükümler*, sy.474.; ÖZGENÇ, İ. (2006), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, sy.220, Ankara.; ÜNVER, Y. (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, sy.141-142, Ankara.; KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ. (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, sy. 133, Ankara.

⁸⁴ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.539.

5237 sayılı kanununun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu, kamu görevlisinin, kendisine görevinin gereği olarak zilyedliği devredilmiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir mal hakkında tasarrufta bulunmuş olması ile işlenmiş olur.

Görüldüğü üzere zimmet suçu da görevi kötüye kullanma suçu gibi yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilen mahsus suçlardandır. Elbette kamu görevlisinin sıfatı suçun oluşumu unsurları için yeterli değildir. Kamu görevlisinin *görevi gereği ve görevinden* dolayı kendisine zilyedliği devredilen veya koruma ve gözetme yükümlülüğü olan bir malın bulunması gerekir.⁸⁵ Ve zimmet eyleminin bu mal üzerinde işlenmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan görevi dolayısıyla kendisine zilyedliği devredilmemiş bir malın zimmete geçirilmesi durumunda, görevi kötüye kullanma suçu veya hırsızlık suçu oluşacaktır. Çünkü, 257. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçları genel ve tamamlayıcı özellikte suçlardır ve kanunun bir başka hükmünde tanımlanan suçlar içerisine girmeyen eylemler ancak görevi kötüye kullanma kapsamına girer. Zimmet suçu kendi içinde kamu görevlisinin görevine aykırı bir eylemini barındırmaktadır. Zimmet suçunun oluştuğu hallerde ise ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmez.

1.5.2. Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma

Kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı olarak bir işlem yapmak için kendisine kazanç sağlaması halinde, 5237 sayılı kanununun 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçundan söz edilir. Rüşvet suçu da, kamu görevlisi tarafından işlenebilen mahsus suçlardandır.

⁸⁵ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M. (2006), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, sy.630, Ankara.

Rüşvet suçunun koruduğu hukuki yarar devlet idaresinin itibarının zarar görmesinin engellenmesi ve kamu görevlilerinin dürüst ve tarafsız olmalarının sağlanması ve devlet idaresinin satın alınamazlığının korunmasıdır.⁸⁶

Kamu görevlisinin görevine aykırı hareket ettiği durumlarda görevi kötüye kullanma suçu oluşacağı gibi rüşvet suçu da gündeme gelebilir. Her iki suçun hareketi “görevin gereklerine aykırı hareket etmektir.” Kamu görevlisinin kendisine yüklenmiş bir görevin yapılması veya görevinden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması gerekmektedir. Eğer görevli olmadığı bir iş söz konusuysa, rüşvet suçu veya görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz.⁸⁷

Görevin gereklerine aykırı hareket her iki suça da vücut verebilir. Göreve aykırı hareket etmek amacıyla kişilerden menfaat sağlanıyorsa ve bu hususta kamu görevlisiyle kişi arasında bir anlaşma söz konusuysa rüşvet suçu oluşmaktadır. Görevin gereklerine aykırı hareket eden kamu görevlisi, bu amaç için bir menfaat sağlamamış fakat eylemi sebebiyle kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine yahut kişilere haksız kazanç sağlanmasına sebebiyet vermişse 257. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olur.

Eğer kamu görevlisi görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat sağlıyorsa, görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olur. Burada da kamu görevlisinin görevine aykırı hareket edip etmediğinin tespiti, hangi suçun oluştuğunu gösterecektir. 5237 sayılı kanunun 257. maddesinin üçüncü fıkrası, mülga 765 sayılı kanunda yer alan basit rüşvet suçunun karşılığını oluşturmaktadır. Görevin gereklerinin yerine getirilmesi için çıkar elde etmek eylemi, yürürlükteki kanun nazarında rüşvet suçu olarak görülmemiştir. Kanunun gerekçesinde, yalnızca görevin gereklerine aykırı hareket etmek için sağlanan çıkarın rüşvet suçunu oluşturacağı, mülga kanunda basit rüşvet almak olarak

⁸⁶ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.511.

⁸⁷ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.645.

bilinen suçun görevi kötüye kullanma suçu olacağı, böylelikle basit-nitelikli rüşvet ayırımına son verildiği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte mülga kanunda yer alan *basit rüşvet vermek eylemi*, 5237 sayılı kanunda suç olarak düzenlenmemiştir.

1.5.3. İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma

İrtikap suçu 5237 sayılı kanunun 250. maddesinde düzenlenmiştir. *“Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İrtikap suçu icbar suretiyle ve ikna suretiyle işlenebilmektedir. İcbar, kamu görevlisinin bu sıfatını ve nüfuzunu kötüye kullanmak üzere kişiler üzerinde bir baskı ve korku yaratarak menfaat temin etmesi anlamındadır. İkna ise görevine aykırı şekilde hileli davranışlarla kişinin kendisine menfaat sağlamasını sağlamak biçiminde tezahür eder.

İrtikap suçu, yapısı itibariyle görevin kötüye kullanmasıdır. İcbar ve ikna unsurlarının bulunması, bu suçu görevi kötüye kullanma suçundan ayırır. Özellikle 5237 sayılı kanunun üçüncü fıkrasında düzenlenen görevde çıkar sağlama suçu ile irtikap suçu arasında bu bakımdan bir fark bulunmaktadır.

257/3. madde “irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde” kamu görevlisinin görevinin gereğini yerine getirmek amacıyla kişilerden menfaat sağlaması halinde uygulanır. Az önce belirttiğimiz gibi, ayırıcı unsur icbar ve iknadır. Haklı bir işinin görülmesini isteyen kişi, kamu görevlisinin baskı içeren bir eylemi olmadan veya kamu görevlisi tarafından menfaat sağlamaya ikna edilmeksizin, kamu görevlisine menfaat sağlıyorsa 257/3. maddede düzenlenen görevde çıkar sağlama suçu oluşur. Aksi halde irtikap suçu gündeme gelecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

2. İCRAİ HAREKETLE İŞLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

2.1. Genel Olarak

Mülga 765 sayılı kanunun 228. maddesinde düzenlenen keyfi muamele ile 240. maddesinde düzenlenen görevi suistimal suçlarının yürürlükteki 5237 sayılı TCK' daki karşılığı 257/1. maddesinde düzenlenen icrai hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçudur.

257. maddenin gerekçesinde 765 sayılı kanunda yer alan keyfi muamele suçu ile görevi suistimal suçu ayırımından vazgeçilerek, her iki eylemin birinci fıkrada düzenlendiği ifade edilmiştir. Keza, mülga kanundaki bu ayırım sağlıklı olmadığından pek çok eleştiri almıştır.⁸⁸

İnceleme konusu suç 5237 sayılı kanunun 257/1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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”.

İcrai hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı kanundaki düzenlemeye paralel olarak genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç olarak

⁸⁸ ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.128.

öngörölmüştür. Buna göre, kanunlarda yer alan suç tanımına uymayan eylemler, genel nitelikteki bu hükme göre cezalandırılır.

5237 sayılı kanundaki bu düzenleme mülga kanundaki düzenlemeyle suçun niteliği açısından aynı olsa da, suçun maddi unsuru açısından farklılıklar içermektedir. Mülga 765 sayılı kanuna göre, suçun oluşumu için görevin kötüye kullanılması eyleminin mevcudiyeti yeterlidir. Ancak 5237 sayılı kanunda suçun oluşumu için eylemin bir takım neticelere sebebiyet vermesi gerekmektedir. Buna göre, görevin gereğine aykırı eylem sebebiyle kamu bir zarara uğramışsa, kişilerin mağduriyetine yol açılmışsa yahut kişilere haksız kazanç sağlanmışsa, suç tamamlanmış olacaktır. Aksi halde bu suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Suçun manevi unsuru genel kاستtır. 765 sayılı kanun döneminde uygulamada kabul edilen özel kast artık söz konusu değildir.

Bu bölümde 257/1. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu, suç teorisine göre dört unsur altında incelenerek, suçun özel görünüş şekilleri ve yargılama usulüne yer verilecektir.

2.2. Tipiklik

Tipiklik, suçun varlık şartlarından ilkidir. Bu husus “*Kanuni tıpsız suç olmaz*”⁸⁹ şeklinde ifade edilir ve suçun kanunda açıkça düzenlenmiş olmasını zorunlu kılar. Evvela bir eylemin suç olarak kabul edilip cezalandırılabilmesi için, kanunda önceden açıkça belirlenmiş olan şekle birebir uyması gerekir.⁹⁰ Eylem belirlenen kanuni şekle uymuyorsa, maalesef bu eylem suç olma özelliğine sahip değildir.⁹¹ Meydana gelen eylem bahsi geçen kanuni şekle uygunsa, suçun “kanuni unsuru” veya diğer bir ifadeyle “tipiklik”⁹² unsuru gerçekleşmiş olur.

⁸⁹ KUNTER, N., *Kanuni Unsur*, sy.45.

⁹⁰ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.12.

⁹¹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S. (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C.I, sy.310, İstanbul.

Doktrinde tipiklik unsurunu ayrı bir unsur olarak değil de, hukuka aykırılık unsuruna dahil olarak kabul eden, maddi unsura dahil olduğunu kabul eden, suçun önşartı olarak kabul eden ve tipikliğin zımnen varolduğunu kabul eden görüşler mevcut ise de⁹³, tipikliğin tek başına suçun bir unsuru olduğu görüşü hakim görüştür.

Görevi kötüye kullanma suçunun tipiklik unsuruna vücut veren 5237 sayılı TCK' nın 257/1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir;

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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.

Ceza kanununda yapılan bu tanıma göre, kamu görevlisi olan faile kanunla, düzenleyici veya bireysel idari işlemle verilmiş görevin gereklerine icrai bir hareketle aykırı davranması ve bu hareketiyle özel kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına yol açması yahut bir başkasına haksız kazanç sağlaması ile kanuni tipe uygun hareket gerçekleşmiş olur.

Görevin kötüye kullanılması kanunda düzenlenen pek çok suçun unsurudur. 120. maddedeki haksız arama, 235. maddedeki ihaleye fesat karıştırma, 247. maddedeki zimmet, 250. maddedeki irtikap, 252. maddedeki rüşvet, 279. maddedeki suçu bildirmeme, 276. maddedeki yalan yere bilirkişilik ve tercümanlık suçlarına ve unsuru görevin gereğine aykırı hareketi barındıran

⁹² “Kanuni Unsur” veya “Tipiklik” kavramları için; **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.**, *Genel Hükümler*, sy.411.; **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.1, sy.363.; **ÖZTÜRK, B., ERDEM, M., ÖZBEK, V.Ö.** (1998), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, sy.116, İzmir.; **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.** (2006), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, sy.227, İstanbul.; **ÖNDER, A.** (1989), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.2, sy.44, İstanbul.; **İÇEL, K.**, *Suç Teorisi*, sy.82 vd.; **KUNTER, N.**, *Kanuni Unsur*, sy.11 vd.; **KEYMAN, S.**, *Tipiklik ve Ceza Hukuku*, AÜHFD, C.37, S.1-4, sy.59 vd., Ankara.

⁹³ Tipiklik unsuru hakkındaki görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; **KUNTER, N.**, *Kanuni Unsur*, sy.41-45.

suçlara vücut vermeyen kötüye kullanma eylemleri, 257. madde kapsamında değerlendirilir.⁹⁴

Bir ceza soruşturmasında suç delillerini gizleyen kamu görevlisinin görevini kötüye kullandığı konusunda kuşku yoktur. Ancak bu eylemi düzenleyen bir başka hüküm mevcut olduğundan (281/2.madde), evvela bu hüküm uygulanacaktır. Yine görevi dolayısıyla sahte resmi evrak düzenleyen kamu görevlisinin bu eylemi elbette ki görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermektedir. Ancak özel hüküm olan ve görevi kötüye kullanmadan daha ağır cezalandırılan memurun evrakta sahteciliği suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır⁹⁵. Kamu görevlisinin eylemi daha az cezayı gerektirse bile, düzenlenen diğer suç kapsamında kalıyorsa 257. madde uygulanmaz.

Bu halde “*kanunda açıkça suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibaresiyle bu suç “*torba hüküm*” şeklinde düzenlenmiştir. Görevi kötüye kullanma suçu, bu şekilde genel, tali ve tamamlayıcı özellikte bir suç olarak düzenlenmiştir ve kanuni unsurları tam anlamıyla belirtilmeyen adeta üzeri boş bırakılan bir “açık çek” gibidir. 765 sayılı TCK' nın 240. maddesinde düzenlenen ve buna paralel olarak 5237 sayılı TCK'nın 257/1. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçunun tipiklik unsurunun, “belirlilik prensibine” aykırı olup olmadığı tartışmalıdır.

Görevi kötüye kullanma suçunun kanundaki düzenlemesinin “suç ve cezada kanunilik ilkesine” aykırı olduğu, kanundaki tarifinin yetersiz ve belirsiz olduğu, hangi eylemlerin suç teşkil edeceğinin önceden bilinmesinin imkansız olduğu ve düzenlemenin bu şekliyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu sıklıkla ileri sürülmüştür.⁹⁶

⁹⁴ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.747.

⁹⁵ Yargıtay 4.CD. 29.01.1976, E.1976/328, K.1976/405: ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.747.

⁹⁶ ERMAN, S., ÖZEK, Ç. (1992), *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.208, İstanbul.; DEMİRBAŞ, T., *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, sy.266.

Tipiklik unsurunun tanımı yalnızca kanunda yazılı tipe uygun eylemin varlığını değil, “kanun ile yapılma”, “önceden belirli ve açık olma” hususlarını da barındırdığından, bahsi geçen kavramların açıklanması ve görevi kötüye kullanma suçunun bu açıdan tartışılması gerekir.

1- Kanımızca görevi kötüye kullanma suçunun genel ve tamamlayıcı bir suç olarak düzenlenmiş olması *evvela belirlilik prensibine aykırıdır*. Çünkü ceza normları temel hak ve özgürlüklere direk müdahale eden ve onları kaldıran özelliğe sahip olduğundan, temel hak ve özgürlüklere müdahale ettiği ölçüde belirli olmalıdır.⁹⁷ Geniş ve yoruma açık kavramlarla kanunda suç oluşturulmaması gerekir.⁹⁸

Suç ve cezaların yalnızca kanunda düzenlenmesi anlamına gelen “kanunilik prensibi”, ceza normunu oluşturan yasaklayıcı kısma ait suçun tüm unsurlarıyla, kanun metninde açık ve herkes tarafından anlaşılır bir şekilde düzenlenmesini gerektirir. Bu zorunluluk yaptırım normu içinde geçerlidir.⁹⁹

Suçun hangi unsurlardan ibaret olduğu açık olarak ifade edilmeyen, net olmayan ve yuvarlak ifadelerle düzenlenen, genişletici ve düzeltici yoruma açık, hakimin hukuk yaratmasına fırsat veren bir ceza kanununda, kanunilik prensibinin var olduğu söylenemez.¹⁰⁰ Kanunilik prensibi, yürütmenin suç ve ceza yaratmasını ve keyfilliğini önlemesini amaçladığı kadar, hakimin keyfilliğini ve hukuk yaratmasını da engellemeyi amaçlar. İşte burada “*belirlilik prensibinden*” söz edilir. Belirlilik prensibi, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin temelini oluşturan yegane bir prensiptir.¹⁰¹

⁹⁷ CAN, O., *Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış*, AÜHFD, C.9, S.1-2, sy.98, Ankara.

⁹⁸ ŞEN, E. (2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, sy.14, İstanbul.

⁹⁹ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.115.

¹⁰⁰ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.50.

¹⁰¹ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.52.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen kanun hükmü, ikame bir hüküm, boşluk doldurmaya yarayan bir hükümdür.¹⁰² 257. maddede yer alan düzenleme “*kanunlarda yazılı hallerden başka*” her hangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını cezalandırmaktadır. Kamu görevlisi failin eyleminin hiçbir suça vücut vermemesi neticesinde görevi kötüye kullanma suçu devreye girecektir.¹⁰³ Yani bu ifadeyle, ceza kanununda kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçlardan hiç birine uymayan ve bu şekilde suç teşkil etmeyen ve cezalandırılmayan eylemlerin, bir şekilde hakimın takdirine göre cezalandırılabilmesi amaçlanmıştır.

2- Suçun unsurları ile cezalandırılabilirliğin tüm şartlarını yasama organı belirlemelidir. Bu itibarla literatürde “beyaz hüküm” veya “çerçeve kanun¹⁰⁴” olarak bilinen kanuni düzenlemeler ile yürütmeye, yetkisi ile belirleyeceği koşullar ve öngörüler neticesinde suç yaratma yetkisi verilmektedir.¹⁰⁵ Örnek olarak; Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununun ile hükümetin hazırlayacağı kararnameye aykırı eylemlerin cezalandırılacağı, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile kanun kapsamında düzenlenecek tüzüklere aykırılık halinde ceza verileceği düzenlenmiştir. Bankacılık Kanununun 162. maddesinde, 68. madde ile kurum tarafından alınacak tedbirlere riayet etmeyen yöneticilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nın 297. maddesinin 2. fıkrasında yetkili organların belirleyeceği eşyaları cezaevlerine sokan veya bulunduranların cezalandırılacağına hükmedilmiştir.

Anayasanın 38. ve TCK'nın 2. maddeleri göz önüne alındığında adı geçen düzenlemelerin anayasaya ve suç ve cezanın kanuniliği prensibine aykırı olduğuna şüphe yoktur.

¹⁰² ÖZGENÇ, İ., ŞAHİN, C., *Görevin Kötüye Kullanılması*, sy.195.

¹⁰³ ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.209.

¹⁰⁴ KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ., *Genel Hükümler*, sy.47.

¹⁰⁵ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.143 vd.; DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.112 vd.; ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Genel Hükümler*, sy.169.

Belirlilik prensibinden söz ederken ifade edildiği gibi suçun kanundaki tarifi, genişletici ve düzeltici yoruma mahal bırakmayacak şekilde açık ve net ifadelerle yapılmalıdır. Bu tarifte suçun her bir unsuru yer almalıdır. Elastik, net olmayan, belirsiz ve kapalı ifadeler kanunda kullanılmamalıdır. Aksi takdirde suçun varlığı hakim takdirine bağlı olacaktır.¹⁰⁶

Ancak kanunilik prensibi, suç ve cezanın yalnızca kanunla yaratılabileceğini ve yürütmenin suç ve ceza türetme yetkisinin bulunmadığını öngördüğü kadar, hakiminde suç ve ceza yaratabilmesinin yasak olduğunu öngörmüştür. Türk hukukunda görevi kötüye kullanma suçunun varlığının tespiti bakımından, hakime tam bir takdir yetkisi verilmiştir. Her ne kadar, kamu görevlisinin görevine ilişkin gereken kurallar ilgili kuruma ait tüzük, yönetmelik ve genelgede belirlenmiş olsa da, bu gibi yazılı metinlerde bulunmayan pek çok kötüye kullanma fiilinin mevcut olduğu bir gerçektir.

Uygulamada görevi kötüye kullanma *suçunun oluşup oluşmadığı konusunda* sübut meselesinin çözümü için bilirkişiye başvurulmakta¹⁰⁷, ayrıca dava konusu eylem sebebiyle kişilerin mağdur olup olmadığı veya kamunun bir zarara uğrayıp uğramadığı konularında da bilirkişi raporu alınmakta ve bu raporlar hakim tarafından hükme esas alınmaktadır. Bu şekilde bir kimsenin eyleminin akıbeti, suç olarak kanunda açık ve net şekilde gösterilmeyerek hakim takdirine bırakılmış, hakim tarafından da bilirkişinin insafına ve becerisine terkedilmiştir¹⁰⁸.

Benzer gerekçelerle 765 sayılı TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 240. maddenin, 1961 Anayasasının 33. maddesine aykırı olduğu yönünde somut norm denetimi ile açılan iptal davasını Anayasa Mahkemesi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde; kamu hizmetlerinin

¹⁰⁶ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Ceza Hukukuna Giriş*, sy.228.

¹⁰⁷ Yargıtay 4.CD, 20.09.2006, E.2005/7907, K.2006/14229: (YURTCAN, E. (2008), *Yargıtay Kararlarının Işığında Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, Ocak 2008, sy.60.)

¹⁰⁸ Bahsi geçen şekilde bir verilen bir yargı kararı için bkz. Yargıtay 4.CD, 12.04.2006, E.2004/3185, K.2006/9382: (YURTCAN, E., *Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, sy.101.)

yürütülmesinde her memurun görevinin gereklerinin mevzuatta belirlendiğini, hakimin, bir eylemin bu mevzuata aykırı olup olmadığını kolayca tayin edebileceğini, ayrıca kanun boşluğu denerek kanunsuz ve keyfi muamelelerin olamayacağını, dava konusu suçun unsurlarının kanunda, “failin memur olması”, “işin memurun göreviyle ilgili olması” ve kastın bulunması şeklinde belirlendiğini belirterek, görevi kötüye kullanma suçunun kanundaki düzenleniş şeklinin suç ve cezada kanunilik ilkesine zarar vermediğine hükmetmiştir¹⁰⁹.

Ancak yukarıda açıkladığımız sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesinin bu kararına katılmak olanaklı değildir.

2.3. Maddi Unsur

2.3.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK’ nın 257. maddesinin mülga 765 sayılı kanunda yer alan görevi suistimal, keyfi ve sert muamele, görevi savaşa ve basit rüşvet suçlarını içine alacak şekilde üç ayrı fıkra halinde düzenlendiğini ve bu üç farklı suçta madde başlığında “görevi kötüye kullanma” adı verildiği hususundan bahsetmiştik. Bize göre, üç farklı hareket ve neticeden meydana gelen suçların tek bir maddeye sıkıştırılarak düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bu sebeple metne bağlılık ilkesi saklı kalmak üzere, ayrı suç tipleri olan bu üç suçun hareket ve neticelerinin kendilerine has ayrı başlıklar altında incelenmesi daha uygun olacaktır. Şimdi maddenin genel yapısına göre suçların sınıflandırılmasına değinelim.

Suç genel teorisi içerisinde görevi kötüye kullanma suçları tek bir eylemin yapılması ile oluşan suçlardan olduğundan “tek hareketli suçlardandır”.¹¹⁰ 257. maddede 3 ayrı fıkrada gösterilen hareketlerden herhangi birinin işlenmesi halinde

¹⁰⁹ AYM, 12.10.1965, E.1965/27, K.1965/55 (www.anayasa.gov.tr).

¹¹⁰ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.374.; KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ., *Genel Hükümler*, sy.138.; KUNTER, N., *Maddi Unsur*, sy.16.

görevi kötüye kullanma suçu oluşacağından “seçimlik hareketli”¹¹¹ suçlardandır. Her bir fıkrada öngörülen suç tiplerinde, görevi kötüye kullanmanın nasıl işleneceğine dair bir özel bir hal ve sınırlama bulunmadığı ve bu suçların her hangi bir şekilde işlenebileceği öngörüldüğünden “serbest hareketli suçlar”¹¹² içerisinde yer almaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçlarının maddi unsuru seçimlik hareket ve neticelerden oluşmaktadır. Ceza kanununun 257. maddesinin ilk fıkrasında hareket, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek, ikinci fıkrasında görevinin gereklerini yapmakta gecikme veya ihmal göstermek, üçüncü fıkrasında da görevini yapmak için çıkar sağlamak olarak belirlenmiş ve görevin kötüye kullanılması suçlarının yalnızca bu hareketlerle işlenebileceği öngörülmüştür.

Bu hareketlerin neticesinde ise kişilerin mağdur olması, kamunun zarara uğramış olması veya kişilere haksız kazanç sağlanmış olması gerekir. Seçimlik hareketli bir suç olduğundan, bu hareketlerden her hangi birinin işlenmesiyle, sayılan neticelerden birinin gerçekleşmesi ile görevi kötüye kullanma suçu oluşmuş olacaktır.

765 sayılı mülga TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları neticesi harekete bitişik suçlardı. Bunun neticesinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak yaptığı icrai ve ihmali hareket suçun oluşması için kafi idi. Ve daha öncede belirtildiği gibi, suç neticesinde bir zarar meydana gelmesi, yalnızca ceza artırımı sebebiydi.

Ancak 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği sistemde görevi kötüye kullanma suçunun icrai ve ihmali hareketlerle işlenmesi durumunda, gözle görülür bir neticenin oluşması gerekmektedir. Buna göre görevin kötüye kullanılması kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız bir kazanç

¹¹¹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.373.

¹¹² KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ., *Genel Hükümler*, sy.138.

sebebiyet vermelidir. Bu neticelerden birinin gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterlidir. Aksi halde anılan neticelerin gerçekleşmemesi durumunda 257. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçlar oluşmayacaktır¹¹³.

257. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlisi olan failin kendisine verilen göreve aykırı hareket etmesi ile oluşur. Serbest hareketli bir suç olduğundan failin görevine her hangi bir şekilde aykırı hareket etmesi mümkündür. Görevin gereğine aykırı hareket edilmesi şeklindeki hareket, 765 sayılı mülga TCK' da yer alan düzenlemeden farklı olarak suçun oluşumu için yeterli değildir. Hareket ile kamunun zararına yol açılması, kişilerin mağduriyetine sebep olunması veya kişilere haksız kazanç sağlanması gerekmektedir.

Bundan sonraki aşamada, kamu görevlisinin görevinin tespit edilmesi ve göreve aykırı davranılması hususları irdelendikten sonra, hareketin sebebiyet verdiği neticelerin neler olduğu ayrı ayrı incelenecektir.

2.3.2. Hareket (Görevinin Gereklere Aykırı Hareket Etmek)

2.3.2.1. Hareketin Kanunda Yer Alan Bir Başka Suça Vücut Vermemesi

Kamu görevlisinin görevinin kapsamı ve sınırları, görevinin gereklere ne olduğu kanun ve diğer düzenleyici işlemler ve idare hukuku kurallarına göre belirlenir.¹¹⁴ İşte kamu görevlisinin bu şekilde kendisine verilen görev ve yetkileri amacı dışında kullanması ve bu yetkilerin sınırlarını aşması durumunda görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.¹¹⁵ Suçun tarifinin bu şekilde tespit edilmesi,

¹¹³ TEZCAN, D. (2008), *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, sy.484, İstanbul.

¹¹⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M. (2006), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, sy.611, Ankara.

¹¹⁵ ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, sy.210.

görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen hükmün, beyaz hüküm ve torba hüküm niteliğinde olmasındandır.

Ceza kanununun birçok maddesinde kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı hareket etmesi, diğer suçların unsuru niteliğindedir. Örneğin; 120. maddede haksız arama, 250. maddede irtikap, 252. maddede rüşvet, 247. maddede zimmet, 258. maddede göreve ilişkin sırrın açıklanması, 266. maddede göreve ait araç ve gereçlerin usulsüz kullanılması, 295. maddedeki muhafızın görevini kötüye kullanması suçlarında olduğu gibi.

Örnek kabilinden sayılan bu suçlar ve benzer suçlar haricinde kalan bir eylem ile kamu görevlisinin görevinin gereği hilafına davranması durumunda 257. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır. Çünkü bu suçlar 257. maddede bahsedilen “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hallere*” girmektedir. Genel ve tamamlayıcı norm niteliğinde bulunan görevi kötüye kullanma suçu, özel norm olan bir başka suçun varlığı halinde uygulama alanı bulmaz.¹¹⁶ Bu husus görevi kötüye kullanma suçunun önşartıdır¹¹⁷. Misal, belediye başkanının hiç yapılmayan bir sınavı kazandığına dair kişiye belge düzenleyip vermesi¹¹⁸, hakimin tanık ifadelerini değiştirerek tutanağa geçmesi¹¹⁹, doktorun hastayı görmeden reçete düzenlemesi¹²⁰ eylemlerini görevi kötüye kullanma olarak değerlendiren Yargıtay kararlarına katılmak olanaksızdır. Çünkü anılan eylemler evvela kamu görevlisinin resmi evrakta sahtecilik suçunu oluşturur ve özel hüküm olduğundan öncelikle uygulanır. Bir

¹¹⁶ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.609.; SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.521.; ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.359.

¹¹⁷ ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.210.

¹¹⁸ Yargıtay 6. CD. 31.03.1983, E.1983/1016, K.1983/2703; (TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.611.)

¹¹⁹ Yargıtay CGK. 05.07.1971, E.1971/6-14, K.1971/264; (TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.611.)

¹²⁰ Yargıtay 4.CD, 20.09.2006, E.2005/7907, K.2006/14229; (YURTCAN, E. (2008), *Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, Ocak 2008, sy.60.)

başka kanun hükmünü ihlal eden eylem, kanunun amir hükmü gereği görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermez. Görevi kötüye kullanma suçunun kapsamı konusunda, işlenen eylemin temel ceza kanunu ve özel kanunlarda yer alan bir başka suça vücut verip vermediğine dikkat etmek gerekmektedir.

2.3.2.2. Görevin Gereğinin Tespit Edilmesi

Kamu görevlisinin bu eylemi tamamen kendisine kanunla veya idari işlemle bağlanmış bir kamu göreviyle ilgili olmak zorundadır. Görev kapsamında olmayan bir işle ilgili “görevinin gereğine aykırı” davranılması imkanı yoktur ve bu halde görevi kötüye kullanma suçunun oluşması söz konusu olmaz¹²¹. Eğer kamu görevlisi, görevinin dışında bir tasarrufta bulunmuşsa görevi kötüye kullanma suçundan değil, unsurları oluşuyorsa TCK'nın 262. maddesinde yer alan kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir¹²². Önceki bölümlerde bahsedildiği gibi kanunda hangi hareketlerin görevin gereğine aykırı olduğu düzenlenmediği için , suça konu eylemin kamu görevlisinin göreviyle alakalı bulunup bulunmadığı hususu her somut olay için ayrıca incelenmek ve tespit edilmek zorundadır.¹²³⁻¹²⁴ Kamu görevinin gereği, ilgili kanun, tüzük, yönetmelik, genelge, kararname gibi düzenlemelerden belirlenebileceği gibi, görevlinin görevine ilişkin kendisini ilgilendiren bireysel işlemlerden de anlaşılabilir. Bu yüzden kamu görevlisinin görevine girmeyen bir konuda yaptığı eylemden ötürü bu suçtan sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kamu görevlisi kanunen yerine getirdiği kamusal faaliyet sebebiyle değil, fakat bu faaliyet sırasında başka bir suç işlemiş olabilir. Bu durumda görevi

¹²¹ **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.B.**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.210.

¹²² **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.B.**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.210.; **OKUYUCU-ERGÜN, G.** (2009), *Görevi Kötüye Kullanma Suçu*, TBB Dergisi, Mayıs-Haziran 2009, sy.8, (<http://baroport.barobirlik.org.tr/tbbdergisi/yayinAra.aspx>); **DEMİRBAŞ, T.**, *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.268.; **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.**, *Özel Hükümler*, sy.683

¹²³ **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.**, *Özel Hükümler*, sy.755.

¹²⁴ Kamu görevlisinin göreviyle ilgili açıklamalara “Fail” bölümünde ayrıntılı şekilde yer verilmiştir.

kötüye kullanma suçundan değil hangi suçu işlemiş ise ondan sorumlu olacağı kabul edilmelidir.¹²⁵ Örneğin; görevli polisin trafik kontrolünde vatandaşa hakaret etmesi veya cebir kullanması durumunda, işlediği bu fiillerden özel olarak sorumlu olacak, görevinin gereği olmayan bir davranışta görevi kötüye kullanma suçu işlemiş sayılmayacaktır.¹²⁶

Yargıtaya göre, karar tebligat masraflarının alınması veya kararın tebliği görevli hakimden değil kalem personelinin görevidir. Bu yüzden hakimden görevi içerisinde kabul edilemeyecek bir eyleminden dolayı görevi kötüye kullanma suçunu işlemesi söz konusu olamaz.¹²⁷ Seçimi kaybeden belediye başkanının bu tarihten sonra belediyeye ait borç defterini evinde saklayarak geri vermemesi eylemi, şahsın görevinin bitiminden sonra olduğu ve göreviyle alakasının bulunmadığı, bu sebeple görevi kötüye kullanma suçunun oluşmadığı¹²⁸ dikkate alınmalıdır.

Yargıtay bir başka kararında, 442 sayılı Köy Kanununun 36. ve 37. maddelerinde köy muhtarının görevleri belirlendiğinden, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. tarafından bildirilen işleri yapma yönünde yasal bir görevi olmadığına hükmetmiştir.¹²⁹ Keza köy korucusunun fazla aldığı maaşın maliyeye iadesi için, kaymakamlık yazı işleri müdürüne teslim etmesine karşın yazı işleri müdürünün gereğini yapmamak şeklindeki eylemi, böyle bir görevi olmadığı için görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz¹³⁰. Yine ilköğretim okulu müdürünün

¹²⁵ **SOYASLAN, D.**, *Özel Hükümler*, sy.522.

¹²⁶ **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.211.

¹²⁷ Yargıtay 4. CD. 18.02.2010, E.2008/12, K.2010/7; (Yargıtay Ceza Dairesinden bizzat elde edilmiştir.)

¹²⁸ Yargıtay 4. CD. 31.01.2008, E.2008/54, K.2008/447; (**MALKOÇ, İ.** (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu*, C.2, sy.2341, Ankara.)

¹²⁹ Yargıtay 4. CD. 19.10.2004, E.2004/10458, K.2004/10231; (**PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.** (2008), *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3623, Ankara.)

¹³⁰ Yargıtay 4.CD. 04.07.2007, E.2007/2431, K.2007/6402; (**GÖKCAN, H.T.** (2008), *Görevi Kötüye Kullanma , Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap , Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.64, Ankara.)

öğretmenevinin giderlerinin karşılanması için okuldaki öğretmenlerden para toplama eylemi, müdürün böyle bir görevi bulunmadığından görevi kötüye kullanma suçunu değil, yardım toplama mevzuatına aykırılık suçunu oluşturmaktadır¹³¹. Açık ve net olarak kamu görevlisinin yükümlülüğü veya yetkisi dahilinde bir eylemin varlığı, görevi kötüye kullanma suçu için şarttır.

2.3.2.3. Görevin Gereklere Aykırılığın Bulunması

Görevi kötüye kullanma suçu icrai bir hareketle işlenebilmektedir. “Görevinin gereklere aykırı hareket etmek” eyleminin ne şekilde yapıldığının bir önemi olmadığından¹³² serbest hareketli bir suçtur. Bu sebeple kamu görevlisinin her hangi bir şekilde kanun ve diğer idari işlemle kendisine verilen yetkiyi aşmasıyla görevinin gereklere aykırı hareket etmiş olabilecektir. Mesela fail görevi gereği kendisine verilen yetkiyi aşarak görevi kötüye kullanma suçunu işleyebilir. Avukatın müvekkili şirket aleyhine başlatılan icra takibinde, vekaletnamesinde özel yetki bulunmamasına karşın müvekkilleri adına ödeme taahhüdünde bulunması¹³³ eyleminde açık bir yetki aşımı söz konusudur. Yahut kooperatif yönetim kurulu üyelerinin, kooperatife ait plazaların yapımıyla ilgili genel kuruldan karar almadan ve notere düzenlettirmeden inşaat şirketiyle inşaat sözleşmesi tanzim etmelerinde¹³⁴, yönetim kurulu yetkisini aşmıştır. Valiliğin yetkisinde olan il merkezi ile belde arasında toplu taşıma işini, belediye nam ve hesabına ihaleye çıkarma eyleminde de yetki aşımı söz konusudur¹³⁵.

Bununla birlikte kanunun koyduğu usuli ve şekli kurallara uyulmaması suretiyle de görevi kötüye kullanma suçu işlenebilir. Belediye başkanının çiftçi

¹³¹ Yargıtay 4. CD. 04.06.2007, E.2007/2185, K.2007/5202.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.65.)

¹³² OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.10.

¹³³ Yargıtay 4. CD. 08.03.2010, E.2008/9168, K.2010/3500.

¹³⁴ Yargıtay 4. CD. 24.02.2010, E.2009/13243, K.2010/3088.

¹³⁵ Yargıtay 4. CD. 19.03.2007, E.2007/640, K.2007/2555.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3661.)

mallarını koruma meclisi üyelerinin seçiminde Çiftçi Mallarını Koruma Kanununun 4. maddesine göre eşit oy alan adaylar arasında kura çekimi yapması gerekirken, bu hükme uymayarak seçimi ertelediği ve yeni toplantı gününü diğer meclis üyelerine bildirmeyip, belediye meclisini eksik üye sayısı ile toplayarak seçimi tamamlaması¹³⁶, postacının tebligat kanununa göre yetkisi bulunmayan kişiye icra tebligatını vermesi şeklindeki usulsüz tebliğ yapması¹³⁷, muhtarın köy tüzel kişiliğine ait taşınmazları kiraya vermesine karşın gelir ve giderleri kayda geçirmemesi¹³⁸, belediye başkanının ihaleye çıkmadan belediyeye ait dükkanı kiralaması¹³⁹ eylemlerinde, kamu görevlisinin yaptığı işlemde kanunen öngörülen usul kurallarına uymaması sebebiyle görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği kabul edilmelidir.

Kamu görevlisi yürüttüğü görev bakımından, tabi olduğu mevzuatın sınırları içerisinde kalmak üzere takdir yetkisini haiz olabilir. Takdir yetkisi kamusal faaliyetlerin yürütülmesinde, o faaliyetin kamu yararını gerektiren en uygun işlemin yapılması amacıyla işlem yapma yetkisini kamu görevlisine verir. Ancak bu takdir yetkisinin de kötüye kullanılması mümkündür.¹⁴⁰ Bu halde takdir yetkisini kamu yararı amacı dışında, hususi menfaatlere alet ederek kullanmak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Siyasi görüş, dini inanış, ırk veya ahbablık gibi kişisel durumlar sebebiyle adam kayıracak yahut kin güdererek görev yapılması ve bu surette kamu görevinin dürüstlüğü ve tarafsızlığına gölge düşürülmesi durumunda görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.¹⁴¹ Kamu görevlisi olan failin takdir yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığı, benzer işlerdeki

¹³⁶ Yargıtay 4. CD. 07.11.2007, E.2007/4759, K.2007/9018.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3641.)

¹³⁷ Yargıtay 4. CD. 22.02.2010, E.2008/7691, K.2010/2889.

¹³⁸ Yargıtay 4. CD. 24.09.2007, E.2007/2008, K.2007/7199.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3645.)

¹³⁹ Yargıtay 4. CD. 12.03.2007, E.2007/1258, K.2007/2323.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3663.)

¹⁴⁰ DEMİRBAŞ, T., *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.269.

¹⁴¹ ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.212.

teamüle, işin vasfına ve somut olayın biçimine göre anlaşılabilir. Misal, alacaklının beyanına göre 3. kişideki malın borçluya ait olduğu zannıyla haciz yapan icra müdürünün eylemi keyfi davranmak suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır.¹⁴²

765 sayılı mülga TCK' nın 228. maddesinde düzenlenen keyfi muamele suçu, 5237 sayılı kanunda ayrı bir suç olarak yer almayarak 257. maddenin birinci fıkrası içerisinde kabul edilmiştir. Keyfi muamele suçunun görevi kötüye kullanma suçu dışında ayrıca bir suç olarak düzenlenmiş olmasının gereksizliği, kanun koyucu tarafından mükerrer düzenleme yapıldığı , uygulamada her zaman karışıklığa yol açtığı, görevde keyfiliğin zaten bir suistimal olduğu eleştirileri eski kanun döneminde sık sık dile getirilmiştir.¹⁴³ 5237 sayılı kanunda ise yerinde bir düzenlemeyle bu ayırmadan vazgeçilmiştir. Kamu görevlisinin keyfi şekilde davranarak görevinin gereklerine aykırı davranması durumunda, görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Adli makamların işlemlerinin gereklerini yerine getirmek zorunluluğu ve görevi kanun gereği idareye ve her kamu görevlisine yüklenmiş bir sorumluluktur. Bu sorumluluğun yerine getirilmemesi, görevi kötüye kullanma suçuna vücut verir. Adli görevin ihmal edilmesi ve kötüye kullanılması eylemiyle ilgili, çeşitli kanunlarda cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Adı geçen hükümler, bu eylemlerin görevi kötüye kullanma suçuna oluşturduğuna dair ceza kanununa atıflarda bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenlemeler bulunmasa bile yargı kararlarının yerine getirilmesi 257. madde kapsamında suç teşkil ederdi.

Bu düzenlemelerden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 332. maddesinde,

¹⁴² Yargıtay 4. CD. 15.05.1997, E.1997/1352, K.1997/3943.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.68.)

¹⁴³ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.744.; ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.128, 207.

“1- Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. 2- Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci Maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.”

hükmüyle kamu görevlisi olmayan kişilere de bir kamu görevi yüklenmiştir. Bu hükümle adli görevin ivedililiğine vurgu yapılmış ve aykırı durumların görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçunun oluşacağı düzenlenmiştir.

Aynı kanunun 161/5. maddesindeki hüküm ise, kamu idaresi personelinin kanunla kendilerine yüklenen adli görevlerini düzenlemektedir.

“Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.”

Bu hüküm, idare hukuku anlamında kamu görevlisi olan kişilerin tabi olduğu yargılama usulüne istisna getirmektedir.

Keza 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde:

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, 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 otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.”

hükmü yer almaktadır. İYUK’ un 28. maddesine aykırı şekilde yargı kararlarının yerine getirilmemesi hali düzenlenmiştir. Bu maddeyle kamu idaresine yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi kanuni bir zorunluluktur. Fakat aksi halde yaptırım uygulanacağına dair bir ibare veya ceza kanununa bir atıf bulunmamaktadır. Zaten böyle bir hükme gerek de bulunmamaktadır. Kamu idaresine yüklenen bu görevin ihmal edilmesi yahut kötüye kullanılması durumunda, 257. maddede düzenlenen suçlar kendiliğinden işlenmiş olacaktır.

Anılan kanun maddelerinde yargı kararlarının uygulanmasından sorumlu kişilerin, aksine hareketleri ile meydana gelen görevi kötüye kullanma suçuna atıflar bulunmaktadır. Kamu idaresinin yargı kararlarına uyma ve yargı kararlarını yerine getirme zorunluluğu hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğundan, aksi hareketlerin suç olarak düzenlenmesi ve karşılığında bir yaptırım öngörülmesi normaldir. Bu sebeple 765 sayılı kanun döneminde Yargıtay, yargı kararlarının yerine getirilmemesi hallerini 228/1. maddede düzenlenen keyfi muamele suçu kapsamında kabul etmiştir.¹⁴⁴ 5237 sayılı TCK' da ise keyfi muamele suçu yer verilmediği için bu eylemler 257. madde kapsamında suç oluşturmaktadır.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Yargıtay 4. CD. 11.05.2004, E.2004/6104, K.2004/6053.; Yargıtay 4. CD. 23.06.2003, E.2003/23625, K.2003/6383.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.195-196.)

¹⁴⁵ Yargıtay CGK. 09.05.2006, E.4-2006/116, K.2006/138.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.195-196.)

Özellikle idari yargı kararlarına muhatap idarenin, bu kararları hiç yerine getirmemesi, muvazaalı olarak yerine getirmesi, geç yerine getirmesi, hatalı veya eksik yerine getirmesi hallerinde, ilgili kararı yerine getirmekle görevli kamu görevlisinin cezai sorumluluğu doğacaktır. Kanımızca görevin gereklerine aykırı hareket etme eylemi icrai nitelikte olduğundan, kararların hiç yerine getirilmemesi ve geç yerine getirilmesi hallerinde bu suç değil, görevi ihmal suçu gündeme gelecektir.¹⁴⁶

Daha öncede belirtildiği gibi kamu görevlisinin görevine ilişkin kötüye kullanma eylemleri inceleme konusu suça vücut verdiğinden, kamu görevlisinin yargı kararıyla emredilen işlemi yapmaya görev ve yetkisinin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Örneğin, idare mahkemesi kararı ile işe iadesine karar verilen memur hakkında, bu mahkeme kararını uygulama yetkisi belediye başkanı ve personel müdürüne aittir.¹⁴⁷ Eğer ilgili mahkeme kararının yerine getirilmesi için kurul tarafından bir işlem tesis edilmesi gerekiyor ise, bu kararın uygulanmamasından kurul üyelerinin her biri ayrı ayrı sorumlu olacaktır.

Görevin gereklerine aykırı eylem niteliğine sahip idari işlemin, onu tesis eden kamu görevlisi veya amiri tarafından geri alınması yahut bu işlem hakkında yargı yoluna gidilerek iptal edilmesi durumlarının, suçun oluşumuna bir etkisi yoktur. Anılan durumlarda suçun işlenmemiş sayılmasına imkan yoktur.¹⁴⁸ Ancak suç teşkil eden bu idari işlem sebebiyle 257. maddede sayılan neticelerden herhangi biri henüz gerçekleşmemişse suç tamamlanmış olamayacağından, işlemin geri alınması veya iptali durumunda suçun oluşmayacağını kabul etmek gerekir.

¹⁴⁶ Yargıtay 4. CD. 22.11.2002, E.2002/15137, K.2002/17790.; (SSK hastanesi başhekimisi olan sanığın , kendisinden önce aynı görevde bulunan ve yürütmeyi durdurma kararı gereği Genel müdürlük tarafından görevine tekrar başlatılması gereken yakının hakkındaki başlatma yazısının gereğinin 18 gün geciktirilmesi... görevi ihmal suçunu oluşturur)

¹⁴⁷ Yargıtay 4. CD. 04.11.1997, E.1997/8968, K.1997/9391.; (EROL, Ç. (2003), *Açıklamalı ve İçtihatlı Memur Suçları*, sy.938, Ankara.)

¹⁴⁸ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.1014.; ERMAN, S., ÖZEK, Ç., *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.211.

Keza amirinin kanuna aykırı olan ve görevinin gereklerine aykırı eylem niteliğindeki emrini bilerek yerine getiren kamu görevlisi, buna dayanarak cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.¹⁴⁹

2.3.3. Netice (Kamunun Zararına Yol Açmak, Kişilerin Mağduriyetine Neden Olmak, Kişilere Haksız Kazanç Sağlamak)

2.3.3.1. Kamunun Zararına Yol Açmak

5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği sistemde görevi kötüye kullanma suçunun icrai ve ihmali hareketlerle işlenmesi durumunda, gözle görülür bir neticenin oluşması gerekmektedir. Buna göre görevin kötüye kullanılması kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız bir kazanç sebebiyet vermelidir. Bu neticelerden birinin gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterlidir. Aksi halde anılan neticelerin gerçekleşmemesi durumunda 257. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçlar oluşmayacaktır.

Bahsedilen bu neticelerden kamunun zararı, 257. maddenin gerekçesinde “*kamunun ekonomik zararı*” olarak ifade edilmiştir. Görevin gereklerine aykırı eylemin sebebiyet verdiği kamu zararının niteliği tartışma konusudur. Kamu zararının yalnızca *maddi bir zarar olarak* kabul edilebileceği, zararın, tespiti mümkün olmayan manevi zarar olarak anlaşılması halinde maddenin amacına aykırı olarak geniş yorumlanacağı ileri sürülmektedir.¹⁵⁰

765 sayılı mülga ceza kanununun 230. maddesinde ceza artırımı sebebi olan “*devletçe bir zararın*” meydana gelmesi halinde, bu zararın maddi bir zarar olması ve doğrudan doğruya failin eyleminden kaynaklanması gerektiği kabul

¹⁴⁹ DEMİRBAŞ, T., *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.270.

¹⁵⁰ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.752.; TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.615.

ediliyordu.¹⁵¹ Çünkü görevi ihmal suçunun oluşabilmesi için soyut normun ihlal edilmesi kafi iken, bu suç için öngörülen cezanın artırılabilmesi için bu tür bir ayırımın kabulü gerekli görülmekteydi.

Buna karşın, 5237 sayılı kanunun 257. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında ise kamu zararı *suçun unsuru* olarak düzenlenmiştir. Kamu zararının varlığı suçun oluşumu için zorunlu bir unsur olduğundan, maddi anlamda bir zararın net olarak tespit edilemediği kötüye kullanma eylemleri cezasız bırakılmıştır. Kamu zararı kavramının maddi zarar olarak anlaşılması yönündeki görüşün bu yönden tartışılması gerekir.

Çünkü eski kanun dönemindeki gibi ekonomik zararın varlığı zorunlu tutulduğu vakit, kamunun manevi şahsiyetinin gördüğü zararın her hangi bir önemi kalmamaktadır. Maddi zararın şart olması, düzenlemenin amacı olan devletin korunmasına bir katkı sağlamaz¹⁵². Hukuki konu bölümünde bahsedildiği gibi, görevi kötüye kullanma suçuyla korunmak istenen hukuki menfaat, devletin itibarı, devlet faaliyetlerinin eşitliği, tarafsızlığı ve sürekliliğinin korunmasıdır. Suçun kanunda yer aldığı “devletin güvenilirliğine karşı suçlar” bölümünün hangi amacı taşıdığı bellidir. Suçun korumak istediği hukuki menfaat de bellidir. Bu açıdan bakıldığında, görevi kötüye kullanma suçu neticesinde meydana gelen kamu zararının yalnızca ekonomik zarar olarak kabulünün, kuralın konuluş amacına aykırı olacağı görüşündeyiz.

Madde gerekçesinde, kişilerin mağduriyeti ile ilgili açıklamada,

görevin gereklerine aykırı davranışın, kişinin mağduriyetine neden olması gerektiği ve bu mağduriyetin, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmeyeceği

¹⁵¹ DEMİRBAŞ, T., *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.263.

¹⁵² SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.523.

vurgulanmıştır. Kişilerin mağduriyeti kavramının “manevi zararı da” kapsar şekilde geniş anlamda kabul edilirken, kamu zararı kavramının yalnızca ekonomik zarar olarak kabul edilmesi mantıklı değildir.

257. madde gerekçesinin ilk paragrafında;

“kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir”

denerek eylemin cezalandırılmasındaki asıl amaca vurgu yapılmıştır. Keza yedinci paragrafta eylem sebebiyle kamu açısından bir zararın meydana gelmesinden söz edilmiş ve açık bir ekonomik zararın zorunluluğundan hiç bahsedilmemiştir. Ancak 4. paragrafta ekonomik bir zararın varlığı şart koşulmuştur. Görüldüğü üzere maddenin gerekçesi kendi içerisinde çelişmektedir.

Bununla birlikte, kamu zararının ekonomik zarar anlamına geldiğine dair bir ibare kanun metninde yer almamaktadır. Kanun koyucunun amacı ekonomik zararı cezalandırmak ise bunu kanun metninde açıkça belirtmelidir. Kamu zararı olgusunun ekonomik zarar olduğuna dair yorum yapılması veya madde gerekçesine bakılarak sonuca ulaşılması belirlilik prensibine aykırı düşmektedir.

Netice itibarıyla, ekonomik zararın tespit edilemediği eylemler, suçun maddi unsurunun gerçekleşmediğinden bahisle cezasız kalacaktır. Belki bu eylemler, kamuoyunda devletin itibarını yerle bir edecek düzeyde olabilir. Ancak kanun koyucu manevi zararın önemini göz ardı etmiştir.

Söylemek gerekir ki, Yargıtay da tüm kararlarında anılan madde gerekçesine paralel olarak, görevi kötüye kullanma suçu sebebiyle ortaya çıkan kamu zararının somut olmasını ve ekonomik açıdan bir kaybın mevcut olmasını şart koşmuştur. Yargıtay’a göre meydana gelecek kamu zararının net ve kesin rakamlarla belirlenmesi şart olmayıp, somut olarak tespit edilebilmesi kafidir.

Zararın niteliğinin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesine göre belirleneceğine vurgu yapılmıştır¹⁵³.

Ancak daha önce açıkladığımız sebeplerle bu karara katılmamaktayız. Keza anılan özel daire kararının yanında pek çok Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında savunduğumuz yönde karşıt oylar söz konusudur.¹⁵⁴

Kamu zararı kavramının “maddi zarar” haricinde, geniş yorumlanarak manevi zararı da kapsamı durumunda, bu zararın tespitinin zor olacağı görüşü ileri sürülebilir¹⁵⁵. Belirtmek gerekir ki, devletin maddi zararı dışındaki zararların belirlenmesinde kesin bir kriter belirlemek gerekli değildir. Suçun ihdasında korunması ve esirgenmesi amaçlanan şey, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olup, kamunun ekonomik yönden korunması değildir. Netice olarak bu görüş yerinde değildir.

Uygulamada 5018 sayılı kanuna göre kamu zararının tespiti yapılmaktadır. Yukarıda bahsi geçen Yargıtay kararında da bahsi geçen 5018 sayılı Kamu Mali

¹⁵³ “Kamu zararı gerekçedeki açıklamaya göre ekonomik zarar anlamındadır. Somut (maddi) olmalıdır. Ancak , bunun için miktarın kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, olayın özelliğine göre somut bir zararın meydana geldiği anlaşılabilirse, bu durumda kamu zararının varlığı kabul için yeterlidir. Kamu zararının ne olduğu konusunda müracaat edilebilecek her zaman geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol yasasının 71. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucu kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır. Görev gereklerine her aykırı davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişli hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması yolundaki tercihi ile bağdaşmaz...” Yargıtay 4. CD. 26.02.2007, E.2007/13076, K.2007/1959.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.118.)

¹⁵⁴ “.Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım üyeler ise, kamu zararının sadece ekonomik zarardan ibaret olmadığı, görevinin gereklerini yasaya uygun yapmayan veya görevinin gereklerine aykırı hareket eden her kamu görevlisinin aslında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 6. ve 7. maddeleri ile kendisine yüklenen “Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatle uygulamak ve devletin menfaatlerini korumak yükümlülüğünü” de ihlal etmiş olmasından dolayı kamusal bir zarara sebebiyet vermiş olacağını, dolayısıyla ekonomik bir zararın bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadığını ileri sürerek ...” Yargıtay CGK.17.04.2007, E.2007/4-88, K.2007/94.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3656.) Yargıtay 4. CD. 13.12.2006, E.2006/9640, K.2006/17661.; (MALKOÇ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanunu*, C.2, sy.2394-2396.)

¹⁵⁵ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.13.

Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesinde, kamu zararının tanımını yaptıktan sonra, kamu zararının belirlenmesinde dikkate alınacak esaslara ve zararın ne suretle meydana geldiği konusunda uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre 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 tanımlanmıştır.

Aynı maddenin İkinci fıkrasında kamu zararının belirlenmesinde şu hususların esas alınacağı düzenlenmiştir:

“İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması, transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması, idare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması ve mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması.”

Yargıtay kamu zararının tespitinde anılan kanun hükmünü, dikkate alınabilecek en objektif kriter olarak kabul etmektedir.¹⁵⁶ Çünkü bu hükümde de kamu zararı, Yargıtay’ın benimsediği şekilde maddi, somut, ekonomik zarar olarak düzenlenmiştir¹⁵⁷.

¹⁵⁶ “... kamu zararının ne olduğu konusunda müracaat edilebilecek ve her zaman için geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde bulunmaktadır.Buna göre , mevzuata aykırı karar , işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır.” Yargıtay 4. CD. 30.03.2006, E.2006/38, K.2006/10 (GÖKCAN, H.T., Görevi Kötiye Kullanma, sy.96.)

¹⁵⁷ Yargıtay bir kararında “5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde ise , mevzuata aykırı karar , işlem , eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel

Kamu zararının 5018 sayılı kanuna göre mevcut olup olmadığının tespiti için bazen teknik bilgi gerekebilir. Yargıtay özellikle bu konuda zararın araştırılması bakımından bilirkişi tayinini zorunlu görmektedir¹⁵⁸. Bilirkişi raporları, Yargıtay'ın kabulü doğrultusunda uygulamada neredeyse kanun hükmü kadar itibar görmektedir. Bilirkişi beyanları ispat hukuku açısından kesin bir kanıt olmayıp, mahkeme kararına esas teşkil etmesi tamamen hakimnin takdirindedir.

Buraya kadar anlatılanlardan kamu zararının şartlarını şu şekilde belirleyebiliriz:

1. Evvela kamu zararının bir şekilde oluşması gerekmektedir. Hakim tarafından yapılan tespit, kamu görevi nedeniyle yapılan eylem neticesinde ekonomik olarak normalden daha fazla bir eksilme meydana geldiğinin tespiti gerekir. Zararın meydana gelme ihtimalinin bulunması ise, suçun oluşması açısından yeterli değildir.

2. Dikkati çeken bir diğer husus, meydana gelen kamu zararının kesin bir rakamla ifade edilmesine lüzum olmadığıdır. Suça konu faaliyet neticesinde dile getirilen mali zararın, normal şartlarda o faaliyet sebebiyle yapılacak harcamanın rayiç bedelinin üzerinde olması kafidir. Yahut o faaliyet kapsamında her hangi bir

veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan kamu zararı , her somut olayda hakim tarafından , iş , mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı , somut olayın kendine özgü biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktar saptanmasa dahi , işin ve hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin 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 varsayım ile hareket edilmemelidir.” denerek, maddi bir zararın bulunmaması halinde kamu zararından söz edilemeyeceğini açıklamak istemiştir. Yargıtay CGK. 10.10.2005 , E.2005/4-96, K.2005/118.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.96.)

¹⁵⁸ “...Kahramanmaraş belediyesinin veya diğer devlet organlarının ekonomik bir zarar görüp görmediklerinin, ihalelerin yasalara uygun şekilde yapılıp yapılmadığının, değil ise yapılan usulsüzlüklerin nelerden ibaret olduğunun ve sözü edilen usulsüz işlemler sonucunda kişilerin mağduriyetinin doğup doğmadığının, yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile tespit ettirilmesi ile sanığın hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekir.” Yargıtay CGK.17.04.2007, E.2007/4-88, K.2007/94.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3656.) Yargıtay 4. CD. 21.03.2007, E.2007/883, K.2007/2617.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3660.)

gider meydana gelmemesi gerekirken, makul sınırlar içerisinde belirlenecek bir miktarın aşılması durumunda kamu zararının varlığı kabul edilecektir. Bu zararın kesin bir miktar olarak tespit edilememiş olması, suçun oluşumunu engellemeyecektir.

3. Zararın gerçekleşmesiyle görevi kötüye kullanma suçu oluşacağından, daha sonra bu zararın giderilmesi bu hususa etki etmez¹⁵⁹. Ancak cezanın bireyselleştirilmesi açısından dikkate alınabilir.

2.3.3.2. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olmak

Görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarında meydana gelen bir diğer netice kişilerin mağduriyetine sebebiyet vermektir. Bu kavram kamu zararından daha geniş bir kapsama sahiptir. Çünkü 257. madde, mağduriyet kavramını yalnızca maddi bir zarardan ziyade, kişinin medeni, siyasi ve sosyal haklarından¹⁶⁰ her hangi birinin suça konu idari faaliyet sebebiyle ihlal edilmesi ve zarar görmesi olarak anlaşılmasını arzulamıştır.¹⁶¹ Ve bu anlayış bize göre son derece yerindedir¹⁶².

Kişilerin mağduriyetine neden olmak kavramı ilk kez 5237 sayılı kanunda zikredilmiştir. Fakat 765 sayılı mülga TCK döneminde ki içtihat, 228. maddede düzenlenen keyfi muamele suçunun, 240. maddedeki görevi kötüye kullanma

¹⁵⁹ "...devlet zararının sonradan ödenmesinin suçun oluşmasını önlemeyeceği düşünülmeden, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Yargıtay 4. CD. 12.07.2006, E.2006/1778, K.2006/13853.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.99.)

¹⁶⁰ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.752.

¹⁶¹ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.303.; SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.522.

¹⁶² Madde gerekçesinde mağduriyet kavramı şu şekilde ifade edilmiştir : "*Görevin gereklerine aykırı davranışın, kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabii tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı 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 hâlde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı hâlde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir.*"

suçuyla ayırımının belirlenmesi açısından , kişilerin mağduriyetinin meydana gelmesini keyfi muamele suçunun unsuru olarak kabul etmiştir.¹⁶³

Yargıtayın mağduriyet anlayışı ekonomik zarardan ibaret olmayıp, kişinin her türlü bireysel hakkının ihlali durumlarının, bu kapsamda değerlendirilmesi yönündedir¹⁶⁴. Yargıtay bir kararında kişilerin mağduriyeti kavramını şu şekilde izah etmiştir:

“Mağduriyet, gerekcede de işaret edildiği gibi, sadece ekonomik zarar anlamında değildir. Ekonomik zarar da söz konusu olabilmekle birlikte, diğer bireysel hak ve çıkarların ihlali hallerini de kapsamaktadır.”¹⁶⁵

Mağduriyet, kişi nazarında ekonomik bir zarar şeklinde de oluşabilir. Ancak baz alınan kıstas bu değildir. Kişinin uğradığı manevi zararlar da, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında mağduriyet sayılır. Hatta bu zararın derhal vücut bulması da şart değildir. Mağdur kişi, gelecekte elde edeceği maddi ve manevi yararlarından mahrum kalmış olabilir.¹⁶⁶

Elbette meydana gelen mağduriyet, failin görevinin gereklerini yerine getirmemesinden veya görevin gereklerine aykırı davranmasından kaynaklanmalıdır.

Kişinin mağduriyetine sebebiyet veren kamu faaliyeti, kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı olmalıdır. Eğer kamu görevlisinin yerine getirdiği eylem haksız değilse, mevzuata uygunsuz ve her açıdan görevinin gerekleriyle

¹⁶³ Bu ölçütün kanuni dayanağının olmaması sebebiyle yerinde olmadığı görüşü için bkz. **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.132.

¹⁶⁴ Yargıtay CGK. 18.10.2005, E.2005/4-96, K. 2005/118.; (**GÖKCAN, H.T.**, *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.99.) Yargıtay CGK. 03.10.2006, E.2006/4-196, K.2006/194.; (**OKUYUCU-ERGÜN, G.**, *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.12.)

¹⁶⁵ Yargıtay 4. CD. 30.03.2006, E.2006/38, K.2006/10.; (**GÖKCAN, H.T.**, *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.87.)

¹⁶⁶ **TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M.**, *Ceza Özel Hukuku*, sy.612.

örtüşüyorsa, bir kimsenin bu sebeple mağdur olmasının, görevi kötüye kullanma suçu açısından bir önemi olmayacaktır.

Mağdur olan kimsenin bu zararının tazmini veya eski hale getirilmesi, suçun oluşumuna etki etmez. Çünkü artık suç oluşmuştur ve cezalandırılabilir hale gelmiştir. Keza görevi kötüye kullanma suçları, takibi şikayete bağlı suçlardan değildir ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bu anlamda söz konusu olmaz. Bu nedenle, mağduriyetin giderilmesi ancak cezanın bireyselleştirilmesi anlamında dikkate alınabilecektir.

Kamu görevlisi olan failin, görevini gereklerine aykırı hareket etmekte ki kastının, ayrıca kişilere zarar vermeye yönelmiş olması gerekir.

2.3.3.3. Kişilere Haksız Kazanç Sağlama

Görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarının maddi unsurunda yer alan bir diğer netice kişilere haksız kazanç sağlanmasıdır. Kamu görevlisinin eylemi kamu zararına veya kişilerin mağduriyetine yol açmamışsa da her hangi bir kimseye bir kazanç sağlamış olabilir. Bu halde de eylem suç teşkil eder.

Yine 257. maddenin gerekçesine bakacak olursak, kişilere haksız kazanç sağlanmasından ne anlamamız gerektiğini değerlendirebiliriz:

“Görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olabilir. Örneğin kişi, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı hâlde, yararlandırılmış olabilir. Kişiyeye, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşımadığı hâlde, bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir.”

Madde gerekçesi haksız kazanç kavramıyla ilgili olarak, kişinin hak etmediği halde elde ettiği bir menfaate işaret etmektedir. Ancak haksız kazancın, yalnızca ekonomik kazanç olup olmayacağı hususunda bir netlik yoktur. Verilen

örnekler dikkate alınırsa haksız kazancın, kişiye doğrudan nakdi bir menfaatin sağlanmasından ziyade, bu kişiye sağlanan bir takım imkanlar sayesinde bunun ekonomik bir kazançla dönüştürebilecek nitelikte olması gerekir. Yani, gerekli koşulları taşımadığı halde bir kimseye imar ruhsatı verilmesi eyleminde ekonomik açıdan değil, idari açıdan bir menfaat sağlanmaktadır. Ancak ruhsatı elinde bulunduran kişi buna dayanarak bir yapı inşa edip bundan kâr sağlayabilecektir. Bu durumda ekonomik bir imkandan bahsetmemiz icap eder. Yahut, belediyece açılan bir kadroya 4 yıllık fakülte mezunu alınması öngörülmüşken, belediye başkanının lise mezunu akrabasını alınması eyleminde, bu kişiye sağlanan iş imkanıyla maaş ve özlük haklarına sahip olması şeklinde bir kazanç sağlanmıştır. Burada da yine ekonomik bir kazançtan söz etmemiz gerekir.

Yargıtay, kişilere haksız kazanç sağlanmasıyla neticelenen eylemlerde, “eylemin ...ilgilinin mal varlığında bir artış meydana getirmediği” gerekçesiyle maddi kazancın esas alınması gerektiğine vurgu yapmıştır¹⁶⁷.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilere haksız kazanç sağlaması suçun maddi unsurudur. Bu bakımdan görevin gereklerine uygun davranmasına rağmen birilerine haksız kazanç sağlanması veya bunun tam tersi olarak, görevin gereklerine aykırı davranılmasına karşın ilgisine hukuka uygun bir kazanç sağlanması söz konusu olamayacağından¹⁶⁸, suçun tespitinde bu hususlara dikkat edilmelidir.

Örneğin, kaymakamlık tarafından mevzuata uygun olarak , gerekli şartları taşıyan bir kimseye yardım yapılması durumunda bu kişinin sağladığı menfaat haksız sayılamaz ve bu bakımdan görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz. Veyahut icra müdürünün ödeme emri göndermeden borçlunun evine hacize gelip eşyalarını

¹⁶⁷ Yargıtay 4. CD. 20.09.2007, E.2007/16, K.2007/39.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.179.)

¹⁶⁸ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.14.

götürerek alacaklının alacağını almasını sağlaması eyleminde, ortada gerçek bir alacak mevcut olsa bile, elde edilen kazanç hukuka aykırıdır¹⁶⁹.

2.3.4. Suçun Tamamlanma Anı

257. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen icrai hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı hareket etmesiyle değil, bu hareketle kamu zararının, kişilerin mağduriyetinin meydana geldiği veya 3. kişiler haksız kazanç sağladığı anda oluşmuş olur¹⁷⁰. İnceleme konusu suç neticesi harekete bitişik suçlardan değildir. Bu yüzden hareketin yapılması ile neticenin gerçekleşmesi aynı zamana denk gelmeyebilir. Yalnızca icrai hareketin yapılması suçun oluşması için yeterli değildir.¹⁷¹ Anılan neticelerin meydana gelmemesi durumunda, suç teşebbüs aşamasında kalır. Neticesi hareketten ayrı suçlardan olduğundan *teşebbüs mümkündür*.

257. maddede yer alan kişilerin mağduriyeti, kamu zararı ve kişilere haksız kazanç sağlanması durumlarının netice değil, objektif cezalandırma şartı olduğu ileri sürülmüştür. Ve bu sebeple söz konusu suçların teşebbüse elverişli olmadıkları savunulmuştur.¹⁷²

Anlaşılabacağı üzere bu görüş sahipleri, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarını yalnızca hareketten ibaret olan, neticesi harekete bitişik suçlardan saymakta ve görevin gereklerine aykırı davranmak ile görevin gereklerinin yerine getirilmemesi eylemlerini suçun oluşumu için kafi görmektedirler. Kamu zararı ve kişilerin mağduriyetinin doğması ile kişilere haksız bir kazanç sağlanmasını ise hareketle oluşan suçların cezalandırılmasına yarayan şartlar olduğunu kastetmektedirler.

¹⁶⁹ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.14.

¹⁷⁰ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.304.; TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.611-612.

¹⁷¹ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.622.

¹⁷² ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.752.

Bu görüşe göre kasıt, yalnızca harekete yöneliktir. Hareket sebebiyle ortaya çıkan durumların bilinmesi ve istenmesi şart değildir.¹⁷³ Çünkü objektif cezalandırma şartının söz konusu olduğu durumlarda, meydana gelen neticeyi fail istememiş olsa bile bu neticeden sorumlu tutulur¹⁷⁴. Öyle ki, görevinin gereklerine aykırı davranan veya görevini ihmal eden kamu görevlisinin sadece bu hareketleri bilerek ve isteyerek yapmaları kafidir. Hareketlerin sonucunda ortaya çıkan kamu zararının, kişilerin mağduriyetinin veya bir başkasına menfaat sağlanmasının bilinmesine ve istenmesine mahal yoktur. Çünkü bu görüşe göre meydana gelen sonuçlar objektif cezalandırma şartıdır.¹⁷⁵

Görevi kötüye kullanma suçunun neticesi harekete bitişik suçlardan olduğunu ve sonuçların objektif cezalandırma şartı olduğunu kabul eden bu görüşe göre, suçun teşebbüse elverişli olmayacağı doğal olarak iddia edilmiştir.¹⁷⁶

Ancak bu görüşe iştirak etmek olanaklı değildir. Çünkü bilindiği üzere objektif cezalandırma şartları, suç bütün unsurlarıyla oluştuktan sonra, devlet tarafından bu suçun cezalandırılması için, unsurlardan ayrı ve bağımsız olan bir takım şartların gerçekleşmesine bağlanmasıdır.¹⁷⁷ Burada devlet suç siyaseti sebebiyle, bu gibi suçların cezalandırılmasına tereddütle yaklaştığından, işlenen suçun dışında bir sonucun ortaya çıkmasını beklemekte, bu sonucun gerçekleşmesinden sonra faili cezalandırma yoluna gitmektedir.¹⁷⁸ Unsurlardan ayrı olan cezalandırılabilme şartlarının bilinmesine ve istenmesine gerek olmadığı için, fail *her halükarda* bu neticelerden sorumlu olacaktır.

¹⁷³ ÖZBEK, V.Ö., *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı İzmir Şerhi*, C.I, sy.121.

¹⁷⁴ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.318.

¹⁷⁵ KUNTER, N., *Kanuni Unsur*, sy.223-226.

¹⁷⁶ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.752.

¹⁷⁷ KEYMAN, S., *Tipiklik ve Ceza Hukuku*, sy.96.; DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.317-318.

¹⁷⁸ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.317-318.

Mevcut kanunda, işlenen fiillerden ötürü meydana gelen sonuçlardan hangisinin suçun kanuni unsuru, hangisinin objektif cezalandırabilme şartı olduğunun tespiti mümkün değildir. Eğer kanun koyucu, gerçekleşen bir neticeden failin elinde olmadan sorumlu olması gerektiği inancındaysa, hangi neticelerin objektif cezalandırabilme şartı olduğunu açıkça belirtmelidir.¹⁷⁹ Çünkü ceza sorumluluğunda “*kast*” asıldır. Objektif sorumluluk içeren hükümler ise istisnai hallerde öngörölmüştür. Bu sebeple kıyas veya yorum yöntemiyle sorumluluk yüklenemeyeceğinden, istisnai bir hal olan objektif cezalandırabilme şartının kanunda açıkça yazılmaması durumunda varlığının kabulü imkansızdır.

İnceleme konusu suça döndüğümüzde, görevi kötüye kullanma kasten işlenebilen suçlardan olduğundan hareket ve netice ayrı ayrı bilinmeli ve istenmelidir. Bize göre kanun, kamu görevlisinin *her halükarda* meydana gelen kamu zararından, kişilerin mağduriyetinden ve kişilere haksız kazanç sağlanmasından sorumlu olacağına dair bir hükme yer vermediğinden, bu durumların *suçun maddi unsuru içerisinde netice olarak kabul edilmesi gerekir*.

Keza 257. maddede öngörölen neticeler, suçun unsurlarından ayrı bağımsız gerçekleşmesi gereken neticeler değildir. Bilakis hareketle netice arasında illiyet bağı kurulmuştur. Bu sebeple de anılan neticelerin *objektif cezalandırılabilme şartı olmadığı* kanaatindeyiz.

Son olarak söz konusu neticelerin cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde, şartın gerçekleşmemesiyle bu suçlarda teşebbüsün imkansız kılınarak tamamen cezasız bırakılması, kanımızca mevcut ceza siyasetine aykırı düşer.

2.4. Teşebbüs

5237 sayılı TCK' da görevi kötüye kullanma suçu mülga 765 sayılı TCK' nın aksine, tehlike suçu değil zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Bu suçun zarar

¹⁷⁹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.319.

suçu olmasının pek çok anlamı vardır. Burada tehlike suçu ve zarar suçu ayrımının teşebbüse elverişliliği konusu önem arzeder. O yüzden bu suçun, tehlike suçumu yoksa zarar suçumu olduğunun belirlenmesi gerekir.

Evvela, neticesiz bir suç söz konusu olamaz.¹⁸⁰ Her hareket mutlaka bir neticeye sebebiyet verir. Ancak her netice, dış dünyada maddi bir değişiklik meydana getirmez. Netice, maddi bir zarardan oluşabileceği gibi, bir tehlike doğurması şeklinde de tezahür edebilir.¹⁸¹ Bu bakımdan suçu oluşturan eylemin, hukukça korunan menfaate zarar vermesi halinde zarar suçundan söz edilir¹⁸². Bu eylem bir zarara yol açmıyor, yalnızca hukukça korunan menfaatin zarar görmesi tehdidinde yöneliyorsa, burada zarar suçundan değil tehlike suçundan söz edilir.

İnceleme konusu görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı kanunda ayrıca maddi bir zararın varlığı öngörülmediğinden tehlike suçu olarak düzenlenmişti.¹⁸³ Tehlike suçlarında teşebbüsün genel olarak mümkün olmadığı, ancak mülga kanun dönemindeki sistemde yer alan “eksik teşebbüs” hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmekteydi.¹⁸⁴

5237 sayılı kanunda ise eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı yer almamaktadır. 35. maddeye göre suçun tamamlanması, icra hareketlerinin ne şekilde son bulduğuna ve ne ağırlıkta bir zarar veya tehlike meydana getirdiğine bakılarak belirlenmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257/1. maddede, 3 farklı neticeden birinin gerçekleşmesiyle suçun maddi unsurunun oluşacağından

¹⁸⁰ KUNTER, N., *Maddi Unsur*, sy.81.

¹⁸¹ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.383.

¹⁸² TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.124.

¹⁸³ EREM, F., TOROSLU, N., *Özel Hükümler*, sy.186.

¹⁸⁴ ERMAN, S., ÖZEK, Ç. *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.213.

bahsetmiştik. Görevi kötüye kullanma suçu kamu zararı, kişilerin mağduriyeti ve kişilere sağlanan haksız kazancın meydana gelmesiyle oluşan bir zarar suçudur. Öyleyse görevin gereklerine aykırı davranmak eyleminin varlığına rağmen, bu neticelerin meydana gelmemesi halinde suç tamamlanmış olmayacak ve teşebbüste kalmış suçtan bahsedilecektir.

Görevin gereklerine aykırı hareket etme eyleminin sebebiyet verdiği sonuçları “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak kabul eden görüşe göre, teşebbüs cezalandırılmaz. İşlenen eylem sonucu, kanunda öngörülen şartlar gerçekleşmedikçe, mevcut icra hareketleri suça vücut vermez¹⁸⁵. Bu görüşe paralel olarak, görevi kötüye kullanma suçu neticesiz suç olarak kabul edilmektedir. O yüzden görevi kötüye kullanma suçlarının teşebbüse elverişli olmadığı ileri sürülmektedir. Gerçekten, cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlarda, teşebbüsten sorumluluk doğmaz¹⁸⁶.

Ancak çalışmamızın “netice” konusunu irdelediğimiz kısımda gerekçeleriyle söylediğimiz gibi, görevi kötüye kullanma ve ihmal suçlarının sebebiyet verdiği halleri, maddi unsurun neticeleri olarak kabul ettiğimizden, bu görüşe iştirak etmemekteyiz. O yüzden suçun maddi unsurunu oluşturan eylemlerin, 257. maddedeki neticeleri gerçekleştirmemesi halinde, teşebbüste kalan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu ve teşebbüse elverişli olduğunu burada tekrar etmemiz icap eder.

Yargıtay ise kötüye kullanılan göreve rağmen , kamu zararı, kişilerin mağduriyeti veya kişilere haksız kazanç sağlanması neticelerinin gerçekleşmemesi durumunda, eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını tartışmadan suçun oluşmadığına dair kararlar vermektedir.¹⁸⁷ Görevi kötüye

¹⁸⁵ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.77-78.

¹⁸⁶ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.321.

¹⁸⁷ “...anılan eylemle kamunun zarara uğradığının söylenmesine olanak bulunmamaktadır. Sağına isnad edilen eylemde, 5237 sayılı yasanın 257. maddesinde yer alan “kişilerin mağduriyeti, kamunun zararına neden olunması veya kişilere haksız kazanç sağlanması” öğelerinden hiç biri

kullanma ve görevi ihmal suçlarına teşebbüs mümkünken, Yargıtayın bu hususu göz ardı ederek karar vermesi hukuka aykırıdır.

Kamu görevlisi olan fail, suçun icra hareketlerine başladıktan bir süre sonra bu hareketleri tamamlamaktan vazgeçerse, 5237 sayılı kanunun 36. maddesinde düzenlenen “gönüllü vazgeçme” hükümlerinden yararlanır. Bu vazgeçmeyi gerçek bir pişmanlık göstergesi olarak anlamamak gerekir. Fail hakikaten eyleminden pişman olarak vazgeçebileceği gibi, korktuğu için yahut istediği koşulları sağlamak için vazgeçmesi durumunda da bu hükümlerin uygulanması gerekir.¹⁸⁸

Görevi kötüye kullanma suçunun icra hareketlerine başlayan kamu görevlisinin daha sonra pişman olması üzerine, bu hareketleri tamamlamaktan vazgeçerse ve o ana kadar işlediği eylemler başka bir suça vücut vermiyorsa, eyleminden sorumlu olmayacaktır. Örneğin; akrabasına haksız kazanç sağlamak amacıyla kamu ihale kanunu hükümlerine aykırı olarak, başkalarının ihaleden haberdar olmalarını engellemek amacıyla yaptığı ihalenin kendi akrabasına kalmasından sonra, bu durumdan pişman olarak herhangi bir ödeme yapılmadan ihaleyi iptal etmesi durumunda, eylemi başka bir suça vücut vermediğinden cezalandırılmayacaktır.

Suçun tamamlanmasını ve neticenin önlenmesini engelleyen failin de gönüllü vazgeçmiş olacağı kanunda kabul edilmiştir. Bu anlamda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. madde etkin pişmanlık hususunu da kapsamaktadır.

gerçekleşmediğinden, özel dairece bu hususlar tartışılmak suretiyle verilen beraat kararı isabetlidir.” Yargıtay CGK. 18.10.2005, E.2005/4-96, K.2005/118.

“...sanığın eylemlerinde kamu zararı belirlenemediği gibi suç işleyem kastıyla hareket ettiği kesin olarak saptanamadığından beraat kararı vermek gerekmiştir. Yargıtay 4. CD. 16.06.2005, E.2005/2, K.2005/28.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.168-170.)

“...ortada kamuya verilen bir zarar yoktur. Sinema bir süre çalıştırıldıktan sonra kapanmıştır. Bu süre içerisinde bir yangın , patlama olmadığından kişilerin yaralanması gibi bir durumda vuku bulmamıştır. Kanımızca sanıkların başkalarına haksız çıkar sağlama gibi bir kasıtları da yoktur...Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarının maddi ve manevi unsurları oluşmadığından beraatlerine karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 4. CD. 16.06.2005, E.2004/30, K.2005/27.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.171-173.)

¹⁸⁸ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.267.

Çünkü suçun tamamlanması ve neticenin önlenmesi, icra hareketleri bittikten sonra meydana gelen bir durumdur. Görevi kötüye kullanma suçunda neticeyi engelleyen fail, daha evvel yaptığı eylemler başka bir suça vücut vermiyorsa, eyleminden sorumlu olmayacaktır.

2.5. İştirak

Görevi kötüye kullanma suçu tek failli bir suçtur. Kanun bir başka kişinin suça katılımını ayrıca cezalandırmamıştır. Eğer 3. bir kişi suça ortak olmuşsa, genel kısımda düzenlenen iştirak hükümlerine göre sorumluluğu belirlenecektir.

İştirak konusu 5237 sayılı kanunun 37. maddesinde “faillik” başlığıyla şu şekilde düzenlenmiştir: “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumlu olur.” 38. maddede suça azmettirenin, o suçun cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bir sonraki maddede suçun işlenişine yardım edenin hukuki durumu düzenlenmiş ve 40. maddenin ikinci fıkrasında özgü suçlara iştirak halinde failin ancak özel niteliklere sahip kişinin olabileceği, diğerlerinin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Özgü suçlara iştirak hususu mülga 765 sayılı TCK' da düzenlemiş değildi fakat doktrin ve uygulamada özel faillik niteliklerini taşımayan kişilerin de, özgü suça iştirak edebilecekleri kabul edilmekteydi.¹⁸⁹ 5237 sayılı TCK' nın yukarıda anılan hükümlerinde, doktrin ve uygulamada yer alan bu yöndeki kabul kanunlaştırılmıştır.

Bu düzenleme karşısında, özgü suçlara iştirak mümkün olmakla birlikte, yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçlarında, suça katılan şeriklerin suçun faili olması veya fail gibi sorumlu olması imkanı yoktur. İştirake ilişkin genel hükümlere göre, görevi kötüye kullanma suçuna iştirak edenler yalnızca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu

¹⁸⁹ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.299.

olabileceklerdir. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun tipik hareketlerinin mutlaka özgü suça faillik için gerekli şartları barındıran kamu görevlisi tarafından işlenmesinde mantıklı bir zorunluluk bulunmamaktadır.¹⁹⁰

Özgü suçun tipik hareketlerinin bizzat gerçekleştirilmesi gereken suçlarda (*misal yalan tanıklık, yalan yere yemin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirme, çocuk düşürme suçları*), asıl failin bir başkasının olması mümkün değildir. Burada failin kesinlikle özel niteliğe sahip kişi olmasında zorunluluk vardır.

Keza yükümlülüğün ihmali suçlarında da, söz konusu suç ancak üzerinde yükümlülük bulunan kişi tarafından bizzat işlenebilir¹⁹¹. Bir başkasının fail olması söz konusu değildir. (*örneğin, aile hukukundan doğan bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu, sadece ailesine bakmak zorunda olan kişi tarafından işlenebilir.*)

Ancak üçüncü kişilerin aracılığıyla da işlenebilen özgü suçların asıl failinin, mutlaka bu özgü suç için özel niteliğe sahip kişi tarafından işlenmesi zorunlu değildir.¹⁹² Buna örnek olarak, zimmet suçunu işleyecek kamu görevlisinin kendine tevdi edilmiş parayı, gizlice bir başkasını daireye sokarak aldırması ve kendisine teslim ettirmesi eyleminde, üçüncü kişinin zimmet suçunun faili sayılmaması için bir neden yoktur. Veya inceleme konusu görevi kötüye kullanma suçunda, görevli polisin kanuna aykırı olarak yanında bulunan arkadaşına bir şahsın aracını aratması eyleminde, polisin arkadaşının fail olarak sorumlu olmaması, kusurluluğun belirlenmesi açısından hukuka aykırıdır. O yüzden 40. maddenin ikinci fıkrasında yer alan 3. şahsın özgü suçlarda fail olamayacağı hükmü eleştiriye açıktır.¹⁹³

¹⁹⁰ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.301.; CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, sy.535.

¹⁹¹ HAKERİ, H., *İhmali Suçlar*, sy.141.

¹⁹² TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.301.

¹⁹³ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.301.

Ancak 5237 sayılı kanun, 40/2. maddesindeki özgü suçlara ilişkin genel kurala, 94. maddede düzenlenen işkence suçuyla bir istisna getirmiştir. 94/4. maddesine göre, işkence suçuna iştirak edenler kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Bu maddenin gerekçesinde;

“Bu suçun faili bir kamu görevlisi olabilir. İşkence, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Ancak, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişiler de iştirak etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır.”

denmiştir.

Bu hükümde suça iştirak eden 3. kişinin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasından kastedilen, genel hükümlerden farklı olan yeni bir iştirak şekli mi, müşterek faillik çeşidi mi, yoksa sadece cezai sorumluluğu genişleten bir hüküm mü olduğu hususu belirli değildir.¹⁹⁴ Hükümün amacına bakıldığında, bu hususun bir iştirak çeşidi değil, işkence suçuna katılan şahsın cezai sorumluluğunun genişleten bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır.¹⁹⁵

Özgü suça iştirak eden 3. kişinin, suçu işleyen kamu görevlisinin bu durumunu bilmesi halinde ancak bu suçtan sorumluluğu söz konusu olur. Aksi halde genel hükümlere göre failliği değerlendirilir.¹⁹⁶ Zimmet suçunu işlemesi için memura yardım eden 3. kişinin, banka kamerasını kapatması eyleminde, failin zimmet suçunu işlediğini ve bu şahsın kamu görevlisi olduğunu bilmediği durumlarda, hırsızlık yahut güveni kötüye kullanma suçuna iştirak etmiş olacaktır.

¹⁹⁴ **ÖZEN, M.** (2007), 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı, TBB Dergisi, S.70, sy.250.

¹⁹⁵ **ÖZEN, M.**, İştirak, sy.250.

¹⁹⁶ **TOROSLU, N.**, Genel Kısım, sy.301.

2.6. İçtima

Suç teorisi içerisinde genel prensip gereği, *hareket sayısı kadar netice vardır*.¹⁹⁷ Ancak bazen bir hareket birden fazla neticeye yol açabilir ve birden fazla kanun hükmünü ihlal edebilir. Yahut birden fazla hareket birleşerek bir neticeye sebebiyet verebilir, keza birden fazla harekette birden fazla neticeyi doğurmuş ve birden ziyade kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir¹⁹⁸. Bu ihtimallerin varlığı halinde suçların içtimaı gündeme gelir.

Suçların içtimaı, 5237 sayılı TCK' nın 42. maddesinde bileşik suç, 43. maddesinde zincirleme suç ve 44. maddesinde fikri içtima olarak düzenlenmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak düzenlendiğinden, bir başka eylemle karşılaştırılması durumunda evvela özel-genel kural ayrımını tespit etmemiz gerekir. Buna “*görünüşte içtima*” adı verilir ve diğer içtima türlerinde olduğu gibi birden fazla eylem ve netice bulunmamaktadır. Buradaki eylem ve kanun ihlallerinin çokluğu görünüştedir ve gerçekte tek bir eylem söz konusudur.¹⁹⁹

Özel kural - genel kural ayrımı özel kuralın öncelikli olarak uygulanmasını gerektirir.²⁰⁰ Kanuni unsur bölümünde değinildiği gibi, kamu görevlisi tarafından işlenebilen pek çok suç zaten failin görevini kötüye kullanmasını gerektirir nitelikte suçlardır. Bu sebeple özel kuralı ihlal eden bir eylem (örneğin; zimmet, irtikap, suç delillerini gizleme vb.) aynı zamanda genel kural niteliğinde olan görevi kötüye kullanma suçunu ihlal ediyor olsa da, özel kural genel kuralı bertaraf edeceğinden ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluk doğmaz.

¹⁹⁷ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.537.

¹⁹⁸ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, sy.373.

¹⁹⁹ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.457

²⁰⁰ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.84.; İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.458.

Bu halde, birden fazla hukuk normunu ihlal eden tek eylem sebebiyle en ağır cezayı gerektirir normdan sorumluluk yükleyen fikri içtima hükmü burada uygulanmayacaktır. Çünkü özel-genel norm ilişkisinin bulunduğu hallerde, öncelikle uygulanması gereken özel normun cezai yaptırımının ağırlığına bakılmaz.²⁰¹

Özel norm - genel norm ayrımı, aynı hukuki değeri koruyan suçlar arasında söz konusu olur.²⁰² Örneğin, görevi cezai işlem tesis etmek olan kamu görevlisinin, bu işlemi yapmamak için bir başkasının kendisine para ödemeye zorlaması eylemi, görevi kötüye kullanma suçunun kanuni unsurlarını içermektedir. Ancak, söz konusu eylem evvela 250. maddede irtikap suçu olarak düzenlendiği için, görevi kötüye kullanma suçundan daha özel hüküm durumundadır. Keza, görevini terk eden ve yapmayan kamu görevlisinin eylemi görevi ihmal suçunu oluşturuyor olsa da, bu eylemin üçten fazla kamu görevlisiyle yapılması durumunda, daha özel bir hüküm olan ve 260. maddede düzenlenen suç tatbik edilir.

Eğer iki suç, farklı hukuki değerlerin korunmasına hizmet ediyorsa, birini özel norm diğerini genel norm olarak kabul ederek bu ilişkiden yararlanma imkanı yoktur. Bu kez asıl norm - tamamlayıcı norm ilişkisine bakmak gerekir.

Görevi kötüye kullanma suçunun 257. maddedeki düzenlenişi, yani hükmün kanunun ayrıca suç olarak düzenlediği haller dışında uygulanacak olması, bizi bu suçun tamamlayıcı nitelikte bir suç olduğu sonucuna ulaştırır. Tamamlayıcı (yardımcı) nitelikteki suçların özelliği, kanundaki diğer suçların gerisinde kalmasıdır. Buna *tamamlayıcı hükmün sonralığı* denir²⁰³. Tamamlayıcı hüküm, kanunda benzer şekilde ifade edilen hükümlerin uygulanamadığı hallerde devreye girer.

²⁰¹ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.586.

²⁰² İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.464.

²⁰³ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.459.

Bu bakımdan, okulda her hangi bir derse devam etmemesine rağmen devam ediyormuş gibi belge düzenleyen okul müdürü görevini kötüye kullanmışsa da²⁰⁴, bu eylem öncelikle resmi evrakta sahtekarlık suçuna vücut verir ve bu suça ilişkin kanun hükmü tatbik edilir. Bir başka örnekle açıklayacak olursak; serumunu değiştirmesi gerekirken bunu yapmayarak hastanın ölümüne sebebiyet veren hemşire her ne kadar kamu görevini ihmal etmişse de, bu eylem asıl norm olan ihmali hareketle adam öldürme suçunu oluşturur. Veya görevi sırasında ilgililere küfür eden ve kötü davranan kamu görevlisinin eylemi hakaret suçu kapsamında kaldığından, tamamlayıcı suç olan görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olmayacaktır.

İnceleme konusu suçlar birden fazla kere işlenirse, aynı suç işleme kararının varlığı halinde, 43. maddenin her iki fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanır. Aynı suç işleme kararıyla birden fazla işlenen görevi kötüye kullanma suçları, bir kişiye karşı olabileceği gibi, tek bir hareketle birden fazla kişi aleyhine de işlenebilir. Zincirleme suç hükümleri her iki halde de uygulanır²⁰⁵.

2.7. Manevi Unsur

2.7.1. Genel Olarak

Görevi kötüye kullanma suçlarında sorumluluk, ancak *kasıtlı bir davranıştan doğar*. Taksirli hareketler ancak kanunda açık hüküm bulunduğu halde cezalandırılabilirdiğinden, kasıtlı olmayan her türlü hareket görevi kötüye kullanma suçuna dahil olmadan yalnızca tazminat hukuku ve disiplin hukuku

²⁰⁴ Yargıtay 4. CD. 22.03.2006, E.2006/1483, K.2006/8550.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.127.)

²⁰⁵ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Özel Hükümler*, sy. 626.

içerisinde değerlendirilebilecektir.²⁰⁶ Bu sebeple taksir konusunu tartışmaya bu incelemede lüzum yoktur.

Kast kavramına vücut veren iki şart, yapılan hareket ve meydana gelen neticeyi *bilmek* ve *istemektir*.²⁰⁷ Kanunun 21. maddesi kastı, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlamıştır. Kanunda yer alan tipik hareketin ve neticelerinin bizzat failce bilinmesi, subjektif sorumluluk açısından zorunludur.

Bu bakımdan maddenin birinci fıkrasında düzenlenen görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suçunun manevi unsuru, failin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği bilinciyle, bu hareketin kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına sebebiyet vereceğini öngörmesi ve istemesidir²⁰⁸. Eğer kamu görevlisi yerine getirdiği görevin, mevzuata aykırı olmadığı ve yetkisi dahilinde olduğu inancıyla hareket ediyorsa, bu sebeple kamu zararına, kişilere haksız kazanç sağlanmasına veya mağduriyetlerine neden olmayacağı düşüncesine sahipse, kasıtlı davranmadığından bu hareketinden ve neticelerinden sorumlu olmayacaktır²⁰⁹.

Failin suçun ağırlaştırıcı nedenlerinden sorumlu olabilmesi için, bu nedenleri ayrıca bilmesi ve istemesi gerekir²¹⁰. Ceza sorumluluğunu hafifletici nedenlerin uygulanabilmesi için, bu nedenlerin varlığı yeterli olup, ayrıca bilinmesine gerek yoktur. Fail, bilmesine veya istemesine bakılmaksızın hafifletici nedenlerden faydalanacaktır.

²⁰⁶ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.17

²⁰⁷ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.230.; ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Genel Hükümler*, sy.588.; DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.330-332.

²⁰⁸ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.523.

²⁰⁹ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.304.

²¹⁰ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.331.

Suçun unsurları dışındaki, cezalandırılabilme ve kovuştura şartlarından sorumluluğun doğması, failin bilmesine ve istemesine bağlı değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinden de, fail her halükarda faydalanabilecektir²¹¹.

257. maddede belirlenen hareket ve suçun bir unsuru olarak gerçekleşmesi gereken neticelerden sorumlu olmak için, bunların bilinmesi ve istenmesi şarttır. Yoksa bu neticeleri objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edip, failin iradesinden bağımsız görmek ve istenmese bile failin sorumlu olacağını düşünmek olanaksızdır.

2.7.2. Özel Kast

Görevin gereklerine aykırı hareket etmek suçu genel kastla işlenir. Bu suçun işlenmesinde özel kast aramaya lüzum yoktur.²¹² Keza kanun yalnızca kamu görevlisinin eyleminin sebebiyet verdiği neticelerin oluşmasını şart koşturmuştur. Eylemin belirli bir amaca yönelik olması konusunda bir ibareye yer verilmemiştir. Uygulama buna paralel olarak şekillenmiştir.²¹³ Genel kast kabul edildiğinden, görevin gereklerini yerine getirmeme suçunda, maddede yer verilen sonuçlar suçun maddi unsuru içerisinde netice olup gerçekleşmesi zorunludur. Oysa özel kast öngörülmüş olsaydı, bu neticelerin gerçekleşmesine lüzum olmayacak, görevin gereklerine aykırı hareket suçun oluşumu için yeterli olacaktı. Yalnızca failin suç işlemekteki amacının kamu zararına ve mağduriyete yol açmak veya haksız kazanca sebebiyet vermek olup olmadığı tespit edilecekti.²¹⁴ Ancak 257. madde saikten hiç söz etmeyerek, özel kast tartışmasının yapılmasına imkan tanımamaktadır.

²¹¹ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.331.

²¹² TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Özel Hükümler*, sy.623.; TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.304.

²¹³ "...görevi kötüye kullanma eyleminin bilerek ve isteyerek gerçekleşmesi yeterli olup, saikin bir önemi yoktur. Suçun işlenmesi için genel kastın varlığı yeterlidir." Yargıtay 4. CD. 21.06.2007, E.2007/6, K.2007/36.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.231.)

²¹⁴ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.18.

Yargıtay bir kararında, ihale kanununa aykırı hareket edilmesi neticesinde failin, görevine aykırı hareketi suç işleme kastıyla yapmadığı gerekçesiyle suçun oluşmadığına karar vermiştir.²¹⁵ Bir başka kararında, daha önce reddettiği iş yeri ruhsatı talebini daha sonra yönetmeliğe açıkça aykırı olarak kabul eden failin eyleminde kişilere haksız kazanç sağlama kastının bulunmadığı, ruhsat verilirken halkın ihtiyaçlarının gözetildiği dikkate alınarak suçun oluşmadığına karar vermiştir.²¹⁶ Ancak genel kastla işlenen görevi kötüye kullanma suçunda özel kast arayan bu karara katılmak olanaksızdır. Ve bu kararlar, Yargıtayın genel kastı açıkça kabul eden kararlarıyla çelişmektedir.

765 sayılı mülga TCK döneminde 230. maddede düzenlenen görevi ihmal ve 240. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçlarının birbirinden ayırtedilebilmesi için, görevi kötüye kullanma suçunda failin özel kastla, yani kamuya yahut bir kimseye zarar verme amacıyla hareket etmesi gerektiği yolunda teori ve uygulamada baskın bir fikir hakimdir.²¹⁷ Buna karşın 228. maddede düzenlenen keyfi muamele suçunun genel kastla işleneceği kabul edilmiş ve

²¹⁵ “...sanık aşamalarda savunmasında, il valisi olarak görev yaptığı sırada amatör spor klüplerine yardım etmek amacıyla, ...krampon eşofman ve yağmurlukların pazarlık usulüyle alınmasında sakınca görülmediğini, kamuyu zarara uğratmak veya başkalarına kazanç sağlamak amacının olmadığını beyan etmiş, ...satın alınan spor malzemelerinin ayrı nitelikte oldukları düşüncesiyle pazarlık susulüyle alımı yoluna gidildiği kanısına varılmakla, olayda sanığın suç işlemek kastıyla hareket ettiği yolunda somut ve kesin kanıtlar elde edilememiştir.” Yargıtay 4. CD. 16.06.2005, E.2005/2, K.2005/28.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.170-171.)

²¹⁶ “...söz konusu yönetmelikte, eğlence yerlerinin, patlayıcı, yanıcı madde depolarının bulunduğu yere yakın olmaması öngörülmüş ise de, bu yakınlığın kaç metre mesafe olacağı belirtilmemiştir. Daha önceki yönetmelikte söz konusu iki tesisin bitişik olmasının öngörülmesi karşısında, 18 metre mesafesinin yakın sayılmaması mümkündür. Ortada kamuya verilen bir zarar yoktur. Sinema bir süre çalıştırıldıktan sonra kapanmıştır. Bu süre içerisinde her hangi bir şekilde yangın, patlama olmamış ve insanların yaralanması gibi bir durumda vuku bulmamıştır. Kanımızca sanıkların başkalarına haksız çıkar sağlama gibi bir kasıtları da yoktur. Kültür ve sanat yönü bulunan sinema, akaryakı istasyonları gibi bir getirici bir tesis değildir. Ruhsat verilirken halin ihtiyaçları gözetilmiştir. Sonuç olarak sanıkların suç işleme kastı yoktur.” Yargıtay 4. CD. 16.06.2005, E.2004/30, K.2005/27.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.171-173.)

²¹⁷ Bkz. DEMİRBAŞ, T., *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.271-272.

Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir.²¹⁸ Ancak görevi ihmal suçu açısından genel kast kafiydi.

5237 sayılı kanun sisteminde ise özel kast şartına yer verilmemiştir. Ancak kamu görevlisi olan failin, belli bir amaca yoğunlaşarak, görevinin gereklerini ihlal etmekte bir kararlılık gösteriyorsa, bu durum kastının yoğunluğu dikkate alınarak cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında değerlendirilir.

2.7.3. Kusurluluğa Etki Eden Haller

Kusura etki eden hallerden biri fiilde hatadır. TCK' nın 30. maddesine göre suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişi eylemi sebebiyle kasten hareket etmiş sayılamayacaktır. Bilindiği üzere fiili hata, esaslı ve esaslı olmayan hata olarak ikiye ayrılmaktadır. Burada kastedilen elbette esaslı hatadır. Eylemde bulunan kişi, eyleminde bilmesi gereken hususlar hakkında bilgisizce veya yanlış bir bilgiyle hareket etmektedir.²¹⁹ Yani suç teşkil eden fiilin kurucu unsurları hakkında yapılan hata esaslı hatadır ve kanun nazarında mazeret teşkil eder.²²⁰ Failin hatasının yanlış bir algılama sonucu, kanunda yasaklanan eylemden farklı bir somut fiil gerçekleştirdiğini zannetmesi halinde sorumluluğuna etki eder.²²¹

Görevi kötüye kullanma suçlarında , kamu görevlisi olan failin görevini yerine getirdiği zannıyla yaptığı bir işlemin gerçekte görevinin gereklerine aykırı olduğunu bilmemesi durumunda, bu hatası esaslı sayılacak ve eyleminden

²¹⁸ “.görevi kötüye kullanmak suretiyle keyfi davranma suçu genel kastla işlenen bir suç olup, suçun oluşması için saikin bir önemi olmadığı gibi özel kasıt da aranmaz. Bu kural dairemizin ve genel kurumumuzun kararlarında benimsenmiş ve uygulanmıştır.Bu nedenle sanığın özel kasta dayanarak yargı kararlarını uygulamadığı yolundaki görüşe katılmak olanaksızdır. Eğer buna itibar edecek olursak, yargı kararlarını idari işlemlere karşı yok saymış oluruz. Yargı kararlarının uygulanmamasına idari işlemlerin uygulanması gerekçe olamaz. Can güvenliği idari önlemlerle sağlanabilir...” Yargıtay 4. CD. E.2006/1778, K.2006/13853.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.103.)

²¹⁹ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.374.

²²⁰ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.229.; OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.19.

²²¹ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.228.

sorumlu olmayacaktır²²². Örneğin; kurum için gönderilen ödeneği, yetkili merciiden izin almaksızın kurumun bir başka ödenek kaleminde bulunan ihtiyacı için mevzuata aykırı olarak harcayan ve bu yönde bir zarara yol açan kamu görevlisinin bu eyleminde, ödeneğin harcanması konusunda kendisine verilen görev gereği sadece kurumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ve inancıyla hareket ettiğinden ve kuruma hiçbir zarar verme niyetinde olmadığından fiilde esaslı hata kabul edilmelidir. Kamu görevlisinin bu bakımdan TCK. 30. madde gereği sorumluluğu yoktur.

TCK'nın 30/1 maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen taksirli harekette hatanın sorumluluğu etkilemeyeceğine ilişkin hüküm, inceleme konusu suçumuz için uygulama alanı bulmaz. Daha evvel belirtildiği gibi görevi kötüye kullanma suçları ancak kasıtlı iradeyle işleneceğinden , failin taksirden kaynaklanan kusuru suça vücut vermez. Ancak failin hatası, disiplin hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.

TCK' nın 4. maddesinde “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” denerek hukuki hatanın sorumluluğa bir etkisinin olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede belirtildiği üzere hukuki hatanın etkisizliği, ancak ceza kanunları için geçerlidir. Bundan hem temel ceza kanunlarını hem de ceza hükümleri içeren özel kanunları anlamak gerekir. Fail, yasak olmadığına inandığı fakat ceza kanununca suç olarak öngörülen bir eylemin aynısını işlemek istemektedir ve hareketinin kötü, tehlikeli veya zararlı olduğu bilinciyle hareket etmektedir²²³. Bu halde failin bilinçli eyleminin suç oluşturmayacağı zannıyla hareket etmesi, TCK 4. maddesi gereği mazeret sayılmayacaktır. Bu duruma örnek olarak; hastalarından bıçak parası temin eden doktorun bu eyleminde, söz konusu parayı usulen herkesin aldığı ve suç olduğunu bilmediği şeklinde bir mazeret, hukuki hatadır ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

²²² **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, sy.138.

²²³ **TOROSLU, N.**, *Genel Kısım*, sy.233.

Kusurluluğu etkileyen diğer sebepler 5237 sayılı TCK' nın 28. maddesinde düzenlenen cebir, şiddet, korkutma ve tehdit halleridir. Buna göre kamu görevlisinin zorlama ve şiddetle suç işlemeye sevk edilmesi halinde, iradenin sakatlanmış olacağı dikkate alınmalıdır. Bu madde hükmüne göre, kamu görevlisinin işlediği suçtan ötürü cezalandırılması söz konusu olmaz. Keza ciddi bir korkutma veya tehdidin etkisi altında işlenen suçta da cezai sorumluluk ortadan kalkar.

2.8. Hukuka Aykırı Unsur

2.8.1. Genel Olarak

Suçun unsurlarından bir diğeri olan eylemin hukuka aykırı olması genel olarak, hukuk düzeninin bu eyleme cevaz vermemesi olarak tanımlanabilir.²²⁴ Eylemin hukuka aykırı olmasının esası, bütün hukuk sistemine aykırı olmasıdır. Hukukun diğer dallarından her hangi birinde hukuka aykırı olmayan bir eylemin, ceza hukukuna aykırı olması söz konusu değildir. Aynı şekilde diğer bir hukuk dalında hukuka aykırı olan eyleminde, ceza hukuku içerisinde hukuka uygun görülmesi söz konusu olmaz. Ancak her hukuk dalının hukuka aykırılık ölçütü farklıdır ve eyleme tepkisi farklıdır.²²⁵ Bu açıdan bakıldığında haksız eylem, diğer tüm hukuk dallarında aynı nitelikte aykırılığa açar. Ceza hukukunda hukuk düzenine aykırı eylemlerin hepsi haksızdır, ancak belli bazı haksız eylemleri suç olarak nitelendirmek ve bir müeyyideye tabi tutmak gereği duyulmuştur.²²⁶

Bu nedenle ceza kanununda yapılan suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak” veya “hukuka aykırı davranışla” ifadelerine yer verilerek suçun işlenmesinden bahsedilmiştir. Diğer bir hukuk dalına uygun olan eylemin suç teşkil etmesi mümkün değildir.²²⁷ Her hangi bir hukuk prensibi içerisinde hukuka

²²⁴ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, sy.17.

²²⁵ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.101.

²²⁶ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.103.

uygun olan eylemin, genel olarak hukuka uygun olacağından bahsediyorsak, hukuka uygunluk sebeplerini yalnızca kanunda sayılanlarla sınırlı tutmamız söz konusu değildir.²²⁸ Öyleki, kanunda yazılı olmayan bir hukuka uygunluk sebebini tatbik etmek kanunilik prensibine aykırı değildir. Çünkü kanunilik prensibi suç ve cezalar açısından geçerli olup, ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran sebeplerde uygulanmasına mahal yoktur.²²⁹

Gerçekte hukuka aykırı kabul edilen bir eylemin, belli bazı şartlar içerisinde işlenmesi sonucu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere “hukuka uygunluk sebepleri” adı verilir.²³⁰

5237 sayılı TCK'nın 24-26. maddelerinde hukuka uygunluk nedenleri “kanun hükmünü yerine getirme”, “amirin emrini ifa etme”, “meşru müdafaa”, “zorunluluk hali”, “hakkın kullanılması” ve “ilgilinin rızası” olarak sayılmıştır. Sayılan bu hukuka uygunluk nedenlerinin kanuni şartlarının gerçekleşmesi halinde, fail işlediği eylemden ötürü sorumlu olmayacaktır. Ancak, inceleme konusu suçta amirin emrinin ve ilgilinin rızasının bulunması hallerinin hukuki niteliği tartışmalı olduğundan, bu iki hususa değinmemiz yerinde olacaktır.

2.8.2. Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi

İnceleme konusu görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç olduğundan, kamusal görevlerde söz konusu hiyerarşik düzen içerisinde amir-memur ilişkisi var olduğundan, yerine getirilen idari işlemin sebebini yetkili amir tarafından verilen emir oluşturuyor olabilir. Bu durumda kendi iradesi dışında, amirinin verdiği emri yerine getirmekle mükellef kamu

²²⁷ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, 242.

²²⁸ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.116.

²²⁹ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.116.

²³⁰ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Genel Hükümler*, sy.479.

görevlisinin, hukuka aykırı bir duruma yol açan işlemlerinden sorumluluğu ne olacaktır?

Amirin emrinin yerine getirilmesi konusuna, 5237 sayılı TCK' nın 24/2 ve 24/3. maddelerinde yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan memur sorumlu olmayacaktır. Tabi bu emrin konusu suç teşkil etmemelidir. Aksi halde emri yerine getiren bu eyleminden sorumlu olacaktır.

Keza Anayasanın “kanunsuz emir” başlıklı 137. Maddesinde;

“kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu hukuka aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yinelerse, emir yerine getirilir. Bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”

hükmüne yer verilmiştir. Öyleyse, hukuka aykırı olsa bile yetkili amir tarafından verilen ve yerine getirilmesinde yazılı olarak ısrar edilen bir emrin, suç teşkil etmemek kaydıyla yerine getirilmesi zorunludur ve bu sebepten ötürü yerine getirenin sorumluluğu yoktur.

Her iki düzenleme de, bir emrin varlığından bahsetmektedir. Bu emir yetkili bir mercii tarafından verilmelidir. Görevlinin yetkili amiri olmayan bir kimse tarafından verilen emrin yerine getirilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Emir, ilgili mevzuatta öngörülen şekil şartlarına uygun olarak verilmelidir. Bununla birlikte, hem amir hem de memur açısından, söz konusu emir kendilerine verilen bir görev gereği olmalıdır.²³¹ Aksi halde, görev dışı böyle bir emrin yerine getirilmesiyle sebep olunacak sonuçlardan sorumluluk ortadan kalkmayacağı gibi kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu gündeme gelecektir. Elbette yerine

²³¹ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.253-254.

getirilmesi beklenen emir, memur tarafından yerine getirilmesi zorunlu olmalıdır. Bahsi geçen bu şartlar gerçekleştiği takdirde, emri yerine getiren memurun eylemi TCK' nın 24. ve 26. maddeleri kapsamında *hukuka uygunluk nedenleri* içerisinde olacaktır.

Ancak, amirin emrinin yerine getirilmesi bir *hukuka uygunluk sebebi değildir*. Hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesiyle oluşacak tehlike veya zarara yol açan eylem, kanunun bu hükmüyle hukuka uygun hale gelmeyecektir. Yalnızca TCK' nın 24/3. maddesinde, belirlenen şartların bulunması durumunda, emri alan memurun “*sorumlu olmayacağı*” anlaşılmaktadır. Anayasanın 137. maddesindeki düzenleme de, emri yerine getirenin sorumluluğuna vurgu yapmıştır. Bu bakımdan hukukumuzda amirin emrini ifa hallerini hukuka uygunluk sebebi kabul etmemiz olanaksızdır. Ceza kanunu ve Anayasadaki düzenlemeye göre amirin emrini ifa *kusura etki eden* bir durumdur. Bir başka deyişle *kusurluluğu ortadan kaldıran hallerdendir*.²³²

Kendisine emredilenin, verilen emri yerine getirmesi hususunda içinde bulunduğu “*zorunluluk*” hali, onun iradesini bertaraf etmektedir.²³³ Eylemin hukuki niteliğine ve neticesine etki etmemektedir. Bu sebeple amirin emrini yerine getirme bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir.

2.8.3. İlgilinin Rızası

Bir başka hukuka uygunluk nedeni olan “*ilgilinin rızası*” TCK'nın 26/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” İlgilinin rızası mülga 765 sayılı TCK' da yer

²³² ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.356-357.

²³³ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.359.

almamasına rağmen, o dönemde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekteydi.²³⁴

Kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere, ilgilinin yani mağdurun rızası, yalnızca üzerinde mutlak olarak tasarruf yetkisine sahip olduğu hakların ihlaline ilişkin olabilmektedir. Bu açıdan kamu düzenini ilgilendiren, kamusal açıdan bir hak ve menfaatin ihlaline yol açan eylemlerle ilgili her hangi bir kimsenin rıza açıklamasında bulunmasına olanak yoktur.²³⁵

İnceleme konusu görevi kötüye kullanma suçlarının neticelerinden birinin, kişilerin mağduriyetine sebep olmak olduğundan bahsetmiştik. Her ne kadar 257. madde bu şekilde kişilerin mağduriyetine sebep olunması halinde, bu kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması amacını taşısa da, bu suçun cezalandırılmasıyla korunmak istenen değer, devletin güvenilirliği, işlerliği, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve tarafsızlığı olduğundan, suç sebebiyle mağdur olan 3. kişinin devletin uğradığı zarara rıza göstermesine olanak yoktur.²³⁶

Bu nedenle, işlenen eylem neticesinde meydana gelen kamunun ekonomik zararı veya kişilerin mağduriyeti açısından, eyleme maruz kalan kamu tüzel kişilerinin ve özel kişilerin rıza beyanlarının, suçun oluşumunda ve cezalandırılabilirliğinde her hangi bir önemi bulunmamaktadır.

2.9. Yaptırım

Buraya kadar görevi kötüye kullanma suçunun kanuni tipini, yapısal unsurlarını diğer bir deyişle suç teorisi içerisindeki yeri ve önemini anlatmaya çalıştık. Kanuni tipe uygun bir görevi kötüye kullanma suçunun ihlal ettiği hukuk normu, elbette bu suça karşılık gelen bir yaptırım öngörmüştür. Bu nedenle

²³⁴ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.178.

²³⁵ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.188.

²³⁶ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.185.

kısımda görevi kötüye kullanma suçuna karşılık kanunda layık görülen cezanın miktarı ve niteliğine değineceğiz.

5237 sayılı kanunun 257. maddesinin birinci fıkrasında yer alan görevi kötüye kullanma suçuna 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Düzenlemede suç için özel olarak başkaca bir nitelikli hal ve indirim sebebine yer verilmemiştir. Kanunda yer verilen ceza aralığında hakim 61. maddeye göre cezanın miktarını tayin edecektir. 61. maddeye göre hakim, Suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kastı veya taksirine dayanan kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak suçun alt ve üst haddi arasında bir ceza belirleyecektir. Buna temel cezanın belirlenmesi denir.

Aynı maddenin 3. fıkrasında, 1. fıkrada sayılan argümanların suçun unsuru olması halinde ayrıca dikkate alınmayacağı kuralına yer verilmişse de, görevi kötüye kullanma suçlarında 61. maddenin birinci fıkrasında yazan argümanlar suçun unsuru niteliğinde değildirler.

Görevi kötüye kullanma suçları olası kastla işlenebildiğinden, 61. maddenin ikinci fıkrasına göre olası kastın varlığı halinde ceza miktarının belirlenmesi, evvela birinci fıkra ile belirlenen ceza üzerinden yapılacaktır.

Suçla ilişkin artırım sebepleri varsa, belirlenen temel ceza üzerinden artırım yapıldıktan sonra sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve diğer indirim sebepleri uygulanacaktır. Uygulanan artırım ve indirim sebepleri, kanunda yazılı olmak zorundadır. Aksi durumda bu hallerin tatbik edilmesi mümkün değildir.

Verilen sonuç ceza, koşulları oluşması halinde 50. maddeye göre adli para cezasına veya seçenek yaptırımlara çevrilebilir.

Cezaların uygulanabilirliği konusunda Şu hususa değinmek yerinde olacaktır: 08.02.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunla 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasında yapılan değişiklik neticesinde, daha önce kasıtlı suĉtan sabıkası bulunmayan, bir daha suĉ iŐlemeyeceđine dair mahkemede kanaat uyandıran ve sebebiyet verdiği zararını gideren kişinin işlediği suĉ sebebiyle aldığı ceza *2 yıl ve daha az süreli hapis veya adli para cezası ise*, hakkındaki hükmün aĉıklanmasının geri bırakılacağı ve 5 yıl süreyle başka bir suĉ iŐlememesi halinde, hükmün ortadan kalkacağı ngrlmŐtr.

Bu değişikliğe binaen uygulamada söz konusu koşullar yeterince tartıŐılmadan 2 seneye kadar verilen tüm hürriyeti bağlayıcı cezalar bu Şekilde ertelenmekte ve ceza uygulaması mümkün olmamaktadır. Özellikle görevi kötüye kullanma suĉlarında 2 yılın üzerinde bir cezanın verilmesi ihtimalini dŐnrssek, verilen hiĉbir hükmün uygulanamayacağı ve cezanın caydırıcılık özelliğinin artık söz konusu olmadığı sonucuna rahatĉa varabiliriz.

Ceza dışında uygulanacak güvenlik tedbirleri 53. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 53. maddede “Belirli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma” başlığı altında, birinci fıkranın bentleriyle hapis cezasına hükmedilmesi halinde yoksun kalınacak haklar tek tek sayılmıştır. Bunlardan biri de kamu görevinden yoksun bırakılmadır. Hükümlü hakkında verilen hapis cezası infaz edilinceye kadar, birinci fıkrada sayılan haklardan mahrum olunacağı belirtilmiştir.

Burada bizi asıl ilgilendiren hususa, 53. maddenin beŐinci fıkrasında yer verilmiştir. Kamu görevi gibi birinci fıkrada sayılan haklardan birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suĉlarda, cezanın infazından sonra da işlemek üzere, verilen cezanın yarısından bir katına kadar bir süre daha bu hak ve yetkilerin kullanılmasının kısıtlanmasına karar verilebilmesi imkanı tanınmıŐtır.

İnceleme konusu görevi kötüye kullanma suĉu sebebiyle verilen cezanın yanında, hükümlü kamu görevlisi mevcut görevinden cezanın bir katına kadar fazla süre boyunca yasaklanabilecektir.

Eğer hapis cezası 51. maddeye göre ertelenmişse, denetim süresi sonunda ceza infaz edilmiş sayılacağından, eklenecek süre bu tarihten sonra başlayacaktır.

Ceza kanununda yer alan bir başka güvenlik tedbiri 55. maddedeki “kazanç müsaderesidir”. Suç sebebiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan kazançların, ilgili suç hakkında ceza tertip edildikten sonra zoralımına karar verilmesi gerekmektedir. Bu kazancın sanık tarafından elde edilmesi ve yargılama sonunda mağdura iade edilmemiş olması gerekir. İncelenen suçlardan görevde çıkar sağlama suçunda, görevini yerine getirmek için menfaat temin eden kamu görevlisinin, bu menfaatinin zoralımına karar verilecektir. Ancak bu haksız kazancın meşru maliki veya zilyedi belirlenebiliyorsa, müsadereye değil mağdura iadesine karar verilmesi icap eder²³⁷.

2.10. Lehe Kanununun Tespiti

Ceza hukukunda asıl olan suç ve cezaların geçmişe yürümezliği prensibidir. Fail hakkında uygulanan ve o sırada yürürlükte bulunan kanunun ortadan kalkarak, başka bir kanunun yürürlüğe girmesi üzerine artık yeni kanunun uygulanacağı genel kuraldır. Yürürlüğe giren halihazır kanunun, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanundan, fail hakkında daha aleyhe sonuçlar doğurması söz konusu ise, aleyhe olan yeni kanun uygulanmayabilecektir. İşte suç ve cezanın geçmişe yürümezliği prensibinin istisnası olan bu hususa, lehe kanunun geçmişe yürürlüğü denmektedir²³⁸.

Mülga 765 sayılı TCK ile onun yerine yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihi öncesi işlenen suçlar bakımından birlikte değerlendirilmesi zorunluluğu bulunduğundan, lehe olan kanunun tespit edilerek 5237 sayılı kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre tatbik edilmesi gerekmektedir.

²³⁷ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.700.

²³⁸ CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö., *Genel Hükümler*, sy.100.; ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.114.

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, failin lehine olan kanun hükmünün belirlenmesi her iki kanunun hükümlerinin bir bütün olarak uygulanıp, netice itibarıyla varılan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle yapılır. Bu sebeple her iki kanunun farklı lehe hükümleri ele alınarak karma şekilde en lehe durumun tespit edilmesi yöntemi hatalıdır. Hangi kanun netice itibarıyla lehe ise, o kanun bir kül olarak uygulanmak zorundadır.

Lehe olan kanunun tespitinde, sonradan yürürlüğe giren kanunla bir suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, suçun karşılığında öngörülen yaptırımlarda ve hükümlülüğe bağlı kanuni neticelerde meydana gelen değişiklikler dikkate alınacaktır²³⁹.

O yüzden inceleme konusu görevi kötüye kullanma suçunun *unsurlarını* evvela karşılaştırmak gerekir. 765 sayılı kanunun 240. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması eylemi ile tamamlanmış olacaktır. Buna karşılık 5237 sayılı kanunun aynı suç düzenleyen 257/1. maddesindeki kanuni tanıma göre, görevin kötüye kullanılması eylemi suçun tamamlanması için yeterli olmayıp, ayrıca eylem neticesinde kamu zararının, kişilerin mağduriyetinin meydana gelmesi veya kişilere haksız kazanç sağlanması gerekir. Bu şekilde 765 sayılı kanunun yürürlük döneminde işlenen fakat kamu zararı veya diğer neticelere sebebiyet vermeyen görevi kötüye kullanma suçları, *daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı kanun nazarında tamamlanmış bir suç olarak kabul edilmeyecektir*. Bu sebeple 5237 sayılı kanunun 257. maddesi failin sorumluluğu hakkında daha lehe sonuçlar doğuracaktır.

²³⁹ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.111.

2.11. Yargılama Usulü

2.11.1. Genel Olarak

Ülkemizde kamu görevlilerinin yargılanması genel hükümlerden ayrı tutulmuş, özel bir yargılama usulüne ihtiyaç duyulmuştur. Evvela 1913 yılından 1999'a kadar uygulanan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatı ile memurun görevi sırasında ve görevi dolayısıyla işlediği suçlar hakkında yargılama yapılabilmesini, idarece yapılacak ön soruşturma neticesine bağlamıştır. Bu kanun memur kavramının belirsizliği ve yargılama sürecinin sürati konularında sıkça eleştirildiğinden²⁴⁰, 1999 yılında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Kamu görevlilerinin yargılanması konusunda genel esaslar içeren 4483 sayılı kanun dışında, kamu görevi yapan diğer meslek gruplarına ilişkin çok sayıda özel hükümler düzenlenmiştir. Bunların içerisinde başbakan, bakanlar ve milletvekilleri hakkında Anayasanın 83. ve 100. maddelerinde, öğretim görevlileri hakkında 2547 sayılı kanunun 53. maddesinde, hakim ve cumhuriyet savcıları hakkında 2802 sayılı kanunun 82. maddesinde yer alan özel soruşturma usulleri söz konusudur.

Kamu görevlilerinin özel yargılama usullerine tabi olmaları konusunda 3 sistem kabul edilmiştir. Bunlardan ilki muhakeme sistemidir. Bu sistemde işlediği bir suç dolayısıyla yargılanması gereken kamu görevlisi hakkındaki soruşturma ve kovuşturma, idare tarafından yapılmaktadır. Bu sistemde adli mercilerin yargılamada her hangi bir rolü bulunmamaktadır²⁴¹.

Bir diğeri tahkik sistemidir. Tahkik sisteminde üzerinde suç şüphesi olan kamu görevlisinin yargılanabilmesi için, idarenin soruşturma aşamasını bizzat

²⁴⁰ Bkz. 4483 sayılı kanunun genel gerekçesi.

²⁴¹ **KEYMAN, S.**, *Memurin Muhakematı Kanunu*, sy.173-175.; **SELÇUK, S.** (1997), *Memur Yargılaması Hakkında*, sy.72, İstanbul.

yapması ve bu soruşturma neticesinde kovuşturmaya gerek olduğuna karar vermesi gerekir²⁴². İdare kovuşturmaya gerek görmüyor ise, kamu görevlisi hakkında yargılama yapılması söz konusu olmaz.

Son sistem ise Anayasanın 129. maddesinde ve 4483 sayılı kanunun 1. maddesinde kabul edilen izin sistemidir. İzin sisteminde, işlediği suç dolayısıyla yargılanması gereken kamu görevlisi hakkında idare tarafından re'sen veya talep üzerine ön inceleme yapılır ve bu ön inceleme neticesinde isnad edilen suçun soruşturulmasına izin verilip verilmediğine dair bir karar verilir. Bu karar soruşturma izni verilmesine yönelikse, adli merciler tarafından yargılamaya başlanabilir. Aksi halde kamu görevlisinin yargılanmasına olanak yoktur.²⁴³

Bize göre, vatandaştan farklı olarak kamu görevlilerinin yargılanabilmesi için, amir makamın iznine ihtiyaç duyulması sakıncalıdır. Bu düzenlemenin varlığı devlet tarafından yargılama organlarına duyulan güvensizliğin açık bir kanıtıdır. Keza memurların diğer vatandaşlara nazaran bu şekilde korunuyor olması, ceza hukukunun eşitliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil eder.

Kamu görevlilerinin özel yargılama usulüne tabi olması konusunda ileri sürülen çok sayıda aleyhe görüşe katılıyor olsak da, mevcut düzenlemeler gereği görevi kötüye kullanma suçunun failinin kamu görevlisi olduğundan, bu aşamada kamu görevlilerinin yargılanma usullerinden bahsedeceğiz.

²⁴² **ZAFER, H.** (2000), *4483 sayılı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi*, İBD, C.74, S.4, sy.983.

²⁴³ **KEYMAN, S.**, *Memurun Muhakematı Kanunu*, sy.173.; **ZAFER, H.**, *4483 sayılı kanun...*, sy.981.

2.11.2. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

2.11.2.1. 4483 Sayılı Kanunun Kapsamı

Kamu görevlisi 04.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı kanunun 1. maddesinde belirtildiği üzere, kamu görevlisinin “görevi sebebiyle” işlediği suçların yargılanması usulüne dair hükümler yer almaktadır. İşlenen eylemle, kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Misal, orman muhafaza memurunun yakaladığı kaçak orman emvalini yediemine teslim etmeyip olay yerinde bırakması eyleminde, kamu görevlisinin kanunda düzenlenmiş bir görevi bulunmaktadır ve yargılanması amirinin iznine tabidir. Suça konu eylemin kişinin görevine girip girmediği hususu, her olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Kanun, kamu görevlisinin görevi dışında işlediği şahsi suçları ve Memurin Muhakematı Kanununun kapsamında olan görevi sırasında işlediği suçları kapsam dışı bırakmıştır. Herkes gibi kamu görevlisi de özel hayatında bir takım suçlar işleyebilir. Göreviyle ilgili olmadan işlediği suçlar “şahsi suçlardır” ve 4483 sayılı kanun kapsamında izne tabi değildir. Yargılama genel hükümlere göre yapılır.

Kamu görevlisinin görevi sırasında işlediği suçların hepsi “göreviyle alakalı” olmayabilir. Göreviyle alakalı olmayan fakat görev esnasında işlenen suçların yargılanması 4483 sayılı kanuna tabi değildir. Bu itibarla polisin karakolda şüpheliye hakaret etmesi eyleminde, polisin görevleri arasında ilgililere hakaret etmek olmadığından hakkındaki soruşturma genel hükümlere göre yapılacaktır²⁴⁴.

Kamu görevlisinin şahsi suçları ile görevi sırasında işlediği suçlardan başka, 4483 sayılı kanun kapsamında olmadan genel hükümlere göre yargılama yapılabilecek haller vardır. Evvela, kanunun 2/3 maddesinde ağır cezalı suçüstü

²⁴⁴ Yargıtay 4. CD. 19.06.2007, E.2006/2532, K.2007/6007.; (UYAP Mevzuat Programı)

hallerinin kanun kapsamında olmadığı düzenlenmiştir. Ağır cezalı suçlar 5235 sayılı yasanın 12. maddesinde sayılmıştır. Buna göre yağma, irtikap, kamu görevlisinin resmi evrakta sahteciliği, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflas suçları ile, kanunda ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve 10 yıldan ziyade hapis cezalarını öngören suçlar ağır cezalı suçlardır. Suçüstü halleri ise 5271 sayılı kanunun 2. maddesinde; işlenmekte olan eylemler, henüz işlenmiş ve işlendikten hemen sonra yakalanmış kişinin eylemleri, eylemin az önce işlendiğini gösterir delille yakalanan kişinin eylemleri olarak tanımlanmıştır.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, görevleri ve sıfatları sebebiyle yargılanma usulleri özel kanunlarca düzenlenmiş kişilerin de 4483 sayılı kanun kapsamında olmadıkları belirtilmiştir. Bu özel hükümleri, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

İkinci maddenin son fıkrasında 765 sayılı mülga ceza kanununun 253, 245. maddeleri ile 1412 sayılı mülga ceza muhakemesi kanununun 154. maddelerinde yer alan eylemlerin, 4483 sayılı kanun kapsamında olmadığı düzenlenmiştir. Anılan hükümlerin yerini, 5237 sayılı TCK'nın 94 ve 95. maddelerinde işkence suçu, 256. maddesinde zor kullanma yetkisinin aşılması suçu ile 5271 sayılı CMK'nın 161/5. maddesinde adli görevin kötüye kullanılması suçu almıştır. Bu suçları işleyen kamu görevleri hakkındaki yargılama genel hükümlere göre yapılacaktır. Ancak faillerin kaymakam veya vali olması halinde, yine 4483 sayılı kanunun yargılama rejimi geçerlidir.

Adli görevin kötüye kullanılması ve ihmali suçlarının doğrudan soruşturulacağı hükmü ceza muhakemesi kanununda yazılı olsa bile, kanaatimizce tüm yargılama kollarında uygulanmalıdır. Çünkü CMK'nın 161. maddesinde yalnızca savcılık ve ceza mahkemelerinden değil, “adliye ile ilgili işlerden” bahsedilmektedir. Buna hukuk muhakemesinin işleyişine yönelik kötüye kullanma, 2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 28. maddesinde belirtilen idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi şeklinde vücut bulan kötüye kullanma ve ihmal suçları da dahildir.

Keza, 2004 sayılı İcra iflas kanununun 351. maddesi gereği icra dairesinin talimatlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında da doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilir.

Bunun haricinde 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17. maddesinde, 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlar hakkında ve rüşvet, irtikap, zimmet suçları, kaçakçılık ve ihaleye fesat karıştırma suçlarıyla, devlet sırrının açıklanması suçlarında 4483 sayılı kanunun uygulama alanı bulmayacağı, bu suçların doğrudan soruşturulacağı hüküm altına alınmıştır. Nedendir bilinmez; aynı maddenin ikinci fıkrasında müsteşar, vali ve kaymakamlar bu hüküm dışında tutulmuşlardır.

Ayrıca 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda sayılan suçlar, 5816 sayılı kanunun 3. maddesinde belirtilen Atatürk aleyhine işlenen suçlar ve 5271 sayılı CMK' nın 250. maddesinde düzenlenen suçlar 4483 sayılı kanunun rejimine tabii değildir.

Görevi kötüye kullanma suçları yapısı itibariyle kamu görevlisinin “göreviyle alakalı” bir suçtur. Zaten göreviyle alakalı olmayan bir eylemden ötürü kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olması mümkün değildir. Bu yüzden görevi kötüye kullanma suçu sebebiyle yapılacak yargılama 4483 sayılı kanun kapsamında olup, yetkili merciin iznine tabidir.

2.11.2.2. 4483 Sayılı Kanun Rejimine Tabi Olanlar

Kanunun 2. maddesinde ise özel yargılama usulüne tabi kamu görevlilerinden bahsedilmiştir. 4483 sayılı kanunun tasvir ettiği kamu görevlisi kavramı, Anayasanın 128/1 maddesinde kabul edilen kamu görevlisi tanımıyla aynıdır. Yukarıda daha önce bahsettiğimiz üzere, Anayasanın ilgili hükmü memur ve kamu görevlisinin tayininde yerine getirdiği görevin niteliğini değil, devletle arasında bulunan istihdam ilişkisini dikkate almaktadır. Bu anlamda, devlet tüzel kişiliği içerisinde ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde asli ve sürekli görev ifa

etmeyenler kamu görevlisi sayılmayarak, 4483 sayılı kanunun korumasından yararlanamayacaklardır.

Bunun yanında bazı kurumların teşkilat kanunlarında, kurum personelinin işlediği suçlar sebebiyle kamu görevlisi sayılacağı ve yargılamalarının 4483 sayılı kanuna tabi olacağı öngörülmüştür. Örneğin; 320 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 41. maddesine göre kurum personeli hakkında 4483 sayılı kanun tatbik olunacaktır. 4759 sayılı İller Bankası Kanununun 20. maddesinde banka görevlilerinin işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi statüsüyle sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

Hakim ve cumhuriyet savcılar, öğretim üyeleri, milletvekilleri, bakanlar ve diğer kanunlarda belirtilen kamu görevlilerinin yargılanma usulleri ise kendi kanunlarında ve anayasada ayrı olarak düzenlenmiş olup, 4483 sayılı kanuna tabi değildir.

2.11.2.3. Öninceleme

5271 sayılı kanunun 158. maddesine göre ihbar ve şikayetler Cumhuriyet başsavcılıklarına ve kolluğa yapılır. Bunun dışında valiliklere, kaymakamlıklara, mahkemelere ve elçiliklere yapılan ihbar ve şikayetler Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu görevlileri hakkındaki şikayetlerde de aynı prosedür söz konusu olup, sayılan makamlar dışında kamu personeli hakkında yapılan ihbar ve şikayetler de derhal savcılıklara bildirilmek zorundadır.

Bu ihbar ve şikayetler 4. maddeye göre, somut vakalara ve gerçek kişilere yönelik olmalı ve ciddi görülebilir kanıtlara dayanmalıdır. Ayrıca şikayet, şikayette bulunanın adres, isim ve imzasını taşımalıdır. İsimsiz ihbar ve şikayetler ancak iddiaların şüpheye düşülmeyecek derecede ciddi kanıtlara dayanması durumunda kabul olunabilir. Aksi halde bu tür ihbar ve şikayetler savcılık tarafından işleme konulmazlar.

Savcılık tarafından verilen işleme konulmama kararına kanaatimizce itiraz mümkündür. Yapılan ihbar ve şikayetin ne gerekçeyle işleme konulmadığı kararda belirtilmek zorunda olup, bu karar esas itibarıyla 5271 sayılı CMK'nın 172 ve devamı maddelerinde düzenlenen “kovuşturmaya yer olmadığı” kararı niteliğindedir. İşleme konulmama kararına karşı yapılan itirazı inceleyecek ağır ceza mahkemesi, şikayet ve ihbarın 4483 sayılı kanuna uygun olup olmadığını denetleyebilir.

Bu ihbar ve şikayetlerden ciddi görülenler hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan kanıtlar süratle toplanır ve bu kanıtlar eşliğinde evrak, soruşturma izni vermeye yetkili makama gönderilir. İlgili suç hakkında inceleme yapıldıktan sonra, suç için adli soruşturmaya izin verilip verilmediğine dair karar verilir.

İzin vermeye yetkili makam suç işlendiğine bizzat vakıf olur veya savcılık tarafından yazılı olarak yapılan bildirim ile öğrenirse, önincelemeye başlar. 4483 sayılı kanunun 5. maddesine göre önincelemeye ilişkin soruşturma, izin vermeye yetkili makam tarafından görevlendirilecek bir muhakkik tarafından da yapılabilir. Muhakkikler veya müfettişler öninceleme kapsamında, soruşturma izni vermeye yetkili makamın tüm yetkilerine haizdirler. Yaptıkları önincelemenin ardından kanaatlerini bildirir raporu izin vermeye yetkili makama sunarlar.

6. maddeye göre önincelemeyi yürüten muhakkik, izin vermeye yetkili makamın tüm yetkilerine sahiptir. Hatta bu hususta Ceza Muhakemesi Kanununa göre işlem yapabileceği ifade edilmiştir. Burada muhakkikin CMK’ da yer alan tüm soruşturma yetkilerini kullanıp kullanamayacağı tartışmalı bir konudur. Kanun bu konuya açıkça yer vermemiştir.

Kanımızca, 4483 sayılı kanunla yetkili muhakkik, delil ve belge toplama ile ifade alma dışında bir yetkiye sahip değildir. CMK’ da koruma tedbirleri başlığı altında yer alan arama, el koyma, göz altına alma gibi işlemlerin karar makamı cumhuriyet savcılığı, onay makamı ise mahkemedir. Ve bunlar

cumhuriyet savcısı ve hakimin tekelinde olan işlemlerdir. Çünkü, kişilerin özgürlüklerine direkt müdahale eden işlemlerin, kanun tarafından doğrudan yetki verilen kişilerce yapılması şarttır. 4483 sayılı kanunla yetkili muhakkike doğrudan koruma tedbirine karar verme yetkisi verilmemiştir.

2.11.2.4. İzin

Yapılan ön inceleme neticesinde izin vermeye yetkili makam, otuz gün içinde kamu görevlisinin yargılanıp yargılanmayacağına dair bir karar vermek zorundadır. Hakkında işlem yapılması için bu kararın bir sureti Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Soruşturma izni verilmesine karar verilmişse, savcılık genel hükümlere göre soruşturmasını sürdürür ve neticesinde usul kanununa göre takipsizlik yahut iddianame düzenler.

Ancak soruşturma izni verilmemesine karar verilmiş ise, savcılık iki farklı yol izleyebilir. Ya bu karara itibar ederek kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir yada bu karara karşı idari yargı yolunda itiraz edecektir. 4483 sayılı kanunun 9. maddesine göre idari yargının bu konuda verdiği karar kesindir.

Soruşturma izni kararı, ön incelemeye konu olan eylemle sınırlıdır. Bir başka eylem söz konusu olursa, yeniden soruşturma izni almak zorunludur.

Ön inceleme yapma ve sonucunda soruşturma izni vermeye yetkili makamlar 4483 sayılı kanunun 3. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; soruşturma izni ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam, ilde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında vali, bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi, Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri, Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararlar atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri

hakkında ilgili bakan veya Başbakan, Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri hakkında Cumhurbaşkanı, büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı, ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında buldukları ilin valisi, köy ve mahalle muhtarları ile kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali tarafından verilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İHMALİ HAREKETLE İŞLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (GÖREVİ İHMAL SUÇU)

3.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK' nın 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu, mülga 765 sayılı kanunun 230. maddesinde yer alan görevi savsama suçunun karşılığını oluşturmaktadır. Her iki düzenleme de, kamu görevlisinin kendisine yüklenen görevin yapılmaması veya geç yapılması hallerini cezalandırmaktadır.

Görevi ihmal suçu da, birinci fıkradaki görevi kötüye kullanma suçu gibi genel ve tamamlayıcı bir suç niteliğindedir. Kanunlarda yer alan ve bir başka suça vücut vermeyen ihmali eylemler, 257/2. madde kapsamına girmektedir. Çünkü özel normun önceliği söz konusu olduğundan, genel norma göre eylemin cezalandırılması mümkün değildir.

Kamu görevlisinin görevinin gereği olan işlemi yapmamak eylemi suçun oluşumu için yeterli değildir. 765 sayılı kanunda tehlike suçu olarak düzenlenen görevi savsama suçu, yürürlükteki kanunda bir zarar suçu haline dönüştürülmüştür. Bu sebeple, görevin ihmal edilmesi sebebiyle, kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olunmadığı takdirde, suçun maddi unsuru tamamlanmış olmayacaktır.

Ancak kasıtlı bir hareketle işlenebilen görevi ihmal suçunda, kamu görevlisinin kendinden beklenen ihtimamı ve dikkati göstermemesiyle sebebiyet verdiği neticelerden sorumlu olacağı uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle görevi ihmal suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır.

İkinci bölümde maddi unsur başlığında ihmali hareket kavramına yer verilerek, ihmali suçlarda suçun unsurları ayrı ayrı incelenecektir.

3.2. Tipiklik

Görevi ihmal suçu 5237 sayılı kanunun 257/2. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller 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.”

Kanundaki düzenlemeye göre, evvela kamu görevlisi olan failin yerine getirmesi gereken bir görevi bulunmalıdır. Bu görev kanunla yüklenebileceği gibi, idarenin düzenleyici ve bireysel işlemleriyle de yüklenmiş olabilir. Fail kendinden beklenen görevi hiç yerine getirmeyerek veya gecikerek yerine getirerek kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olması durumunda, 257/2. maddede düzenlenen görevi ihmal suçunu işlemiş olacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak, kamu görevlisinin bu suçu ihmali bir hareketle işlemesi gerekir. Görevin gereğini hiç yapmamak eyleminin yanında, gecikerek yapmak da ihmali hareket sayılır.²⁴⁵

Maddede “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibaresine yer verilerek görevi ihmal suçu da görevi kötüye kullanma suçu gibi genel ve tamamlayıcı hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu halde, temel ceza kanunu ve özel kanunlarda ihmal suretiyle işlenen başka bir suç tanımına girmeyen eylemler, 257/2. maddesi içerisinde kabul edilir.²⁴⁶

²⁴⁵ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.306.

²⁴⁶ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.748.

Bu madde kapsamında da kamu görevlisinin yükümlü olduğu görevlerin nasıl belirleneceğine dair bir düzenleme yapılmadığından, görev hususu her olayın özelliğine göre idarenin düzenleyici ve bireysel işlemlerine bakılarak tespit edilecektir. Bu niteliğiyle görevi ihmal suçunu düzenleyen madde “açık ceza normudur.”

Görevi ihmal suçunun genel ve tamamlayıcı bir suç olması ve açık ceza normu niteliğindeki düzenlemesinin kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı görüşümüzü burada yineliyoruz.

3.3. Maddi Unsur

3.3.1. Hareket (Görevinin Gereklerini Yapmakta Gecikme ve İhmal Göstermek)

257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen bir diğer seçimlik harekette “*kanunda ayrıca tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmada gecikme ve ihmal göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan veya kişilere haksız kazanç sağlayan kamu görevlisi*”nin cezalandırılacağı öngörülmektedir.

Görevi ihmal suçu “genel ve tamamlayıcı suç” niteliğindedir. Bu sebeple, suça konu ihmali eylemin ceza kanununda ve özel kanunlarda suç olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Görevi ihmal niteliğindeki eylem, kanunda düzenlenen başka bir normu ihlal ediyorsa, özel norm için öngörülen ceza miktarı 257/2. maddesinde belirlenenden daha az olsa bile özel norm uygulanacaktır.²⁴⁷ Öyleyse ceza kanununda düzenlenen; 83.maddedeki ihmal suretiyle adam öldürme, 88. maddede ihmal suretiyle yaralama, 175. maddedeki akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali, 176. maddedeki inşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama, 177. maddedeki hayvanın tehlike bırakabilecek şekilde serbest bırakılması, 178. maddede eşyadan doğan tehlikeyi

²⁴⁷ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.305.

önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymama, 251/2. maddede zimmet ve irtikap suçlarında denetim görevinin ihmali, 278. işlenmekte olan suçun bildirilmemesi, 279 maddede kamu görevlisinin suçu bildirmemesi, 280. maddede sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi, 284/1. maddede kaçak veya hükümlünün yerinin yetkili makamlara bildirilmemesi, 284/2. maddede suça ilişkin delillerin yetkili makamlara bildirilmemesi suçlarından her hangi biri içerisine giren bir eylem, görevi ihmal suçunu oluşturmaz ve 257/2. madde uygulanamaz. Bu hükümler, görevi ihmal suçuna göre özel normdur ve öncelikle uygulanır. Kamu görevlisinin ihmali eylemi sayılan bu hükümlerin her hangi birinin tanımına uymuyorsa, o zaman görevi ihmal suçundan sorumluluğu söz konusu olabilir.²⁴⁸

Bu tür bir tamamlayıcı hükümlerle, görevini ihmal eden fakat diğer bir hükümlerle cezalandırılmayan kamu görevlisinin eyleminin, cezasız kalmasını engellemek amacı güdülmüştür.²⁴⁹

Görevi ihmal suçu, adından da anlaşılacağı üzere ancak ihmali bir davranışla işlenebilir. İhmali hareket emredici normu ihlal eder. Bir eylemin yapılması için kanunda öngörülen emre riayetsizliktir. Oysa icrai hareket yasaklayıcı norma aykırı davranılmasıdır.²⁵⁰ İhmali davranış doktrinde hiçbir hareket yapmamak şeklinde değil²⁵¹, kişinin kendinden beklenen hareketi yapmaması olarak tasvir edilmektedir.²⁵² Lakin hukuku ilgilendirmeyen bir

²⁴⁸ “Sanığın devlet hastanesi acil polikliniğinde nöbetçi pratisyen hekim olarak görev yaptığı sırada, trafik kazası sonucu yaralı ve alkollü halde getirilen Yasin Demir'in , alkollü olmasının tomogarfı çekilmesine engel olmamasına karşın tomografi istenmemesi sonucu intrakranial kanamanın geç teşhis edilip adı geçeninin ölümüyle sonuçlanan olay ile ihmali davranış arasında illiyet bağı olup olmadığı ve gereken özen gösterilerek kanamanın erken teşhis edilmesi haline dahi ölümün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, tartışılarak eylemle ölüm arasında illiyet bağı var ise eylemin 765 sayılı yasada 455. maddesine göre hüküm kurulması...” Yargıtay 4. CD. 01.10.2007, E.2007/8453, K.2007/7763 (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt.4, sy.3643)

²⁴⁹ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.748.

²⁵⁰ KUNTER, N. (1954), *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, sy.53-54, İstanbul.

²⁵¹ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.116.

²⁵² HAFIZIOĞULLARI, Z. (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, sy.195, Ankara.

ihmalden değil, mevcut hukuk normlarıyla çatışan ihmali hareketten bahsetmek gerekmektedir.²⁵³

Saf ihmali suçlarda, ihmali hareket o suçun kanundaki unsurlarından biridir.²⁵⁴ Ceza kanununun 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal, 98/1. maddesinde düzenlenen tehlikede bulunana yardım etmeme ve 260. maddesinde düzenlenen kamu görevinin terki suçlarında, ihmali hareket suçun asıl maddi unsurudur.

Kişinin kendinden beklenen hareketi yapmayarak ihmali bir suça vücut vermesiyle maddi bir neticeye sebep olunmuşsa, ihmal suretiyle icra suçlarından bahsedilir. Esas itibarıyla icrai bir eylemle gerçekleştirilebilecek bir suçun, herhangi bir hareketi “yapmamak” şeklinde vukubulması durumunda, ihmal suretiyle icra suçu vardır. Ancak söz konusu ihmali hareket, sadece hukuk kuralını ihlal etmekle suçun oluşumuna yetiyorsa saf ihmali suç söz konusudur²⁵⁵. Bu bakımdan ihmal suçları, saf ihmal suçları ve ihmal suretiyle icra suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna hareketin şekli yönünden tasnifi denilmektedir.²⁵⁶

Saf ihmali suçlarda yükümlülük olgusu söz konusudur. Bunun anlamı, kişiye belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü yüklenmesine karşın, yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle suçun oluşacağıdır.²⁵⁷

Saf ihmal suçlarıyla ihmal suretiyle icra suçlarının esas farkı, ihmali hareket ile maddi dünyada değişikliğe yol açan bir neticenin meydana gelip gelmemesidir. Saf ihmali suçlarda ihmali hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmış olduğundan, aynı zamanda neticesi harekete bitişik suçlardan

²⁵³ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.117.

²⁵⁴ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.210.

²⁵⁵ HAFIZOĞULLARI, Z., *Genel Hükümler*, sy. 195.

²⁵⁶ DEMİRBAŞ, T., *Genel Hükümler*, sy.209.

²⁵⁷ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.62.

sayılmaktadır.²⁵⁸ 765 sayılı kanunun 230. maddesinde düzenlenen görevi savsama suçu, görevin yerine getirilmemesi, geciktirilmesi veya üstün buyruğunun yapılmaması ile oluşmakta idi. Kamu görevlisinin bu ihmali hareketini cezalandırmak için başka bir sebep aramamıza gerek yoktu. Her hangi bir maddi zararın oluşup oluşmadığı hususu sadece cezanın artırım sebebi idi. Bu bakımdan 765 sayılı kanundaki görevi savsama suçu *bir tehlike suçuydu*.

Bununla birlikte 5237 sayılı kanunda düzenlenen görevi ihmal suçu belli bazı maddi neticelerin gerçekleşmesini şart koşmuştur. Yalnızca görevin ihmal edilmesi suçun oluşumu için yeterli değildir. Netice bölümünde incelenecek olan, kamu zararı, kişilerin mağduriyeti ve haksız menfaat elde edilmesi olgularının, ihmali hareket neticesinde gerçekleşmesi zorunludur. Aksi halde görevi ihmal suçunun maddi unsuru oluşmayacaktır.²⁵⁹ Anılan suç artık bir tehlike suçu değil, zarar suçudur. O yüzden teşebbüs hükümlerinin ihmali suçta uygulanması söz konusu olabilir.²⁶⁰

Anlatmak istediğim şey, 5237 sayılı kanunun 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunun, saf ihmali suç sayılamayacağı kanaatinde olduğumdur. Bu suçun, ihmal suretiyle icra suçu *olmadığı* konusunda zaten tereddüt yoktur. Ancak görevi ihmal suçu, doktrinde yapılan *saf ihmali suç tanımına da uymamaktadır*. Çünkü suçun tamamlanmış hali, ihmali hareketin yapılmasıyla gerçekleşmemektedir. Kanun açıkça *maddi bir neticenin meydana gelmesini*, suçun maddi unsuru olarak kabul etmiştir. Görevi ihmal suçu hareket bakımından saf ihmali bir suçtur, ancak netice bakımından saf ihmali suç olarak kabulü mümkün değildir.

Görevin gereklerine aykırı davranma eyleminde olduğu gibi görevi ihmalde de kamu görevlisinin hangi görevle sorumlu olduğunun tespit edilmesi

²⁵⁸ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.378.

²⁵⁹ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.747.

²⁶⁰ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.306-307.

gerekmektedir. Kamu görevlisinin kanun veya idari düzenlemelerle belirlenen görevine girmeyen bir işi geciktirmesi veya yerine getirmemesi durumunda, görevi ihmal suçundan doğal olarak sorumluluğu olmayacaktır.²⁶¹ Yukarıda belirtildiği üzere ihmali hareket, kişinin kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmemesi olarak tanımlanır. Kendisine anayasa ve kanunla veya idarenin işlemleriyle bahşedilmemiş bir görevin ihmali söz konusu olamaz.²⁶²

Görevi ihmal suçu hakkında görülen davada, hakimin görev mefhumunu belirlemek ve kamu görevlisinin sorumluluğunu buna göre tayin etmek zorunluluğu vardır. Örneğin orman suçlarıyla ilgili davaları takip etmekle görevlendirilen memurun, duruşmalara katılmaması ve dosyaları temyiz etmemesi²⁶³ neticesinde, görevini ihmal ettiğinden bahsedebilmemiz için evvela bu davaların takibini emreden düzenleyici işlemin ve o kamu görevlisinin ilgili idare tarafından görevlendirildiğine dair idari işlemin tespit edilmesi şarttır. Yahut kolluk tarafından yakalanıp muhtara teslim edilen şahsın kaçması durumunda²⁶⁴, muhtarın böyle bir görevi söz konusu olamayacağından, görevini ihmal ettiğinden söz edilemez.

İnceleme konusu görevi ihmal suçunda, seçimlik²⁶⁵ olarak iki tür ihmali hareket öngörülmüştür. Birincisi görevin gereğini yapmamak, ikincisi görevin gereğini geciktirmektir.

Görevin gereklerinde ihmal, mevzuatla belirlenen zorunlu işlemin kamu görevlisi tarafından *hiç yerine getirilmemesini* ifade eder.²⁶⁶ Görevin gereklerinde

²⁶¹ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.762.

²⁶² DEMİRBAŞ, T., *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.260.; TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.306.

²⁶³ Yargıtay 4. CD. 02.03.1998, E.1998/1070, K.1998/1622.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.79.)

²⁶⁴ Yargıtay 4. CD. 09.04.1957, E.19572712, K.1957/14910.; (ÖNDER, A. (1994), *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, sy.197, İstanbul.)

²⁶⁵ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, sy.373-374.

gecikme göstermek ise, anayasa, kanun ve diğer mevzuat yahut bir idari işlem gereği yapılması beklenen işin, yapılması *öngörülen süre içerisinde yapılmamasıdır*²⁶⁷. Burada söz konusu olan tembellik, unutkanlık veya işe ciddiyet göstermeme değildir. Suça vücut veren hareket kasıtlı olarak kamu görevlisinin o işlemi yapmamasıdır.²⁶⁸

Görevin geciktirilmesi durumunda, geçte olsa yapılmış bir işlem bulunmaktadır. Bu bakımdan teknik anlamda bir ihmali hareket bulunmasa da, suçun maddi unsurunun “gecikme” olduğu ve görevin öngörülen süre içerisinde yapılmayarak bir şekilde ihmal edildiği açıktır.²⁶⁹

Sözü edilen “öngörülen süre” *makul süre* olarak anlaşılmalıdır. Zamanında yapılmayarak suça vücut veren işlem, kamu görevlisinin o işlemle ilgili öngörülmüş makul süre içerisinde yapmaması gerekir.²⁷⁰ Bu itibarla her işlem için kesin bir süre belirlenemeyeceğinden, suça konu işlemin mevzuat ve teamül gereği yapılması gereken makul sürenin tespit edilmesi gerekir. Kamu görevlisinin

²⁶⁶ **DEMİRBAŞ, T.**, *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.260.; **DÖNMEZER, S.**, *Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler*, sy.143.; “posta dağıtıcısı olan sanığın , Cumhuriyet savcılığına gönderilen infaz belgelerini teslim almasına karşın, alıcıya teslim etmeyip kaybolmasına neden olma biçimindeki pasif nitelikteki eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilip...” Yargıtay 4. CD. 12.02.2007, E.2007/13073, K.2007/1392.; “belediye başkanı olan sanığın, ruhsatsız garaj ve ruhsatsız kat çıkma konusunda belediye görevlilerince tutulan tutanağı belediye encümenine göndermeme biçimindeki eylemi müteselsilen görevi savsama suçunu oluşturur...” Yargıtay 4. CD. 13.02.2007, E.2007/12185, K.2007/1521.; “mahkeme yazı işleri müdürü olan sanığın, kesinleşen ilamların infazını yapmayarak toplam 1600 adet dosyayı işlemsiz bırakma biçimindeki eyleminin görevinin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme niteliğinde olması...” Yargıtay 4. CD. 12.03.2007, E.2007/492, K.2007/2358.; “köy muhtarı olan sanığın, köy tüzel kişiliğine ait olan taşınmazlara yapılan tecavüzleri adli makamlara bildirmemek biçimindeki eylemi...” Yargıtay 4. CD. 24.09.2007, E.2007/2145, K.2007/7209.; (**PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3643-3648.)

²⁶⁷ **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.**, *Özel Hükümler*, sy.762.; **SOYASLAN, D.**, *Özel Hükümler*, sy.525.; **DEMİRBAŞ, T.**, *Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.260.

²⁶⁸ **SOYASLAN, D.**, *Özel Hükümler*, sy.524.

²⁶⁹ **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.**, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, sy.160.

²⁷⁰ “Başkomiser olan sanığın disiplin soruşturması yapmak için 11.4.2001 tarihinde görevlendirildiği halde, soruşturma dosyasını ilgili teftiş kuruluna 10.7.2002 tarihinde sunmak suretiyle, yapılan işin özelliğine göre makul süre içerisinde tamamlamayarak disiplin soruşturmasının zamanaşımına uğramasına neden olduğunun anlaşılması karşısında ..., görevi savsama suçundan mahkumiyeti...” Yargıtay 4. CD. 25.04.2007, E.2007/1995, K.2007/3943.; (**PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3650.)

yerine getirmesi beklenen işin mahiyeti, iş yoğunluğu, çalışma şartları gibi kriterlerle bu makul süre belirlenebilir.²⁷¹ Yargıtay özellikle iş yoğunluğunu dikkate alarak, iş yoğunluğu ve çalışma koşullarının ağırlığı nedeniyle görevin gereklerinin yerine getirilmesinde meydana gelen gecikmenin, görevi ihmal suçunu oluşturmayacağını belirtmektedir.²⁷² Bilirkişinin hazırlaması için kendisine mahkeme tarafından verilen süre yahut avukatın temyiz işlemi için sahip olduğu süre kesin sürelerdir ve bu işlemlerin geciktirilmesi halinde eylemin suç oluşturup oluşturmadığının tespiti kolaydır.

Kanaatimizce, kamu görev ve hizmetlerinin etkin ve süratli şekilde yapılması asıl olduğundan, her hangi geçerli bir mazeret bulunmadan derhal yapılması gereken bir işlemin geciktirilmesi durumunda, görevi ihmal suçu oluşmaktadır. Keza Yargıtay, idari yargı kararlarının İYUK 28. maddesi gereği 30 gün içerisinde idarece yerine getirilmesi zorunluluğuna rağmen, yürütmeyi durdurma kararının uygulanmasını, hiçbir neden olmaksızın 18 gün geciktirmesi eyleminde²⁷³, görevi savsama suçunun oluştuğuna hükmetmiştir ve kesinlikle yerinde bir karardır.

Kamu görevlisinin yapmakla mükellef olduğu işi yapmaması veya geciktirmesinin kanunen geçerli bir mazerete dayanması durumunda, görevi ihmal suçunun oluştuğu söylenemez.²⁷⁴ Geçerli mazeretin bulunması, genel ceza hukukundaki sorumluluğu kaldıran nedenlerden değildir. Geçerli bir mazeretin varlığı direkt olarak *failin suç kastının olup olmadığını belirler*. Bu bakımdan görevden veya dış etkilere kaynaklanan mevcut koşullar değerlendirilerek, kamu görevlisinin suça konu işlemi yapmaması veya geciktirmesinde ne denli sorumlu olduğu ortaya çıkarılır.

²⁷¹ **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.**, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, sy.158.

²⁷² Yargıtay 4. CGK. 08.03.1993, E.1993/33, K.1993/53.; (**TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M.**, *Ceza Özel Hukuku*, sy.619.)

²⁷³ Yargıtay 4. CD. 27.11.2002, E.2002/15137, K.2002/17790.; (**PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3633.)

²⁷⁴ **DÖNMEZER, S.**, *Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler*, sy.144.; **SOYASLAN, D.**, *Özel Hükümler*, sy.525.

İhmal ve gecikmeyle sonuçlanan bir eylemde, kamu görevlisinin insani bir hatası ve tecrübesizliği de görevi ihmal suçunun oluşumunu engeller.²⁷⁵

Görevi ihmal suçunun düzenlendiği mülga 765 sayılı kanunun 230. maddesinde, seçimlik hareket olarak öngörülen “üstün verdiği buyrukları yerine getirmeme” 5237 sayılı kanunda yer almamış olsa da, bu eylem görevi ihmal suçu içerisinde mütalaa edilir. Daha öncede belirtildiği gibi, kamu görevlisinin yerine getirmesi istenen görev anayasa, kanun ve diğer düzenleyici işlemlerle birlikte, idari işlemlerle de öngörülmüş olabilir.²⁷⁶ Üstün kanuna uygun olarak verdiği emir veya talimatın, kamu görevlisi tarafından usulüne uygun şekilde gecikmeye mahal vermeksizin yerine getirilmesi beklenir. Üstün emrinin haklı bir mazeret bulunmaksızın yerine getirilmemesi eylemi, 257. maddenin öngördüğü neticelere sebebiyet veriyorsa, artık görevi ihmal suçu söz konusu olacaktır.

Daha sonra “hukuka aykırılık unsuru” başlığı altında incelenecek olan kanuna aykırı emrin yerine getirilmemesi durumunda, görevin ihmal edildiğini söylemeyiz.²⁷⁷ Kanuna aykırı olan hatta suç olan bir emrin zaten kamu görevlisine yüklenmiş bir görev olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz.

Kamu görevlisi kendinden beklenen işlemi yerine getirmesinde, o işlemi yapmaması, geciktirmesi veya reddetmesi hususunda bir takdir yetkisine sahipse, yine görevi ihmal etmek suçu oluşmayacaktır²⁷⁸. Görevi ihmalin esası, kamu görevlisinin görevini yapmakta yükümlü ve zorunlu olmasıdır.

²⁷⁵ YURTCAN, E., *Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, sy.59.

²⁷⁶ DÖNMEZER, S., *Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler*, sy.143 ; TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.619

²⁷⁷ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.525

²⁷⁸ “MANZİNİ, V. (2004), *Trattato Di Diritto Penale Italiano*, Torino.”; ÖZENBAŞ, N. (2004), *Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, sy.68, Eskişehir.

İdarenin her hangi bir harekette bulunmayarak tesis ettiği zımni red veya zımni kabul²⁷⁹ şeklindeki işlemlerinde, görevi ihmal veya geciktirme eylemlerinin oluşması söz konusu değildir.

3.3.2. Netice (Kamunun Zararına, Kişilerin Mağduriyetine veya Kişilere Haksız Kazanç Sağlanmasına Neden Olmak)

Daha önce ifade edildiği üzere, 765 sayılı TCK' nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunun oluşumu için ihmali hareketin varlığı kafi olup, her hangi bir zararın oluşması gerekmiyordu. Zararın varlığı, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ceza artırımı sebebiydi. Ancak 5237 sayılı kanunun 257. maddesindeki düzenleme 765 sayılı kanundakinden farklı olarak suçun oluşumunu, eylem neticesinde kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararına sebebiyet verilmesi yahut kişilere haksız kazanç sağlanmasına tabi tutmuştur. Öyleyse bir eylemin görevin ihmali olmasına rağmen kanunda öngörülen neticelere yol açmaması durumunda, 257/2. maddede düzenlenen görevi ihmal suçu oluşmayacaktır. O yüzden neticesi bir zarara veya haksız kazanç sebebiyet vermeyen ihmal eylemleri yalnızca kurum içi işleyişle ilgili disiplin sorumluluğuna yol açacaktır.²⁸⁰

257. maddenin gerekçesine göre görevi ihmal suçu sebebiyle meydana gelen kamu zararının ekonomik anlamda bir zarar olması gerekmektedir. Oluşacak manevi zararlar suçun tamamlanmasında dikkate alınmaz.

Kişilerin mağduriyetine yol açılması ise, yalnızca maddi değil, manevi olarak mağduriyeti de kapsamaktadır.

²⁷⁹ GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, sy.119.

²⁸⁰ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.757.

Kişilere haksız kazanç sağlanması kavramı ise hem mevcut ekonomik bir kazancı hem de, sağlanan fayda ile ileride kazanılması muhtemel kazancı içermektedir.

Görevi ihmal suçunun neticeleri olan bu kavramlar birinci bölümde görevi kötüye kullanma suçunun neticeleri olarak ayrıntılı olarak incelendiğinden, bu şekilde kısaca değinerek atıfta bulunmakla yetineceğiz.

3.4. Teşebbüs

Görevi ihmal suçunda da maddi unsur, eylemin bir takım maddi neticeler meydana getirmesiyle oluşur. Aynı maddenin ikinci fıkrası, görevin gereklerine aykırı hareket etme eyleminde olduğu gibi üç ayrı neticenin oluşmasını şart koşmuştur. Bu sebeple ihmali hareketin bu neticelerden birine sebebiyet vermemesi durumunda suç oluşmayacaktır.²⁸¹ Ancak ihmali suçların teşebbüse elverişliliği tartışmalı bir konudur.

Genel olarak saf ihmali suçların teşebbüse elverişli olmayacağı kabul edilmiştir. Failin kendinden yapması beklenen hareketin belli bir süreye tabi tutulması durumunda teşebbüsün mümkün olduğu görüşü²⁸² mevcut ise de, kanaatimizce saf ihmali suçlara teşebbüs hiç bir koşulda mümkün değildir. Mülga 765 sayılı TCK' nın 230. maddesinde düzenlenen görevi savsama suçu saf ihmali bir suçtu ve bu yüzden teşebbüse elverişli değildi.

İhmal suretiyle icra suçlarına ise teşebbüs mümkündür. İhmal suretiyle icra suçlarında failin amacı, belli bir neticenin gerçekleşmesini sağlamaktır.²⁸³ Failin hukuki yükümlülüğü gereği yapması gereken bir hareketi yapmayarak, belirli bir neticenin meydana gelmesi kastıyla ihmali biçimde davranması halinde, kastettiği

²⁸¹ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.619.

²⁸² İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.352.

²⁸³ HAKERİ, H., *İhmali Suçlar*, sy.141.

neticenin failin elinde olmayan şekilde gerçekleşmemesiyle suç teşebbüste kalmış olur.²⁸⁴

Daha önce belirttiğimiz gibi²⁸⁵, görevi ihmal suçu 257. maddedeki düzenlemeye göre saf ihmali bir suç değildir. Görevin gereğinin ihmal edilmesi suçun oluşumu için yeterli olmayıp, belirlenen *neticelerin ayrıca gerçekleşmesi beklenmektedir*. Örneğin, 30 gün içerisinde yerine getirilmesi gereken atamaya ilişkin mahkeme kararını uygulamayan görevlinin ihmali hareketi neticesinde, kamu zararı, kişilerin mağduriyeti yahut haksız kazanç sağlanması neticelerinin gerçekleşmemesi halinde, fail bu eyleminden teşebbüs hükümleriyle sorumlu olacaktır. Bu durum görevi ihmal suçunun 257. maddeye göre bir *zarar suçu* olarak düzenlenmesinin sonucudur. Görevi ihmal suçunun bir zarar suçu olması sebebiyle, ihmali hareketin ardından kastedilen neticenin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür.^{286_287}

3.5. İştirak

İhmali suçlar, saf ihmali suçlar ve ihmali suretiyle icra suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Saf ihmali suçlar üzerine yükümlülük yüklenen kişinin bu yükümlülüğü ihmal etmesiyle tamamlanmış olur.²⁸⁸ İhmali suretiyle icra suçları ise yükümlülüğün ihmal edilmesiyle belli bir neticenin meydana geldiği anda işlenmiş olur.²⁸⁹ Her iki suçta da yükümlülük, yalnızca üzerinde yükümlülük bulunan kişi tarafından ihmal edilebilir.²⁹⁰ Üçüncü bir kişi bu suçların faili

²⁸⁴ İÇEL, K., *Suç Teorisi*, sy.351.

²⁸⁵ Bkz. Görevi İhmali Suçunun Maddi Unsuru başlığı.

²⁸⁶ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.307.; TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.625.

²⁸⁷ Aksi yönde görüş için Bkz.; SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.526.

²⁸⁸ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.119.

²⁸⁹ TOROSLU, N., *Genel Kısım*, sy.119.

²⁹⁰ HAKERİ, H., *İhmali Suçlar*, 141.

olamazlar. Örneğin, saf ihmali suçlardan aile yükümlülüğünü ihmal suçu kanunen kendisine bakım yükümlülüğü yüklenen kişi tarafından işlenebilir.

İnceleme konusu görevi ihmal suçu, yükümlülüğün ihmal edilmesiyle işlenebilen bir suç olduğundan faili tarafından “*bizzat*” işlenir ve 3. bir kimsenin bu suça müşterek fail olması mümkün değildir. Ancak bu yükümlülüğe sahip olmayan kişiler ancak azmettiren yahut yardım eden sıfatıyla görevi ihmal suçuna iştirak edebilirler.²⁹¹ Örneğin, icradan kurtulmak için posta memuruna tebligat yapmaması için istekte bulunan kişi, posta memurunu görevi ihmal suçuna azmettirmiştir. Üçüncü kişinin tebligatı almak gibi bir kamu görevi bulunmamaktadır. Görevi ihmal suçu aynı zamanda özgü bir suç olduğundan, 3. kişi, 40/3. maddede öngörüldüğü gibi ancak bu suça azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebilir.

3.6. İçtima

Birinci bölümde incelenen görevi kötüye kullanma suçunun içtima kurallarıyla ilgili yapılan anlatımlar, görevi ihmal suçu içinde geçerlidir. Görevi ihmal suçu yapısı itibarıyla “genel ve tamamlayıcı” bir suçtur. Bu sebeple, işlenen bir ihmali eylem kanunda bir başka ihmali suç tanımına uyuyorsa, özel-genel norm ilişkisi sebebiyle öncelikle bu suç hükümleri uygulanır.

Tamamlayıcı bir suç olan görevin ihmali, bir başka hukuki menfaati koruyan suça vücut vermişse, asıl norm - tamamlayıcı norm ilişkisi sebebiyle, evvela asıl suça ilişkin hükümler söz konusu olur. Bu sebeple, görevin ihmali sebebiyle bir kimsenin ölmesi yahut yaralanması durumunda, fail görevi ihmal suçundan değil öncelikli norm olan ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Burada asıl - tamamlayıcı norm ilişkisi olduğundan, fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur.

²⁹¹ AYDIN, D. (2008), *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, sy.431, Ankara.

Kamu görevlisi, birden çok kere görevinin gereklerini yerine getirmemekteyse ve görevinin ihmali konusunda aynı suçlu işleme kararı varsa, 43/1. madde gereği zincirleme suç hükümleri uygulanır.²⁹²

3.7. Manevi Unsur

Görevin gereklerini ihmal eyleminde kastın bulunmaması suçun oluşmasına engeldir. Kamu görevlisi olan failin, kendisine yüklenen görevi yapmamak konusunda bir kastının olması ve bu eyleminden ötürü meydana gelen kamu zararı, kişilerin mağduriyeti veya kişilere haksız kazanç sağlanması neticelerini öngörmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu suçta genel kastla işlenen bir suçtur ve genel kastın esas neticelerin de bilinmesini içerir.²⁹³

Suçun manevi unsurunda asıl olan, failin görevine aykırı ihmali hareketi ve bunun neticesini bilmesi ve istemesi olarak tanımlanan doğrudan kasttır. Failin ihmali hareketiyle birlikte, kanuni neticelerin de gerçekleşeceğini biliyor ve istiyorsa, suçun manevi unsuru konusunda tereddüde düşülmesi gereken bir husus yoktur. Ancak görevi ihmal suçlarında “olası kastın” kabul edilip edilmeyeceği konusunun irdelenmesi gerekmektedir. Çünkü görevin ihmali konusunda failde oluşan bilince rağmen, failin kanuni neticeleri istememesi halinde sorumluluğunun belirlenmesi çok kolay olmamaktadır.

Görevin gereklerine aykırı davranma eyleminde failin olası kastının suç oluşturup oluşturmayacağı konusunda; failin işlediği eylemin meydana getireceği neticeleri öngörmesi mümkün ise sorumluluğunu kabul etmek gerekir. Çünkü fail eyleminin olası neticelerinin meydana gelmesini istememiş değildir.²⁹⁴ Öngörülen neticeler meydana geldiğinde fail kasıtlı olarak bu suçtan sorumlu olacaktır. Ancak olası kastla işlenen eylem neticesinde öngörülen netice gerçekleşmemişse

²⁹² TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.626.

²⁹³ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.304.

²⁹⁴ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II., sy.234.

teşebbüs aşamasında kalan kasıtlı eylemden bahsedilemeyecektir. Çünkü olası kastta netice kastı belirler.²⁹⁵

Bazen failin eylemi taksirli hareketinden de kaynaklanıyor olabilir. Bu durumda failin sorumluluğunun olmayacağı, çünkü görevi ihmal suçunun taksirli halinin kanunda düzenlenmediği ve bu tür eylemlerin suç teşkil etmeyeceğinden daha önce bahsedilmişti.²⁹⁶ O yüzden failin neticeyi istememesiyle eyleminin bilinçli taksir veya olası kastla işlenebilmesi mümkün olduğundan, bu aşamada kesin bir ayırım yapmak zaruridir.

Olası kastta fail, öngördüğü tipik neticenin oluşmamasını kendi kontrolü dışında bir durumun etkisine bırakmıştır. Neticenin gerçekleşmemesi adına güvendiği bir şey bulunmamaktadır.²⁹⁷ Özellikle görevi ihmal suçunda, failin kastının direk neticeye, yani kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına yönelik olmasa da, bu neticelerin gerçekleşebileceğini tahmin ediyor ve buna kayıtsız kalıyorsa, suçun işlenmesinden kasten sorumlu olur.

Bir Yargıtay kararında²⁹⁸, avukatın temyiz süresini kaçırmamasını 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yer alan özen yükümlülüğünün ihlali sayarak görevi ihmal suçundan sorumlu olduğunu belirtmiş ve suçun olası kastla işlenebileceğine karar vermiştir. Özen yükümlülüğünün ihlali adından anlaşılacağı gibi taksirli iradenin ürünü bir eylemdir. Elbette dosya içeriğinden vekaletnameyle görevlendirilen

²⁹⁵ **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II., sy.234.

²⁹⁶ **DEMİRBAŞ, T.**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma*, sy.262.

²⁹⁷ **KARAKEYYHA. H.** (2006), *Olası Kast*, CHD, Y.1, S.2, sy.34-35.; **İÇEL, K.** (2007), *Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast"*, İTÜSBD, Y.6, S.12, sy.65-66, İstanbul.

²⁹⁸ "1136 sayılı Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre vekalet görevini özen, doğruluk ve güven içerisinde yerine getirme yükümlülüğünü taşıyan avukatların, boşanma ilamını temyiz etmek üzere katılanın vekilliğini üstlendikleri halde, hükmü yasal süre geçtikten sonra temyiz ederek, temyiz isteminin süre yönünden reddedilmesine ve katılanın mağduriyetine neden olduklarının anlaşılması karşısında; eylemlerinin 765 sayılı TCY'nin 230 ve 5237 sayılı TCY'nin 257/2. maddesi kapsamındaki görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden ihmal kastıyla hareket etmedikleri biçimindeki yetersiz gerekçeyle beraat hükümleri kurulması yasaya aykırıdır." Yargıtay 4.CD. 06.10.2009 , E.2008/8209 ,K.2009/15566.

avukatın, hareketini kasten gerçekleştirerek meydana gelecek neticeyi öngörmesine karşın bunu engellemek amaçlı bir hareketinin olup olmadığına vakıf olmamız söz konusu değildir.

Evvela ihmali hareketinin neticesini istemeyen failin, neden bir ihmalde bulunduğu tespit edilmesi gereklidir. Bu bakımdan failin aktif bir eylemde bulunabilmesine engel teşkil edecek bir hususun olup olmadığı belirlenmelidir. Failin ihmali hareketten sorumlu olması için, kendinden beklenen hareketi yapmakta objektif ve subjektif olarak serbest hareket etme yeteneğine sahip olmalıdır.²⁹⁹

Fail görevinin gereklerini ihmal etmekte hareket yeteneğine sahip ise eyleminden sorumlu olur. Hareket yeteneği, hareketin yapılması gereken zamanda bulunmalıdır³⁰⁰. Hareket yeteneği, failin kendinden kaynaklanan subjektif nedenlerle veya objektif dış etkenler sebebiyle engellenebilir. Mevcut dış etkenler sebebiyle görevinde gecikme ve ihmal gösteren kamu görevlisinin, ihmalden ne ölçüde sorumlu olacağı emsalleriyle karşılaştırılması sonucu tespit edilebilir. Subjektif sebepler ise iş yoğunluğu, deneyimsizlik, güçsüzlük, hastalık, maddi hata, beşeri hata şeklinde ortaya çıkabilir. Bu itibarla hareket kabiliyetinin bulunmadığı durumlarda görevi ihmal kastı bulunmaz.³⁰¹

Yargıtay pek çok kararında, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarında iş yoğunluğu , tecrübesizlik³⁰² halleri söz konusu ise, suç kastının bulunmadığının gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

²⁹⁹ **HAKERİ, H.** (2007), *İhmali Suçlar*, CHD, Y.2, S.4, sy.165.

³⁰⁰ **HAKERİ, İ.**, *İhmali Suçlar*, sy.165.

³⁰¹ **HAKERİ, İ.**, *İhmali Suçlar*, sy.165.

³⁰² “beldenin ilk belediye başkanı olup daha önce böyle bir görevde bulunmamış olan sanığın, valiliğin yetkisinde olan işi ihaleye çıkarmaktan eyleminde, ...hukuksal durumunun belirlenmesi gerekir” Yargıtay 4.CD. 19.03.2007, E.2007/640, K.2007/2555.; (**PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.IV, sy.3661.) “sanık adli tabip tarafından düzenlenen kızlık zarında yırtık bulunduğu ilişkin raporun gerçeği yansıtmadığı saptanmış ise de, atılı suçun oluşabilmesi için failde görevi ihmal kastının bulunması gerektiği, olayın ihmal kastından değil, sanığın meslekteki deneyimsizliğinden kaynaklandığı ve bir muayene

3.8. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kamu görevlisinin görevini yerine getirmemek veya gecikerek yerine getirmek eyleminin görevi ihmal suçuna vücut verebilmesi için, eylemin hukuka aykırı olması gerekir. Görevi kötüye kullanma suçunun hukuka aykırılık unsurunu incelerken söylediğimiz hususlar burada da geçerlidir. 657 sayılı Devlet Memurları kanununun 11/1. maddesine göre, memur amirinin verdiği emirleri yerine getirmek zorundadır. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasında suç teşkil eden emrin kesinlikle yerine getirilmeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle, suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen neticelerden kamu görevlisi görevi ihmalden sorumlu olmayacaktır. Çünkü kanuna aykırı olan hatta suç teşkil eden bir emir, kamu görevlisinin görevinin gereği sayılamaz.

3.9. Yaptırım ve Lehe Kanununun Tespiti

3.9.1. Yaptırım

257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen görevi ihmal suçu 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Maddede hapis cezasından başka bir nitelikli hal ve indirim sebebine yer verilmemiştir. Ceza kanununun 61. maddesine göre, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kastı veya taksirine dayanan kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak suçun alt ve üst haddi arasında bir temel ceza belirlenecektir.

Verilecek temel cezanın yanı sıra 53. maddeye göre, kamu görevlisi görevi ihmal suçu sebebiyle verilen cezanın yarısından bir katına kadar süre memuriyet hakkından yoksun bırakılabilir.

yanılgısı olarak değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu...” Yargıtay CGK. 06.10.1998, E.1998/6-214, K.1998/196.; (MALKOÇ, İ., *Yeni Türk Ceza Kanunu*, sy.1872.)

3.9.2. Lehe Kanununun Tespiti

765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu ile 5237 sayılı kanunun 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu arasında ceza miktarı bakımından bir fark bulunmamaktadır. 5237 sayılı kanunun aynı suçu düzenleyen 257/2. maddesindeki kanuni tanımda, görevin ihmali suçun tamamlanması için yeterli olmayıp, ayrıca eylem neticesinde kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız kazanç sebebiyet verilmesi gerekmektedir. Bu şekilde 765 sayılı kanunun yürürlük döneminde işlenen fakat kamu zararı veya diğer neticelere sebebiyet vermeyen görevi ihmal suçları, daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı kanun nazarında tamamlanmış bir suç olarak kabul edilmeyecektir. Bu sebeple 5237 sayılı kanunun 257. maddesi failin sorumluluğu hakkında daha lehedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. GÖREVDE ÇIKAR SAĞLAMA SUÇU

4.1. Genel Olarak

257. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen görevde çıkar sağlama suçu, mülga 765 sayılı kanununun 212/1. maddesinde düzenlenmiş idi. Ancak eski kanunda aynı eylem “basit rüşvet alma” suçu olarak yer almaktaydı. Bilindiği üzere yapılması gereken bir işin yapılması için yarar sağlanması eylemi, mülga kanunda basit rüşvettir. Kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı olarak bir yarar elde etmesi ise nitelikli rüşvet suçunu oluştur.³⁰³ 5237 sayılı kanunun gerekçesinde, basit-nitelikli rüşvet ayırımına son verildiği, rüşvet suçunun “nitelikli rüşvet” olarak bilinen eylemler olarak kabul edildiği anlatılmıştır.

Basit rüşvet almak suçuna vücut veren eylemler, 5237 sayılı TCK’ da görevi kötüye kullanma başlıklı 257. maddede, görevde çıkar sağlama suçu olarak düzenlenmiştir. *Basit rüşvet vermek* eylemi ise yürürlükteki kanuna göre suç olmaktan çıkarılmıştır.

Mülga kanunda düzenlenen basit rüşvet suçu, çok failli bir suç³⁰⁴ iken, yürürlükteki 5237 sayılı TCK’ da yer alan düzenlemede yalnızca görevde çıkar sağlayan kamu görevlisi fail olarak kabul edilmiş, mülga kanunda fail olan rüşvet veren kişi, 5237 sayılı kanunda mağdur niteliği kazanmıştır.

³⁰³ EREM, F., TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.175.

³⁰⁴ DÖNMEZER, S., ERMAN, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, sy.411.

Rüşvet “yüz kızartıcı suçlar”³⁰⁵ içerisinde olup, bu suçla mahkum olan kişiler pek çok kamusal haktan mahrum kalmaktadır. İnceleme konusu eylem, 5237 sayılı kanun döneminde görevi kötüye kullanma suçları içinde düzenlendiğinden, yüz kızartıcı suç olmanın sonuçları uygulanmayacaktır.

4.2. Tipiklik

Görevin gereğini yapmak için çıkar sağlama suçunun kanundaki tanımı:

“İrtikâp 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.”

şeklindedir.

Görevde çıkar sağlama suçu, 257. maddenin ilk iki fıkrasındaki düzenlemelerden farklı olarak “genel ve tamamlayıcı” nitelikte bir norm olarak düzenlenmemiştir. Ayrı bir suç tanımıyla, 765 sayılı mülga TCK’ da “basit rüşvet” suçu olan eylem bu maddede görevi kötüye kullanma başlığı altında yer almıştır.

Suç genel ve tamamlayıcı nitelikte değildir fakat kanuni tanımında, “irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde” ibaresine yer verilmiştir. Kanımızca hem irtikap suçunun hem de görevde çıkar sağlama suçunun unsurları kanunda ayrıntılı olarak belirlenebildiğinden, bu ibarenin maddede bulunması çokta gerekli değildir.³⁰⁶

Tipiklik unsurunun belirlenmesi anlamında, kamu görevlisi olan failin 257/3. maddedeki suçtan sorumlu olabilmesi için, görevinin gereğini yapması için muhatap olduğu kişilerden kendisine yahut bir başkasına çıkar sağlaması gerekir.

³⁰⁵ MALKOÇ, İ. (1989), *Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı*, TBB Dergisi, S.4, sy.586.

³⁰⁶ Aynı yönde görüş için bkz. TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622-623.

Ve bu çıkarı sağlarken irtikap suçunu oluşturacak şekilde manevi bir cebir veya hileli davranışlarla ikna etmeye çalışmaması gerekir. Aksi halde irtikap suçundan sorumlu olur.³⁰⁷ Eğer maddi bir cebir veya tehdit kullanırsa eylem yağma suçuna vücut verecektir.

Bu suçta da “görev” konusu önem arz eder. Tipik eylemde, kamu görevlisinin görev ve yetkisinin belirlenmiş olması ve görevinin kapsamı içerisinde, gereğine uygun olarak yapacağı işlemlerle ilgili olarak kendisine çıkar sağlaması gerekir.

4.3. Maddi Unsur

4.3.1. Hareket ve Netice (Görevin Gereklere Uygun Davranmak İçin Menfaat Temin Etmek)

5237 sayılı kanununun 257/3. maddesine göre irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kendisine yahut bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaktır.

Bu düzenleme görüleceği üzere tamamlayıcı bir suç olarak öngörülen görevi kötüye kullanma suçundan farklıdır. Hükmün uygulanabilmesi için elbette bir eylemin kanunda başka özel bir suça, özellikle irtikap suçuna vücut vermemesi gerekir. Bu haliyle görevde çıkar sağlama suçu tamamlayıcı bir suç değil, münhasır bir suçtur.

Mülga 765 sayılı TCK döneminde söz konusu eylem basit rüşvet olarak anılmakta ve cezalandırılmaktaydı. Keza bu eylemin yapısı ve koruduğu hukuki menfaat bakımından görevi kötüye kullanma suçuyla yakın bir irtibatının olduğunu söylemek zordur.³⁰⁸ Çalışmamızın hukuki konu başlıklı bölümünde

³⁰⁷ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622.

belirtildiği gibi, suçların tasnif şeklinin, ihlal edilen hak ve menfaat olduğunu tekrar hatırlamak icap eder.

Eylemin suç olarak düzenlenmesinde korunan hukuki yarar, görevin yerine getirilmesi anlamında bir hukuka aykırılık bulunmasa da, kamusal faaliyetlerin karşılıksızlığı ve idarenin satın alınamayacağına dair inançtan kaynaklanan, devletin saygınlığının korunmasıdır.³⁰⁹ Kamu görevlisinin yerine getirdiği faaliyet sebebiyle kendisine haksız bir çıkar sağlaması eyleminde, muhakkak görevin gereğinde bir uygunsuzluk vardır. Ancak basit rüşvet olarak kabul edilen bu eylemin, torba hüküm olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma içerisinde tasnifi, “hukuki menfaat kriterine”³¹⁰ aykırıdır. Suçların tasnifine ilişkin hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, basit rüşvet eyleminin 257. madde içerisinde düzenlenmesi doğru değildir.³¹¹

Bununla birlikte daha evvel rüşvet suçu sayılan ve yüz kızartıcı suçlar içerisinde sayılan bir eylemin, bu kapsamdan çıkarılması devletin yolsuzlukla mücadeleye ilişkin suç ve ceza siyaseti açısından sakıncalıdır.³¹²

5237 sayılı kanununun 252/3. maddesinde rüşvet “bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişi ile varılan anlaşma çerçevesinde yarar sağlanması” olarak tanımlanmıştır. Buna göre rüşvet, kişi ile kamu görevlisi arasında bir anlaşmadan ibarettir.³¹³ Kanun aynı yönde suç kastı olan rüşvet alan ve rüşvet vereni cezalandırma yoluna gitmiştir.

³⁰⁸ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.27.

³⁰⁹ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.527.

³¹⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Hukuki Konu başlığı.

³¹¹ HAFIZOĞULLARI, Z., GÜNGÖR, D., ...*Suçların Tasnifi*, sy.38.

³¹² TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.621.

³¹³ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.292.

Rüşvet alan ile rüşvet verenin eylemleri birbirinden ayrılmaz niteliktedir.³¹⁴
Görülüyor ki, rüşvet suçu yapısı itibarıyla çok failli bir suçtur.³¹⁵

Ancak 765 sayılı kanundaki “basit rüşvet” tanımına karşın, 5237 sayılı kanunun 257/3. maddesi kapsamında kamu görevlisi tek başına fail olarak kabul etmiştir. Kamu görevlisine hakkı olmayan bir menfaati teklif etmek ve vermek biçimindeki eylemler cezasız bırakılmıştır. Kanunda haksız menfaat temin ederek işini yaptırmaya çalışan kişinin de bu suça ortak olduğu düşüncesine yer verilmemiştir.³¹⁶

257. maddenin gerekçesinde, işinin görülmesi için menfaat sağlayan kişinin fail değil, mağdur olduğuna işaret edilmiştir. Bu kişinin, kamu faaliyetlerinin eşitlik ve liyakat esaslarına uygun yürüdüğüne dair kendinde oluşan kaygıyı gidermek amacıyla, kamu görevlisine menfaat sağladığından ve bu kişi açısından bir mağduriyetin söz konusu olduğu ifade edilmiştir.

Kanımızca ne tür bir kaygı taşırsa taşırsın, icbar olmaksızın bir üçüncü kişi, işi görülsün diye kamu görevlisine bir çıkar temin etmişse, burada mağduriyetten ziyade, bilakis hukuka aykırı bir eylem vardır. Bu gerekçeye dayanarak üçüncü kişinin fiilinin suç kapsamına alınmaması uygun olmamıştır.

Rüşvet konusunda yapılan anlaşmada ilk teklif, işini yaptırmak isteyen kişiden gelmiş olabilir. Kanunda bu eylemin suç olarak düzenlenmediği açık olsa da, iştirak hükümleri dolayısıyla, menfaat karşılığı iş yapma konusunda her hangi bir düşüncesi bulunmayan kamu görevlisini bu yola sevkettiği için, kişi “azmettiren” olarak bu suçtan sorumlu olabilecektir.³¹⁷

³¹⁴ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.511.

³¹⁵ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.621.; TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.292.

³¹⁶ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.621.

³¹⁷ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.621.

Yerine getirilecek iş için haksız menfaatin kendisine sağlanmasını kamu görevlisi bizzat talep edebilir. Kamu görevlisinin, ilgili kişinin yerine getirilmesini beklediği işin gecikeceğini, istediği gibi olmayacağını veya zorlaşacağını bir şekilde ifade etmesi yahut işin kolaylıkla ve ivedilikle yapacağını söylemesiyle kendisi için bir çıkar talep etmesi gerekir.

Ancak kamu görevlisinin menfaat elde etmek amacıyla gösterdiği çaba, nüfuzunun kötüye kullanmak ve kişiyi icbar etmek, hileli davranışlarla yahut kişinin hatasından yararlanmak suretiyle kişiyi ikna etmek şeklindeki eylemlere vücut vermemelidir.³¹⁸ Aksi halde 250. maddede düzenlenen irtikap suçu gündeme gelecektir.³¹⁹

257. maddenin üçüncü fıkrası, çıkar sağlayarak görevi kötüye kullanma suçunun uygulanmasını, irtikap suçunu oluşturmaması şartına bağlamıştır. 257/3. maddenin uygulanabilmesi için, zaten irtikap ile birlikte rüşvet suçunun da yahut bir başka suçun da söz konusu olmaması gerekir. Bu bakımdan kişiyi kamu görevlisine menfaat sağlamaya teşvik eden sebep en fazla, işinin kolaylıkla yapılmasını sağlamak olmalıdır. Korkarak, çekinerek, aldatılarak veya hatasından yararlanarak menfaat vermeye ikna olan bir kişi, görevde çıkar sağlama suçunun değil, yine irtikap suçunun mağduru olur.³²⁰

257. maddenin üçüncü fıkrası da, ilk iki fıkrada olduğu gibi kamu görevlisinin görevine giren bir işin yapılması yahut yapılmamasıyla ilgilidir.³²¹ Kamu görevlisinin görevinin gerekleri anayasa, kanun, diğer düzenleyici işlemler

³¹⁸ “İlçe jandarma komutanı olan sanığın, GKK kadrolarına geçmek için başvuran kişilerden , işlemlerinin yapılması için diğer sanık Ramazan vasıtasıyla para istediği ve bu kişilerinde kabul ederek vermeleri ile GKK kadrolarına alınmaları şeklinde gelişen eylemde, sanıkların para alma konusunda müştekilerin iradesini icbar boyutuna varan eylemleri olmayıp, esasen yapılması gereken işin öncelikle ve süratle sonuçlandırılması için para almak vasfında olduğu...” Yargıtay 5. CD. 29.06.2006, E.2006/3681, K.2006/6167.; (PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, sy.3705.)

³¹⁹ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622.

³²⁰ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.528.

³²¹ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.526-527.

ve teamüle göre belirlenecektir. Eğer kamu görevlisi görevi haricinde bir iş için çıkar sağlamaya çalışıyorsa, görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluğu söz konusu olmaz.³²² Bu konuda tereddüt yoktur.

Daha öncede belirtildiği üzere, menfaat karşılığı yapılan işin kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun olması gerekir. Birinci ve ikinci fıkralarda düzenlendiği gibi görevinin gereklerine aykırı olarak işlem yapan veya görevinin gereklerine aykırı şekilde görevini ihmal eden kamu görevlisinin ayrıca menfaat sağlaması durumunda 252. maddede düzenlenen rüşvet suçu söz konusu olur.³²³ Buradaki ayrımın esası, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapmaması yahut yapmaması gereken işi yapması halinde haksız bir çıkar elde edilip edilmediğidir.

Yapılan kamu görevi için kamu görevlisine sağlanan menfaat, kati suretle sağlanmaması gereken bir menfaat olmalıdır. Kamu görevlisinin söz konusu menfaati kabul etmeye yetkisinin ve hakkının bulunmaması gerekir.³²⁴ Örneğin, doktora hastane yerine muayenehanesinde özel olarak tedavi olmak isteyen bir kimsenin, bu tedavi için doktora ayrıca bir tutar ödüyor olması normaldir. Sağlanan çıkar, kanunca yasaklanmış bir çıkar değil, kanunda açıkça izin verilmeyen bir menfaat olmalıdır.³²⁵

Sağlanan menfaat ile bu sebeple kamu görevlisinin yerine getirdiği iş arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Ancak belirlenmiş bir işlemle ilgili olmayan menfaatlerin bu suç kapsamında olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bir kimsenin sırf kurumda çalışan kamu görevlileri ile arasını iyi tutmak, ileride kendisiyle özel olarak ilgilenilmesini sağlamak amacıyla verdiği hediye ve diğer

³²² TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.308.

³²³ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.308.

³²⁴ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.29.

³²⁵ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.30.

menfaatler sebebiyle de görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluk doğacağı savunulmuştur.³²⁶

Ancak kanunda böyle bir husustan bahsedilmemektedir. Kamu görevlisi tarafından yapılması beklenen bir işlemin mevcudiyeti şarttır. Kanımızca, bir kimse hakkında yapılıp yapılmayacağı belli olmayan, ileride yapılması gerekebilecek işlemler sebebiyle hediye ve menfaat verilmesi görevde çıkar sağlama suçunu oluşturmaz.

Suçta konu menfaat, kamu görevlisinin her hangi bir talebi olmaksızın, işi görülen kimsenin kendiliğinden gönüllü olarak veya benzer şekilde işinin yapılmasından duyduğu minnet duyguları içerisinde verilmiş olabilir. Menfaatin bu şekilde kabul edilmesi halinin suçun oluşmasına bir etkisi yoktur ve kamu görevlisi 257/3. maddesinden sorumlu olacaktır.³²⁷

Suçta vücut veren çıkarın ekonomik bir değerinin olması şart değildir. Çünkü bu husus maddede belirtilmediği gibi maddenin gerekçesinde de öngörülmüş değildir. Bu yüzden manevi bir tatmin olarak çıkar sağlanabilir. Örneğin, kamu görevlisi işini yaparken yakından ilgi gösterdiği bir kişinin, onu başka bir kadroya terfi ettirmesinde bu suç oluşabilecektir. Veya yapılacak işten evvel vatandaşla cinsi münasebete girilmesi durumunda da bir çıkar sağlamaktan söz edilebilir.³²⁸

İnceleme konusu suçun unsuru olan menfaat, karşılık olarak yapılan işlemle orantılı olmalıdır. Bu bakımdan sigara, çay veya ucuz bir yemek karşılığı yapılan eylem görevde çıkar sağlama suçuna vücut vermez.³²⁹ Bu oran, kamu görevlisinin konumu, hediyenin sosyal hayatta göreceği tepki ve vatandaş ile

³²⁶ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622.

³²⁷ Yargıtay 4. CD. 13.11.2006, E.2006/315, K.2006/8838.; (GÖKCAN, H.T., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.118.)

³²⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622.

³²⁹ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.527.

kamu görevlisi arasındaki ilişki ve kamu kurumunun belirleyebileceği kriterler nazara alınarak belirlenecektir.³³⁰

Hediye niteliğindeki menfaatlerin görevde çıkar sağlama suçu kapsamında olup olmaması hususunda bir takım şartların değerlendirilmesi gerekir. Evvela kamu görevlisi bedava hizmet vermek zorunda olmamalıdır. Keza kabul edilen menfaat karşılığı yapılan iş, kamu görevlisinin diğer işlerini aksatmasına yol açmamalıdır. Ve son olarak teklif edilen ve kabul edilen menfaatin görevin şeref ve haysiyetini zedeleyici olmamalıdır.³³¹

Her hangi bir kimse tarafından sağlanan menfaatin, kamu görevlisinin yapması gereken işten önce, iş sırasında veya işin yapılmasından sonra elde edilmesi durumları arasında, suçun oluşumu bakımından bir fark bulunmamaktadır. Maddenin üçüncü fıkrası “*görevin gereklerine uygun davranılması için veya bu nedenle*” demekle; görevin yerine getirilmesi için veya görev yerine getirildiği için menfaat sağlanması hallerini bir kabul etmiştir.³³²

257. maddenin üçüncü fıkrası gereği sağlanacak menfaat kamu görevlisinin kendisi için olabileceği gibi üçüncü bir şahsın yararına da sağlanabilir. Ancak kamu görevlisinin yapması gereken işlem için bir çıkar elde edeceğini bilmesi ve bunu isteyerek bizzat yapması gerekir. O yüzden kamu görevlisinin haberi olmaksızın, yapılacak işlem için üçüncü bir kişiye menfaat sağlanması durumunda bu suçun oluşmasına imkan yoktur. Böyle bir durumda, şartları oluştuğu takdirde üçüncü kişi hakkında nitelikli dolandırıcılık hükümleri tatbik olunabilir.³³³

³³⁰ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.31.

³³¹ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.528.

³³² OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.29.

³³³ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.758.

4.3.2. Suçun Tamamlanma Anı

Görev sebebiyle çıkar sağlama suçunda, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması için sağlanacak olan menfaatin teslimi veya yerine getirilmesiyle suç tamamlanmıştır.³³⁴ Kamu görevlisinin suça konu işlemi yerine getirip getirmemesi suçun oluşumu açısından önemli değildir.³³⁵ Bu sebeple, işlem yapıldıktan sonra menfaat sağlanmakta ise, yine menfaatin faile teslimi suçun tamamlanma anının tespitinde esas alınır.³³⁶

765 sayılı mülga TCK'da düzenlenen basit rüşvet suçundan farklı olarak, yalnızca kamu görevlisi ile iş sahibi arasında menfaat anlaşmasının varlığı, bu suça vücut vermez.³³⁷ Kamu görevlisi vaat edilen menfaate kavuştuğu zaman icra hareketleri tamamlanmış olur.

4.4. Teşebbüs

Görevde çıkar sağlama suçu, kamu görevlisinin çıkarı elde etmesiyle tamamlanmış olacaktır. Suça konu çıkar, kamu görevlisinin görevini yapmadan evvel sağlanabileceği gibi, görev yerine getirildikten sonrada sağlanabilir. Her iki halde, kamu görevlisiyle 3. şahıs arasında çıkar sağlanmasına yönelik bir anlaşmanın yapılması, bu anlaşma üzerine görevin yerine getirilmesi ve çıkarın elde edilmesi suçun icra hareketleridir. Ve icra hareketlerinin kesilmesi durumunda, kastedilen suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.³³⁸

³³⁴ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.528.; TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.625.

³³⁵ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.309.

³³⁶ TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.309.

³³⁷ OKUYUCU-ERGÜN, G., *Görevi Kötüye Kullanma*, sy.31.

³³⁸ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.762.

4.5. İştirak

765 sayılı mülga TCK' da düzenlenen basit rüşvet suçu “çok failli suç” niteliğindedir. Suçun tamamlandığı halde, her zaman iki kişinin varlığı zaruridir. Hem rüşvet alan hem de rüşvet veren suçun müşterek faili olduğundan zorunlu iştirak söz konusudur.³³⁹

5237 sayılı kanunda basit rüşvet suçunun karşılığı olarak düzenlenen görevde çıkar sağlama suçunda ise, kendisine yahut bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi faildir. Çıkar temin eden veya vaat eden kişinin her hangi bir cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Hatta 257. maddenin gerekçesinde, işinin görülmesi için kamu görevlisine çıkar temin eden kişinin, kamu faaliyetinin işleyişi bakımından bir kaygısının bulunması sebebiyle menfaat temin ettiği ve bu yüzden suçtan mağdur olduğu belirtilmiştir. Karşılıklı rızanın bulunmasının, mağduriyete etki etmeyeceği ifade edilmiştir.

Ancak ilk menfaat teklifinin işi görülen kişiden gelmesi halinde, kişinin 38. madde gereği azmettiren sıfatıyla sorumlu olacağı kabul edilmelidir.³⁴⁰ Çünkü, her hangi bir şekilde menfaat sağlamak iradesi olmayan kamu görevlisine işinin görülmesi için cazip bir menfaat teklif eden kişi, kamu görevlisinin iradesini etkilemiş ve suç işlemeye yöneltmiş olur.

Bunun dışında, görevde çıkar sağlama mahsus suçlardan olduğu için, yalnızca üzerine görev yüklenen kamu görevlisi suçun faili olabilir. 5237 sayılı kanunun 40/2. maddesine göre, diğer kişiler eylemleriyle azmettiren veya yardım eden sıfatıyla cezalandırılabilirler.³⁴¹ Çalışmamızın birinci bölümünde bu hususta yapılan açıklamalar, burada da aynen geçerlidir.

³³⁹ ÖZGENÇ, İ. (2002), *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, sy.199, Ankara.; EREM, F., TOROSLU, N., *Özel Kısım*, sy.175.

³⁴⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.621.

³⁴¹ TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.621.

4.6. İçtima

Her ne kadar 5237 sayılı kanununun 257/3. maddesine, görevde çıkar sağlama suçu sebebiyle kamu görevlisinin cezalandırılması için, eylemin irtikap suçunu oluşturmaması şartı öngörülmüş ise de, bu ibarenin yer alması bir önem taşımamaktadır.³⁴² Çünkü inceleme konusu suç ile irtikap suçunun unsurları kanunda ayrıca gösterilmiş olup, kamu görevlisinin görevi dahilinde çıkar sağlama 257/3. madde dışında bir hükmü ihlal etmemektedir.

Kamu görevlisinin görevine aykırı bir işlem yapması için çıkar sağlanıyorsa zaten rüşvet suçu oluşacaktır. Görevin gereğinin ve çıkar amaçlı yapılan işin tespitiyle bu iki suçtan hangisinin oluştuğu rahatlıkla anlaşılabilir.

Keza, işin yapılması amacıyla menfaatin sağlanması sırasında, kamu görevlisinin icbar veya hilesinin olması durumunda da irtikap suçu gündeme gelecektir. İcbar veya hilenin olduğu hallerde görevde çıkar sağlama suçunun uygulanma alanı bulunmamaktadır. Bu yüzden 44. madde gereği fikri içtima hükümleri bu suç bakımından uygulanmaz.

Görevde çıkar sağlama suçu, kanunda düzenlenen bir başka suçun unsuru ve ağırlaştırıcı sebebi de değildir. Münhasır bir suçtur ve bir başka suçla içtima edilmesi söz konusu olmaz.

Eğer kamu görevlisi, yerine getirdiği işler için çıkar sağlamak konusunda bir kararlılık gösteriyorsa, işlediği birden fazla suç hakkında aynı suç işleme kararı bulunduğundan 43/1. madde gereği zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.³⁴³

³⁴² TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M., *Ceza Özel Hukuku*, sy.622.

³⁴³ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Özel Hükümler*, sy.762.

4.7. Manevi Unsur

Görevde çıkar sağlama suçu ancak kasıtlı bir hareketle işlenebilir. Kamu görevlisi olan fail, yapacağı veya yaptığı iş için kendisine menfaat sağlandığını bilmeli ve bunu istemelidir. Menfaatin işten önce veya sonra sağlanması önemli değildir. Fail her iki halde de, bu iş sebebiyle çıkar elde edeceğini bilmeli ve istemelidir.³⁴⁴

Failin bu menfaati hangi amaçla temin ettiği önemli değildir. Görevinin gereğini yerine getirmesi sebebiyle kişinin sağladığı çıkarı, kamu kurumunun ihtiyaçları için kullanıyor olması veya her hangi bir yardım amacıyla bu çıkarı alması suçun manevi unsuruna etki etmez. Bu yüzden failin saiki önemli değildir ve bu suçun oluşumu için genel kastın varlığı kafidir.

4.8. Hukuka Aykırılık Unsuru

257/3. maddenin yasakladığı husus, kamu görevlisinin hakkı olmayan bir menfaat sağlamasıdır. Sağlanan menfaat, mevzuat gereği kamu görevlisine ödenmesi gereken bir ücret ise zaten burada bir hukuka aykırılık yoktur ve “kanunun cevaz verdiği hal” olduğundan bu halde suç oluşmamıştır.³⁴⁵

Sağlanan menfaatin mevzuat gereği olması, 5237 sayılı kanunun 24/1. maddesinde ifade edilen “kanun hükmünü icra” kapsamındadır. Ancak bu husus kanun yerine, idarenin düzenleyici işlemlerinde de öngörülmüş olabilir. 24/1. madde her ne kadar “kanun hükmü” ibaresine yer vermişse de, bunun kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliği de içerdiği kabul edilmelidir.³⁴⁶

³⁴⁴ SOYASLAN, D., *Özel Hükümler*, sy.529.

³⁴⁵ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.336.

³⁴⁶ ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C., *Genel Hükümler*, sy. 509.

Önceki bölümlerde anlatıldığı gibi, amirinin emri gereği sağlanan menfaat karşılığında görevin yapılması durumunda fail, 24/2. maddesinde yer alan hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz. Bu emir kanuna açıkça aykırı olan ve suç teşkil eden bir emir olduğundan, kamu görevlisi aldığı emir sebebiyle sorumluluktan kurtulamaz. Suç teşkil eden emri yerine getiren kamu görevlisiyle birlikte, emri veren amir azmettiren olarak cezalandırılır.³⁴⁷

İşinin görülmesi adına menfaat sağlayan kişinin bu hususa rıza göstermesi, suçun oluşumuna etki etmez.

4.9. Yaptırım ve Lehe Kanununun Testipi

5237 sayılı TCK' nın 257/3. maddesine göre, görevde çıkar sağlama eylemi aynı maddenin birinci fıkrasına göre cezalandırılır. İşaret edilen hüküm, bu eylemi 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmaktadır.

Görevde çıkar sağlama suçunun mülga 765 sayılı kanundaki karşılığı olan 212/1. maddedeki basit rüşvet alma suçu ise 4 yıldan 10 yıla kadar ağır hapis cezası öngörmekteydi. Bunun dışında elde edilen menfaatin 10 katına kadar para cezası da yer almaktaydı.

Mülga kanunun 217. maddesi kamu görevlisinin temin ettiği menfaatin müsadere edileceğine dair özel bir hükme yer verilmiş idi. 5237 sayılı kanunda ise bu şekilde bir özel hüküm yer almamakla birlikte ancak 54. madde gereği müsadere genel hükümlere göre uygulanabilir.

Bunun dışında görevde çıkar sağlayan kamu görevlisi görevini kötüye kullanma suçundan sorumlu olarak, hakkında 53. madde uyarınca hak yoksunluğu kararı verilecektir.

³⁴⁷ ÖZGENÇ, İ., *Gazi Şerhi*, sy.359.

Mülga 765 sayılı TCK' da yer alan düzenleme, hem öngördüğü ceza miktarı açısından hem de “yüz kızartıcı suç” sayılan rüşvet suçunun sonuçları bakımından yürürlükteki kanuna göre, fail hakkında çok daha ağır hükümler içermektedir. Bu yüzden 5237 sayılı kanunun uygulanması failin daha lehine olacaktır.

SONUÇ

I. Kamu görevlisi kavramı, kamu hukuku dallarının hemen hepsinde önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu sebeple kamu görevlisi kavramının kapsamı, anlamı ve unsurlarının tespiti zorunluluk arz eder. Özellikle ceza hukukunda kamu görevlisi kavramına pek çok sonuç bağlanmıştır. Bazı suçların yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebileceği, bazı suçlarda failin kamu görevlisi olmasının suçun ağırlaştırıcı nedeni olacağı, bazen de mağdurun kamu görevlisi olmasının suçun niteliği ve failin sorumluluğunda farklılığa yol açabileceği durumlar göz önüne alındığında, kamu görevlisi kavramının tespit edilmesinin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Bu tespit yıllar boyu ileri sürülen fikirlerle bir kalıp içerisine alınmaya çalışılmışsa da, kesin bir sınır çizilememiş ve hakim bir fikirde oluşturulamamıştır.

Ceza hukuku anlamında kamu görevlisi tanımı, anayasa ve idare hukuku anlamında tasvir edilen kamu görevlisi tanımından çok daha geniş bir alanı işgal eder. Anayasa ve idare hukuku, kamu görevi ve görevlisini genel olarak istihdam şekline göre belirlemektedir. Ancak ceza hukuku, kişinin yerine getirdiği faaliyetin niteliğini baz almak suretiyle, bu faaliyetin kamusal olup olmadığını tartışmaktadır.

765 sayılı mülga TCK döneminde özgü suçların failinin memur olması şartını aramış, bu açıdan kamu görevi ve kamu hizmeti görenleri ayırmış ve görevi kötüye kullanma, zimmet, irtikap, rüşvet gibi suçları işleyebilecek memurların kamu görevlileri olduğunu düzenlemişti. Ancak kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımının nasıl yapılacağına dair bir hüküm içermemekteydi. Doktrin ve içtihatlarla bu ayırım yapılmaya çalışılmış, ancak söylemek gerekirse net bir

sonuca ulaşılamamıştı. Esasen idare hukukunun alanına giren kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımına ilişkin olarak, idare hukukçuları tarafından da kesin bir sınır çizilememiş, hatta bazıları bu ayırımı reddetmiştir.

5237 sayılı TCK ise, karışıklığa yol açan bu ayırmadan vazgeçilmiş ve 6. maddede kamu görevlisinin “kamusal faaliyete katılan kişi” olduğu kabul edilmiştir. Kamusal faaliyet kavramını da “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” olarak tanımlamıştır. Bu tanıma göre, kamu adına yapılan her faaliyet kamusal faaliyet sayılır ve kamu görevlilerinin yaptıkları işin üstün bir yetki barındırıp barındırmaması hiçbir önem arz etmez. Kamu hizmetinin görülmesine her hangi şekilde katılan herkes kamu görevlisi olacağından, pek çok suçun ağırlaştırılmış haliyle cezalandırılır. 6. maddenin gerekçesinde bu şekilde tüm sorunların ve karışıklığın çözüldüğü ifade edilmiştir.

Ancak sorunun çözümüne dair yapılan bu değişiklik, bir çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bunlardan en önemlisi, kamusal faaliyet kapsamının genişliğidir. Çünkü kamu adına veya kamu menfaatine yapılacak her faaliyetin, ceza hukuku anlamında kamusal faaliyet olarak kabul edilmesi , kamu görevlisi kapsamını ziyadesiyle genişletecek ve toplumun büyük bir kesiminin kamu görevlisi sayılmasına yol açacaktır. Oysa kanun koyucunun amacı bu olmamalıydı. Belli suçların kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde cezai sorumluluğun artmasındaki amaç, kamu görevlisine verilen bir takım üstün yetkilerin kontrol altına alınması ve devletin bu şekilde itibarının korunmasıdır. Bu bakımdan kamuya açık olan sokakların temizlenmesi işinde görevli bir belediye memurunun, kamu yararına bir hizmet görmesine rağmen her hangi bir şekilde üstün bir yetkiye sahip olmadığına dikkat etmek gerekir. Örnektekine benzer şekilde yardımcı hizmet sınıfında görev yapanların, sırf kamusal bir hizmeti gördüğü için işlediği suçlar bakımından bu denli ağır bir cezai sorumluluk altına alınması, kamu düzeninin sağlanmasına fayda getirmeyecektir.

765 sayılı kanunda çok fazla soruna yol açan kamu hizmeti-kamu görevi ayrımına son verilmesi elbette yerindedir. Ancak bu kavramların birleştirilerek, kamu görevlisi kavramının “*kamu adına yapılan faaliyetlere her hangi bir şekilde katılan kişi*” olarak geniş bir şekilde tanımlanması, gereğinden fazla kişiye diğer vatandaşlardan farklı olarak imtiyazların sağlanmasına da sebebiyet verir. 5237 sayılı kanunun kamu görevlisi anlayışı, özellikle 4483 sayılı kanunun kapsamını da bir hayli genişletecek ve bu kanunun istisna özelliğini ortadan kaldıracaktır. Çünkü, genel kuralları ihtiva eden Ceza Muhakemesi Kanununa istisna olarak düzenlenen 4483 sayılı kanun, bundan böyle toplumun çok geniş bir kesimi için uygulama alanı bulacak ve gereğinden fazla kişiye hukuki koruma sağlayacaktır.

II. Hangi eylemin veya eylemlerin bir suça vücut vereceği hususunun açık ve net olarak kanunda belirtilmesi ve vatandaşların anlayabileceği şekilde tasvir edilmesi, kanunilik prensibinin temel taşlarından biridir. Buna kısaca “belirlilik ilkesi” adı verilmektedir. Bu prensibin esası, kanunda suç ve ceza içeren hükümlerin genişletici ve düzeltici yoruma mahal bırakmayacak şekilde açık ve net ifadelerle düzenlenmesi, elastik, net olmayan, belirsiz ve üstü kapalı ifadelerden kaçınılmasıdır.

Çalışmamızda tartışmaya değer bir başka sorun, belirlilik prensibine rağmen, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarının düzenleniş şekli hakkındadır. Öyle ki her iki suça ait kanuni tip net biçimde belirlenmemiş ve tamamlayıcı norm olarak, bir başka deyişle torba hüküm halinde düzenlenmiştir. Bu suçun kanunilik prensibine aykırı olduğu fikri sıkça dile getirilmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunun kanundaki tanımına baktığımızda, *kanunda suç olarak tanımlanan diğer haller dışında* görevin gereklerine aykırı davranan kamu görevlisinin cezalandırılacağı şeklinde bir düzenlemeyle karşılaşmaktayız.

Bu düzenlemeyle, ceza kanununda kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçlardan hiç birine uymayan ve bu şekilde suç teşkil etmeyen ve

cezalandırılmayan eylemlerin, bir şekilde *hakimin takdirine göre* cezalandırılabilmesi amaçlanmıştır. Bu durum suç ve cezaların kanuniliği ilkesine külliyen aykırı bir durumdur. Hakimin ceza yargılamasındaki görevi, önüne gelen eylemin kanundaki suç tanımına uyup uymadığını tespit ederek, hüküm vermektir. Yoksa, her hangi bir suç tarifine uymayan eylemleri kendi nazarında suç olarak nitelemek değildir.

Uygulamada görevin kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususu, hakim tarafından bilirkişilere tespit ettirilmektedir. Bilirkişilerden suçun varlığına ilişkin rapor talep edilmektedir. Hatta Yargıtay bilirkişiye tespit ettirilmeden varılan kanaatlere itibar etmemekte, bu sebepten bozma kararı vermektedir. Bu halde vatandaşın kaderi bilirkişilerin eline bırakılmaktadır.

Düzenlemenin bu hali görüldüğü üzere kanunilik prensibine açıkça aykırıdır. Kanımızca, daha kazuistik bir yöntem kullanılarak yapılacak düzenleme, suçun unsurlarının daha net bir çerçeve içerisinde tespit edilebilmesine olanak sağlayacaktır. Ceza hukukundaki “*metne bağlılık ilkesine*” aykırı düşmemek üzere görevi kötüye kullanma suçu, şu şekilde düzenlenerek bu sorunların bir çoğunun bertaraf edilmesi kanımızca mümkündür:

“257. Madde: Görevi Kötüye Kullanma

Kanunen yerine getirmesi gereken görevine aykırı olarak;

(1) *Kanun ve kanuna dayanan düzenleyici işlemlerle belirlenmiş usul ve şekil kurallarına açıkça aykırı hareket etmek,*

(2) *Kanun ve kanuna dayanan düzenleyici işlemlerle takdir yetkisinin tanındığı hallerde, takdir yetkisini amacına aykırı kullanmak,*

(3) *Kanun tarafından verilen yetkiyi açıkça aşmak,*

(4) *Üstü tarafından mevzuata uygun olarak verilen emirlere uymamak,*

(5) *Yargı organları tarafından verilen kararları keyfi biçimde uygulamamak,*

(6) Görevini yapmamak veya geciktirmek, suretiyle kamunun zararına neden olan, kişilerin mağduriyetine yol açan veya kişilere haksız kazanç sağlayan kamu görevlisi, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

III. 765 sayılı mülga TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen keyfi muamele suçu ile 240 . maddesinde yer alan görevi suistimal suçlarının mükerrer düzenleme olduğu ileri sürülerek, kanunda yer almayan bir takım gerekçelerle bu suçların ayırımının yapılmasına karşı çıkılmaktaydı. Ancak 5237 sayılı kanun, keyfi muamele suçunu ayrıca düzenlemeyerek 257. madde içerisinde kabul etmiş ve bu karışıklığa son vermiştir.

Yine 5237 sayılı TCK' da, mülga 765 sayılı kanundan farklı olarak görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçlarının maddi unsurlarında ciddi değişiklikler yapılmıştır. Evvela görevin gereklerine aykırı olarak yapılan veya görevin ihmal edilmesi şeklindeki eylemleri saf bu haliyle suç olarak kabul etmemiş, bu eylemlerin ayrıca kamu zararına, kişilerin mağduriyetine veya kişilere haksız bir kazanç sağlanmasına sebebiyet vermesi, suçun maddi unsuru içerisinde kabul edilmiştir. Tehlike suçu niteliğinde olan her iki suç da, 5237 sayılı TCK' da birer zarar suçu olarak düzenlenmiştir.

Kanunda öngörülen neticelerin, objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu savunan görüş pek çok yönden eleştiriye açıktır.

Meydana gelen neticelerden kamu zararının yalnızca kamunun uğradığı ekonomik zarar olarak değil, maddi ve manevi zarar olarak anlaşılması gerektiği görüşündeyiz. Öyle ki, kanun metninde ekonomik bir zarardan bahsedilmemektedir. Ayrıca işlenen eylemle birlikte devletin göreceği manevi zararında cezasız kalması kanunun amacına aykırıdır.

Kişilerin mağduriyeti ise yalnızca ekonomik bir zararı değil, manevi açıdan uğranılan mağduriyeti de kapsamaktadır.

Kişilere haksız kazanç sağlanması da yalnızca ekonomik olarak algılanmamalıdır. Sağlanan kazanç maddi olabileceği gibi, makam ve mevki tahsis edilmesi, basın yayın organlarında lehine haber yapılması gibi manevi tatmine yönelik de olabilir.

Bundan başka, 765 sayılı mülga TCK döneminde basit rüşvet suçu olarak düzenlenen ve çok daha ağır yaptırıma ve hükümlülük neticelerine sebep olan eylem, 5237 sayılı kanunun 257. maddenin üçüncü fıkrasında görev sebebiyle çıkar sağlama suçu olarak düzenlenmiştir. Ancak düşüncemize göre düzenlemenin bu hali, suç ve ceza siyaseti olarak rüşvet ve yolsuzlukla mücadele ilkelerine aykırıdır. Keza bu düzenlemeyle rüşvet veren kişi fail olarak cezalandırılmamakta, ancak kendisi menfaat teklif ettiyse azmettiren olarak sorumlu olabilmektedir.

IV. Görevi kötüye kullanma suçları sadece kasıtlı olarak işlenebilir. Taksirli hali kanunda düzenlenmiş değildir. Yine buna paralel olarak bilgisizlik tecrübesizlik, beşeri hata ve esaslı hata hallerinde, failin iradesi suça yönelik değildir ve kasıtlı yapmadığı eylemlerden sorumluluğu yoktur.

Olası kast durumunda sorumluluğun nasıl belirleneceği ise tartışmalıdır. Eylem kasıtlı olarak yapılmışsa da, neticenin gerçekleşmesi dış etkenlerin oluşumuna ve şansa bırakılmışsa da kişi meydana gelen neticelerden sorumlu olacaktır. Burada dikkate alınması gereken şey, kişinin neticeyi önleyip önlememede hareket kabiliyetinin bulunmasıdır. Yargıtay pek çok kararında olası kasıtlı bu suçun işlenebildiği sonucuna varmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçları genel kastla işlendiğinden , kanun kişinin işlediği suçta bir mazeretinin veya sebebinin bulunmasıyla ilgilenmemektedir.

V. Görevi kötüye kullanma suçları kamusal bir niteliğe sahip olduğundan, kamu görevlileri arasındaki ast-üst ilişkisi önemli yer teşkil eder. Bu

sebeple kamu görevlisinin bir emir vermesi veya üstünden emir almasıyla işlediği eylem neticesinde sorumluluğunun tespiti gerekmektedir.

Amirin emrini yerine getirmek üzere işlenen suçta, bir hukuka uygunluk sebebinin mi var olduğu, yoksa kusura etki eden bir halin mi söz konusu olduğu tartışmalı bir konudur. Kanun ve Anayasada ki düzenleme, amirin emrini ifa halinde, failin sorumluluğuna vurgu yapmışlardır. Yani, işlenen eylemin bir emir üzerine yapılması onu hukuka uygun hale getirmeyecektir. O sebeple amirin emrini ifayı, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler içerisinde mütalaa etmek icap edecektir. Elbette Anayasa'nın 137. maddesi uyarınca, amirin suç teşkil eden emrinin yerine getirilmesi halinde, memur sorumluluktan kurtulamayacaktır.

İlgilinin rızası, bir hukuka uygunluk sebebidir ancak, bu rıza ancak kişinin üzerinde mutlak tasarruf edebileceği haklar için geçerlidir. Görevi kötüye kullanma suçunun koruduğu hukuki değer devletin itibarı ve işlerliği olduğu için, bu suç sebebiyle her hangi bir zarara uğrayan mağdur bu zarara rıza gösterse bile, devletin uğramış olduğu zarar konusunda bir tasarruf yetkisine sahip olmadığından, suçun oluşumuna etki etmeyecektir.

Keza fail tarafından mağdurun veya kamunun zararının giderilmesi suçun oluşumuna bir etkide bulunmayacaktır.

VI. Görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı tartışmalı bir konudur. 765 sayılı mülga TCK döneminde tehlike suçu olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları, ayrıca neticesi harekete bitişik suçlardan olmaları sebebiyle teşebbüse elverişli değildi. Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde eksik teşebbüs mümkün olabilmekteydi.

Ancak 5237 sayılı kanundaki düzenleme, hareketin yapılmasının belirlenmiş neticelere sebebiyet vermesiyle suçun oluşacağı şeklindedir. Burada hareket ve netice birbirinden ayrılmış durumdadır ve bir zararın oluşması suçun oluşumu için şarttır. Öyleyse görevin gereklerine aykırı davranmak eyleminin

varlığına rağmen, kanunda düzenlenen neticelerin icra hareketleri kesilerek meydana gelmemesi halinde suç tamamlanmış olmayacak ve teşebbüste kalmış suçtan bahsedilecektir.

VII. Görevi kötüye kullanma suçu, yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden özgü bir suçtur. 5237 sayılı kanunun 40/2. maddesi hükmüne göre, özgü suçlara iştirak edilebilir. Maddede, özgü suçu işleyebilecek gerekli nitelikleri taşıyan kişinin asıl fail olabileceği, diğer kimselerin *azmettiren* yahut *yardım eden* olabileceği düzenlenmiştir.

Oysa, üçüncü kişilerin aracılığıyla da işlenebilen özgü suçların asıl failinin, mutlaka bu özgü suç için özel niteliğe sahip kişi tarafından işlenmesi zorunlu değildir. Buna örnek olarak, zimmet suçunu işleyecek kamu görevlisinin kendine tevdi edilmiş parayı, gizlice bir başkasını daireye sokarak aldırması ve kendisine teslim ettirmesi eyleminde, üçüncü kişinin zimmet suçunun faili sayılmaması için bir neden yoktur. Suçun tipik hareketlerinin bizzat gerçekleştirilmesi gereken suçlarda ise (misal yalan tanıklık, yalan yere yemin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirme, çocuk düşürme suçları), asıl failin bir başkasının olması mümkün değildir. Burada failin kesinlikle özel niteliğe sahip kişi olmasında zorunluluk vardır.

Keza yükümlülüğün ihmali suçlarında da, söz konusu suç ancak üzerinde yükümlülük bulunan kişi tarafından işlenebilir. Bir başkasının fail olması söz konusu değildir (örneğin, aile hukukundan doğan bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu fail sadece ailesine bakmak zorunda olan kişi tarafından işlenebilir).

KAYNAKÇA

- [1] **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.** (2006), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- [2] **ARTUK, M.E., GÖKÇEN, A., YENİDÜNYA, C.** (2007), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara.
- [3] **AVSALLI, H.** (2006), *Zimmet Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- [4] **CAN, O.** (1952), *Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış*, AÜHFD, C.9, S.1-2, Ankara.
- [5] **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.** (2006), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul.
- [6] **DEMİRBAŞ, T.** (1988), *Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, DÜHFD, Prof.Dr. Kudret AYİTER Armağanı, Ankara.
- [7] **DEMİRBAŞ, T.** (2007), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara.
- [8] **DÖNMEZER, S.** (1943), *Mahkeme İctihatları, Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur*, İÜHFM, C.9, S.1-2, İstanbul.
- [9] **DÖNMEZER, S.** (1984), *Özel Ceza Hukuku Dersleri, Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler*, İstanbul.
- [10] **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C.I, İstanbul.

- [11] **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I*, İstanbul.
- [12] **DÖNMEZER, S., ERMAN, S.** (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II*, İstanbul.
- [13] **EREM, F.** (1968), *Suçun Hukuki Konusu ve Hümanist Doktrin*, AÜHF Dergisi, C.25, S.1, Ankara.
- [14] **EREM, F., TOROSLU, N.** (2003), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara.
- [15] **ERMAN, S.** (1947), *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*, AÜSBOD, C.II, S.1-4, Ankara.
- [16] **ERMAN, S.** (1954), *Sahtekarlık Cürümleri*, İstanbul.
- [17] **ERMAN, S., ÖZEK, Ç.** (1992), *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul.
- [18] **EROL, Ç.** (2003), *Açıklamalı ve İçtihatlı Memur Suçları*, Ankara.
- [19] **GÖKCAN, H.T.** (2008), *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara.
- [20] **GÖKCAN, H.T., ARTUÇ, M.** (2007), *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Ankara.
- [21] **GÖZLER, K.** (2004), *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa.
- [22] **GÜNDAY, M.** (2003), *İdare Hukuku*, Ankara.
- [23] **HAFIZIOĞULLARI, Z.** (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.

- [24] **HAFIZOĞULLARI, Z., GÜNGÖR, D.** (2007), *Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*, TBB Dergisi, S.69,Ankara.
- [25] **HAKERİ, H.** (2007), *İhmali Suçlar*, CHD, Y.2, S.4, Ankara.
- [26] **İÇEL, K.** (2007), *Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast”*, İTÜSBD, Y.6, S.12, İstanbul.
- [27] **İÇEL, K., SOKULLU-AKINCI, F., ÖZGENÇ, İ., SÖZÜER, A., MAHMUTOĞLU, F., ÜNVER, Y.** (2000), *İçel Suç Teorisi*, İstanbul.
- [28] **KARAKEHYA, H.** (2006), *Olası Kast*, CHD, Y.1, S.2,Ankara
- [29] **KEYMAN, S.** (1962), *Memurin Muhakematı Kanunu*, AÜHFD, C.19, S.1-4, Ankara.
- [30] **KEYMAN, S.** (1982), *Tipiklik ve Ceza Hukuku*, AÜHFD, C.37, S.1-4, Ankara.
- [31] **KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ.** (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- [32] **KUNTER, N.** (1949), *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul.
- [33] **KUNTER, N.** (1954), *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul.
- [34] **MALKOÇ, İ.** (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu*,C.2, Ankara.
- [35] **OKUYUCU-ERGÜN, G.** (2008), *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Ankara.
- [36] **OKUYUCU-ERGÜN, G.** (2009), *Görevi Kötüye Kullanma Suçu*, TBB Dergisi, Mayıs-Haziran, S.82,Ankara.
- [37] **ÖNDER, A.** (1989), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.2, İstanbul.

- [38] **ÖNDER, A.** (1994), *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, İstanbul.
- [39] **ÖZAY, İ.** (1986), *İkinci Bine Kavuşurken Gün Işığında Yönetim*, İstanbul.
- [40] **ÖZBEK, V.Ö.** (2006), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı İzmir Şerhi*, C.I, Ankara.
- [41] **ÖZEN, M.** (2007), *5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı*, TBB Dergisi, S.70, Ankara.
- [42] **ÖZENBAŞ, N.** (2004), *Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir.
- [43] **ÖZGENÇ, İ.** (2002), *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara.
- [44] **ÖZGENÇ, İ.** (2006), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara.
- [45] **ÖZGENÇ, İ., ŞAHİN,** *Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Üzerine Düşünceler*, GÜHFD, C.VI, S.1-2, Ankara.
- [46] **ÖZTÜRK, B., ERDEM, M., ÖZBEK, V.Ö.** (1998), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, İzmir.
- [47] **PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.** (2008), *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.4, Ankara.
- [48] **SELÇUK, S.** (1997), *İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı*, YD, Ocak-Nisan, C.23, S.1-2,
- [49] **SOYASLAN, D.** (1996), *Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati için Görevlendirilmiş Sahıslar)*, AÜHFD, C.45, S.1-4, Ankara.
- [50] **SOYASLAN, D.** (1998), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.

- [51] **SOYASLAN, D.** (2005), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara.
- [52] **ŞEN, E.** (2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul.
- [53] **ŞEKERCİOĞLU, M.** (1974), *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları*, İstanbul.
- [54] **TEZCAN, D.** (2008), *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul.
- [55] **TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, M.** (2006), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara.
- [56] **TOROSLU, N.** (1970), *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara.
- [57] **TOROSLU, N.** (1980), “*İftira Cürmünün Hukukî Konusu*”, AÜHF Dergisi, C.37, S.1-4, Ankara.
- [58] **TOROSLU, N.** (2007), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara.
- [59] **TOROSLU, N.** (2008), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara.
- [60] **ÜNVER, Y.** (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara.
- [61] **YURTCAN, E.** (2008), *Yargıtay Kararlarının Işığında Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, İstanbul.
- [62] **ZAFER, H.** (2000), *4483 sayılı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi*, İBD, C.74, S.4.

EK

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : SUCUOĞLU, Arif Naci
Uyruğu : Türkiye
Doğum Tarihi ve Yeri : 26.12.1983 / Ankara
Medeni Hali : Bekar
Telefon : 0 (542) 393 40 93
Email : arifsucuoglu@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Kamu Hukuku, Ankara	2010
Lisans	Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara	2004
Lise	Çankaya Lisesi, Ankara	2000

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konumu
2009 – Şimdi	Ankara – Şereflikoçhisar Cumhuriyet Savcısı	Cumhuriyet Savcısı
2007 – 2009	Diyarbakır – Çüngüş Cumhuriyet Savcısı	Cumhuriyet Savcısı
2005 – 2006	Ankara Adliyesi	Stajyer Cumhuriyet Savcısı
2004 – 2005	Ankara Adliyesi	Stajyer Avukat

YABANCI DİLLER

İngilizce.

HOBİLER

Sinem, Müzik, Kitap, Spor, Seyahat, İnternet.