

HÜSEYİN ŞIK	T.C. MARMARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ HUKUK ANABİLİM DALI KAMU HUKUKU BİLİM DALI
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
HUKUK/KAMUHUKUKU	Yüksek Lisans Tezi
İstanbul, 2007	HÜSEYİN ŞIK İstanbul, 2007

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

HÜSEYİN ŞIK

Danışmanı; Prof. Dr. M. EMİN ARTUK

İstanbul, 2007

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Aslı

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
HÜSEYİN ŞIK'ın GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU adlı tez çalışması
,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 24.05.2007 tarih ve 2007-6/31 sayılı kararıyla
oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul
edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 07.06.2007

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. A. CANER YENİDÜNYA

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. TAMER PEKDİNÇER

M. Emin Artuk
Caner Yenidünya
Tamer Pekdinçer

TEZ ÖZETİ
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Hüseyin ŞIK
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2007
Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Devlet idaresi, sosyal güveni ve düzeni garanti altına alan, bireysel faaliyetleri tamamlayan, toplumun refahı, korunması ve gelişmesi için gerekli olan varlıkları ve hizmetleri sunan birleştirici ve hükümlan kurumdur. Devlet, faaliyetlerini organları eliyle yürütür ve bu organları gerçek kişiler oluştururlar. Dolayısıyla devlet idaresinin iyi işleme bir ölçüde de memurların görevlerini kanunlara ve nizamla uygun olarak yerine getirmelerine bağıdır.

Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması devlet idaresinin düzenli ve etkili işleme engeli olur. Bu nedenle kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak öngörölmüştür.

TCK ve diğeri özel kanunlarda, memurların görevlerini kötüye kullanmaları, özel nitelikteki bazı suç tipleriyle de düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasını, bunun devlet idaresine vereceğı zararın büyüklüğü nedeniyle, hiçbir şekilde cezasız bırakmak istememiştir. Bu nedenle de özel hükümlerin uygulanamadığı hallerde uygulanmak üzere Türk Ceza Kanunu'nun 257 nci maddesinde, genel ve tamamlayıcı nitelikte olan görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir.

SUMMARY OF THE THESIS
THE CRIME OF ABUSE OF DUTY

Hüseyin ŞİK

Department of Public Law

Marmara University, Institute of Social Sciences, June 2007

Adviser: Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

The administrative state is a unifier and sovereign institution which guarantees social trust and order completes individual activities and presents public services in order to provide prosperity, protection and development of society . The state carries out its activities with its organs and these organs are formed by real people. In that case good administration of the state depends on the public servants, carrying out his duties according to the statutes regulations.

When the public servant abuses his duty, he prevents regular and effective working of the administrative state. For this reason abuse of duty by public servant is established as crime in the Turkish Criminal Code.

Under the Turkish Criminal Code and other specific laws, abuse of duty by the servants have been prescribed as special types of crimes. However the legislature has by no means wished to allow the crimes of abuse of duty by public servants go unpunished, due to the administrative state. Therefore in the article 257 of Turkish Criminal Code, this crime has been described as general and supplementary provisions when specific provisions can not be applied.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM **SUÇA GENEL BAKIŞ**

I. Kanuni Hüküm.....	3
II. Türk Ceza Hukuku Bakımından Suçun Tarihçesi.....	4
A) TCK md. 257/I Açısından.....	4
B)TCK md.257/II Açısından	7
C)TCK md.257/III Açısından.....	7
III. Mukayeseli Hukuk.....	8
IV. Hukuki Nitelik.....	10
V. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Bir Suç Olarak Görevi Kötüye Kullanma Suçu ve Bu Suçta Korunan Hukuki Menfaat.....	12

İKİNCİ BÖLÜM **SUÇUN UNSURLARI**

I.	
Tipiklik.....	15
A)Kavramsal İrdeleme.....	15
B) Tipiklik Unsuru Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu	17
a) kanunda.....	17
b)suç.....	18
c)görev.....	18
d)kişilerin mağduriyeti.....	19
e)kamunun zararı.....	21
f)kişilere haksız bir kazanç sağlayan.....	23
g)ihmal.....	25
h)gecikme.....	25
ı)çıkar.....	26
II. Maddi Unsur.....	26
A)Hareket.....	27
a)TCK Md.257/I Açısından.....	27
b)TCK md. 257/II Açısından.....	34
1)5271 sayılı CMK md. 332.....	45
2)2577 sayılı İYUK. md. 28.....	49
c)TCK md. 257/III Açısından.....	50
B) Netice.....	54
a)765 sayılı TCK dönemi.....	54

b)5237 sayılı TCK'daki durum.....	55
C) İlliyet Bağı.....	56
D) Fail.....	56
a)765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Memur".....	57
1) Öznel Teoriler.....	58
2) Nesnel Teoriler.....	59
3)Karma Teori.....	60
b) Yargıtay'ın Kabulü.....	60
c) TCK Dışında "Memur".....	62
d)5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Kamu Görevlisi" Kavramı.....	63
1)Kamusal Faaliyet.....	64
2)Kamu Görevlisi.....	65
E) Mağdur.....	72
F) Suçun Konusu.....	72
III. Manevi Unsur.....	73
IV. Hukuka Aykırılık.....	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ,

KOVUŞTURMA USULÜ ve YAPTIRIM

I)Suçun Özel Belirîş Şekilleri.....	82
A)Teşebbüs.....	82
a) Madde 257/I ve II Açısından.....	82
b) Madde 257/III Açısından.....	85
B) İştirak.....	85
C) İçtima.....	87

II. Kovuşturma Usûlü.....	90
III.Yaptırım.....	91
SONUÇ.....	93
KAYNAKÇA.....	96

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AC	: Adliye Ceridesi
ACK	: Askeri Ceza Kanunu
AD	: Adalet Dergisi
Age	: adı geçen eser
akt	: aktaran
aks	: aksi
Any	: Anayasa
Ask	: Askeri
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CUH	: Ceza Umumi Heyeti
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
E	: Esas numarası
Gb	: gibi
Grş	: görüş
İB	: İstanbul Barosu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
in	: içinde
İst	: İstanbul
İtl	: İtalya
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: karar numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname

KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
Krş	: karşı
Kşz	: karşılaştırınız
Mat	: matbaa
Md	: madde
MK	: Medeni Kanun
No	: numara
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
Prg	: paragraf
S	: sayı
s	: sayfa
tnm	: tanım
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCY	: Türk Ceza Yasası
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Y	: yıl
Yay	: yayınevi
Ygt	: Yargıtay
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi

NOT: Kanun adı vermeden sadece madde numarasını belirttiğimiz durumlarda kastettiğimiz yasa, 5237 sayılı TCK’dır.

GİRİŞ

İnsanoğlunun bir araya gelerek ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla oluşturduğu ve öteden beri en istikrarlı birliktelik olan “devlet”in insan boyutunu ‘kamu görevlileri’ oluşturmakta, onların eliyle varlık kazanmaktadır. Kamu görevlileri sosyal güveni ve düzeni garanti altına alma, bireysel faaliyetleri tamamlama, toplumsal refahı sağlamakla görevli ve yetkilidir. Merkezin içinde bulunmak, “devlet”e dokunacak kadar yakın olmak ilgililerine birçok yarar ve iktidar kullanımını tanımaktadır. Tabi bu yakınlık ve mahremiyet bir takım kötüye kullanmaları da daha kolay kılar niteliktedir. Her varlık gibi kendini koruma güdüsü ile donanımlı **devlet**, yetki verdiği kişilere diğerlerine göre daha fazla sorumluluk yüklemiş, tedbirler almıştır. Bunların başında da ceza normlarıyla yapılan muhafaza gelmektedir.

Yasa koyucu, kamu görevlisinin özel nitelikteki kötüye kullanmalarını suç olarak düzenlemiş olsa bile; hayattaki olayların sonsuz çeşitliliğini ve devletin gittikçe kompleks hale gelen yapısını da gözeterik genel bir norm oluşturma ihtiyacı hissetmiştir. Özel normun kıyas ile genişletilmeyasağı, yasa koyucuya torba bir madde tanziminden başka bir seçenek de bırakmamıştır. Toplum iradesini kullanma yetkinliğine sahip olan kamu görevlisinin bunu suiistimali halinde disiplin sorumluluğu düşünölse bile, bu tek başına kâfi gelmemekte; mağdur olan toplumdaki bireylerin mağduriyetini tatmin ve tamir edememektedir. Çalışma konumuzu teşkil eden “görevi kötüye kullanma” suçu bu nitelikleri haiz bir yapıdadır.

765 sayılı TCK’daki görevi kötüye kullanma suçu ile 5237 sayılı TCK’nın oluşturmuş olduğu görevi kötüye kullanma suçu arasında birçok fark bulunmaktadır. Eski yasa döneminde bağımsız birer suç olarak düzenlenmiş bulunan suçlar yeni düzenleme ile tek kalem altında ele alınmış ve ortak isim almıştır. Yeni bir suç tanzimi olsa da(özellikle yer

verdiği cezalandırılabilme şartları bakımından) görevi kötüye kullanma suçunu irdelerken, çalışmamızda uygulamadaki durumu da yansıtabilmek için Yargıtay’ın eski içtihatlarına da yer verdik.

Tezimiz; giriş, üç bölüm ve sonuçtan ibarettir;

“**Suçta genel bakış**” başlıklı birinci bölümde, suça dair tarihçe, mukayeseli hukuktaki durum, hukuki nitelik ve kamu idaresine karşı işlenen suçlar ile korunan hukuki menfaat konuları ele alınıp irdelenmiştir.

“**Suçun unsurları**” başlıklı ikinci bölümde suçun tipiklik, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları ortaya konulmuştur. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun benimsediği suç teorisi ışığında unsurlar ele alınmış, faile dair açıklama ve incelemelere de maddi unsur şemsiyesi altında yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde ise “**görevi kötüye kullanma suçunun özel beliriş şekilleri,kovuşturma usulü ve yaptırım**” bahisleri üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇA GENEL BAKIŞ

I. KANUNİ HÜKÜM

Görevi Kötüye Kullanma suçuna; 5237 sayılı TCK'nın 2. Kitabının, Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı 4.Kısımının, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar adlı 1. Bölümünde yer verilmiştir. İncelemek konusu suç, TCK'nın 257. maddesinde **“(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**

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

(3) 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.”¹ şeklinde düzenlenmiştir.

Yeni Ceza Yasası'nda tek madde altında kaleme alınan bu suç; mülga 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı TCK'da bulunan, görevi kötüye kullanma(md.240)², görevi ihmal(md. 230)³, kişilere

¹ **Yılmaz, Zekeriya;** Anayasa TCK-CMK İnfaz Kanunu, Ankara, 2005, s. 187

² **765 sayılı TCK'nın 240. maddesi –“** Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı ha- filetici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde onikibin liradan altmışbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.” **şeklindedir.**

karşı keyfi muamele(md.228)⁴ ve basit rüşvet alma(md. 212/1)⁵ suçlarının mecmuundan ibarettir.⁶ Dolayısıyla yeni görevi kötüye kullanma suçu için, üç tam ve bir yarım suçun toplamından meydana gelmiştir demek, yanlış olmayacaktır.⁷

II. TÜRK CEZA HUKUKU BAKIMINDAN SUÇUN TARİHÇESİ

A) TCK md. 257/1 Açısından

Görevi kötüye kullanma suçu denildiğinde eTCK md. 240'taki suç akla geldiğinden; tarihçe bölümüne bu suça yer vererek başlayıp, daha sonra suçun diğer biçimlerini inceleyeceğiz.

Mülga 765 sayılı TCK, her ne kadar 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiş olsa da tıpatıp madde tercümelerinden oluştuğu söylenemez. Bazı suç tanzimlerinde sosyal dokumuz da gözetilerek eski hukukumuzdan, yasalarımızdan istifade edilmiştir.⁸ Gerçekten

³ **765 sayılı TCK'nın 230. maddesi** –“ Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve altıbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolunur. Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettilir.” **şeklindedir.**

⁴ **765 sayılı TCK'nın 228. maddesi** –“ Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır. Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.” **şeklindedir.**

⁵ **765 sayılı TCK'nın 212/1. maddesi** –“ Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimseye dört yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası verilir.” **şeklindedir.**

⁶ **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner;** 5237 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2005, s. 677, **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat;** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2006, s.608; C.G.K., 18.10.2005, E.2005/4.MD-96, K.2005/118(Y.K.D.; C.32, S.1, Ocak 2006, s. 124)

⁷ “..Tasarıda yer alan ‘Genel olarak görevi kötüye kullanma’ başlıklı 488, ‘Görevi ihmal’ başlıklı 491 ve ‘Keyfi muamele’ suçunun tanımlandığı 480 inci madde hükümleri birleştirilerek, genel mahiyette ve icrai veya ihmali davranışla işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu olarak tek madde altında düzenlenmiştir...” **Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 Tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 Sayılı Rapor(Özgenç, İzzet; Yeni Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler), 3.Bası, Ankara, 2006, s. 54)**

⁸ **Vidinli, İbrahim;** Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme, Adalet Dergisi, C.37, 1946, s.336

240. maddenin de bu anlamda mehzaz kanunda bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu suç; 1926 tarihli 765 sayılı TCK' ya, 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin(Mehazı 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'dur.⁹) 102. maddesinden ithal edilmiştir.¹⁰ Ceza Kanunnamesi'nin ilk halinde olmayan bu hüküm, 23 Nisan 1330(1914) tarihinde ve (1) no'lu zeyl ile eklenmiştir.¹¹ Şunu da belirtmeden geçmeyelim; 240. madde,102. madde menşeli olsa da arada bazı farkların olmadığı söylenemez.¹² Ancak bu farklılıklar suçun temel yapısına müdahale eder nitelikte olmayıp, cezalara ve gramatik dokuya yöneliktir.

Aslında mehzaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, görevi genel kötüye kullanma suçundan mahrum bir yasa değildi. Mehazın 175. maddesinde¹³ düzenlenen bu suç tipi de iktibas edilmiştir. 765 sayılı TCK'nın 2. kitabının, **Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler** başlıklı 3.babının, **Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar** adlı 4. faslındaki 228. madde bu hükmün karşılığıdır. Bir eylem, özel nitelikteki bir keyfi muameleye veya görevi kötüye kullanma kapsamına girmiyorsa o halde 228.maddedeki genel suç ve yaptırımı devreye girecektir. Madem ki böyle bir genel norm var o zaman neden ayrıca 240. madde ithaline gerek duyulmuştur sorusu akılları karıştırmaktadır.

Kanaatimizce bunun cevabı 228 inci maddedeki “..bir şahıs hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimal” lafzındadır. Buradaki hüküm genel olsa da, sadece şahsa karşı yapılan keyfi veya sert muameleler yönünden uygulanma kabiliyetini haizdir. Mağdur bir

⁹ **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**; Nazari ve Tatbiki Türk Ceza Hukuku Genel Kısım, 12.Baskı, İstanbul, 1999,s. 224

¹⁰ **102 inci madde** “Maiyet memuru, mafevkinde bulunan amiri tarafından vazife-i memuriyetine ait olan tenbihatı infaz ve icrada bila-sebeb-i sahih terahi ve kusur eder ise, bir aylık maaş miktarı cezayı nakdi alınır. Ve eğer zabitanın tenbihatını ademi itaatla icra etmez ise, memur memuriyetinden tard ile tedip olunur, ve bu tehir ve tatil ve adem-i itaat keyfiyetleri devlet ve memleketçe bir mazarratı mucip olur ise, o makule mazarata sebep olanlar haklarında mürettep olan ceza dahi başkaca icra kılınır.” **biçimindeydi. Gökçen, Ahmet**; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s. 117

¹¹ **Cihan, Erol**; Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İ.Ü.H.F. Matbaası, İstanbul, 1979, s.181

¹² **Kunter, Nurullah**; Mahkeme İçtihatları, İ.Ü.H.F.M., S.1, C.XV, İstanbul, 1949, s. 391

¹³ **İCK'nın 175. maddesi**–“Devlet memurlarından her kim, memuriyetine ait vazifeyi suistimal ederek kanun ve nizamın tayin ettiği hallerden başka suretle bir şahıs hakkında keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emrederse ... cezası görür ve bunda hususi bir maksadı olduğu anlaşılırsa ceza artırılır. Memuriyetinin icrasında bir şahsı kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemeye tahrik eden memur aynı ceza ile cezalandırılır.” **şeklindeydi. Majno**; Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.II, Ankara, 1978, s. 180

şahıs olmadığında tatbik imkânı bulamayacaktır.¹⁴ İşte kanun koyucu genel nitelikteki tüm görevi kötüye kullanmalar da müeyyideye tabi olsun diye 240. maddeyi, kanuna monte etmiştir. Şunu belirtmeliyiz ki 240. madde varken, 228.maddeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü 228. maddeye göre daha kapsayıcı mahiyette olup şahsa karşı yapılan keyfi muameleleri de içermektedir. 228.maddeye hiç yer verilmemesi kanun yapma sistemiği açısından daha doğru olacağı gibi; iki normu uygulamada, tatbikatın yaşadığı gereksiz tereddüt de bertaraf edilecekti. İki hüküm de genel–tamamlayıcı olmalarına rağmen aralarında zoraki bir özel-genel ayrıştırması yapılmaya çalışılmıştır(228.md’ye göre suç oluşmadı ise 240.md.’ye başvurulurdu).¹⁵ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 175.(228) maddeden vazgeçmiş, bunun yerine şahsa karşı kötüye kullanmaları da kapsayan bir hükme(md. 323) yer vermiştir.¹⁶

240. madde, 765 sayılı TCK’nın yürürlükten kalktığı 01.06.2005 tarihine kadar iki defa değişikliğe uğramıştır.¹⁷ İlk değişiklikte cezalar arttırılmış¹⁸, ikinci değişiklikte¹⁹ ise madde metninde sadeleştirmeye gidilmenin yanı sıra, yine cezada da arttırım yapılmıştır.

¹⁴ **Kunter**; Mahkeme İçtihatları., s. 392

¹⁵ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s. 608; “TCK’nun 240 ve 228. maddeleri görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarını cezalandırmıştır. İki suç arasındaki ayrım yetkinin kötüye kullanılması sonucu kişilerin ya da görevlilerin haklarının çiğnenip çiğnenmediği ögesinde düğümlenmektedir. Eğer böyle bir hak çiğneme ya da zarar söz konusu ise, eylem, özel ve asıl hüküm olan TCK.nun 228. maddesine; tersi durumda aynı Yasanın daha genel ve yardımcı nitelikte olan 240. maddesine girecektir. Yerleşik Türk ve İtalyan Yargı kararları bu doğrultudadır.”(4.C.D., 11.02.1998, 11492/819) **Özgenç, İzzet-Şahin, Cumhuriyet**; Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S.1-2, 2002, s. 210

¹⁶ **1930 İtalyan Ceza Kanunu’nun 323. maddesinde**; “Görevine bağlı yetkilerini bir şahsa zarar vermek veya ona bir menfaat sağlamak kastıyla kötüye kullanarak kanunun özel bir hükmü ile suç olarak tespit edilmemiş herhangi bir fiil işleyen memur....cezalandırılır.” **denilmektedir. Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2003, s. 452

¹⁷ **240. maddenin ilk şeklinde** ”Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suistimal eden memur derecesine göre üç aydan üç seneye kadar hapsedilir. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde bir aydan az olmamak üzere hapis ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakti ile cezalandırılır ve herhalde müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrum edilir.” **denilmektedir. Erem, Faruk**; Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Mer’iyet Kanunu, 2.Bası, Ankara, 1948, s.273

¹⁸ 09.07.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesi; ”240 ıncı madde, ceza kanunumuzda memuriyet vazifesini suistimal edenlere verilecek cezayı ihtiva etmektedir. Memurların, vazifelerinden dolayı işledikleri suçlara dair verilecek cezalar, diğer maddelerde de muayyen bir nispet dahilinde arttırılmış olduğundan, bu maddelerdeki cezalar da diğer maddelere uygun bir şekle sokularak, cezası arttırılarak kabul edilmiştir.” şeklindedir. **(22.02.1953 gün ve karar no.32 sayılı Adalet Komisyonu Raporu), Çağlayan, Muhtar**; Görevi Kötüye Kullanma Cürmü Üzerine Bir İnceleme, Adalet Dergisi, S.2, 1980, s.156

¹⁹ 12.06.1979 tarih ve 2248 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesi; “Bugünkü koşullarda son derece etkisiz kalan cezalar ağırlaştırılmak suretiyle, yaptırımın etkinliği sağlanmak istenmiştir.”

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden itibaren, 257/I. madde herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

B)TCK md.257/II Açısından

Maddenin ikinci fıkrasındaki suç tipi, mülga 765 sayılı TCK'daki 230 uncu maddeye karşılık gelmektedir.²⁰ 230 uncu madde mehzaz yasa olan İtalyan Ceza Kanunu'nun 178. maddesini kendisine esas alır.²¹ Görevi ihmal suçunu düzenleyen 230 uncu madde kanunun yürürlükte bulunduğu dönem(01.03.1926-01.06.2005) içerisinde 240. maddeyle benzer olarak, iki defa tadil görmüştür. İlkinde²² sadece suçun cezası arttırılmış; ikincisinde²³ ise hem metin sade kılınmış hem de cezada yine arttırıma gidilmiştir.^{24 25}

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden itibaren, 257/II. madde herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

C)TCK md. 257/III Açısından

765 sayılı TCK'da, uygulama ve öğretinin basit rüşvet olarak kabul ettiği suç(md.212/I); rüşvet suçları arasından çıkartılıp 257. maddeye son fıkra olarak ilave edilmiştir.²⁶ Mülga

şeklindedir.(Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığı İfadeli 21.041978 gün ve 101-259/04616 sayılı Hükümet Gerekçesi), Çağlayan; a.g.e., s. 156

²⁰ Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s.618, Artuk – Gökçen – Yenidünya; Özel(6.Bası), s.679

²¹ 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 178.maddesi; -"Her ne vesile ile olursa olsun ve hatta isterse kanunun sükûtu, müphemiyeti ve ademi kifayeti veya tenakusu pahasına müstenit bulunsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal veya imtina gösteren memur elli lireden bin lirete kadar para cezasına mahkum edilir." şeklindeydi. Majno; a.g.e., s.185

²² 09.07.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik

²³ 12.06.1979 tarih ve 2248 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik

²⁴ 230. maddenin ilk hali:"Her ne vesile ile olursa olsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi eden veya amirinin kanuna göre verdiği emirleri makbul bir sebep olmaksızın yapmayan memur otuz Liradan yüz Liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.

Bu ihmal ve terahiden veya amirin kanuni emirlerini yapmamış olmaktan Devletçe bir mazarrat husule gelmiş ise derecesine göre bir aydan üç seneye kadar hapis cezasile birlikte müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası dahi hükmolunur.

Her iki surette memurun terahisinden veya verilen emri yapmamasından efratça bir türlü zarar hasıl olmuş ise o da başkaca ödettirilir." şeklindeydi. Vidinli; a.g.e., s. 338

²⁵ Önder, Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Beta, İstanbul, 1991, s.154

²⁶ Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s.621, Artuk – Gökçen – Yenidünya; Özel(6.Bası), s. 679, Artuç, Mustafa-Bayyurt, Yıldırım; Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablololu Eski ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK 5271

Yasa'nın 212, 213 ve 225. maddelerinde yer alan hükümler 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı yasa ile 212. maddede toplanmıştır.²⁷

III. MUKAYESELİ HUKUK

Kanun koyucular genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçlarını ceza yasalarına alırken(veya almazken) iki sistemi benimsemişlerdir:

- Bunlardan birinci grup; memurlar için özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçlarını düzenlemiş olup ayrıca genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçuna yer vermemiştir. Memurların sadece özel mahiyetteki suçlardan sorumlu olduğu sisteme 1810 Fransız, 1935 Çin, 1940 Brezilya ve Alman Kanunları örnek gösterilebilir.²⁸ Fransız Ceza Yasası, konut dokunulmazlığını ihlal(md.184),ihkak-ı haktan imtina(md.185), kanun ve nizamın tayin ettiği haktan başka surette şahıslara karşı şiddet kullanma(md.186), posta idaresine tevdi edilen mektupların ortadan kaldırılması veya açılması(md.187) gibi münferit görev suçları tanzim etmiş; genel kötüye kullanma cürmüne yer vermemiştir. ²⁹ 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası da 1810 tarihli yasa ile aynı sistemi benimsemiştir. Ancak şunu vurgulamalıyız ki yeni yasa, tüm özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçlarını “Yetkiyi Kötüye Kullanma(abus d’authorite)” başlığı altında düzenlemiştir(432. maddenin unsurları olarak).³⁰
- İkinci sistemi benimseyen grup ise; evvela özel nitelikte memur suçlarını düzenlemiş ardı sıra da genel mahiyette bir kötüye kullanma suçuna yer vermiştir. Yapılan bir hareket şayet münferit suçların kapsamı dâhiline girmiyorsa, genel mahiyetteki norma müracaat edilecektir. Bu sistematığı benimseyen kanunlara, 5237 sayılı Türk(md.257), 01.01.1933 Danimarka(md.155), 19.10.1930 İtalyan(md.323), 17.08.1950 Yunan(md.259), İsviçre(md.312), Polonya, Romanya,

Sayı CMK 5275 Sayılı CGİK, 5.Baskı, Ankara, 2007, s.258, **Bektaş, Mustafa**; Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006, s.3

²⁷ **Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık**; Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.II, 3. baskı, Ankara, 1999, s. 2343; **Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut**; Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.II, Ankara, s.1594

²⁸ **Önder**; a.g.e., s.161; **Özgenç-Şahin**; a.g.e., s.192

²⁹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 679-80

³⁰ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s.608-9

İsveç Kanunları örnek verilebilir.³¹ Bu grup, genel bir ceza normu tanzim etmiş olsa da düzenleme tarzları farklıdır. Bazı kanunlar bu suçun oluşabilmesini kabul için zarar oluşumunu veya failde menfaat temini saikini unsur olarak ararlar. 5237 sayılı Türk, Küba, Romanya, İsveç Kanunları bu suç tipini ihlalde “zarar”ın meydana gelmesini aramaktadırlar. Avusturya, Danimarka, İtalya ve İsviçre faildeki saike önem verir. Bazı kanunlar ise ne zararı ne de saiki suçun unsuru olarak arar. 765 sayılı Türk, Çekoslovakya, Yugoslavya kanunları buna örnektir.³² Bu kanunlarda eylemin bilerek ve istenerek yapılmış olması yeterlidir. “Zarar” veya “saik” bazen suçun ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin; 765 sayılı TCK md.228/I-2.cümle, md.230/II.

Bu iki sistemden birisini benimsemede kanaatimizce etkili olan husus “suçta ve cezada kanunilik” ile “toplum tarafından kınanan eylemlerin cezasız kalmaması” arasında yapılan mukayese ve tereddüttür. “Kanunilik” ilkesi için, ceza hukukunun en büyük kazanımı hatta omurgasıdır demek, abartı olmayacaktır. Bu ilkeyi; koyduğu ceza normu ile örselemek, kanun koyucunun her zaman korkulu rüyası olmuştur. Bir yanda bu hassasiyet; öte yanda toplumun direnci, hoşnutsuzluğu ile karşılaşan eylemler. Ceza hukukunda, genel normlara yönelik en büyük eleştiri; “kanunilik” ilkesinin -belirlilik-³³ unsurunu ihlal ettiği yönündedir. Yasa koyucu böylesi bir düzenlemeye aslında kendisi de pek hevesli olmamasına rağmen, sınırlı öngörüsü nedeniyle bazı eylemlerin cezasız kalması riskini de üzerine almak istemez. Bu bahsi çalışmamızın daha sonraki kısımlarında tekrar açmak üzere burada kapatıyoruz.

Maddenin 3. fıkrasına mukayeseli hukuktaki rüşvet suçları açısından bakmak yararlı olacaktır. Kanunların nerdeyse tamamı göreve uygun veya aykırı eylemlerin yapılması için menfaat teminini basit ve nitelikli rüşvet olarak düzenlemişken(765 sayılı TCK, Federal Almanya, Avusturya, İtalyan, Çekoslovak, Romen Ceza Kanunları gibi); kimisi basit rüşvet verme suçuna yer vermemiştir(İsviçre ve 5237 sayılı TCK).³⁴

³¹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s.680; **Önder**; a.g.e., s.162; **Gözübüyük, Abdullah Pulat**; Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.II(Hususi Kısım), 5.Bası, İstanbul, s.171

³² **Önder**; a.g.e., s.162

³³ **Bakıcı, Sedat**; 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2007, s. 17

³⁴ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 640

IV. HUKUKİ NİTELİK

Görevi Kötüye Kullanma suçunu düzenleyen 257. maddenin ilk iki fıkrası tamamlayıcı, genel mahiyette bir hükmüdür.³⁵ Kanunun özel olarak yaptırımı bağladığı eylemlerden(zimmet-md.247, irtikâp-md.250, rüşvet-md.252, yetkili olmadığı iş için yarar sağlama-md.255, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması-md.256, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi-md.279, haksız arama-md.120 vb. suçlar) olmayan davranışlar, gerekli unsurları ve özellikleri taşımaları halinde bu madde hükmüne göre değerlendirilecektir.³⁶

Her iki fıkranın da başında yer alan “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...*” ibaresi bunu açıkça ortaya koymaktadır.³⁷ Bu ifade; anılan hükmün yardımcı norm niteliğinde olduğunu, asli normun varlığı halinde uygulanamayacağını belirtmektedir. Hareketin bir normla beraber zorunlu olarak diğer bir normu da ihlal etmiş olması halinde asli-yardımcı norm ilişkisi söz konusu olur ki, bu durumda **yardımcı normun sonralığı** ilkesi geçerlidir.³⁸ Genel hükümdeki ceza daha ağır olsa bile bu ilkeden vazgeçilmeyecektir. Özel

³⁵ **257. madde gerekçesinde**; “Bu yükümlülükle bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, bu bakımdan genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır.” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt**; a.g.e., s. 411

³⁶ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 681; **Önder**; a.g.e., s. 163-4; **Gözübüyük**; Şerh., s.170-183-241; **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s.609; **Malkoç-Güler**; a.g.e., s. 1658,1725; **Vidinli**; a.g.e., s. 337; **Cihan**; a.g.e., s.183; **Soyaslan, Doğan**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2005, s. 521; **Demirbaş, Timur**; Türk Ceza Hukukunda Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1-4, Ankara, 1987, s. 250; **Özgenç-Şahin**; a.g.e., s. 193-206-213; **Evliyaoğlu, Erkal**; Memurlarla İlgili Suçlar, Ankara, 2001, s.603;

“..İptali istenen T.C.K.nun 240 ıncı maddesinde ise genel olarak görevi kötüye kullanma suçları sözkonusudur. Maddede –Kanunda yazılı hallerden başka her ne surette olursa olsun vazifesini suistimal eden- denilmesinin sebebi, yukarıda örneğini verdiğimiz maddelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı da kapsayan nitelikleri belli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezasız bırakılmamalarını sağlamaktır.....”Anayasa Mahkemesi, E.1965/27, K.1965/55, T.12.10.1965, **R.G.07.01.1966**;

“...TCK.’ nun 240. maddesi -yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur....- hükmünü içermektedir. Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, bu madde ancak yasada yazılı hallerden başka şekilde memurların görevlerini kötüye kullanma suçlarına uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğindedir. Halbuki 513. madde, köy tüzel kişiliğinin malı olan ve köylülerin ortaklaşa yararlandığı harman yeri, mer’a ve yol gibi yerleri sürüp ekenler için getirilmiş özel bir hükmüdür. Bir olayda uygulanabilecek iki hükümden özel nitelikte olanın, genel nitelikte olanına üstün tutulması hukukun ana kuralı olduğuna göre, suçu işleyen köy orta malını korumakla görevli muhtar ve kurul üyesi de olsa, sürüp ekmekteki kastının kişisel veya köy bütçesine gelir temin etmeye yönelik olup olmadığına bakılmaksızın 513. maddeyle uygulama yapılması gerekir. C.G.K., 13.03.1989, 4535/96”, **Savaş-Mollamahmutoğlu**; a.g.e., 2448-9

³⁷ Bazı yazarlar bu madde için “kırkambar” nitelemesini kullanmaktadır. **Yasa, Ferit**; Son Ceza Kanunu Tadilatında Birinci Madde ve Ceza Kanununda Sarahatsız Suç Var Mıdır?, A.C., S.22, 1936, s.1535

³⁸ **Hakeri, Hakan**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2005, s. 341-342

hükmün özdeş konuda öncelikle uygulanacağı kuralı “lex specialis derogat lex generalis” her daim yürüyecektir.

Suçun son fıkrası ise; irtikâp(md.250) suçuna göre tali vaziyette bir suç tipidir. Bilindiği üzere, yapmak zorunda olduğu bir görevi yapması için; muhatabı olan vatandaşı bir menfaat teminine zorlayan kamu görevlisi irtikap suçunu işlemiş olur. Madde metninde de belirtildiği üzere, irtikâp boyutuna ulaşmamış; görevinin gereklerine uygun davranmak için kendisine veya başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, görevini kötüye kullanmış olur. Nitekim madde gerekçesinde de “.....kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hâllerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikap suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.”³⁹ denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Şunu belirtmeliyiz ki mülga yasa sistematığı dolayısıyla oturmuş “görevi kötüye kullanma” ve “görevi ihmal” ayrışmasının tek madde altında kaleme alınması terminoloji açısından taşları yerinden oynatmıştır.⁴⁰ 5237 sayılı TCK’nın, bu denli bir sadeleştirmeyi ilke edindiğini söyleyebiliriz. Gerçekten de eski yasada yer alan birçok kurum ve suçun yeni yasadaki düzenlenme biçimine bakıldığında bu kolaylıkla anlaşılabilir. Örneğin; tam-eksik teşebbüs ayrımının tek maddede(md.35) teşebbüs olarak, hakaret-sövme suçlarının sadece hakaret suçu(md.125) olarak tanzimi gibi..

Basit rüşvetin, rüşvet suçları arasından çıkarılıp görevi kötüye kullanma suçu olarak tanzim edilmesi ise kanaatimizce kamu idaresinde sağlanmak istenen tarafsızlık, eşit işlerlik hedefini örseleyici nitelikte olup, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygunluğu tereddütlü

³⁹ Artuç-Bayyurt; a.g.e., s.413

⁴⁰ Yenidünya, Caner; 2004 Türk Ceza Kanunu’nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, S.5, 2005, s.129

niteliktedir.⁴¹ Yolsuzlukla mücadele açısından bu politikanın sakıncası ortadadır.⁴² Çünkü “karşılaşma”⁴³ suçu olan rüşvette, alanla birlikte veren de sorumlu olur; oysa görevi kötüye kullanmada rüşvet veren mağdur olarak kabul edilecek ve sorumlu olmayacaktır(iştirak yönünden gereken irdelene çalışmamızın –iştirak- bahsinde yapılacaktır).⁴⁴ Ayrıca rüşvet suçu ile görevi kötüye kullanma suçları için öngörülen cezaların farklılığı da bariz niteliktedir. Caydırıcılığın daha da yüksek olabilmesi için cezanın ağırlığı elbetteki tek başına yeterli değildir ancak önemli bir araç olduğu da yadsınamaz.⁴⁵

V. KAMU İDARESİNE KARŞI İŞLENEN BİR SUÇ OLARAK GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU ve BU SUÇTA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Suçların tasnif edilmesi, bir normun anlamının ve uygulanma alanının belirlenmesini kolaylaştırır; suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların belirlenmesine yardımcı olur. Bu nedenle suçların tasnif edilmesi yani gruplar ve alt gruplar halinde düzene sokulması zorunludur. Sınıflandırmada “hukuki konu” da, suçun doğrudan ihlal ettiği varlık veya menfaati gözetken bir ayrıştırma argümanıdır.⁴⁶

En ilkel toplumlardan tutunuz da günümüzün karmaşık ve en üst mertebedeki birlikteliklerinin tümünde ferdin yaşamını düzenleyen bir otoriteye rastlamak mümkündür.

⁴¹ **252.md.(Rüşvet) gerekçesinde;** “Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve “satın alınamaz” oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır...”denilmektedir. **Artuç-Bayyurt;** a.g.e., s. 403

⁴² **Artuk, Mehmet Emin-Çınar, Ali Rıza;** Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, in: Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör: Ergül, Teoman), Ankara, 2004, s. 81 **Mahmutoğlu, Fatih Selami;** TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, in: Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör: Ergül, Teoman), Ankara, 2004, s.376; **Yenidünya;** a.g.e., s.126

⁴³ **Artuk-Gökçen-Yenidünya;** Özel(6.Bası), s. 628

⁴⁴ **Tezcan-Erdem-Önok;** a.g.e., s. 621

⁴⁵ “..Bir cezanın kendisinden beklenen faydaları temin edebilmesi için, bu cezanın verdiği azap ve şiddetin, o suçun işlenmesinden hasıl olacak faydayı aşmış bulunması kâfidir...işte bu hududu geçen bütün cezalar faydasız ve binaenaleyh zulümdür...cezaların şiddeti bir milletin bulunduğu hayat şeraitine ve mevcut ahvale uygun nisbette olmalıdır...” **Beccaria;** Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi(Çev. Muhittin Göklü), İstanbul, MCML, s. 221-223;

“..suç işlemeyi frenleyecek en iyi çare, cezanın şiddeti olmayıp,lakin cezanın gayrı kabil içtinap olduğu kanaatinin yerleşmesidir....Mutedil bir cezanın muhakkak tatbik edileceği korkusu, tatbikinden kaçınmak ümidini veren şiddetli bir cezadan daima müessir olmuştur...semanın mukaddes kızı olan ümit, ne kadar seyrek olsa da, cezadan sıyrılabilmek misalleri karşısında, canının müfekkiresine hakim olur...” **Beccaria;** a.g.e., s. 269

⁴⁶ **Toroslul, Nevzat;** Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, A.Ü.H.F.Yay., 1970, s. 39 vd.

Elbetteki bu otoritelerin başında, diğer güç ve iktidar odaklarının yaşam limitlerini belirleyen, **devlet** gelmektedir.⁴⁷ Bir şef, belli bir topluluğu hakimiyeti altına alır ve bu topluluk şefin ölümünden sonra dağılacığı yerde bir tek ortak otoriteye uymakta devam ederse o andan itibaren devlet var demektir.⁴⁸

Her varlık gibi, “devlet” de kendisini koruma ihtiyacı hissetmiş ve yasalarla bunu temin etmiştir.

Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları dışında kalan ve fakat toplumun kamusal yaşamına etkisi olan bazı faaliyetler bu kavramın içinde düşünülememektedir. Günümüzdeki özelleştirme çabalarına rağmen, esasen özel hukuk kurallarına tabi olan bir takım kuruluşların siyasal ve sosyo-ekonomik sebeplerle kamu hukuku alanına alınan, Kamu İktisadi Kuruluşlarının korunmaları gerekliliği karşısında, Devlet İdaresi aleyhine işlenen cürümler yerine kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar kavramını kullanmak daha doğru bir tercihtir.⁴⁹

Kamu idaresi, devleti ve diğer kamu tüzel kişileri de bağrına alan daha geniş bir nitelik arz etmektedir. Gerçekten toplum ilerledikçe artan kollektif ihtiyaçları karşılamak üzere, devletten başka kamu tüzel kişilerinin meydana gelmesi kaçınılmazdır. İl, belediye, köy gibi yersel yerinden yönetim esasına göre oluşturulan kamu idareleri ile; hizmet yerinden yönetim ilkesine göre kurulan üniversiteler gibi kamu kurumları da toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması hususunda devletin yanında fonksiyonlar ifa ederler.⁵⁰

Görevi kötüye kullanma suçu da kamu idaresinin işleyiş ve güvenilirliğine karşı işlenen bir suçtur.

Bu suç tanzimi ile korunan hukuki yarar, kamu görevinin, kurallar ve uygulamalarla belirlenen disiplin ve düzen içinde yürütülmesinin sağlanması ve devlet idaresinin olumsuz davranışlarla zarara uğramasının önlenmesidir. Kamu görevlilerinin işlerini zamanında ve düzenli yapmaları, görevlerini ve hizmetlerini etkin bir biçimde yerine getirmeleri güvence

⁴⁷ **Yarsuvat, Duygun;** Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İ.Ü.H.F.M., C.XXX, S.3-4, 1965, s. 666

⁴⁸ **Artuk-Gökcen-Yenidünya;** Özel(6.Bası), s. 479

⁴⁹ **Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut;** Memurlar ve Suçlar, Ankara, 1998, s. 19

⁵⁰ **Onar, Sıddık Sami;** İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3. Baskı, İstanbul, 1966, s. 14

altına alınmak istenmiş ve işlerin zamanında, etkili ve düzenli yapılmasını önleyecek her türlü kötüye kullanma, ihmal veya gecikmenin önlenmesi amaçlanmıştır.⁵¹ Korunan hukuki yarar sadece bu olmayıp; kanaatimizce, kamudan hizmet alan kişilerin yararlarını korumak daha önceliklidir. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlılık açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın da sarsılmaması gerekir.⁵²

Bu gruba giren suçlarda genel olarak şu unsurları görmekteyiz:

-Devletin fonksiyonlarını ifa ile mükellef yetkili bir şahsın mevcudiyeti,

-a) Bu yetkili şahıs tarafından yetki ve sıfatını muhtelif şekillerde kötüye kullanarak, veya
b) Diğer hususi şahıslar tarafından, devletin fonksiyonlarının yerine getirilmesinin önlenmesidir.

Bu üçlü münasebet bize kamu idaresi aleyhine işlenen suçların temel karakterini vermektedir.⁵³

⁵¹ **Özenbaş, Nazmiye;** Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri (TCK m. 230, 240)[Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi], Eskişehir, 2004, s. 10

⁵² “..korunan değerler, kamu görevlerinde ve hizmetlerinde aranan yasal disiplin, yansızlık, dürüstlüktür...yani sıra, bireysel/anayasal haklar da korunmaktadırlar..” **Selçuk, Sami;** Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk, Ankara, 2002, s. 230

⁵³ **Yarsuvat;** a.g.e., s. 688

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN UNSURLARI

I. TİPİKLİK

A) Kavramsal İrdeleme

Bazı müelliflerin “kanuni unsur” olarak da isimlendirdiği “tipiklik” unsuru, suç sayılan fiilin ceza normunda yapılan soyut tasviri ve betimlenmesidir. Kazuistik metodun zorluğu karşısında tercih edilen bu yaklaşımda, somut olayların soyutlanması neticesinde ceza tehdidi altına alınan suç kalıpları meydana getirilmektedir. Bir eylemin suç teşkil edip etmediğini tespitte izlenecek yol, bahse konu yasa normu ile hareketin üst üste çakışıp çakışmadığıdır.⁵⁴ Normu bir elbise, hareketi(icrai veya ihmali) de bir insan bedeni olarak kabul edersek; dikilen elbisenin bedene uygunluğu tipikliğin kendisidir. Ceza normunu örseleyerek-zorlayarak, yapılan eylemi suç kapsamına sokmaya çalışmak; ceza hukukunun tahammül edemeyeceği bir olgu olduğu gibi, ceza normunun söylemediği bir şeyi işkence etmek suretiyle onun ağzından almaktır.

Her ne kadar “kanuni unsur” ile “kanunilik” ilkesi aynı değilseler bile; birinin diğeri ile tamamen ilgisiz olduğu da söylenemez.⁵⁵ Nitekim “kanunilik” ilkesinin bir sonucu olan “kıyas yasağı” ve “belirlilik”⁵⁶ ilkeleri suçun tipiklik unsuru ve sanık menfaatleri için büyük

⁵⁴ **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**; 5237 sayılı TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler (I), 2. Baskı, Ankara, 2006, s.411

⁵⁵ Tipikliği “kanunilik” ilkesinin bir parçası olarak yorumlayan düşünürler de vardır. Bkz.; **Dönmezer-Erman**; a.g.e., s.362; **Kunter, Nurullah**; Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949, s.39

⁵⁶ 5237 sayılı TCK md. 2/1’deki “açıkça” ifadesi bu ilkeye tekabül eder.

bir güvencedir. Kanun metninde açıkça anlaşılmadıkça hiçbir eylemin tecziyesine gidilemeyecektir. 5237 sayılı TCK bu konuda daha da titizlenmiş, hukukun doğal bir anahtarı olan yorumda⁵⁷ bile; yorum genişliğinin kıyas boyutuna varmaması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁵⁸ 765 sayılı TCK’da kıyas yasağına dair bir hüküm yoktu; tabi bu kıyas yapılabileceği anlamına gelmiyordu.⁵⁹ Çünkü asırlar boyu süren bir mücadelenin eseri olan kanunilik ilkesi, ceza hukukunda yazılı mevzuattan bile daha kavi bir yapıya sahiptir. Medeni hukukta yargıca tanınan kanuni boşlukları doldurma yetkisi⁶⁰, ceza hukukunda bulunmamaktadır. Hatta medeni hukukta boşluk doldurma vasıtası olan örf ve adet; ceza hukukunda suç için daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl dahi olabilmektedir.⁶¹

⁵⁷ **Beccaria**, hâkimin yorum yapmasına dahi karşı çıkmaktadır. “..Ceza hakimleri, kanun vazı olmamaları hasebile, ceza kanunlarını tefsir etmek hakkına malik olamazlar..Her insanın kendine has bir görüş tarzı vardır. Hatta, aynı adam, aynı şeyi ayrı ayrı zamanlarda başka başka şekillerde görüyor. Böyle olunca, bir kanunun ruhu, hakimin doğru veya hatalı mantık mülahazalarına bağlı kalacaktı. Hakimin iyi veya kötü çalışan midesine, ihtiraslarının şiddetine, maznunun acıklı hallerine, mağdurla aralarındaki münasebetin tarzına ve mütehavvil insan mefkuresindeki şeylerin manzarasını değiştiren bütün diğer küçük amillere bağlı kalacaktır...” **Beccaria**; a.g.e., s. 141, 144

⁵⁸ **5237 sayılı TCK’nın 2/3. maddesi**; -“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” **şeklindeki hükmü ile bunu ortaya koymaktadır. 2.madde gerekçesinde**; “Bu norm yeni Fransız Ceza Kanunu’nda “Ceza kanunları dar yorumlanır” şeklinde ifade edilmiştir.” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt**; a.g.e., s.33

⁵⁹ 765 sayılı TCK md. 491’e, 1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun ile “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır.” fıkrası eklenmezden evvel “...başkasına ait bulunan telefon hattına sahibinin izni olmaksızın saplama yapmak suretiyle yararlanan kişinin fiilini...” suç sayan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 06.04.1990, 1989/2,1990/2(R.G. 29.06.1990/20563, s.11) kararının eleştirisi için bkz.; **Özgenç**; a.g.e., s. 83

⁶⁰ **İmre, Zahit**; Medeni Hukuka Giriş, 3.Bası, İstanbul, 1980, s.186;

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi;

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” **şeklinde dir. Güler, Ahmet Hamdi**; Hukuk ve Yargılama Usulüne İlişkin Temel Kanunlar, Ankara, 2007, s.1

⁶¹ **Nitekim 5237 sayılı TCK’nın 82. maddesinde-** “(1)Kasten öldürme suçunun; j)Kan gütme saikiyle, k)Töre saikiyle,.....işlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” **denilmektedir.**

B) Tipiklik Unsuru Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen normu, “tipiklik” unsuru bakımından tahlil ederken anahtar niteliğindeki bazı kelime ve ibarelere yoğunlaşmanın faydalı olacağına inanıyoruz:

a) *kanunda....*

257. maddenin ilk iki fıkrası bu kelime ile başlamaktadır.

Kanun; anayasanın öngördüğü yetkili organ tarafından, belirtilen usul ve biçimde kabul edilerek yürürlüğe konan (1982 Anayasası md. 88-89) yazılı hukuk kurallarıdır.⁶² Bizim hukukumuzda organik yapı ön plandadır. Yani önemli olan kanunun T.B.M.M. tarafından çıkarılmasıdır.⁶³ Maddi kanun(içeriğin araştırıldığı kanun) ayrımına yer vermeyen anayasa hukukumuz, şekli kanunu yeterli bulmuştur.

Madde metninde kastedilen “kanun” sadece TCK olmayıp, suç ve ceza öngören tüm özel kanunlar⁶⁴ da bu kapsamdadır.⁶⁵ Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere; maddede **“*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...*”** denildiği için öncelikle yapılan eylemin veya gösterilen ihmalin diğer kanunlarda bir suç teşkil edip etmediğine bakılacak, buradaki normu ihlal etmiyorsa ancak o zaman genel hüküm olan 257 nci maddeye müracaat edilecektir. İkinci kapı olması nedeniyle, evvela birinci kapıya başvurulacaktır. KHK⁶⁶ veya bir tüzüğün bu içerikle ele alınması düşünülemez. Çünkü suç tanzim kabiliyeti olmayan, idarenin böylesi düzenleyici işlemleri karşısında özellik-genellik bahis konusu dahi olamaz.

⁶² **Teziç, Erdoğan;** Anayasa Hukuku(Genel Esaslar), 7.Bası, İstanbul, 2001, s.12

⁶³ TBMM’ye tanınan bu yetki devredilemez bir yetkidir. 1982 Anayasası md. 7; “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.”

⁶⁴ “..6831 sayılı yasanın[Orman Kanunu] 14 ve19 inci[uncu] maddelerinde, ormandan ‘ağaç kesen’, ‘yatık veya devrik ağaçları kesen veya götüren’ler için, özel hüküm bulunduğuna göre, sanık hakkında genel nitelikte olan TCK.’nun 240 ıncı maddesi uygulanamayacağından....”(C.G.K., 11.03.1985, 4/205-128), **Savaş-Mollamahmutoğlu;** a.g.e., s.2459

⁶⁵ **Demirbaş;** a.g.e., s. 265

⁶⁶ “...Suç ve ceza hükmü içeren kuralların ancak yasayla düzenlenebileceği, yasa çıkarma yetkisinin de TBMM’ne ait olduğu gerçeği karşısında, hususlarda KHK. çıkararak Bakanlar Kurulunun düzenleme yapmasına Anayasal olanak yoktur....”(C.G.K., 10.05.1993, 4-11/151); **Savaş-Mollamahmutoğlu;** a.g.e., s. 2443

b) suç..

Normu hücrelerine ayırırken, çözümlenmesi gereken bir diğer kelime de “suç”tur.

Suçlar ağırlıklarına göre ayrımlara tabi tutulmuşlardır. Üçlü ayrımı(cürüm, cünha, kabahat)⁶⁷ benimseyenler olduğu gibi, ikili ayrımı(cürüm, kabahatler)⁶⁸ benimsemiş sistemler de vardır.⁶⁹ 765 sayılı TCK’da suçlar; cürüm ve kabahat olarak düzenlenmişlerdir.⁷⁰ İkinci kitapta cürümlere(md.125-md.525), üçüncü kitapta ise kabahatlere(md.526-md.584) yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK ise sadece suçlardan mürekkep olup; kabahatler, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda düzenlenmiştir.⁷¹

257. maddede “suç” ibaresi kullanılmış olduğundan, cezayı gerektirir bir kabahatle kıyaslamaya gidilemeyecek ve direkt olarak görevi kötüye kullanma suçuna müracaat edilecektir. Kamu görevlisinin aldığı cezayla birlikte bazı haklardan yoksunluğu ise, yaptırım bahsinin konusu olup, çalışmamızın ilerleyen safhalarında değinilecektir.

c) görev...

Sözlük anlamı olarak görev; bir nesne veya bir kimsenin yaptığı iş, iş görme yetisi, fonksiyon, demektir.⁷² Suçun başlığında da kullanılan bu kelimeyi suçun maddi unsuru kısmında, “fail”e dair açıklamalarımız içerisinde ele alacağız. Ancak şunu belirtmeliyiz ki “görev” tek başına kullanılacak bir statü değildir. Dolayısıyla kötüye kullanılan ve bu kabiliyeti olan görevin bahsetmiş olduğu yetkinin, kudretin kendisidir.⁷³ Nitekim 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’ndaki görevi kötüye kullanma suçunda “göreve bağlı yetkilerin kötüye kullanılması”

⁶⁷ 1867 Belçika, 1950 Yunan, 1938 Romen Ceza Kanunları(**Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Genel(2. Bası), s.404)

⁶⁸ 1881 Hollanda, 1902 Norveç, 1932 İspanya, 765 sayılı TCK ve Mehazı olan İtalyan Ceza Kanunları(**Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Genel(2. Bası), s.404)

⁶⁹ İslam Hukuku’nda suçlar üçe ayrılmaktadır: a)Allah’ın haklarına karşı işlenen suçlar, b)Kulun çıkarına karşı işlenmiş suçlar, c)Taziren cezalandırılan fiiller. **Gökçen**; a.g.e., s.3 vd.

⁷⁰ **765 sayılı TCK’nın 1/2. maddesi**; -“Suçlar; cürüm ve kabahattir.” **biçimindeydi**.

“Lâyihada en ziyade nazara çarpacak noktalardan biri memnu fiilin cünha, cinayet ve kabahat diye ötedenberi alıştığımız üçe taksimi usulünün terkiyle bunun yerine cürüm ve kabahat namlarıyla ikiye taksimi usulünün kabulüdür. Vaktiyle Fransa’da bu usul sırf mehakim teşkilatının bir neticesi olmak üzere kabul edilmiş, bizim ceza kanununa da oradan geçmişti.”(765 sayılı TCK Adalet Komisyonu Raporu), **Artuk,Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet – Yenidünya,A.Caner**; Gerekçeli Ceza Kanunları, 6. Baskı, Ankara, 2007, s. 405

⁷¹ Şunu belirtmeliyiz ki eTCK’da yer alan bazı kabahatler ise 5237 sayılı TCK’ya suç olarak ithal edilmişlerdir. Örneğin eTCK md. 565’te yer alan kabahat, 5237 sayılı TCK md.179’da “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma” başlıklı suç olarak düzenlenmiştir.

⁷² **Türk Dil Kurumu**; Türkçe Sözlük, C.I, Yeni Baskı, Ankara, 1988, s.563

⁷³ **Kunter**; Mahkeme İçtihatları., s. 395

ifadesi kullanılmıştır.⁷⁴ Suçun başlığı olarak “görevi kötüye kullanma” ibaresini tercih etmek; hem belirtmiş olduğumuz, ancak ”yetki”nin kullanılabilirliği hem de verilen görevin yapılmaması suretiyle ihmali ile onu kötüye kullanmanın terminoloji açısından uyumsuzluğu nedeniyle, yerinde olmamıştır.⁷⁵

d) kişilerin mağduriyeti..

Bilindiği üzere hukuk alanında şahıslar gerçek ve tüzel kişiler⁷⁶ olarak ayrılmaktadır. Tüzel kişiler suç faili⁷⁷ olma yeteneğini haiz olmasalar⁷⁸ da bu zarar görmeyecekleri anlamına gelmez. Hükmi şahsiyete sahip dernekler(TMK md.56), vakıflar(TMK md.101), ticari şirketler(Türk Ticaret Kanunu md.137), kooperatifler(Kooperatifler Kanunu md.1) bu suçtaki mağduriyetin muhatabı olabilirler.

Burada kullanılan “mağduriyet” ifadesi; ekonomik zararı da bünyesine alan, daha geniş kapsamlı bir niteliğe sahiptir. Mülga 240 ıncı maddede suçun oluşumu için herhangi bir zarar şartı aranmıyordu. Ancak “keyfi muamele” suçunu düzenleyen 228’in madde metninde “*bir şahıs... hakkında... keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse...*” ibaresi geçtiği için, suçun vücuda gelmesinde yapılan eylemin veyahut gösterilen ihmalin kişilerle ilgili bir hak ihlaline neden olması aranıyordu.⁷⁹ Bireysel bir hakka yönelik zararı sonuçlayan eylemler 228, girmeyenler ise 240 ıncı madde kapsamında değerlendirilmekte idi.

⁷⁴ **Özenbaş;** a.g.e., s. 94

⁷⁵ “Noter olan sanığın, kimlik denetimi yapmayarak yasaya aykırı vekaletname düzenlenmesine ilişkin etkin eyleminin, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden....”(4. C.D., 07.05.1998, 3832/4846), **Savaş-Mollamahmutoğlu;** a.g.e., 2466

⁷⁶ **4721 sayılı TMK’nın 47. maddesinde;** “Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.

Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.” **denilmektedir.**

⁷⁷ **5237 sayılı TCK’nın 20/2.maddesinde;** “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” **denilmektedir.**

⁷⁸ **Serozan, Rona;** Tüzel Kişiler, İstanbul, 1990, s. 21

⁷⁹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya;** Özel(4.Bası), s. 432; “Yakınanın doğum yapmakta olan eşine tıbbi yardım sağlanması için görevli ebeyi evine götürmek isteğinin haklı bir neden görmeksizin kabul etmeme ve ebeyi göndermemekten ibaret sağlık ocağı hekiminin eyleminin TCK.nun 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, TCK.nun 230. maddesi ile hüküm kurulması..”(4. C.D., 01.03.1999, 12273/669); **Özgenç-Şahin;** a.g.e., s.208; aksi görüş için bkz.; **Gözübüyük;** Şerh., s. 173

257 nci maddede suçun itimamında kişilerin mağduriyetinin aranıyor olması; onu 240. maddeye göre daha dar nitelikli kılmıştır.⁸⁰

Sözlük anlamı olarak mağduriyet; haksızlığa uğramak, kıyınlık, mağdur olma, demektir.⁸¹ Mağduriyet, “zarar”⁸² kavramının da karşılığı olmayıp daha geniş bir niteliği haizdir; kişinin maddi, manevi tüm kayıplarını içerir.⁸³ Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir.⁸⁴ Kişiler yapılan işlemle gelecekte yükselebilecekleri, elde edebilecekleri manevi tatmin sağlayacak olanakları da kaybetmiş olabilirler.⁸⁵ Belli bir konuda yapılmak istenen özel araştırma ve eğitimin maddeye uygun şekilde engellenmesi ile kişi mali açıdan mağdur olmayabilirse de, kazanacağı sıfat ve edineceği “bilgi ve becerilerle” manevi tatmin sağlayabilecekken bundan yoksun bırakılmakla da mağduriyete uğramış olabilir.⁸⁶

Ancak şunu da belirtmeliyiz ki; eğer kamu görevlisinin fiili hukuka uygun ise, bu fiille beraber işlenen veya bu fiile sonradan eklenen bazı hareketler nedeniyle asıl fiil görevi kötüye kullanma teşkil etmez.⁸⁷ Mesela kamu görevlisi, hukuka uygun olarak yapmış olduğu bir işleme hakaret

⁸⁰ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s.612

⁸¹ **T.D.K.**; a.g.e.,s.976

⁸² “..Posta dağıtıcısı olan sanığın,Tebliğat Yasası'nın 21,Tebliğat Tüzüğü'nün 28 ve 29. maddelerine aykırı biçimde usulsüz tebligat yaparak görev gereklerine aykırı davranmak suretiyle katılanın mağduriyetine yol açarak görevini savsadiğı anlaşılmakla,5237 sayılı Yasa'nın 7/2, 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkraları gereği, 765 ve 5237 sayılı TCY'larının ilgili hükümleri karşılaştırılarak,sanık yararına olduğu saptanan yasa hükümleri uyarınca hüküm kurulması zorunluluğu...”(25.09.2006, E. 2005, K. 2006/14279);**Y.K.D.**, C.33, S.1, Ocak 2007, s.174-175

⁸³ “..Mağduriyet kavramı, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlar sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder. İşbölümü gereği sanık C.savcısına düşen soruşturma evrakından 116 adetinde, haklarında işlem yapılan şüphelilerin, makul bir sürede bir karar verilmemesi nedeniyle mağdur oldukları açık olduğu gibi, aynı olaylarda taraf olan suç mağdurları da bu durumdan mağdur olmuşlardır...”(Y.C.G.K., 06.12.2005, 2005/4-110, 2005/159); **Bektaş**; a.g.e.,s.32

⁸⁴ **257. madde gerekçesinde**; “...Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabi 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....” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt**; a.g.e.,s.412

⁸⁵ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s. 612

⁸⁶ **Kayla n ; K e s k i n ;** Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale, s. 19

⁸⁷ “...memurun asıl görevi yanında yapması gereken ya da yapabileceği 2. 3. derecede eylemler vardır. Bunların <asıl görev>ine dahil olup olmadıklarını her zaman ayırmak zordur. Bunun gibi yasa gereği seçenekli durumlarda seçeneklerden birini görev gereği belirtip açıkladıktan sonra, gerçekleşmesi için özel çalışma halini gösterebiliriz. Örneğin, hazırlık evrakına eklediği müzekkerede sanığın tutuklanmasını isteyen savcı, bunun

teşkil eden bir takım ibareler eklemiş olsun. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçu yoktur. Hakaret vardır.⁸⁸

e) kamunun zararı..

“Kamu”dan anlaşılması gereken merkezi ve yerinden yönetim tüzel kişilerinin de birleşmesinden meydana gelen ve kamu hizmeti gören aygıtın tamamıdır.⁸⁹ Buradaki <kamu hizmeti> kavramı eski yasa dönemindeki <kamu görevi> tabirinin zıddı olmayıp, onu da bağrında eritmiş daha geniş kapsamlı bir ifadedir. ETCK’nın 230 uncu maddesindeki “devlet” tabirinden vazgeçilmiş olması olumlu bir adımdır çünkü yerel ve işlevsel(hizmet) yerinden yönetim kuruluş-kurumları⁹⁰ bu kapsamın dışında kalıyordu.⁹¹

Kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı davranmak veya ihmal, gecikme göstermek suretiyle sadakat yükümünü ihlal ettiği gibi; şahsında tecessüm eden kamu saygınlığını ve güvenilirlik karinesini de ihlal etmiştir. Ancak “*kamu zararı*”⁹² ile kastedilen bu olmayıp⁹³, maddi nitelikteki zararlardır.⁹⁴ Çünkü zararı bu şekilde kabul etmemek; yeni görevi kötüye kullanma suçu ile eski 240 ıncı maddenin aynı olduğunu söylemekle eş anlamlıdır. Zira eski

gerçekleşmesi için, (gerekmediği halde) bazı davranışlar ve sözlerin sahibi olursa, görevi kötüye kullanmaktan ziyade disiplin suçlarının faili olabilir. Meğer ki tutuklayan hakim ile özel bir kasıt ve eylem birliği içinde olmasın....” **Malkoç-Güler**; a.g.e., s. 1726

⁸⁸ **Soyaslan**; a.g.e., s. 522

⁸⁹ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s.615

⁹⁰ **Teziç**, a.g.e., s.125-126

⁹¹ “..Köy tüzel kişiliğine ait zararın devlet zararı sayılamayacağı gözetilmeden TCK.nun 230. maddesinin 1.fıkrası yerine 2. fıkrasının uygulanması....bozmayı gerektirmiştir.”(4.C.D., 19.11.1997, 9225/10095); **Yaşar, Osman**; İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s.499

⁹² **zarar**: Bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat.(**T.D.K.**; a.g.e.,s.1664)

⁹³ “...mevkufun kaçması Devlet bakımından maddi bir zarar sayılamaz.”(4. C.D., 06.06.1950, E.6613, K.7388); **Demirbaş**; a.g.e., s.264; Bazı müellifler suçun oluşumu için kamu zararının koşul olarak aranmasını eleştirmektedirler. Böyle bir düzenlenmeyle devletin itibarı haleldar olacak, suçla mücadelede zafiyete düşülecek ve hukuk devleti olma ülküsünden uzaklaşılacaktır; düşünceleri en büyük korkulardır. “Bir öğretim üyesi, içeriğinde pek bir şey bulunmayan bir yazılı sınav kağıdına geçer not vermişse bundan kamunun ekonomik bir zararı olmayacak, kişisel bir kazanç bulunmayacak, dolayısıyla fiil suç teşkil etmeyecektir.” **Soyaslan**; a.g.e., s.523; Yazarın bu tereddüdüne iştirak edemiyoruz. Çünkü burda kişiye haksız bir kazanç sağlanmış ve suç yine tüm unsurları ile ikmal etmiştir.

⁹⁴ **257. madde gerekçesinde**; “... Görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir.” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt**; a.g.e., s. 412; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 686

yasada düzenlenmiş bulunan görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi halinde de kamu itibarının zedelenmediğini kimse söyleyemez. Oysaki yeni kanun düzenlemesi, suçu daha belirgin kılmaya adeta onu ete kemiğe büründürmeye matuftur.

Mevzuatımızda **kamu zararı** tanımı 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Maliyesi Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde; **“Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.**

Kamu zararının belirlenmesinde;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,***
 - b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,***
 - c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,***
 - d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,***
 - e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,***
 - f) (Mülga: 22/12/2005 - 5436/10 md.)***
 - g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,***
- Esas alınır.”*** şeklinde yapılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 18.10.2005, E.2005/4.MD-96, K.2005/118 künyeli kararında şöyle demektedir:

“...Bu belirleme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya 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 şeklindeki bir varsayım ile da hareket edilmemelidir...”⁹⁵

Bu gerekçeden ortaya çıkan sonuç şudur;

⁹⁵ **Y.K.D.;** C.32, S.1, Ocak 2006, s. 124

Kamusal zararın oluşumunu tespit çok önemli olmakla beraber, tek başına yeterli değildir. Yargıç, bütünsel değerlendirmesini yaparken birçok etkeni birlikte tahlil edecek ve ona göre suçun oluşup oluşmadığına kanaat getirecektir. Kanunda suçun vücuda gelmesi için bir zarar miktarı sınırı belirtilmemişse de; kanaatimizce zararın çok az olduğu bazı durumlarda suçun oluşmadığı söylenebilecektir.

Burada ortaya çıkan “zarar”ın doğrudan doğruya⁹⁶ olmasına gerek bulunmamaktadır. Şayet görev gereklerine aykırı eylem, ihmal veya gecikmenin dolaylı da olsa zararı sonuçlayacağı, basit mantıki bir çıkarsama ile ortaya çıkabilecek nitelikte ise o zaman kamu görevlisi bu eyleminden sorumlu olmalıdır.

Görevi kötüye kullanma suçu için etkin pişmanlık kurumu getirilmediğinden; kamu görevlisi olan failin, oluşan mağduriyeti veya zararı karşılamasının suçun oluşumuna herhangi bir tesiri yoktur.⁹⁷ Zimmet, irtikâp, rüşvet gibi daha ağır suçlar için “etkin pişmanlık” kurumlarını düzenleyen yasa koyucunun bunu daha hafif bir suç için esirgemesi pek de anlaşılabilir değildir. Belki yargıcın hükmü kurması sırasında takdiri indirim nedeni(TCK md. 62)⁹⁸ olarak değerlendirilebilir.

f) kişilere haksız bir kazanç sağlayan..

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi veya ihmal, gecikme göstermesi neticesinde başkası bir kazanç elde etmişse de suç oluşur. “Kişi” kavramını yukarıda açıkladığımızdan tekrar etmeyeceğiz, oraya müracaat edilebilir.

Madde gerekçesinde; “..kişi, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı hâlde, yararlandırılmış olabilir. Kişiye, belli bir sınaî veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşımadığı hâlde, bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel üzerinde, plan tekniğine veya imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkân sağlanmış olabilir...” denilmek suretiyle örnekler verilmiştir.

⁹⁶ “..Sanık polis memurunun aracın trafik sigortasını yaptırmayan kişiye ceza makbuzu kesmemesinden ibaret olan eyleminde doğrudan doğruya devletçe bir zarar meydana gelmediği gözetilmeden TCK 230/1 yerine 2.fıkra ile ceza tayini bozmayı gerektirmiştir...”(4.C.D., 11.03.1983, 761/1297), **Erman, Sahir-Özek, Çetin;** Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992, s.166

⁹⁷ **Özgenç;** a.g.e., s.1014

⁹⁸ ..filden sonraki... davranışları.. göz önünde bulundurulabilir.

“Haksız” sözcüğü, hak ve adalete uygun olmayan, manasına gelmektedir.⁹⁹ Kişi hiçbir haklı nedene yaslanmaksızın bir menfaate ve ayrıcalığa kavuşmaktadır. Şayet şahsa verilen, sağlanan onun haklı bir talebine veyahut statüsüne dayanıyorsa; görevin gereklerine aykırı davranılmış olsa bile(başkasının mağduriyetine ve kamunun da zararına neden olmuyorsa) suç teşkil etmeyecektir.¹⁰⁰

“Kazanç” kelimesi sözlükte; yarar, çıkar, kâr, anlamına gelmektedir.¹⁰¹ Maddedeki “kazanç” ibaresi her ne kadar parasal, maddi bir içerik taşıyor gibi bir algılanabilirse de böyle değildir. Şahsı kayıran, muadillerine göre daha az çaba harcamasını sağlayan, idarenin eşitlik ilkesini bozan kamu görevlisi; kişiye haksız bir kazanç sağlamış olacaktır.

Örneğin boş bir sınav kâğıdı veren öğrenciye geçer not veren öğretim üyesi kamuya yönelik bir zarara sebebiyet vermese bile, şahsa haksız bir kazanç temin ettiği için görevini kötüye kullanmış olacaktır.¹⁰² Şayet kamu görevlisi olan öğretim elemanı görevinin verdiği yetkiyi(kötüye) kullanmamış olsaydı bu öğrenci de muadilleri olan çalışmayanlarla eşit durumda olacak; hak etmediği halde başarılı öğrencilerle aynı konuma gelemeyecek ve bunun getirilerinden(fakülteyi bitirmek, başarıya endeksli bursları almak gibi) istifade edemeyecekti.

Nitekim madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere “*.kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek LİYAKATLİLİK açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir..*”

Şunu da önemle vurgulamalıyız ki görevinin gereklerini aykırı davranışı ile kişiye haksız kazanç sağlayan kamu görevlisi, bunun karşılığında karşı taraftan bir yarar¹⁰³ elde etmişse veyahut 3. bir şahsa kazanç yönlendirmesi yapmışsa artık görevi kötüye kullanma suçu değil, rüşvet düşünülecektir.¹⁰⁴ Yararın az veya çok olmasının önemi bulunmamakla beraber, cezalandırılmaya müstahak bir ağırlıkta olması gerekir.

⁹⁹ T.D.K.; a.g.e.,s. 598

¹⁰⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6.Bası), s. 686

¹⁰¹ T.D.K.; a.g.e.,s. 825

¹⁰² bkz. aks. grş. için; Soyaslan; a.g.e., s.523

¹⁰³ Kamu görevlisinin durumunu maddi ve manevi bakımdan değiştirerek onu tatmin eden, almadığı, kabul etmediği haline nispetle kendisini daha müsait duruma getiren her şey “yarar” kavramına dahildir. Bu yarar maddi, manevi veya cinsel nitelikte olabilir. Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6.Bası), s. 643

¹⁰⁴ Bektaş; a.g.e., s. 36

g) ihmal..

Sözlük anlamı olarak ihmal; gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme anlamına gelmektedir.¹⁰⁵ Suçlar; yasanın “yapma” dediği yasakları icra veyahut “yap” dediği emirleri ihmal¹⁰⁶ etmek suretiyle işlenebilirler.¹⁰⁷ İcrai suçlar ceza yasalarının büyük çoğunluğunu teşkil etmektedirler. Çünkü yapılmış bir eylemi tespit etmek, yapılmamış olanı tespit etmekten daha kolay olmuştur. Ayrıca belirtmeliyiz ki ihmali suçlar şahsın hareket alanını sınırlar nitelikte oldukları için azınlık vaziyetindedirler.

Hukuki anlamda ihmal; davranış normları ile kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hallerde, kişinin bunu yerine getirmemesidir.¹⁰⁸ Ancak belirtmeliyiz ki ihmali suçlarda failin salt hareketsiz kalması yeterli olmayıp; suç tipinde belirlenmiş olan hareketin yapılmamış olması önemlidir. Elbette burada titizlikle gözetilecek olan husus; kişinin kendi yetenekleri ve mevcut araçlarla icrai hareketi yapmasının mümkün olup olmadığıdır.¹⁰⁹ Çünkü insanı, onun kudretini ve tahammülünü aşar nitelikteki yükümlere mecbur kılmak hukuk sisteminin marifeti olamaz.

h) gecikme..

“Gecikme” anlam olarak; geç kalmak, herhangi bir işi kararlaştırılan zamandan sonra yapmak, demektir.¹¹⁰ Gecikmiş ifa demek de mümkündür. Anlam çözümlemesi bu denli kolay olmasına karşın; olması gereken, başka bir ifade ile, kamu görevlisinin gecikmiş duruma düştüğü anı tespit pek de kolay değildir.

Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda “*Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi (işgal eylediği mevki itibariyle yasaca belirli bir kamu ödev veya görevini yapmaya memur olan bir kişinin, yapmağa zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirilmemesi veya belirli ve uygun bir süre içinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi*

¹⁰⁵ T.D.K.; a.g.e.,s. 686

¹⁰⁶ 5237 sayılı TCK md. 98/1, 160, 166, 175, 176, 177, 178, 278, 284/1-2, 251/2, 257/2, 279 vb.

¹⁰⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Genel(2. Bası), s.425

¹⁰⁸ Özgenç; a.g.e., s. 224

¹⁰⁹ Hakeri; Genel., s. 99

¹¹⁰ T.D.K.; a.g.e., s. 529

geciktirmesi, süresinde yapmaması) şeklinde tanımlanmıştır..”¹¹¹ diyerek ihmal ve gecikme kavramlarını anlamlandırmada öğretiden istifade etmiştir.

Yasaya veya diğer mevzuata göre belirlenen sürelerde yapmamış bulunabilir. Böylesi bir yazılı ve belirli bir süre yoksa uygulamada belirlenmiş ortalama bir süreye göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu süreler içinde kısmen yapmış olmakla birlikte çok önemsiz gibi gözükse ama sonucu sağlayan bir “onay” zamanında gerçekleştirilmeyebilir. Bu halde de gecikme, yapmama hâsıl olmuştur.¹¹²

ı) çıkar..

Kamu görevlisinin durumunu maddi ve manevi bakımdan değiştirerek onu tatmin eden, almadığı, kabul etmediği haline nispetle kendisini daha müsait duruma getiren her şey “çıkâr” kavramına dahildir¹¹³. Bir menfaat temini olan “çıkâr” ekonomik olmak zorunda değildir; manevi(cinsel tatmin gibi) niteliği de haiz olabilir.¹¹⁴

II. MADDİ UNSUR

Maddi unsur denildiğinde ilk anda “eylem” akla gelse bile; tipiklikte yer alan öğeler sadece bundan ibaret değildir. Bir suç kalıbı içerisindeki hareket, netice, illiyet bağı, fail, suçun konusu ve mağdur suçun maddi unsurunun¹¹⁵ tamamlayıcı, ayrılmaz parçacıklarıdır.¹¹⁶ Nitekim TCK’nın 21 inci maddesinin gerekçesinde “*Kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir...*” denilmek suretiyle kanuni unsurdaki öğelerin maddi unsuru; psişik durumun ise manevi unsuru oluşturduğu anlaşılmaktadır. Biz de inceleme konumuz olan suçu, maddi unsurları açısından irdelerken; ona bu açılardan bakmayı faydalı bulduk.

¹¹¹ (C.G.K., 17.04.1978, E.1978/6-85, K.1978/141), **Demirbaş**; a.g.e., s. 260

¹¹² **Malkoç-Güler**; a.g.e., s. 1660-61

¹¹³ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 643

¹¹⁴ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s. 622

¹¹⁵ 5237 sayılı TCK’nın 21/1. maddesinde; “....Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” denilmektedir.

¹¹⁶ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Genel(2. Bası), s. 415; **Özgenç**; a.g.e., s. 195 vd.

A) HAREKET

Maddi unsurdaki hareket ögesi irdelenirken, ihtiyaç nispetinde, maddenin okuma lejantı olan tipiklik unsuruna başvurulacaktır. Görevi kötüye kullanma suçu üç farklı işlenme biçimine ve olasılığına sahiptir.¹¹⁷ Suçu hareket ögesi yönünden tahlile tabi tutarken; fıkraları tek tek ele alarak inceleyeceğiz.

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

Maddenin bu fıkrası, mülga yasamızda yer alan 240 ıncı maddeye denk gelmektedir. 240. maddenin belki de en çok tartışmaya sebep olan yönü; maddi unsurundaki “hareket” ögesinin belirsizliği olmuştur. Hatta bu husus Anayasa Mahkemesi’ne intikal etmiştir.

Şirvan Asliye Ceza Mahkemesi yargıcı 240 ıncı maddenin, 1961 Anayasası’na aykırılığından¹¹⁸ bahisle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.¹¹⁹ Aykırılık iddiasında yargıç;

¹¹⁷ **Toroslul, Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2005, s. 301

¹¹⁸ İtalya’da da görevi kötüye kullanma suçunun Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüş ve orada da maddenin Anayasa’ya aykırılık taşımadığı kanaatine ulaşılmıştır. Rocco Kanunu’nda 323. madde üzerinde henüz 1990 değişikliği yapılmadan önce maddenin özellikle “belirlilik ve açıklık ilkeleri”ne aykırılığı tartışmaları yaşandı. Anayasa mahkemesi “başkalarına bir zarara veya çıkara neden olmak” şeklindeki özel kastın ‘kötüye kullanma’ kavramındaki belirsizliği önlediği gerekçesiyle anayasaya aykırılık kararı verilemeyeceğine karar vermiştir.(İtalya Anayasa Mahkemesi, 19 Şubat 1965, K.7); **Özenbaş;** a.g.e., s. 92

¹¹⁹ **1961 Anayasası’nın 151. maddesinde** – “(Değişik madde: 20/09/1971 - 1488) Bir dāvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dāvayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar.

“Anayasa’nın 8 inci maddesinde <kanunlar Anayasa’ya aykırı olamaz>¹²⁰, 33 üncü maddesinde ise <kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz>¹²¹ denmektedir. Suç işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun, işlenmiş olan fiilin cezasını göstereceği gibi hangi fiilin suç sayıldığına da sarahaten belirtilmesi amme intizamındandır. Olayda uygulanması istenen T.C.K. nun 240 ıncı maddesinde <kanunda yazılı hallerden başka> ibaresi kullanılmaktadır. Kanunda yazılı değilse suç saymamak ve suç sayılmayan bir fiilden de dolayı da ceza vermemek lazımdır. Kaldı ki kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez, kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile kimse cezalandırılmaz hükmü ceza hukuku ana prensiplerindendir..... gerekçesiyle ... Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve davanın geri bırakılmasına 05.07.1965 gününde karar verilmiştir.” demiştir.

Anayasa Mahkemesi, E.1965/27, K.1965/55, T.12.10.1965 künyeli kararı ile, bu itirazı aşağıda bir kısmını vereceğimiz gerekçe ile reddetmiştir:

“....Türk Ceza Kanununun birçok maddelerinde memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenen, özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza hükümleri vardır. Bunlara T.C. Kanunun 194., 209., 213., 228 inci maddeleri örnek olarak gösterilebilir.

Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır.” **denilmektedir.**

¹²⁰ **1961 Anayasası’nın 8. maddesinde-** ”Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” **denilmektedir.**

¹²¹ **1961 Anayasası’nın 33. maddesinde –** “ Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz.

Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.

Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

Genel müsadere cezası konulamaz.” **denilmektedir.**

İptali istenen T.C.K.nun 240 ıncı maddesinde ise genel olarak görevi kötüye kullanma suçları söz konusudur. Maddede <Kanunda yazılı hallerden başka her ne surette olursa olsun vazifesini suiistimal eden> denilmesinin sebebi, yukarıda örneğini verdiğimiz maddelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı da kapsayan nitelikleri belli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezasız bırakılmamalarını sağlamaktır. Bu itibarla metindeki < kanunda yazılı hallerden başka> deyiminden, mahkemenin anladığı manada bir sonuca varmak mümkün değildir.

Maddede, ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağının açıkça belirtilmeyerek <her ne suretle olursa olsun> diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebiyle hangi fiilin suç sayıldığıнын belli olmamamsı gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek de doğru olamaz.

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

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

Bu sebeplerle, iptali istenen hükmün, Anayasa'nın 33 üncü maddesine aykırı bir yönü yoktur. İtirazın reddi gerekir..”¹²²

Maddenin bu fıkrasında hareket unsuru; “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek”¹²³ olarak belirtilmiştir. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere bu hükme müracaat edebilmek için evvela gerçekleştirilen eylemin başka bir özel suç kapsamına girmiyor olması

¹²² E.1965/27, K.1965/55, T.12.10.1965, R.G.07.01.1966

¹²³ Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 611

gerekmektedir. Bu aşama geçildikten sonra eylemin 257. madde dahiline girip girmediğine bakılacaktır.¹²⁴

Görev gereklerine aykırı davranmak ile “kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak” tamamen birbirinden farklı kavramlardır. Nüfuzun kötüye kullanılmasında görevle ilgili bir durum yoktur. Kamu görevlisi bir suç işleme niyetindeyken, sahip bulunduğu idari gücü bu suçu işlemede kolaylaştırıcı bir vasıta olarak kullanmaktadır. TCK’da yer alan kasten yaralama(md. 86/3-d)¹²⁵, cinsel saldırı(md. 102/3-b), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma(md. 109/3-d) ve daha birçok suçta kamu görevinin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanımı suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçunun bu fıkradaki biçimi, sadece **icrai**¹²⁶ hareketle işlenebilme yeteneğini haizdir.¹²⁷ Şayet ihmali bir eylem varsa ikinci fıkraya müracaat edilecektir.

5237 sayılı TCK bu suçu adeta yeniden inşa etmiştir demek abartı ve yanlış olmayacaktır. Çünkü mülga yasada bu maddenin muadili olan 240 ıncı maddedeki suçun oluşumu için eylemden neşet edecek herhangi bir sonuç aranmazken; 257/1. maddedeki suçun itmamı için gerçekleştirilen eylemin bazı neticeleri sonuçlaması aranmaktadır. Hiç tereddüt etmeden denilebilir ki eski yasada bu suç bir **tehlike suçu**¹²⁸ iken yeni, yasaca **zarar suçuna** tahvil olunmuştur.

Madde metninde “..görevinin gereklerine aykırı hareket..” denmiş olsa da bunun pek de açıklayıcı ve doyurucu olduğu söylenemez.¹²⁹ Nitekim anayasa yargısına taşınmış olması da bunun en büyük göstergesidir. Ceza hukukunda bir ceza normuna yapılabilmesi mümkün en büyük hakaret, kanaatimizce onun “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi ile çatıştığıdır. Zira bu ilke; ceza hukukunun alfabesi, bel kemiğidir.¹³⁰ Maddede hangi eylemlerin görevi kötüye

¹²⁴ **Toroslu;** Özel, s. 302

¹²⁵ **Şık, Hüseyin;** Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama-TCK Madde 87/4 (Kastın Aşılması Suretiyle Adam Öldürme-Eski TCK Madde 452), Adalet Dergisi, Eylül 2006, S. 26, s. 276

¹²⁶ “...öğreti ve yargısal kararlarda ittifakla kabul edilen husus görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun sadece icrai bir hareketle işlenebileceği, ihmali(menfi) bir hareketle işlenemeyeceğidir..”(C.G.K., 26.06.2001, E. 2001/4 MD-131, K. 2001/1453); **A.B.D.;** Y. 59, S. 2001/4, s. 351

¹²⁷ **Özgenç-Şahin;** a.g.e., s. 197

¹²⁸ **Cihan;** a.g.e., s. 188

¹²⁹ Görevi kötüye kullanmadan ne anlaşılması gerektiği kanunlarda yer almazken; İsviçre Bal Kantonu Ceza Yasası’nın 75. maddesinde, “memurun başkasına zarar vermesi”, “kötü muamele yapması”, “başkasını kayırma” görevi kötüye kullanma türleri olarak belirtilmiştir. **Gözübüyük;** Şerh., s. 242

kullanma olacağı belirtilmiş olmadığından; suçun sınırları belirgin değildir, bu nedenle madde “kırkambar” niteliğindedir diyen müellifler de vardır.¹³¹

Evvela belirmeliyiz ki görev gereklerine aykırı davranışın söz konusu olabilmesi için; failin sahip bulunduğu görevi usulüne uygun bir şekilde iktisap etmiş olması gerekir.¹³² Her ne kadar bazı müellifler bu durumda da görevi kötüye kullanma suçu oluşur dese de; kanaatimizce varolmayan bir görevin bahsettiği yetkiler kötüye kullanılamaz. Mutlak yetkisizlik halinde ortada verilmiş bir görev bulunmamaktadır. Bu durumda TCK’nın 262. maddesindeki “kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi” suçu vücut bulacaktır.¹³³

Yargıtay 11.02.1942 tarih 1940/6 esas ve 1942/2 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda;

“Maliye ve belediye tebliğ memurlarının makbuz itası suretiyle para ahz ve kabzına salahiyetleri bulunmamasına göre mükelleflerden vazife harici olarak vergi borçlarına mukabil aldıkları paraları zimmetlerine geçirmeleri TCK’nun 202 nci maddesinin şumülüne dahil olamayacağı cihetle iş bu fiil ve hareketlerin vazifeyi suiistimal suçunu teşkil edeceğine ittifakla karar verilmiştir”¹³⁴

demiş olsa bile daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve aksi yönde kararlar vermiştir:

“..kendisine yasa ile verilmiş görevi bulunmayan ve CK.’nun uygulanmasında memur sayılmayan köy katibi hakkında görevi kötüye kullanmaktan ceza verilmesi doğru değildir.”¹³⁵

Ayrıca kamu görevinin usulüne uygun üstlenimi de yetmez; failin hareketi, görev alanına giren bir işleme dair olmalıdır.¹³⁶ Yargıtay’ın 4. Ceza Dairesi tarafından verilen; “...Bölge

¹³⁰ “..Kanunların ulvi metinleri kitlece ne kadar çok okunur ve ne kadar çok anlaşılırsa, cürümlerin taaddüdü de o nisbetle azalacaktır. Filhakika hiç şüphe yoktur ki, tasmin ettiği suça kanunun biçtiği cezayı bilmeyen, yahutta hatalı bilen kimsenin bu cehaleti ve hatası ihtiraslarını körükleyecektir...” **Beccaria**; a.g.e., s. 147

¹³¹ **Yasa**; a.g.e., s. 1535

¹³² **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 682

¹³³ “Saltelli ve Romani di Falco gibi bazı yazarlar, mutlak yetkisizlik, yani memura kanunun vermediği bir yetkinin kullanılması halinde de görevi kötüye kullanma suçunu kabul ederler.... Biz, Manzini ve Levi ile birlikte, istimali mümkün olmayan şeyin suiistimali de olamayacağı kanaatıyla mutlak yetkisizlik halinin vazifeyi suiistimal mefhumuna dahil olmadığı, bu takdirde Ceza Kanunumuzun 252inci (5237 sayılı TCK md. 262) maddesinde bahis mevzuu olan nizama aykırı olarak memuriyeti ifa suçu meydana geleceği fikrindeyiz...” **Kunter**; Mahkeme İçtihatları., s. 395

¹³⁴ **Türk İçtihatlar Külliyyatı**; C.II, 1950, s. 792

¹³⁵ (4.C.D., T. 02.02.1976, E.1976/442, K.1976/494), **Bektaş**; a.g.e., s. 96

Hıfzısıhha Enstitüsü Müdürlüğünde memur olarak çalışan sanıkların vakıf adına(Sağlık ve Sosyal Yardım Vakfı) makbuz karşılığı para toplamalarının görevleri ile de bir ilgisi bulunmadığı gözetilmeden ve eylemlerinin inancı kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan TCY'nın 240 maddeleri ile hükümlülüklerine karar verilmesi..”¹³⁷

şeklindeki karar da bunu vurgular niteliktedir.

İdarenin düzen ve işleyişine yön veren yasalar, tüzükler, yönetmelikler mensubu olan kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını belirtmiş bulunmaktadır. Görev gereklerinin neler olduğunu tespit için doğal olarak mevzuata başvurulacaktır.¹³⁸ Tabi vurgulamalıyız ki yüküm getiren bu tanzimler usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe girmiş bulunmalıdır.¹³⁹

Fail kendisine tanınan yetki sınırını aştığında¹⁴⁰(nisbi yetkisizlik)¹⁴¹, görevinin gereklerini yerine getirirken uyması gereken usullere uymadığında¹⁴², kanunlara veya diğer düzenlemelere aykırı¹⁴³ hareket ettiğinde; cezalandırılabilme şartları(*kişilerin mağduriyeti*,

¹³⁶ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Bası), s. 683

¹³⁷ (4.C.D., T. 02.04.2001, E. 2001/2340, K.2001/3394), **Bektaş**; a.g.e., s. 96

¹³⁸ “....sanığın yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı davranışla imtihan kazandı belgesi vermesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı ..”(6. C.D., 31.03.1983, E.1983/1016, K. 1983/2703); **Demirbaş**; a.g.e., s. 257

¹³⁹ **Günday, Metin**; İdare Hukuku, 6.Bası, Ankara, 2002, s. 124 vd.

¹⁴⁰ Burada memura kanunen verilmiş ancak sınırları aşılmış bir görev söz konusudur.

¹⁴¹ “Kamu hukuku ilkelerine göre yetki, bir kamu düzeni sorunudur; kanun koyucu tarafından kime verilmiş ise, ancak o bu yetkiyi kullanabilir; yine kanun koyucunun açık hükmü olmadıkça yetkili makam veya merci yetkisini devredemez...”(Danıştay 6.D., 08.03.1977, E.1976/5366, K.1977/1112), **Günday**; a.g.e., s. 129

¹⁴² “..Posta dağıtıcısı olan sanığın,Tebliğat Yasası'nın 21.,Tebliğat Tüzüğü'nün 28. ve 29. maddelerine aykırı biçimde usulsüz tebligat yaparak görev gereklerine aykırı davranmak suretiyle katılanın mağduriyetine yol açarak görevini savsadiğı anlaşılmakla,5237 sayılı Yasa'nın 7/2.,5252 sayılı Yasa'nın 9/3. madde ve fıkraları gereği,765 ve 5237 sayılı TCY'larının ilgili hükümleri karşılaştırılarak,sanık yararına olduğu saptanan Yasa hükümleri uyarınca hüküm kurulması zorunluluğu...”(4. C.D., 25.09.2006, E.2005/8000, K.2006/14279); **Y.K.D**; Ocak 2007, C.33, S.1, s. 175

¹⁴³ “..takdir hakkının yerinde kullanılmasına göre, vazifenin suiistimali bahis mevzu olamayacağına....”(Yüce Divan;05.10.1948); **Gözübüyük, Abdullah Pulat**; Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali, A.D., Kasım 1969, S.11, s. 195;

“Belediye başkanı olan sanığın, yeni mezar yerini kullanıma açacağı zamana kadar 2490 sayılı Kanun hükümlerine göre uymaksızın kendi yakınına kiraya vermekten ibaret olan eylem görevin kötüye kullanılmasıdır.”(4.C.D., 25.09.1984, 5413/6186);

“Taşıt yasasının 5. maddesi uyarınca İçişleri Bakanlığı'nın gerekli izni alınmadan, taşıma aracını Devlet Malzeme Ofisi ve açık artırma yasasına aykırı biçimde, belediye adına özel bir satıcıdan satın alan sanığın eylemi, görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur.”(4.C.D., 02.12.1987, 8751/10542);**Önder**; a.g.e., s. 171

kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama) da varsa görevini kötüye kullanmış olacaktır.

İdare hukukunda asıl olan, yasama erkinin verdiği kadar yetkilerin kullanımıdır. Ancak öngörü sınırlarının her konu ve olasılığı kucaklamasının imkansızlığı karşısında idareye bazı konularda tanınmış olan takdir marjı vardır. İşte buna idarenin **takdir yetkisi** denilmektedir. Bu yetki idarenin serbest karar alma ve tasarruf gücüdür. Elbetteki idare bu yetkisini kullanırken tamamen sorumsuz ve bağımsız da değildir. Bu ruhsatın verilmesindeki temel amaç kamu yararıdır. Böyle bir gayenin meyvesi olan takdir yetkisinin; bir kamu görevlisine tanınmış olmasındaki maksadın dışında kalan ve bu maksadın saptırıldığını ifade eden gayelerle kullanılması halinde görevi kötüye kullanma suçu vücut bulacaktır. Dini veya siyasi ayrılık, husumet, intikam, üstünlüğü ispatlama gibi nedenlerle hareket ederek kamu görevinin gerektirdiği ciddiyet, objektiflik ve tarafsızlıktan ayrıldığını gösteren hallerde, kamu görevlisi takdir hakkını amacının dışına taşıyarak görevini kötüye kullanmış olur.¹⁴⁴

Hangi fiillerin görevi kötüye kullanma sayılacağını, öğreti ve Yargıtay kararlarından da istifade ile şöyle toparlayıp, özetleyebiliriz:¹⁴⁵

- 1-Kanunun verdiği takdir hakkının amaç dışında kullanılması,
- 2-Herhangi bir şekilde kanuni yetkinin aşılması,
- 3-Kanunun koyduğu usul ve şartlara uymama,¹⁴⁶
- 4-Fiilin kanun ve nizama uygun olduğu hallerde, bu fiilin gerektirdiği ön şartlara aykırı davranmak,
- 5-Üstün kanuna aykırı olarak verdiği emri yerine getirmek,
- 6-Memura teslim edilen ve görevi sebebiyle kullanması gerekli olan eşyanın usulsüz kullanılması,

¹⁴⁴**Ermən-Özek;** a.g.e., s. 210, **Yener, Orhan;** Görevin Kötüye Kullanılması, Y.D., C.VI, S.1-2(Ocak-Nisan 1980), s. 49

¹⁴⁵**Durmuş, Şükrü;**Görevi Genel Kötüye Kullanma Suçu(Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 98

¹⁴⁶ **213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 363. maddesi;** - “Bu kanunun **altıncı Maddesinin son fıkrası** gereğince mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanununun 240 ıncı Maddesine göre ceza görürler. (Değişik cümle: 22/07/1998 - 4369/81 md.) Bu hareketler kaçakçılık suçu cezasını gerektiren bir fiile iştirak mahiyetinde olduğu takdirde haklarında ayrıca bu kanunun 344 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü uygulanır.” **biçimindeki düzenlemesi ile buna örnektir.**

7-Memurun kendisi veya yakınları hakkında işlem yapma durumuyla karşı karşıya gelmesine karşın, işi devretmesi gerekirken, devamla lehe hareket etmesi.

b) 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.

Bu suç tipi, görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle işlenmiş halidir. Çünkü maddenin ilk fıkrasından ayrılan yönü suçun işleniş biçimi ve öngördüğü ceza bakımındandır.

Ceza hukuku anlamında yaptırıma tabi eylemler iki şekilde olabilir; icrai veya ihmali. Suçların büyük çoğunluğu icraidir. Hiçbir şey yapmayan prensip itibariyle bir haksızlık da yapmıyor olsa bile toplumsal açıdan arzu edilmeyen bazı sonuçların ve etkilerin doğmasını engellemeye ya da bireyleri toplumun nihai amaçları için gerekli bazı davranışlarda bulunmaya zorlayan normlar da vardır ki bunlar ihmali suçlardır.¹⁴⁷ Ancak şunu söylemeliyiz ki; ihmali eylemle gerçekleştirilen bir suç, icrai eylemle gerçekleştirilen bir suçtan daha az vahim değildir. Yasa koyucu böyle düşünmemiş olacak ki 257. maddenin ikinci fıkrasındaki suç için daha az ceza öngörmeyi uygun bulmuştur.¹⁴⁸ Örneğin 5237 sayılı TCK'nın getirdiği, 83. maddede düzenlenen bir suç tipi vardır: "Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi". Burada yargıca bir takdir hakkı tanınmış olsa bile, kasten öldürmenin garantörlük yükümü bulunan kişilerce ihmali davranışla işlenmesi hali bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ **Hakeri, Hakan;** Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2006, s. 72; **Akdemir, Süleyman;** Türk Ceza Kanununda Vazifeyi İhmal Suçları(m.230, m.231, m.234, m.235)[İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Doktora Tezi], İstanbul, 1982, s. 4-5

¹⁴⁸ Yasa koyucu sadece **ışkence** suçunda ihmali şekilde işlenmesi halinde indirim yapılamayacağını belirtmiştir. **Madde 94/(5)** – "Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz."

¹⁴⁹ **TCK'nın 83. maddesi-** "(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

Ufacık çocuğu ölmesi için emzirmeyen annenin ahlâki redaetinin, çocuğunu boğarak öldüren bir annenin ahlâki redaetinden daha az olduğunu kim iddia edebilir. Mağdurunu bir anda değil de adeta dirhem dirhem, ölünceye kadar olan her anı ızdırap çekerek geçirmesine neden olan faile, indirim yapmak gibi bir atıfet şöyle dursun, daha fazla ceza vermek gerekmez mi?

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere bu fıkra da yer alan suç tipi eski yasadaki 230. maddede tanzim edilen ve “görevi ihmal” diye isimlendirilen suçun karşılığıdır. Tabi iki suç arasında bariz farklar bulunmaktadır. Yeni düzenlemede cezalandırılabilme şartları olan *kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı*¹⁵⁰, *kişilere haksız bir kazanç sağlama* kriterleri getirilmiştir.

230. maddedeki “...üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan...”¹⁵¹ ibaresine yeni suç düzenlemesinde yer verilmemiştir. Aslında buna gerek de bulunmamaktadır. Zaten bir kamu görevlisinin, üstünün vermiş olduğu emirlere uyup hakkıyla ifa etmesi görevinin bir icabıdır.¹⁵² Dolayısıyla maddede yer verilen “...görevinin gerekleri...” ifadesi amir buyruklarına uymayı da bağrında taşır vaziyettedir(230. maddede amirin emri hususunda *gecikme* hareket unsuru olarak bulunmamasına rağmen yeni düzenleme *gecikmeyi* de kapsar vaziyettedir.).

Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Böylesi bir yerine getirmeme, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilemez. Çünkü bu aynı

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmalî ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de **yapılamaz.** ” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁰ 230/2. maddede devletçe bir zararın meydana gelmesi suçun oluşum şartı değil, cezada artırım nedeni olarak kabul edilmişti.

¹⁵¹ Burada “*gecikme*” kelimesinin olmadığı dikkatlerden kaçmamalıdır. Bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(4. Baskı), s. 441

¹⁵² 14.07.1965 tarih ve 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu’nun 11. maddesinde de** -”Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.” **denilmek suretiyle bu açıkça ortaya konulmuştur.**

zamanda kanun hükmünü(DMK md. 11/2) icradır ve bir hukuka uygunluk sebebidir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yinelerse, memur bu emri yapmağa mecburdur.¹⁵³

¹⁵³ **Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 2. Maddesi;**

“

Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.

Aşağıda yazılı hallerde:

I - Can, ırz veya mal emniyetini korumak için,

II- Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için,

III- Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için,

IV - Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için,

V-Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskün veya gayrimeskün yerlere vaki olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için,

VI - Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,

VII - İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için,

VIII - Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için,

IX - Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için,

X - Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,

XI - Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,

XII - Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,

XIII - Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için,

Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.” **demek suretiyle hangi durumlarda yazılı emir talep edilemeyeceğini belirtmiştir.**

Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.¹⁵⁴ Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.¹⁵⁵ Ancak yasa koyucu bazı durumlarda kamu görevlisinin, amirin verdiği emri sorgulamasını engellemiştir. Aciliyet arz eden ve kamu düzenine yönelik bu gibi hallerde¹⁵⁶ kamu görevlisinin emri sorgulamadan icrası gerekmektedir. Böylesi bir durumda sorumlu olacak kişi emri verendir.¹⁵⁷ Konusu suç teşkil eden bu bağlayıcı emri yerine getiren kamu görevlisi ise sorumlu tutulamayacaktır.¹⁵⁸

Kamu görevlisi, hukuka aykırı ama aynı zamanda bağlayıcı yani sorgulayamayacağı bir emri yerine getirmediği zaman; görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacak mıdır?

Kurgu olay, konusu suç teşkil eden bağlayıcı emrin ihmali suç oluşturur mu şeklinde olsaydı vereceğimiz cevap tabiatıyla “hayır” olacaktı. Çünkü hiçbir şekilde konusu suç teşkil eden

¹⁵⁴ **1982 Anayasası’nın 137. maddesi**, 657 sayılı **DMK’nın 11. maddesi** bunu belirten hükümlerdir.

¹⁵⁵ **TCK’nın 24/3. maddesi** “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.” **demek suretiyle bunu açıklamıştır.**

¹⁵⁶ **1982 Anayasası’nın 137/3. maddesinin** “Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” **biçimindeki düzenlemesi bunu belirtmektedir.**

¹⁵⁷ **TCK’nın 24/4. maddesi;** “Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” diyerek kimin sorumlu olacağını belirtmiştir.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 41. maddesi de TCK’nın 24/4. maddesindeki düzenlemeye paralel bir yapıya sahiptir:

“1-.....

2 - Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.

3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir :

A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise,

B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malüm ise.”

¹⁵⁸ Nitekim **CMK’nın 223/3. maddesindeki** “Sanık hakkında;

b) (Değişik bend: 25/05/2005-5353 S.K./30.mad) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle.....işlenmesi,

Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”**şeklindeki düzenleme bunu belirtmektedir.**

*emrin ifası beklenemez ve icrasını reddeden kamu görevlisinin görevini ihmal ettiği düşünülemez. Örneğin yasadışı bir toplantı ve yürüyüşe katılanların dağılması için üzerlerine ateş açılması emri verildiğinde PVSK md. 2/3-XI 'e uygundur denilip yerine getirilemeyecektir. Bu emir yazılı hale dökülse bile durum değişmez çünkü ortada konusu suç teşkil eden bir buyruk vardır.¹⁵⁹ Tek meşru zor kullanma yetkinliği olan kamu otoritesinin, bu gücü suç işlemek için kullanması düşünülemez.¹⁶⁰ Varlık gayesi insanların birbirine karşı zor kullanmasını, ihkaki hakkı engellemek olan devlet denen aygıtın bizzat kanunlara riayetsizliği tabiri caizse ortalığı yangın yerine çevirecektir. Anayasa hukukunda, her ne kadar yasama istediği bütün mevzularda yasamai faaliyette bulunabilir kuralı olsa bile kanaatimizce sınırsız bir serbestisi bulunmamaktadır. Mevzuatımızda yok ama olsa bile surf bağlayıcı bir emir olduğundan bahisle konusu suç teşkil eden bir buyruk yerine getirilemez. İnsan, devleti kendi menfaatleri için oluşturduysa da; ilerleyen zaman hep bireyin aleyhine işlemiştir. Çünkü devleti yaratan insan farkında olmadan ona iradesini de kaptırmıştır. Peki toplum, devlet denen ama kimsenin görüp de dokunamadığı adeta heyulaya benzer bu varlığın karşısında bu kadar aciz ve biçare midir? Bu türlü bir kanuna karşı direnme, onu uygulamama; kanaatimizce insanoğlunun kendi benliğinde ve içtimai yaşamındaki tekamülünün bir belirtisi olan **sivil itaatsizlik**¹⁶¹ kurumunun direnci ve dışavurumu olacaktır. Ancak belirtmeliyiz bizim ceza hukukumuzda sivil itaatsizlik bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiştir. Nevşehir Asliye Ceza Mahkemesi, protesto boykotu olarak nitelendirdiği öğretmen boykotunda, sanığın cezalandırılmaması gerektiği sonucuna;*

¹⁵⁹ **Bakıcı**; a.g.e., s. 479

¹⁶⁰ "...hizmete müteallik hususlarda verilen ve suç teşkil eden emirlerin amiri mesul kılacağı kanuni bir prensip olmakla beraber suç maksadını güttüğü bilinen bir emri uygulamanın astı da sorumlu kılacağı Ask. CK. 41/3-B maddesinde açıklanmış ve Anayasanın 137 nci maddesinde de, hizmet gerekleri dikkate alınarak, askeri mevzuatta yer alan emirle ilgili hüküm istisna yolu ile mahfuz tutulmuş olduğuna, 227 SK'nun 10 uncu maddesiyle yasaklanmış olmasına rağmen sinema parası namı altında aylık..... Liranın erat harçlıklarından kesilmesine dair Tb. K.lığından verilen ve zikredilen mahiyeti itibarıyla suç maksadı güttüğü aşıkâr olan...kanuna muhalefetle mualllel olduğu kendilerince de bilinen emrin uygulamaktan imtina etmeleri ve durumu en kısa yoldan bir derece yukarı amire duyurmaları gereken Bölük Komutanlarının emrin verildiği.....tarihinden, kaldırıldığı tarihine kadar işbu emri uyguladıkları sübuta erdiğine göre sanıkların Ask. CK. 41/3-B md.si delaletiyle memuriyet nüfuzunu suiistimal suçundan dolayı faili müşterek olarak cezalandırılmalarında kanuna aykırı bir cihet görülmemiştir."(Ask. Yarg. 4.D., 18.01.1972, 4/21); **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet -Yenidünya, A. Caner**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002, s. 513

¹⁶¹ Sivil itaatsizlik en basit ifadesi ile; otoriteye karşı olan direncin pasifist bir ısrarla bütünleşmesidir. Devlet gücünün, üçüncü kişilerce de açıkça görülebilir ve anlaşılabilir derecede, haksızlık olarak duyumsanan bir edimine karşı, kaba güç kullanılmadan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen bir protesto eylemidir. Bu eylem dikkate değer bir siyasi ahlaki motivasyondan kaynaklanır. En azından bir adet suç kalıbına uygun bir hukuk ihlalini içerir ve norm ihlalinin hukuki sonuçlarına katlanmaya hazır bulunmak tutumunu taşır. İtaatsizliğin unsurları; yasaya aykırılık, şiddetsizlik, alenilik, hukuk devleti düşüncesine dayalı bir siyasal-ahlaki yönelim, çiğnenen normun yaptırımına katlanma tutumudur. Bkz. **Güner, Orhan Seyfi**; Sivil İtaatsizlik in: Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler I, İstanbul, 2003, s. 271 vd.

“657 Sayılı Kanunun 27. maddesi, devlet memurlarının greve karar vermelerini, grev tertiplerini, grev ilan etmelerini ve bu yolda propaganda yapmalarını, greve veya grev teşebbüsüne katılmalarını, grevi desteklemelerini ve teşvik etmelerini yasaklamaktadır. Buna göre sanığın boykot süresince görevini yapmamasının grev sayılıp sayılmayacağını incelemek gerekir. 275 sayılı Kanunun 17. maddesine göre; grev işçilerin, işverenle olan münasebetlerinde iktisadi, sosyal durumlarını korumak veya düzenlemek amacıyla işyerinde veya iş kolunda faaliyeti durdurmak veya önemli derecede azaltmak için aralarında anlaşarak veya bir teşekkülün aynı amaçla verdiği bir karara uyarak iş bırakmalarıdır. Görülüyor ki; grev dolayısıyla işi bırakmaktaki amacın, işverenle olan münasebetlerde iktisadi ve sosyal durumu korumak ve düzenlemek olması şarttır.

Dört günlük boykota katıldığı sabit olan sanık, boykot çağrısına bir aydından beklenen medeni cesaretle uymuştur. Bu çağrıya uymayı, çağrının yukarıda belirtilen nedenleri itibariyle, ulusal bir görev saymıştır....Sanığın ve onun gibi hareket eden öğretmenlerin bu cesaret dolu direnişleri hukuka aykırı değildir. Tüm anlamı ile demokratiktir. Anayasa’nın, düşünce özgürlüğünü nizamlayan 20. maddesine uygundur. Sanık, maaşının arttırılmaması gibi kişisel bir nedenle değil, bir kısım ulusal davalar için bu demokratik davranışta bulunmuştur. Onu, bu demokratik davranış nedeniyle cezalandırmak, demokrasimizi ve anayasamızı inkar etmek demektir. Esasen bugün Türkiye’de sanığın fiilini suç sayan kanun yoktur.”(02.03.1970, E.1970/50)¹⁶²

Şeklindeki gerekçe ile varmışsa da, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.12.1970 tarihinde vermiş olduğu kararda, suçun unsurlarının oluştuğundan bahisle sanıkların TCK’nın ilgili maddeleri(765 sayılı TCK md. 236) uyarınca cezalandırılmaları gerektiği kanısına varmıştır.

Sami Selçuk’a göre; sivil itaatsizlik eyleminde suç işlenmiş olması halinde beraat kararı verilemez. Yargıç, amacın soylu olduğunu, etik olduğunu belirterek takdir hakkını kullanabilir. Amacın iyi olması suçu hukuka uygun kılmaz. Sözelimi açları doyurmak için zenginleri soyan birinin eylemi, hırsızlıktır ya da şartları oluşmuşsa yağmadır. TCK’nın 59. maddesi yargıca takdir yetkisi tanımıştır. Yargıç ancak önüne gelen olayda takdir hakkını kullanabilir. Ceza hukuku amacı gözetmez ama yargıç gözetebilir. Bu durum İtalyan Ceza Kanunu’nun 61. maddesinde daha açık bir şekilde işlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu’nun 61.

¹⁶² Güner; a.g.e., s. 287

maddesinde “eğer suç soylu bir amaç için işlenmişse yargıç cezada indirim hakkını kullanabilir.” denilmektedir.¹⁶³

Yukarıda yapılan açıklamaların ardından kanaatimizce;

Konusu suç teşkil eden emri reddedip yerine getirmemek suç teşkil etmese dahi, konusu hukuka aykırı ancak bağlayıcı buyruklar kapsamındaki emirleri yerine getirmeyen kamu görevlisi, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır. Çünkü mevzuattaki bu tür ayrıksı hükümler aciliyet kesbeden ve stratejik önemi haiz noktalara matuftur.¹⁶⁴ Burada yasa koyucu verilen emrin sorgulanmasını, telafisi güç veya imkansız neticelerin doğması ihtimaline binaen,yasaklamış ve doğabilecek cezai sorumluluğu da emri verene yüklemiştir.

765 sayılı TCK döneminde 230 ve 240. maddeleri birbirinden ayırt etmede iki eğilim belirmiştir:

- İlk görüş müdafilerine¹⁶⁵ göre; iki suç arasındaki temel fark suçların manevi boyutunda ortaya çıkmaktadır. Görevi kötüye suçunda faildeki kast ihmal suçundan

¹⁶³ **Selçuk, Sami;** Sivil İtaatsizlik Disiplinler Arası Kolokyum, Demokrasi Kitaplığı, İstanbul, 1999, s. 216

¹⁶⁴ **211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 14. maddesi;** –“ Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.” **şeklindeki hükmü ile bunlardan birisidir.**

¹⁶⁵ “...240 ıncı maddenin tahakkuku için, vazifei memuriyeti ihmal suçundan farklı olarak, failde <hususî bir kastın> araştırılması lazım gelir. Yani bu mevzuda,hemen de, failin saikine bakmak lazım geleceği ileri sürülebilir. Faildeki kast, ihmal suçundan farklı olarak memuriyete taalluk eden salahiyatları gayrimuaayen maksatları için –bu maksatlar kendisine veya başkasına bir menfaat temin etmek, yahut başkası için bir zarar husule getirmek olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi iktiza eden yerlerde lüzumlu tasarrufları icra eylememek şuur ve iradesidir. Habuki vazifei memuriyetin ihmalinden faildeki kast hususî bir kast değildir; sadece ve yalnız olarak memuriyetin icabından olan bir tasarrufu yapmamak veya vaktinde yapmamak şuur ve iradesinden ibarettir....Hülasa maddi unsurları bazen aynı de olabilen bu iki suçu birbirinden tefrike medar olacak kriyerum, arzylediğimiz veçhile, manevî unsurlarındaki şu hususiyetten ibarettir. Kanaatimizce tatbikatta memuriyet vazifesinin suistimali ve ihmali suçlarının birbirine karıştırılmasının sebebi iki suçun, manevî unsur bakımından arzylemekte bulundukları şu özelliğin nazarı dikkat ve itibare alınmamakta bulunmasıdır.....Münsif olmak için tatbikatta sürüp gitmekte olan tereddütlerin, 240 ıncı maddesinin, haiz bulunduğu ve yukarıda izah eylemiş olduğumuz, hususî kastın mevcudiyetini istilzam ettiren hususiyetinin maddede açık ve vazih bir şekilde tebarüz ettirilmemiş bulunmasından ileri geldiğini söyleyelim. Gerçekten, İtalyan Ceza Kanununun, memuriyet vazifesinin

farklı olarak memuriyete ilişkin yetkileri çeşitli maksatlarla -bu maksatlar kendisine veya başkasına bir menfaat sağlama yahut başkası için bir zarar meydana getirme olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerlerde gerekli tasarrufları yapmamak şuur ve iradesidir. Halbuki memuriyet görevinin ihmalinde faildeki kast özel bir kast olmayıp, sadece ve yalnız olarak memuriyetin gereğinden olan tasarrufu yapmamak veya zamanında yapmamak şuur ve iradesinden ibarettir. Bu bakımdan ihmal etme, yapmama, göreve ilişkin yetkilerin kötüye kullanılması şuuruyla bu maksat ve saikle gerçekleşirse fiil, görevin ihmalı değil, görevin kötüye kullanılması suçunu teşkil eder. Kısaca bu görüş 240 ıncı maddedeki suçun oluşumunu, failin göreve ilişkin yetkilerini, kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar oluşturmak saikiyle icrai veya ihmalî bir hareketle kullanılmasına bağlamaktadır. Görevin ihmalinde genel kast yeterli olduğu halde, görevin kötüye kullanılmasında (suiistimalinde) genel kasttan ayrı olarak özel kastın varlığı da aranır. Diğer bir deyişle maddi unsurları bazen aynı da olabilen bu iki suçu birbirinden ayırmaya yarayan kriter, manevi unsurdaki bu farklılıktan doğar. TCK'nın 240 ıncı maddesinde özel kastın arandığına ilişkin bir ibareye rastlanmamakta ise de, maddenin bu konuda tamamen belirsiz veya suskun olduğu söylenmez. 240 ıncı maddede 230 uncu maddeden farklı olarak “**suiistimal**” terimi kullanılmıştır, suiistimal terimi, ihmal teriminden farklı olarak görevin veya ona bağlı yetkinin bir maksada ve hatta gayrimeşru bir maksada – başkasına zarar verme veya kendisine haksız bir menfaat temin etmek gibi- dayanarak yerinde kullanılmamasını veya yetkinin tecavüze uğramasını ifade eder. Yetkinin böyle bir maksada dayanmadan yerinde kullanılmaması suiistimalî sonuçlamaz. Kısaca görevin kötüye kullanılması suçun oluşumu için özel kastın varlığını şart koşan bu görüş, söz konusu kastın “**suiistimal**” terimi ile ifade edildiğini belirtmektedir.

suistimalinden bahseden 323 üncü maddesi pek daha açık ve vazıhtır: bu maddede manevi unsurun <ahara bir zarar ırası veya menfaat temini maksadıyla suistimal teşkil eden fiili ika eylemek şuur ve iradesinden ibaret bulunduğu> açık olarak tebarüz ettirilmiştir” **Dönmezer, Sulhi**; İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas, İ.Ü.H.F.M., C.III, S.1-2, 1945, s. 231 vd.; **Gözübüyük**; Şerh., s.244; **Vidinli**; a.g.e., s. 346; **Demirbaş**; a.g.e., 271

- Diğer görüşe¹⁶⁶ göre ise; görevin kötüye kullanılması neticeyi teşkil ettiğinden ve failin bu kötüye kullanışı bilmesi ve istemesi kastı meydana getirdiğinden ayrıca özel kasta lüzum yoktur. Diğer bir deyişle, görevin kötüye kullanılması suçun oluşumu için failde genel kastın bulunması yeterli olup, ayrıca özel kastın varlığı aranmaz. Gerçekten örneğin, mahkeme ile işi olmayan Çankırı'daki arkadaşının Ankara'ya gelmesini temin maksadıyla resmen davetiye gönderen zabıt katibi, gönderme fiili ile görevini kötüye kullandığını bilmektedir. Çankırı'daki arkadaşının Ankara'ya gelmesini temin maksadıyla hareket etmesinin suçun gerçekleşmesi bakımından etkisi yoktur. Memuriyet görevinin genel olarak kötüye kullanılması suçunun manevi unsuru genel kast olup, failde özel kastın varlığı aranmaz. Görevini belirleyen kanuni düzenleme ve talimatlara aykırı davrandığını bilen memurun, bu türlü bir davranışı istemesi de genel kastı teşkil eder. Gerçekten TCK'nın 240 ıncı maddesinde bu suçun özel kastla(belirli bir saikle) işlenmesi gerekeceğine ilişkin bir ibareye rastlanmamaktadır. Şayet kanun koyucu suçun teşekkülü bakımından özel kastın varlığını arasaydı Ceza Kanunu'nun birçok maddesinde yaptığı gibi, burada da bu nevi kasta yer verebilirdi. Bu çözüme itibar etmeyen kanun koyucunun genel olarak görevi kötüye kullanma cürmünün gerçekleşmesi bakımından genel kastı yeterli gördüğü söylenebilir. Suçun oluşumu bakımından genel kastın araştırılmasının yeterli sayıldığına bir diğer gerekçesi de TCK'nın 240 ıncı maddesinde yer alan “..hangi nedenle olursa olsun...” ifadesinden(bu ifade suçun işlenme şeklini gösterdiğinden maddi unsura ilişkindir) failde özel kastın varlığının aranmadığı sonucuna varılabilir. Diğer failin görevine ilişkin yetkileri kendisine veya başkalarına bir menfaat sağlamak veya başkalarına zarar vermek saikiyle kullandığının aranması şart değildir. Özetle bu görüşe göre 230 ve 240 ıncı maddeler arasındaki fark suçun işlenme biçiminde düğümlenmektedir. Görevi ihmal cürmü ancak ihmali bir davranış ile işlenebilirken; görevi kötüye kullanma suçu icrai işlenebilme¹⁶⁷ kabiliyetini haizdir.¹⁶⁸

¹⁶⁶ **Kunter**; Mahkeme İçtihatları..., s. 393, **Önder**; a.g.e, s. 172; **Özenbaş**; a.g.e., s.104;

¹⁶⁷ “Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevi Yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur. Olayımızda sanığın eylemi Yasaya aykırı yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır. Bu durum gözetilmeden görevi savsama suçundan hüküm kurulması... yasaya aykırıdır.”(4.C.D., 20.04.1998, 2751/3686); <http://yargitay.gov.tr>

¹⁶⁸ Suiistimal suçunda da mesela formalitenin ihmali bahis konusu olabilir. Fakat suçun maddi unsurunu bu ihmali değil, yapılan müspet hareket teşkil eder.(**Kunter**; Mahkeme İçtihatları..., s. 394)

Yoksa suçların manevi unsurları arasında bir fark bulunmayıp her ikisi de genel kastla işlenen suçlardır.¹⁶⁹

765 sayılı Yasa döneminde Yargıtay'ın, görevi kötüye kullanma suçu için özel kastı¹⁷⁰ arayan içtihatları yanında genel kastı¹⁷¹ suçun vücudu bakımından yeterli gören kararları da vardır.

Bizce suçun oluşumu için genel kastın varlığı arayan ikinci görüş daha isabetlidir. Çünkü yasa koyucunun normu tanzim ederken yer vermediği bir unsuru yasa yorumlayıcılarının ve tatbikatçıların eklemesi kabul edilemez. İki suç tipi arasındaki farkı maddi unsurlar açısından aramak daha doğru ve ceza hukuku disiplinine daha uygun olacaktır.

257/2. madde kendi içerisinde seçimlik hareketli(ihmal veya gecikme) bir suçtur.¹⁷² Maddi unsurun hareket boyutu yönünden *ihmali* tespit etmek kolay ise de, *gecikmenin* tespitinin o denli kolay olmadığı vakıanın kendisidir. Çünkü “ihmal” yerine gerilmesi gereken bir görevin hiç yapılmamasıdır. “Yapmak” ve “yapmamak” arasındaki bariz fark elbetteki tespiti de bir o kadar kolaylaştırmaktadır. Oysa “gecikme” ise belirli bir süre içinde yapılması gereken bir işlemin bu süre geçtikten sonra yapılmasını ifade eder.¹⁷³ İşte buradaki sorun; hangi aşamadan

“...bu iki suçu birbirinden ayıran ölçüt, görevi kötüye kullanma suçunda etkin(aktif), görevi ihmal suçunda ise etkin olmayan(pasif) bir davranışın söz konusu olmasıdır.”(C.G.K., 18.10.2005, E. 2005/4.MD-96, K. 2005/118); **Y.K.D.**; C.32, S.1, Ocak 2006, s. 124

¹⁶⁹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(4.Baskı), s. 457-458

¹⁷⁰ “... teamül haline getirilen usulle röntgen 2. banyo suyu satması ve bu satıştan aldığı para ile, hurda oto lastiği parasını iş yoğunluğu arasında unutup, zamanında vezneye yatırmaması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Çünkü eyleminde, bu suçun özel kast unsuru bulunmamaktadır. Saptanan oluşturma göre, görevi savsama suçundan cezalandırılması gerekir.”(C.G.K., 02.03.1992, 9-38/61); **Savaş-Mollamahmutoğlu**; a.g.e., s. 2444

¹⁷¹ “TCY.’nın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu, bir memurun yasal görevini yaparken yasalara ve yazılı hukuka aykırı davranması ile oluşur. Bu suçun oluşması için sanığın amacı, başka bir anlatımla özel kasıt aramaz.”(4. C.D., 08.03.1996, 8648/1352); **Malkoç-Güler**; Özel Hükümler., s. 1732

¹⁷² “...Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi ‘işgal eylediği mevki itibariyle yasaca belli bir kamu ödev ve görevini yapmaya mecbur olan bir kişinin, zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirilmemesi veya belirli ve uygun bir süre içinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması’ şeklinde tanımlanmıştır...”(C.G.K.,17.04.1978, 6-85/141); **Özenbaş**; a.g.e., s.67

¹⁷³ Geciktirme halinde görev geç de olsa, yapılmış bulunmakla beraber, suçun maddi unsuru “gecikme” olduğundan yine ihmali bir suçun bulunduğu meydandadır. Ancak görevin ifasında “gecikme”den bahsedebilmek için, bunun belirli bir süre içerisinde yapılmasının ve bu sürenin geçirilmiş olmasının gerekli olduğu şüphesizdir. Bu süre bazen kanundan çıkar: Mesela bir kanun belirli bir memura yine belirli bir süre kadar kendi göreviyle ilgili rapor vermek mükellefiyetini yükleyebilir. Bazen de bu süre somut olayın niteliğinden çıkar: Mesela TCK 530. madde –bir memur da olabilen- hekimi, şahıs aleyhinde işlenmiş bir cürümün eserlerini gösteren hallerde, gereken yardımı yapmakla birlikte, olayı adliye veya zabıtaya bildirmekle yükümlü tutmakla ve ihbarda gecikme halinde hekimi cezalandırmaktadır. Gecikme olup olmadığını

sonra içine girilen süreç gecikme boyutuna ulaşmıştır. En ufak erteleme dahi bu kapsamda değerlendirilebilir mi?

Şayet ortada yazılı ve belirli bir süre yoksa, uygulamada belirlenmiş kriterlere göre bir kaniya varmak gerekecektir.¹⁷⁴ Bu da kamu görevlisinin yapmakla görevli olduğu işin önemine, normal bir kamu görevlisinin çalışma temposuna, iş yoğunluğuna, emrin içeriğine göre belirlenecektir.¹⁷⁵ Gerçekten de iş yoğunluğu veya benzer etkenler¹⁷⁶ bahse konu işlemin vaktinde yapılmasını insan gücünün tahammül yetkinliğinin üstüne taşırmışsa; tabii olarak gecikmeden dolayı kamu görevlisini mesul tutmak mümkün olamayacaktır.

Kamu görevlisine kendi aleyhine olan bir görevin tevdi edilip de ihmal edilmesi halinde suç oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda da suç gerçekleşecektir.¹⁷⁷ Çünkü anayasa ve yasalarda buna engel bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁷⁸ 1982 Anayasası'nın 38/5 inci maddesi(*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen*

anlamak için hekimin müdahale ettiği yer ve zamana, müdahale için sarfedilen süreye, haber verme imkanlarının ne vakit ortaya çıktığına bakmak ve ona göre hekimin ihbarda gecikip gecikmediğini takdir etmek gerekir. **Erman-Özek**; a.g.e., s.160

¹⁷⁴ “..Görevi ihmal suçu için; 1)Failin ceza uygulamasında memur sayılan veya özel kanunlarında memur gibi cezalandırılacağı belirtilen görevlilerden olması, 2)Kanun, tüzük, yönetmelik v.s. gibi normlar hiyerarşisi içinde yer alan düzenlemelerle verilmiş olan belirli bir görevin; 2a) Hiç yerine getirilmemesi veya 2b)Geç yerine getirilmesi, 3)Failde görevi ihmal kastının varlığı, gerekir..”(C.G.K., 16.12.1991, 332/356); **Savaş-Mollamahmutoğlu**; a.g.e., s.2389

¹⁷⁵ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s. 619

¹⁷⁶ 230. maddede yer alan “..geçerli bir neden olmadan yapmayan..” ifadesi bir mazeret kapısı olarak kabul edilmiştir. *Geçerli bir neden* dış menşeli(kar fırtınası yüzünden köye kadar gidilerek tebligatın yapılmaması) olabileceği gibi kamu görevlisinin şahsından da(hastalık) nüksedebilir. **Dönmezer, Sulhi**; Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, s. 144;

“..Karakolda yalnız olan başçavuşun karakolu boş bırakarak ihzarı infaz için köye gidememesinde, görevli açısından bir zorunluluk, fiili imkansızlık söz konusu olduğundan, görevi ihmal kastı gerçekleşmemiştir..”(4. C.D., 24.04.1955, E.1499, k. 8005); **Kıyak, Fahrettin-Çağlayan, M. Muhtar-Şenel, Cebbar**; Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler, Ankara, 1960, s. 98

¹⁷⁷ Böyle bir ihmalin suç teşkil etmeyeceği yönünde Yargıtay kararları mevcut olmasına karşın daha sonra bu görüşünden vazgeçmiştir.

“İcra dairesinden yazılan yazı üzerine şahsi borcu için maaşından kesinti yapmayan muhasebe memurunun fiili suç teşkil etmez.”(4.C.D., 16.02.1952, E. 12261, K. 12160),

“..Nüfusa bildirilmeyen iki kişinin sanığın çocukları olmasına ve hiçbir memurun kendi ailesi itibariyle yapılacak muamelelerde memuriyet vazifesi göremeyeceğine göre ...”(4.C.D., 25.05.1949, E. 2514, K. 4860),

“..Hiçbir memur kendi suçunu takiple vazifeli değildir....Kendi suçunu takip vazifesinin hiçbir memura teveccüh edemeyeceğine ...”(4.C.D., 16.09.1949, E.11009, K.11889); **Durmuş**; a.g.e., s.64-65

¹⁷⁸ “Mevzuatımızda, bir memura kendi aleyhine vazife tahmil edilemeyeceğine dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, tatbikat ve maslahat ta böyle bir yol açılmasına müsait değildir. Binaenaleyh bir memura kendi şahsı aleyhine de vazife tahmil edileceği düşünce ve kanaatine varılmıştır.”(C.G.K., 22.06.1953, 4-72/111); **Çağlayan**; a.g.e., s. 288

yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.)

burada uygulanma kabiliyetini haiz değildir, farklı bir amaç gütmektedir.¹⁷⁹

Genel kural, mevzuatın süre belirlememesi ise de istisnaen bazı işlerin belirli bir zaman diliminde yapılması buyurulmuştur. Bu konuda iki düzenlemeyi incelemeyi yeterli buluyoruz:

1)5271 sayılı CMK'nın 332 nci maddesinde;

“(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.”

Denilmektedir.

Yeni muhakeme sisteminde ana eksenlerden birisi olarak kabul edilen, muhakemenin hızlandırılması hedefine yönelik bir argümandır. Mülga 1412 sayılı CMUK'ta benzeri bir düzenleme, tüm suçlar için olmayıp bazı suçlarla sınırlı ölçüde bulunmakta idi ve müstakil bir cezayı öngörüyordu.¹⁸⁰

¹⁷⁹ **Demirbaş;** a.g.e., s. 258

¹⁸⁰ **1412 sayılı CMUK'un benimsediği sistem aşağıdaki düzenlemelerle sınırlıdır;**

“**Ek Madde 4 - Ek birinci maddede gösterilen suçların** soruşturma veya kovuşturulması sırasında Cumhuriyet Savcısı veya yardımcıları veya hakim yahut mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere **yedi** gün içinde cevap verilmesi zorunludur.

Eğer bu süre içinde istenen bilginin verilmesi imkansız ise sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği bildirilir.

Bilgi istenen yazıda, yukarıdaki fıkralar hükmü ile buna aykırı hareket etmenin kanuni sonuçları yazılır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kimse, **üç aydan altı aya kadar hapis** ve beşyüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Bu maddede yazılı suç, haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler işlediği takdirde de umumi hükümler dairesinde işlem yapılır.

Yasama dokunulmazlığı saklıdır.”

Yeni CMK’da ise bu hüküm TCK ile bağlantı kurularak ve hiçbir suç ayrık tutulmadan(şikayete tabi olanlar da dahil olmak üzere) düzenlenmiştir. CMK’nın 332/1. maddesinde, kimin suçların soruşturulması veya kovuşturulması ile ilgili bilgi isteyebileceği gayet açıktır. Ancak bilgi isteneceği daha doğru bir ifade ile maddenin(332) ikinci fıkrasının hangi muhataplar için devreye gireceği müphemdir. Kanaatimizce 2. fıkra delaletiyle TCK’nın 257. maddesine gidebilmek için kendisinden bilgi istenen kişinin mutlaka **kamu görevlisi** olması şarttır. Çünkü görevi kötüye kullanma suçu bir özgü suçtur¹⁸¹ ve müşterek faili ancak bir kamu görevlisi olabilir. Şayet bilgi istenen kişi, kamu görevlisi değil de sivil bir vatandaşsa bilgi vermekte gecikse veyahut ihmal etse bile, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu meydana gelmeyecektir. Bu durumda tek seçenek 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesine müracaat etmektir. Madde metni; 32/(1) ***“Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye..... idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.”*** şeklindedir. Adli bir amaç için kendisinden bilgi istenen kişi, bu çağrıya cevap vermediği takdirde kabahat işlemiş olacaktır.

Tabi akıllara şu soru gelebilir; muhakemenin yardımcı sujesi olan tanık ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmaktadır.¹⁸² Peki bir tanık çağrıldığı halde ifade vermeye, geçerli bir mazereti olmadan gelmez ise CMK md. 332/2’nin yol gösterimi ile TCK’nın 257/2. maddesindeki suçu işlemiş olmaz mı?

Kanaatimizce olmaz, çünkü tanığın mefruz kamu görevlisi sıfatını üzerine alması bu yolda bir adım atması, ilerlemesi ile başlar. Çağrı kağıdı ile çağrılması ona kamu görevi yüküm ve

“Ek Madde 1 -

1) Anayasa’da yer alan temel hak ve hürriyetlere ideolojik amaçlarla, Devletin Ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadiyle işlenen suçlarla, bunlara murtabit suçları;

2) Türk Ceza Kanununun 179, 180, birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ayrı olmak üzere 188, 201, 254, 255, 256, 257 ve 264 üncü maddelerinde veya 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanunun değişik 12 nci yahut aynı Kanunun ek maddesinin, birinci bendinde yazılı suçlar;”

¹⁸¹ TCK md. 40/(2)/1.cümle;-“ Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir.” şeklindedir.

¹⁸² TCK’nın 6. madde gerekçesinde; “.....Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir.....” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 38

muhafazalarını otomatikman yüklemeyiz. Diyelim ki çağrıyı alan tanık, mahkemede şahadette bulunmak için evinden çıkarken aleyhine tanıklık yapacağı kişi, tanığa yaklaştı onu mahkemeye gitmesin diye dövdü. Burada tabi ki tanık henüz bu vazifeyi yerine getirmiş olmasa bile, kamu görevlisi zırhını elde etmiştir. Ona karşı gerçekleştirilen cebir TCK'nın 265. maddesindeki **görevi yaptırmamak için direnme** suçuna vücut verecektir. Diyelim ki tanık usulüne uygun olarak huzura geldi ama bildiklerini anlatmadı. Bu durumda yine ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu vücut bulmaz, çünkü ondan daha önce gelen ve özel norm niteliğinde olan **yalan tanıklık(md. 272)**¹⁸³ suçu işlenmiş olacaktır. Ancak salt çağırılma halinde, henüz tanıklık görevini ifaya başlamadığı için kamu görevlisi statüsü de elde edilmediğinden Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesini uygulamak yanlış olmayacaktır. 32. maddenin tatbik edilip para cezası verilebilmesi için çağrı kağıdına bir ihtarata dercine gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

Belirtmiş olduğumuz üzere, CMK md. 332'nin hedeflediği muhatap kamu görevlisidir. Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece istenen bilgilere 10 gün içinde cevap verilmeli, eğer cevap verilmesi mümkün değilse neden verilemediği, ne zaman mümkün olacağının aynı süre(10 gün) içinde, bildirilmesi gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında, bilgi istenen yazıda; belirlenen süre içinde cevap verilmemesinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği ihtarının yazılması lazım geldiği belirtilmiştir. Sözün tam da burasında akıllara şu soru gelmektedir; acaba bu ihtarata yazılmamış ve muhatap kişi de cevap vermezse yine de bu suçtan sorumlu tutacak mıyız?

Kanaatimizce mevcut bürokratik düzende 10 günlük süre pek de uzun bir süre değildir. Bu süre içinde cevap vermeyen kamu görevlisini 257/2. maddeden tutabilmek için ihtarata şerhi, mutlaka bilgi isteme yazısına dercedilmelidir. Çünkü genel eğilim, bir işin yapılma sürecini yasal bir süre sınırlaması ile değil de bunu uygulamanın makul inisiyatifine terk ve büyük adetler kuralına göre belirlemektir. Aksi halde 11. günde, cevap vermediğinden bahisle bilgi istenen kişiyi sorumlu tutamayız.

Belirtmeliyiz ki sıra dışı bir durum olan 10 günlük süre için ihtarata suçun oluşumunda şart ise de bazı durumlarda ihtarata olmaması suçun oluşumuna engel teşkil etmeyecektir. Mazur görülebilecek sınırı aşan bir durum varsa artık ihtar şerhinin varlığı-yokluğu suçun oluşumu

¹⁸³ “Yalan söylemek, gerçeği inkâr veya bilgisini saklamak suretiyle aykırı beyanda bulunmak TCK.’nın 286’ncı[5237 sayılı TCK md. 272] maddesindeki suçun maddi unsurlarını oluşturur.”(C.G.K., 17.03.1980, 4-74/103); **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6.Baskı), s. 791

için aranmayacaktır. Diyelim ki nüfus müdürlüğünden, bir suçun soruşturması kapsamında istenen bir bilgi var ancak müzekkerede ihtarat şerhi yazılmadı. Nüfus müdürlüğü üzerinden 3 ay geçmesine karşın istenen bilgileri veyahut mazeretini yollamadı. Böylesi bir durumda sırf ihtarat müzekkereye yazılmadı diye suç oluşmadı diyemeyiz.¹⁸⁴ Suçun oluşumunu; ilgili kurumun iş yüküne, personel açısından yetkinliğine, büyük adetler kuralına göre belirlememiz mümkündür. Götürü bir şekilde; şu sürede verilen talimat yerine getirilmezse veya her gecikme ihmalen görevi kötüye kullanma suçuna vücut verir demek yanlış olacaktır. Zira CMK md. 332/2. madde, ihtarda “....**buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık OLUŞTURABİLECEĞİ yazılır..**” denilmesini istemektedir. Dikkat edilirse “**oluşturacağı**” ifadesi yerine, “**oluşturabileceği**” ifadesi tercih edilmiştir. Bu nedenle, somut olaya göre suçun oluşup oluşmadığı tespit edilecektir.

Kamu görevlisinin bilgi vermemesi bir menfaat elde etmekten kaynaklanıyorsa, görevi kötüye kullanma suçunun taliliği yüzünden, artık **rüşvet(md. 252)** suçunun oluşup oluşmadığı irdelenecektir. Hatta duruma göre **suçluyu kayırma(md. 283/2)** cürmü de sözkonusu olabilir.

Görevi kötüye kullanma suçu soruşturulması izne bağlı bir suç olmasına karşın; bu madde(CMK md. 332) kapsamında tatbik edildiğinde izin almaya gerek bulunmayıp, doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Hatta belirtmeliyiz ki C.savcısına; adli görevlerle ilgili kötüye kullanmaları veya ihmalleri bulunan kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yetkisi veren CMK’nın 161/5. maddesine göre daha kapsamlıdır. Çünkü 161. maddenin uygulanması yönünden birtakım istisnalar¹⁸⁵ öngörülmüş olmasına karşın 332 nci maddede tek istisna, yasama dokunulmazlığıdır.

¹⁸⁴ TCK’nın 4. maddesinde belirtilen ve ceza hukukunun genel kuralı olan “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.” ilkesini görmezden gelemeyiz.(765 sayılı TCK md. 44; Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.)

¹⁸⁵ **CMK’nın 161/(5). maddesinde görüldüğü üzere vali, kaymakam, en üst dereceli kolluk amir ve memurları doğrudan soruşturma hususunda istisna kılınmıştır.** “-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.”

2)2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28 inci maddesinde;

“1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre İDARE, GECİKMEKSİZİN İŞLEM TESİS ETMEYE VEYA EYLEMDE BULUNMAYA MECBURDUR. BU SÜRE HİÇBİR ŞEKİLDE KARARIN İDAREYE TEBLİĞİNDEN BAŞLAYARAK OTUZ GÜNÜ GEÇEMEZ. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.

2.Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.

5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6. Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir.”

Denilmektedir.

İdarenin, yargı kararlarını infazı, onlara uyması da süreye bağlanmış nadir hükümlerden birisidir. Yargı kararlarının herkesi bağlayıcı yönü ve üç erk arasındaki denge hipotezi bakımından önemli bulunmuş; bunun yürütme erkinin parçası olan idare tarafından bozulmasına izin verilmemiştir. Belirtmeliyiz ki mahkeme kararlarına uymazlık şahsın da haklarını ihlal eder vaziyettir.¹⁸⁶765 sayılı TCK'nın 228 inci maddesinin¹⁸⁷ yani **keyfi**

¹⁸⁶ Önder; a.g.e., s. 176 vd

¹⁸⁷ Yargıtay, daha önceleri yargı kararlarını yerine getirmeme halinde; 230 uncu maddenin yürüyeceği fikrinde iken sonradan bu görüşten vazgeçip 228. maddenin tatbik edileceği hükmüne varmıştır.

“Yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulunmasına dair olan, anayasa hükmü yürütme organları ile idareye takdir hakkı tanımadan, uyulması zorunlu bir görev yüklemektedir. Bu görevin yerine getirilmesinde ihmal gösterilmesi veya ısrarlı yerine getirilmekten kaçınılması derece derece görevi savsaklamak veya kötüye kullanmak suçunun oluşmasına yol açar. Bu konuda da TCK.nun 230. ve 240. maddelerinde yeteri kadar açıklık mevcut olup, ayrıca diğer yasalarda, yürütme organlarıyla idareye mahkeme kararlarının yerine getirilmesi şeklinde bir görev tahmil edilmesine gerek bulunmamaktadır.”(C.G.K., 25.09.11978, 4-230/303); Savaş-Mollamahmutoğlu; a.g.e., s. 2393

muamele suçunun en çok uygulandığı alanlardan birisi de yargı kararlarının yerine getirilmemesidir.¹⁸⁸

“Görevin genel nitelikte kötüye kullanılması suçu, hangi nedenle olursa olsun görevin kötüye kullanılmasıyla oluşur. Görevi kişilere karşı kötüye kullanma suçunun meydana gelebilmesi için ise, yetkinin kötüye kullanılması ve keyfi davranılmasının kişisel hakları çiğneyici ve zarar verici nitelikte olması gerekir. Somut olayda, şikayetçinin iki kez görevi değiştirilmiş; bu işlemler için idari yargıya başvurulmuş ve yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Şikayetçi, mahkeme kararı ile iki kez görevine döndürüldüğü halde; sanıklar mahkeme kararına sözde uymuş gibi davranarak birkaç gün ya da bir buçuk ay sonra yeniden görevden alarak bir başka göreve atama yapmışlardır. Yasama, yürütme ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri keyfi davranışları ile kişilerin haklarını çiğneyip zarar vermiş olurlar. Sanıklar eylemlerinin suç olduğu bilinç ve iradesine sahiptir. Yargı kararlarını sözde uygulamış gibi davranarak uygulamamak konusunda kararlı biçimde direnmişlerdir. Açıklanan nedenlerle sanıkların eylemleri görevi kişilere karşı kötüye kullanma suçunu (TCK. m. 228) oluşturur.”¹⁸⁹

Yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinde, maddede belirtilen cezalandırabilme şartları da gözetilerek 257 nci madde uygulanacaktır. Otuz günlük süre bakımından kabul edilebilir mazeretler varsa bunların tetkiki yapılarak sonuca gidilmelidir.

c) 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.

765 sayılı TCK’da basit rüşvet olarak(212. md) vasıflandırılan bu eylem görevi kötüye kullanma suçunda; bir işlenme biçimi olarak tanzim edilmiştir. Kanun, kamu görevlisinin görevi gereği kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya

¹⁸⁸ “..Yargı kararlarını hiçe sayan bir tutum ile uygulanmaz hale getirecek şekilde konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirmiş ve bu keyfi hareketiyle ilgili kişinin hakkını ihlal ederek onun zarara uğramasına neden olmuştur. Sanığın sabit olan bu eylemi görevde keyfi davranmak suçuna uymakta olup, TCY.nın 228. maddesi uyarınca cezalandırılmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetlidir..”(C.G.K., 11.03.2003, 4.MD-63/37); **Kaban, Mater-Aşaner, Halim-Güven, Özcan-Yalvaç,Gürsel**; Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 2004, s. 257

¹⁸⁹ (4.C.D., 22.01.1998, 10/1), **Yargı Dünyası**; Ekim 2001, S. 70, s. 90

yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için kendisi veya üçüncü şahsın faydasına para alması veya başka fayda sağlaması veya menfaat vaadini kabul etmesini suçun maddi unsuru olarak kabul etmiştir. Teklif direkt muhatap vatandaştan da gelebilir, yine suç gerçekleşmiş olur. Kamu görevlisinin görevine ilişkin her hareket bu kapsama girer. Yapacağı veya yaptığı hareket, görevi ile ilgili işlem pozitif(icrai) bir hareketten ibaret olabileceği gibi negatif(ihmali) bir hareketten de ibaret olabilir.¹⁹⁰ Kamu görevlisi yetkili olmadığı bir iş için yarar elde etmiş ise ve muhatap vatandaş da bunu (yani bahse konu alanda yetkisiz olduğunu) biliyorsa, TCK'nın 255 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan **yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama** suçu gerçekleşecektir.¹⁹¹

Şayet görev gereklerine aykırı davranması için bir menfaat temini cihetine gitmiş ise artık rüşvet suçu devreye girecektir. Kamu görevlisi, muhatabını, kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması için zorlamışsa, ikna etmişse, hatasından yararlanmışsa; tali nitelikte olan görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilemez. Çünkü burada artık irtikap suçu düşünülmelidir. Madde metninde ayrıca vurgulanmış olması da aslında gereksizdir. Zaten ceza hukuku uygulaması bizi bu noktaya götürecektir.¹⁹² Yani yapılan malumun ilanından ibarettir. Bu düzenlemenin amacı 257 nci madde gerekçesinde, **“..Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hâllerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine**

¹⁹⁰ Soyaslan; a.g.e., s. 527

¹⁹¹ **255. madde gerekçesinde;** “ Kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceğinden bahisle kişiden menfaat temin etmesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, menfaati temin eden kişinin, yapılmasını arzuladığı işin kamu görevlisinin görevine girmediğini ve bu hususta yetkisi olmadığını bilmesi gerekir. Ancak, kamu görevlisi, özel ilişkileri nedeniyle bu konuda yetkili olan kişilere işi yaptırabileceğine veya herhangi bir şekilde işi yapabileceğine inandırarak menfaat temin etmektedir. Şayet kamu görevlisi, görülmesi istenen iş konusunda kendisi esasen görevli ve yetkili olmadığı hâlde, görevli ve yetkili olduğundan ve işi yapacağından bahisle kişiyi yanıltarak menfaat temin etmiş ise, artık bu suçun değil, dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir....” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt;** a.g.e., s. 409

¹⁹² “..Bir memurun özel bir kasıtle, yasa ve nizamlara uygun şekilde yaptığı işten menfaat sağlamaya çalışması, unsurları yasada belirtilen cebri veya ikna suretiyle irtikapta bulunmak, rüşvet almak gibi suçları oluşturmadığı takdirde genel nitelikte olan görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur..”(C.G.K., 04.05.1987, 600/245); **Savaş-Mollamahmutoğlu;** a.g.e., s. 2351

uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikap suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.” olarak belirtilmiştir. Diyebiliriz ki burada gözetilen husus, ispat zorluğunun bertaraf edilmesidir.

Suçun tipiklik unsurunu açıklarken de belirtmiştik; madde metninde geçen **çık**ar kelimesini sadece ekonomik anlamda algılamamak gerekir. Örneğin; muhatap üzerindeki, cinsel tatminler de **çık**ar kapsamına girer. Kişi yapılan işin karşılığı olarak bir şey vermeye mecbur olmamalıdır. Karşılığa kanun açıkça izin vermeyebileceği gibi, yasaklamış da olabilir. Eğer karşılığı hukuk kuralları veya idari işlem öngörmüş veya karşılık örf adet gereği ise , bunların öngördüğü kıymetten fazlasının verilmesi çıkar sağlama sayılır. Mesai dışı veya olağanüstü gayret ile yapılan bir hizmete karşılık verilmesinin hukuka uygun olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Mesela bir avukatın mesai biterken veya tatil günü mahkeme kaleminden mahkemenin kararını istemesi ve bunu temin eden katibe bir miktar para vermesi halinde çıkar sağlamanın gerçekleşip gerçekleşmediği sorun olabilir.

Böyle bir karşılığın suç teşkil etmemesi için üç şart gerekir:

1-Kamu görevlisi bedava hizmet vermek mecburiyetinde olmamalıdır.

2-Verilen karşılık kamu görevlisinin diğer görevlerini yapmayı ihmal etmesini veya diğer görevlerini geciktirmesine sebep olmamalıdır.

3-Teklif edilen karşılığın kamu görevlisi tarafından kabulü kamu görevlisinin prestijini hissedilebilir düzey ve derecede yaralamamalıdır.¹⁹³

Kamu görevlisinin çıkarı kendisine sağlaması da şart değildir, bir başkası için de olabilir. Üçüncü şahıs konumunda olan kişi, kamu görevlisinin haberi olmadan onun adına fertten bir menfaat temin etmiş ise artık TCK’nın 158/2. maddesine(nitelikli dolandırıcılık) müracaat edilmelidir.¹⁹⁴

Madde, çıkar temini teklifinin kamu görevlisinden gelmesi hipotezine göre tesis edilmiş ise de, fert yönünden teklifin gelmesi de mümkündür. Bahse konu eylemin yapılmasından sonra

¹⁹³ Soyaslan; a.g.e., s. 528(aktararak; Antolisei, Francesco; Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-II, Nona Edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi Conti, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, s. 738)

¹⁹⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6.Baskı), s. 688

sağlanan menfaatler de görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir. Kamu görevlisinin işlemi yapıp, elini çekmesi burada etkili olmayacaktır. Turnusol vazifesi görecektir; bu kişi kamu görevlisi olmayıp, bu işlemi yapmasaydı, acaba muhatap tarafından kendisine böyle bir menfaat temin edilecek miydi? Eğer bu sorunun cevabı “hayır” ise, artık yapılan suçtur. Bu eylem suç teşkil etmez demek, kamu faaliyetlerinin satın alınamazlığı idealine büyük bir darbe vuracağı gibi; diğer fertlerin de kendilerini menfaat teminine mecbur hissetmelerine, aksi halin aleyhlerine sonuç doğuracağı tereddüdüne kapılmalarına yol açar ki, bu ceza hukukunun kabul ve tahammül edebileceği bir sonuç olamaz.¹⁹⁵ Münferit bir işlem için olması da gerekmez. Örneğin işlerini yürüttüğü icra dairesindeki personelle arasını iyi tutmak için onları yemeğe götüren veya benzer iyiliklerde bulunan avukatın menfaatlerini kabul edenler de görevlerini kötüye kullanmış olur(şayet bu menfaatlar görevlerine aykırı davranmalarını sonuçluyorsa artık düşünülmesi gereken rüşvet suçudur.).

Çıkarın kıymeti kanaatimizce suçun oluşumu için etkili değildir.¹⁹⁶ Eşitlik ilkesi ile hareket etmesi gerekenlerin, bu eksenden en ufak sapmaları dahi cezai sorumluluğa tabi olmak zorundadır.¹⁹⁷ Yasa koyucu Devlet Memurları Kanunu’nun 29. maddesinde, iş sahiplerinden hediye alınmasını yasaklamıştır.¹⁹⁸ Zira yasa koyucunun cezayı eksiltici veya tamamen ortadan kaldırıcı fonksiyon atfettiği *malın değerinin az olması*, bazı suçlar¹⁹⁹ için istisnaen getirilmiş bir cezasızlık kurumu olduğundan, onu adeta genel bir cezasızlık sebebi gibi kabul

¹⁹⁵ **257. madde gerekçesinde;** “..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. ” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt;** a.g.e., s. 412

¹⁹⁶ **Tezcan-Erdem-Önok;** a.g.e., s. 622

¹⁹⁷ Krş. grş. bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya;** Özel(6.Baskı), s. 688; **Soyaslan;** a.g.e., s. 527; **Bektaş;** a.g.e., s.40

¹⁹⁸ **DMK’nın 29/1. maddesi;** -“ Devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlama amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır.” **şeklindedir.**

¹⁹⁹ **TCK’nın 145/1. maddesi;** -“Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

TCK’nın 150/2. maddesi; -“ Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir. ”

TCK’nın 249/1. maddesi; -“ Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.” **şeklindedir.**

edemeyiz.²⁰⁰ Görevi kötüye kullanma suçunda çıkarın miktar olarak az olması, sadece yargıcın temel ceza tayininde alt haddenden ceza verme gerekçesi olabilir.²⁰¹

B) NETİCE

Görevi kötüye kullanma suçunu, netice açısından ele almadan evvel, eTCK'daki muadillerini incelemek yol gösterici olacaktır:

a) 765 sayılı TCK dönemi

ETCK'nın 240 ıncı maddesinde, bir tehlike olan görevi kötüye kullanma suçunda; zararın meydana gelmiş olması aranmamakta, kötüye kullanma hareketinin yapılmış olması, başka bir ifade ile, göreve ait yetkilerin kötüye kullanılması, suçun tamamlanması için yeterli sayılmaktadır. Bu nedenle, söz konusu suç, kötüye kullanma hareketinin yapıldığı anda ve zamanda tamamlanmış olur. Teşebbüs mümkün olmamakla beraber bazı müellifler, somut hallerin sonsuz çeşitliliği ve kötüye kullanma hareketinin birçok parçaya bölünebilme ihtimaline binaen eksik teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmişlerdir.²⁰²

228 inci maddede düzenlenen, keyfi muamelenin yapılması veya yapılmasının emredilmesi veya bu şekilde bir emir verdirilmesi ile suç tamamlandığından, söz konusu cürme tam teşebbüs olanaklı değildir. Ancak şartları olduğu takdirde eksik teşebbüs mümkün olabilir.²⁰³

ETCK'nın 230 uncu maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu da neticesi harekete bitişik bir suçtu ve teşebbüse müsait olmayıp ihmal ve gecikmenin yapıldığı anda ve yerde suç tamamlanmış oluyordu.²⁰⁴ Devletçe bir zararın meydana gelmesi ikinci fıkrada bir nitelikli hal olarak kabul edilmişti.Basit rüşvet(ETCK md. 212/1) alma ve verme suçlarında netice

²⁰⁰ **TCK'nın 61/10. maddesi;** - “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” demektedir.

²⁰¹ **TCK'nın 61/1-e maddesi;** -“Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı..” biçimindedir.

²⁰² **Önder;** a.g.e., s.173; **Artuk-Gökçen-Yenidünya;** Özel(4.Baskı), s. 461; **Şahin, Cümhur;** Türk Hukukunda Memurluk Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçları (TCK. m. 230, 240)[Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi], Ankara, 1987, s.122-123

²⁰³ **Artuk-Gökçen-Yenidünya;** Özel(4.Baskı), s. 432

²⁰⁴ **Demirbaş;** a.g.e., s. 274

rüşvetin alınması veya bu yönde menfaat ve taahhüdün kabul edilmesi anında tamamlanır. Şayet memur rüşvet istemiş, muhatap reddetmişse artık suça eksik kalkışma vardır.²⁰⁵

b) 5237 sayılı TCK'daki durum

257 nci maddenin ilk iki fıkrasındaki suç tiplerinde, yapılan icrai veya ihmali davranışların dış dünyada bazı değişiklikleri meydana getirmesi düzenlenmiştir. Elbetteki bir eylemin cezai anlamda değerlendirilebilmesi için bir değişikliği sonuçlaması, adeta ete kemiğe bürünmesi şarttır. Bu kural, madde açısından tatbik edildiğinde, belirtilen neticeler(kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı, kişilere haksız kazanç sağlama) husule gelmeden maddi unsur da gerçekleşmemiş olacaktır.²⁰⁶ Suçun özel beliriş şekli olan teşebbüs başlığı altında, bu üç sonucun birer netice mi yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu üzerinde durulacaktır. Orada kullanmak üzere söz söyleme hakkımızı saklı tutuyoruz.

257/3 üncü madde açısından netice bir çıkarın sağlanmasıdır. Çıkar konusunda mutabık kalınması halinde de suç tamamlanmıştır denilemez. Çünkü bu suçun muadili, eTCK'daki basit rüşvettir(md.212/1) desek de farklı bir yapıya sahiptir. 212/1 inci maddede “..*yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya **bir vaat veya taahhüt kabul eden**...*” ifadesindeki; “bir vaat veya taahhüdü kabul eden” seçimlik eylem suçun itmasını da öne çekmektedir. Mutabık kalınan noktada basit rüşvet alma suçu gerçekleşmektedir. Ancak 257/3. maddede yasa koyucu, “..**çıkar sağlayan**..” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

Burada anahtar kelime “sağlama” dır. Sözlük anlamı olarak; 1) Bir işin olması için gerekli durumu, şartları hazırlamak, temin etmek, 2) Elde etmek, sahip olmak; demektir.²⁰⁷

Bazı müelliflere göre, “sağlama” kelimesi; failin suç konusu menfaatin verileceği konusundaki şüphelerini tamamen ortadan kaldıracak, vaatte bulunmaktan ileri, vermeden daha önceki bir safhayı ifade etmektedir.²⁰⁸

²⁰⁵ “...sanığın sabit olan eylemi teklifini müştekinin kabule yanaşmaması nedeniyle yapması gereken işi yapmak için rüşvet almaya eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç niteliğinde yanlışlıkla yazılı şekilde görevi kötüye kullanmaktan cezalandırılması...”(S.C.D., 28.01. 1999, E. 4556, K.60); **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(4.Baskı), s. 409

²⁰⁶ **Özgenç**; a.g.e., s. 1013

²⁰⁷ **T.D.K.**; a.g.e., s. 1242

Kanaatimizce “**sağlama**” kelimesini 257/3. madde açısından bu şekilde anlamak mümkün değildir. “Sağlama” kelimesi madde metni açısından “verme” yani kamu görevlisi açısından “elde etmek” şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü her ne kadar eTCK’daki basit rüşvet alma suçunun muadilidir desek de, bu suç kimyası ve yapısı farklı bir suçtur. “Çıkar” konusundaki anlaşma tek başına yeterli olmayıp teslimi de gerekir.

C) İLLİYET BAĞI

Meydana gelen neticeler, kamu görevlisinin eyleminden kaynaklanmalı araya giren başka etkenler bu olması gereken bağı kesmemelidir. Bizim ceza yasalarımızda da modern eğilime paralel olarak, illiyet bağı ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bu kurumun varlığı peşin kabul bir şablon ile saptanamaz. Deneyimsel birikimler ve hayatın dinamikliğine paralel olarak bu tespit yapılacaktır. Aksi düzenleme beraberinde durağanlığa sebep olacaktır.

İhmalî suçlarda ihmalin kendisi bizzat illeti teşkil ederken²⁰⁹, maddenin ikinci fıkrası bir zarar suçu olduğundan illiyet bağının kurulumu zor olmayıp, ihmalin kendisi değil artık ihmalle sonuçlar arasındaki bağın kendisidir illiyet bağı.

D) FAİL

Özgü suç olan görevi kötüye kullanma suçunda fail, madde metninden de anlaşılacağı üzere kamu görevlisidir.²¹⁰ 5237 sayılı TCK’nın yaptığı en büyük köklü değişikliklerden birisi de mülga 765 sayılı TCK’da yer alan *memur ve hizmetli* kavramını *kamu görevlisi* şekline tahvil etmesidir.²¹¹ Bu nedenle iki dönem arasındaki farkları görmek ve mukayese edebilmek gayesiyle evvela mülga yasa dönemi, daha sonra da mer’i yasanın benimsediği sistem anlatılacaktır.

²⁰⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(4.Baskı), s. 352

²⁰⁹ Akdemir; a.g.e., s. 103

²¹⁰ TCK md. 40/(1)-İlk cümle- Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir.[Özgü suç tespiti faile göre yapılmıştır.]

²¹¹ Şık; a.g.e., s. 276

a) 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Memur"

"Memur" kavramı kanunun 279. maddesinde düzenlenmişti. Madde²¹², kanun yürürlükten kalkıncaya kadar sadece bir kez olmak üzere 1936 yılında ve 3038 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır. Maddenin ilk hali; **"Kanunun tatbikatında Devletin veya vilayet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır."** şeklindedir.²¹³ Değişiklik ile 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 357 ve 358 inci maddeleri tek madde altında bir araya getirilmiştir.²¹⁴ Bu şekilde birleştirilen maddeden iki kurum ortaya çıkmıştır; **memur** ve **amme hizmeti görmekle muvazzaf kişi**.

279 uncu madde metni; **"Ceza Kanununun tatbikatında:**

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

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

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

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

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

Diyebiliriz ki 765 sayılı TCK döneminde en sorunlu kurumlardan birisi bu madde, yani kimin memur kimin olmadığıdır.Yapılanlar tamamen olayla sınırlı, genel ilke koyamayan kazuistik metoda mahkum çözümler olmuştur.

²¹² Zanardelli Kanunu'nun 207. maddesinde sadece kamu görevlisi kavramına yer verilmiştir:

"Kanunun kamu görevlisi saydığı kimseler şunlardır:

1-Devletin, belediyelerin, vilayetlerin, devletin belediye ve vilayetlerin vesayeti altında bulunan bir kurumun hizmetinde geçici veya devamlı, ücretli veya ücretsiz çalışan kişiler

2-Noterler

3-Adli organda görev yapan mübaşirler

Jüri üyeleri, hakemler, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar da bu görevleriyle ilgili olarak memur" sayılmakta idiler.(Özenbaş; a.g.e., s. 18)

²¹³ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(4.Baskı), s. 252

²¹⁴ Özgenç; a.g.e., s. 97

279 uncu maddede üzerinde durulması gereken iki kavram vardır: **Âmme vazifesi** ve **âmme hizmeti**. İki kavramın da aynı olduğunu savunan bir azınlık²¹⁵ olsa da baskın görüş iki kurumun farklı olduğu istikametindedir. Zira 279 uncu maddenin iki fıkrası birbirine benzer şekilde düzenlenmiştir. Kamu görevi ile kamu hizmetini eşanlamlı gören bir yasa koyucunun böyle bir tekrara başvurması elbette düşünülemez. Aksi halde gereksiz bir tekrar yapılmış olurdu.²¹⁶ 1936'dan önce yalnızca “**memur**”u tanımlayan kanun koyucu, 1936 değişikliği ile TCK'nın diğer maddelerinde geçen(md. 138, 483) kamu hizmetiyle yükümlü kimseleri de tanımlamak gereği duymuştur. “**Kamu görevlisi**” ve “**kamu hizmetlisi**”ni aynı saymak kanunilik ilkesi ile de çelişecektir.²¹⁷ Kanun sistemine göre, kamu vazifesi görenlerin işledikleri suçların cezası kamu hizmeti görenlerinkine, kamu hizmeti görenlerin suçlarının cezaları ise sıradan yurttaşlara göre daha ağırdır.²¹⁸

Kamu görevi ve kamu hizmetini birbirinden ayırmaya yarayacak bazı kıstaslar ortaya atılmıştır:

1) Özel Teoriler

Bu görüşte memur ile kurumu arasındaki ilişki temel kabul edilmekte ve oradan bazı çıkarsamalara varılmaktadır.

1a)Tayin Kıstası: Memur , bir vazifeye tayin olmuş kadrolu ve maaşlı kişidir. İdare hukuku açısından yapılmış bu tanımlama ceza hukukundaki memur kavramından daha dar kapsamlıdır.

1b)Organ Kıstası: Memur kurum ile birleşmiştir. Memurun iradesi kurumun iradesini yansıtmakta olup emredici niteliktedir.

²¹⁵ **Dönmezer, Sulhi;** Mahkeme İçtihatları, İ.Ü.H.F.M., C.IX, S.3-4, İstanbul, 1944, s.822; **Bengü, Cemil Halit;** Ceza Tatbikatında Memur, Siyasi İlimler Mecmuası, S. 158, Mayıs 1944, s. 121

²¹⁶ **Kunter, Nurullah;** Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu, İ.Ü.H.F.M., C.XIII, S.1, 1947, s.759

²¹⁷ **Erman, Sahir;** Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.II, S. 3-4, Ankara, 1947, s. 252

²¹⁸ **Selçuk, Sami;** İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, C.XXIII, S.1-2, Ocak-Nisan 1997, s. 33

2) Nesnel Teoriler

Burada ise; memur kavramı, kurum ile fert arasındaki ilişkide değil, objektif esaslarda aranmaktadır.

2a)Gaye Kıstası: Devletin görevlerinden bir kısmı esaslı mahiyette gayelerin elde edilmesine yönelik olup asli niteliktedir. Devlet tarafından yapılması zorunludur.²¹⁹ Bu görev olmaksızın devlet düşünülemez. Diğer bir kısım görevler ise kamu için faydalıdır devlet için yapılması ihtiyaridir.²²⁰ Tali niteliktedir, fertlere bırakılabilir. Birincisi kamu görevi, ikincisi ise kamu hizmetidir. Güvenlik ve adalet birinciye, ulaşım ve temizlik ise ikinciye örnektir.

Devlet birtakım gayelerin teminini istihdaf eder; ancak bu gayelerin cümlesi devletin esasına, özüne taalluk eylemezler; bunların birçoklarından devlet pek âla vazgeçebilir. Devletin esasına taalluk eden gayeler hukuki mahiyettedir. Çünkü devletin başta gelen faaliyeti hukuki nizamı tesis, tatbik ve bu nizama riayeti temin etmekten ibarettir. Binaenaleyh, devlet faaliyetlerini hukuki ve sosyal olmak üzere ikiye ayırabiliriz: Her ne kadar sosyal faaliyet sahasında da devlet bir amme hükmi şahsı olarak tezahür etmekte ve amme menfaatini temin gayesini gütmekte ise de, devletin bu sahada üstün ve hakim bir mevki işgal ettiği ileri sürülemez. Sözü geçen faaliyetler hususi fertler tarafından da ifa edilebilir. Hatta bunlar önceleri tamamıyla şahsi teşebbüse terkedilmişken muhtelif mülahazalar dolayısıyla ve içtimai menfaati daha iyi temin edebilmek saikiyle devletçe deruhte olunmuşlardır. Fakat bu keyfiyet mevzubahis faaliyetin mahiyetini tebdil edemez. Devletin bu gibi faaliyetleri deruhte etmiş bulunması faaliyetin esas mahiyetine, objektif durumuna tesir etmeyen subjektif bir tebeddüldür. Bu fikri teyit eden bir keyfiyet de, imtiyaz müessesesinin ancak sosyal faaliyet sahasına tatbik edilebilmesidir. Modern devlet, hukuki sahaya giren faaliyetlerinden hiçbirinin ifasını imtiyaz tarikiyle hususi teşebbüse terk edemez. Devletin esas ve özüne taalluk eden

²¹⁹ “TCK’nın 279. maddesine göre memur devlete ait bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuksal işlem veya eylem uygulamasını gerçekleştirenlerle bu hukuksal işlem veya eylemin uygulanmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım edenlerdir.”(C.G.K., 25.11.1985, 1-410/595);Y.K.D., Mart 1986, s. 406

²²⁰ **Yaşar, Hakkı;** Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki, A.D., Aralık 1966, S.12, s. 813

veya diğerk bir tabirle hukuki sahaya giren faaliyetler amme vazifesine, bu mahiyette olmayan ve sosyal sahaya ithal edilebilen faaliyetler de amme hizmetine tekabül eyler.²²¹

2b)İdare-İşletme Kıstası: Kamu görevi ve hizmeti ayırımının kıstasını üstün ve hakim iradenin oluşmasına bağlayan nazariyeye göre, kamu görevinde devletin üstünlük hakkı vardır. Kamu hizmeti ise basit bir işletme tasarrufudur. Kamu görevlileri, kamu kudretinin ve üstün iradenin oluşumuna katılan kişilerdir. Kamu hizmetlileri ise devlet idaresinin teşekkülünde faal rol oynamayan kimselerdir.

2c)Takdir Hakkı Kıstası: Kamu görevinde emir verme ve takdir hakkı vardır. Kamu hizmetinde ise bunlar yoktur.

2d)Fikri-Maddi Faaliyet Kıstası: Memur ve hizmetliyi bu ölçüye göre ayıranlar kamu görevini az çok fikir bir faaliyet, kamu hizmetini ise bedeni ve mekanik bir faaliyet olarak nitelemektedirler.

3)Karma Teori:Devletin asli görevi yasama, yürütme ve yargılamadır. Bunlara ilişkin olanlar kamu görevidir. Emredici ve zorlayıcı niteliktedir. Kamu kudretinin müdahalesi ile yapılan hakimiyet tasarrufları kamu görevidir. Bunun dışındakiler ise kamu hizmetidir.²²²

b) Yargıtay'ın Kabulü

Uygulamada, Yargıtay'ın aksi yönde kararları²²³ olmasına karşın, hakim içtihat öğretide olduğu gibi bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu yönündedir. 1947 tarihli bir kararında bu iki kavram arasındaki farkı şu şekilde belirtmektedir;

“Amme vazifesi. Devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taalluk etmeyen, bunlara fer'i olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler, amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Amme vazifesi, devletin nüvesini teşkil eder. En bariz

²²¹ Erman; a.g.e., s. 252 vd.

²²² Evliyaoglu; a.g.e., s. 8-9

²²³ “Tramvay idaresi mensupları, ceza takibatında da, tatbikatında da memur sayılırlar... Tramvay biletçilerinden...’i vazifede tahkir etmekte suçlu ..’nin, Tramvay biletçilerinin memurdan sayılmayacağı itibariyle adiyen kabul ile feragatine mebnî amme davasının düşmesine dair hüküm...279 uncu maddesi mucibince memur addedilmesi lazım gelen müştekiye karşı vuku bulan hareketin Ceza Kanunun 266 ncı maddesi mucibince cezalandırılması icabedeceğine göre..”(C.U.H., 03.04.1944, K.87); Durmuş; a.g.e., s. 45

vasfı zaruri oluşu, yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise devletin ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına aldığı işlerdir. Bunlarda, öbürlerinde mevcut zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için yerine getirir... ”(Yargıtay Özel Daire, 04.03.1947, E.173, K.116)

“...TCK'nun 279. maddesine göre memur, Devlete ait hukuki iktidar ve selahiyet ve fiilin icrasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım edenlerdir. Müstahdemlerin Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılabilmeleri için teşrii, idari veya adli bir kamu görevi görmeleri gerekir.”(C.G.K., 25.04.1988, E. 1988/YYB-171, K. 116)²²⁴

Bu kıstas ortaya konmuş olsa da ayırımın kendiliğinden ortaya çıktığı söylenemez. Yargıtay kimin memur kimin hizmetli olduğunu adeta kazuistik metotla tespiti çalışmıştır:

Belediye odacısı(4. C.D., 22.05.1956, 1945/7254), **işçi bulma kurulu plasmanı**(4. C.D., 22.05.1956,1943/7284), **devlet hava yolları meydan müdürlüğü satış bürosu memuru**(5.C.D., 08.04.1954, 1090/1383), **müftü**(4. C.D., 09.05.1953, 3890/5290), **seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri**(3.C.D., 09.03.1951, 1447/10424), **noter**(4. C.D., 16.12.1955, 14512/19863), **mahkemece tanık olarak dinlenen kimseler**(4. C.D., 20.09.1995, 5021/5093), **devlet tiyatrosu sanatkârları**(7. C.D., 23.11.1965, 8260/9170), **belediye elektrik işletme memuru**(4. C.D., 26.05.1956, 7757/7789), **belediye fen kalfası**(4.C.D., 25.04.1967, 180/2949), **İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşleri Umum Müdürlüğü Tahsildarı**(5.C.D., 14.06.1957, 3195/3817), **belediye başkanı**(4.C.D., 16.09.1992, 5454), **Sosyal Sigortalar Kurumunun memur ve hizmetlileri**(5. C.D., 04.04.1991, 780/1961), **DSİ Genel Müdürlüğü kamulaştırma teknisyeni**(4. C.D., 01.02.1945, 9477/561) ceza kanunu tatbikatında memur sayılır.

Belediye park bekçisi(4.C.D., 22.10.1956, 12902/17295), **belediye otobüs biletçileri**(4.C.D., 11.09.1991, 3346/4807), **kadrolu olsa dahi belediye su şebekesi işçisi**(4.C.D., 29.02.1955, 13498/1752), **belediye su işleri usta başısı**(4.C.D., 23.02.1955, 3182/3589), **belediye tellahı**(4.C.D., 27.03.1954, 1482/3470), **telefon hat bakıcısı**(4.C.D., 02.10.1956, 6679/12779), **Türkiye Vakıflar Bankası Şube Müdür Yardımcısı**(4.C.D., 10.05.1996, 3128/4213), **Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bağlı K.. Vakıflar Yurdu Müdürü**(1.C.D., 08.12.1997, 3720/3974), **hastane kapıcısı**(4.C.D., 20.10.1953, 3497/10149),

²²⁴ **Durmuş**; a.g.e., aynı yer

ofis inşaat sürveyanı(4.C.D., 04.03.1948, 2451/2651), tarım kredi kooperatifi memuru(2.C.D., 26.06.1947, 2453/7265), Türk Hava Kurumu memurları(C.U.H., 16.04.1945, 102/98), vatman(4.C.D., 18.05.1950, 5534/6591), İstanbul İ.E.T.T. Şirketi Genel Müdürlüğüne mensup mıntika şefi(4.C.D., 13.02.1974, 661/1267), tekel tuz kantarcısı(4.C.D., 28.02.1957, 3662/2974), hastabakıcı(4.C.D., 01.03.1979, 744/994), köy imamı(4.C.D., 16.06.1993, 4316/4869), itfaiye eri(4.C.D., 10.06.1996, 4489/5317), sağlık ocağı müstahdemi(4. C.D., 08.02.1995, 130/867), Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğü personeli(4.C.D., 03.07.1995, 853/5042), Ticaret ve Sanayi Odası genel sekreteri ceza kanunu tatbikinde memur değildir.²²⁵

c) TCK Dışında “Memur”

Ceza Yasası’nın 279 uncu maddesi dışındaki hükümler özel mahiyette olup, ceza hukuku anlamında memur olmayan bazı kimselerin memur gibi sorumlu olacaklarını öngörmüştür.

Halen yürürlükte olan 399 sayılı KHK’nın 11. maddesindeki KİT personelinin cezai sorumluluk rejimine ilişkin hüküm, 05.02.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanun(R.G., 11.02.1992/21139) ile kanunlaştırılan şekliyle aynen şöyledir:

<< Madde 11- Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli;..

b) Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır.>>

KİT personelinin cezai sorumluluk rejimine ilişkin 399 sayılı KHK’nın 11. maddesindeki hükmün şahıs olarak uygulama alanı oldukça geniş tutulmuştur; “Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların.. her çeşit personeli” “ceza hukuku uygulamasında memur” sayılacaktır. Buradaki personel kavramına, bu kurumlarda çalışan işçileri de dahil etmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla, mesela bir Tekel işçisini zimmet, rüşvet gibi ancak kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutmak mümkün olabilecektir. Çünkü, bu kimseler de “ceza hukuku uygulamasında memur” sayılmaktadır. Nitekim, 5. Ceza Dairesi,

²²⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(4.Baskı), s. 260-262

bir Tekel kuruluşunda taşıyıcı içi olarak çalışan bir şahsın, memur diğer suç ortaklarıyla birlikte, zimmet suçunun “asli iştirakçisi” olarak sorumlu tutulmasına karar vermiştir.²²⁶

Teşebbüsün malvarlığına zarar veya belge ve defterleri üzerinde işlenen görevi kötüye kullanma fiilleri dolayısıyla da KİT personeli kamu görevlisi sayılacaktır.²²⁷ KİT personelinin işleyeceği görevi kötüye kullanma fiilinin suç olabilmesi ve bu nedenle kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesi için, bu fiil nedeniyle Teşebbüsün zarara sokulması gerekir. KİT personelinin görevi kötüye kullanmak suretiyle Teşebbüsün malvarlığına zarar vermiş olsa bile, bu fiilin “maddede sayılan belgelerle” işlenmemesi halinde; bu kişi, Teşebbüse Karşı ancak malen sorumlu olur, 765 sayılı TCK’nın 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçuna göre sorumlu tutulamayacaktır. Böyle bir fiil, ancak disiplin kovuşturmasını gerektiren idari bir tasarruftur.²²⁸

Dikkat edilecek olursa KİT çalışanları kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı değil, bizzat işledikleri suçlardan dolayı memur sayılmaktadır.²²⁹

d) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Kamu Görevlisi” Kavramı

TCK’nın 6/1 maddesinde; “*Ceza kanunlarının uygulanmasında;*

c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,

anlaşılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Mülga 279. madde ile mukayese edildiğinde bu maddenin daha yalın ve kapsayıcı olduğu barizdir. Maddeyi ve düzenleme gayesi olan “kamu görevlisi” kavramını çözebilmenin yolu “kamusal faaliyet”in ifade ettiği anlamı okumaktan geçer. Bu nedenle evvela kamusal faaliyeti irdelemek ve anlamaya çalışmak yol gösterici olacaktır.

²²⁶ 5.C.D.,12.09.1986,4702/3496(Özgenç; a.g.e., s. 103-104)

²²⁷ C.G.K., 08.06.1981, 4-150/223(Çağlayan, Muhtar; Türk Ceza Kanunu, 3.Bası, Ankara(tarih yok), s.1000)

²²⁸ C.G.K., 27.02.1989, 4-10/69(Özgenç; Şerh., s. 105)

²²⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(4.Baskı), s. 269

1)Kamusal Faaliyet

1982 Anayasası'nın 128/1. 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 diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”*denilmiştir.²³⁰ Gerekçede de belirtildiği üzere Anayasa koyucu kamu görevlisi hakkında bir tanım verme yoluna gitmeyip bundan bilinçli olarak kaçındığını, düzenleme yetkisini yasa koyucuya havale ettiğini belirtmiştir.

128 inci madde kamu görevlisi hakkında bir tanım vermese bile tamamen suskun olduğu da söylenemez. Maddedeki *“..genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler..”* ifadesi vazıh olmasa bile, yorum için bir rezerv sağlamaktadır.²³¹ Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi, her şeyden önce siyasal organların iradesine bağlı olduğuna göre, öncelikle kanun koyucunun iradesine bakmak gerekecektir. Buna göre kanunda bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu belirtilmiş ise sorun yoktur. Ancak kanunda böyle bir açıklık yoksa, birtakım ölçütlere başvurmak suretiyle kanun koyucunun iradesini belirlemek gerekecektir.

Organik açıdan kamu hizmeti, belli bir hizmeti, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmıştır.

Maddi açıdan kamu hizmeti, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Buna göre, kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan, toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir.

²³⁰ **1982 Anayasası'nın 128. madde gerekçesinde;** “Maddede kamu görevlileri için genel bir düzenleme yoluna gidilmiş, eskiden olduğu gibi, dolaylı biçimde de olsa memur tanımı yoluna gitmekten kaçınılmıştır. Zira, böyle bir tanımın unsurlarını açık ve kesin biçimde Anayasada vermek mümkün görülmemiştir. Getirilen düzenleme ile kamu hizmeti görevlilerinin çalıştırılma biçimlerine göre kendi içinde ayrılması kanun koyucuya bırakılmıştır..” **denilmektedir. Akad, Mehmet-Dinçkol, Abdullah;** 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1998, s. 492

²³¹ “..İddianın yerinde olup olmadığına karar verebilmek için söz konusu banka personelinin niteliğini belirlemek gerekir...Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. Bu nedenle banka personelinin hizmetini “genel idare esaslarına göre” yürütülen “kamu hizmetleri”nden saymağa imkan yoktur. Dolayısıyla adı geçen banka personelinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek ilkeler çerçevesinde düzenlenmesinde Anayasanın 128. maddesine herhangi bir aykırılık yoktur.(E. 1987/11, K.1988/2, 21.01.1988); **Akad-Dinçkol;** a.g.e., s. 497

Şekli açıdan ise kamu hizmeti, belli bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tâbi tutulmuş olması gerekir.²³²

765 sayılı TCK döneminde idare hukuku argümanları “memur” kavramını tespit etmede pek kullanılmaz iken, yeni dönem itibariyle daha fazla faydalanmak gereği ortadadır. Çünkü “kamusal faaliyeti” tecessüm ettirme bakımından yardımcı olabilme kabiliyeti mevcuttur. Bu bilgileri kullanarak; ceza hukukundaki “kamu görevlisi” kavramına temel oluşturacak, kamusal faaliyeti şöyle tanımlayabiliriz;

KAMUSAL FAALİYET; şahsın hükümler altında olduğu bölgenin dışında, kısmi iradenin terk edildiği kamu otoritesine yaslanan(devletin de içinde bulunduğu daha geniş bir kavram) kamu hukuku esaslarına göre yürüyen; yapılması hiç kimse tarafından yadırganmadığı gibi eksikliği hissedilip tepki çeken, genellik ve eşitliği önceleyen faaliyetler bütünüdür.

6. madde gerekçesinde; kamusal faaliyet, “..*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

2)Kamu Görevlisi

765 sayılı TCK döneminde “memur” ve “kamu hizmetlisi”ni ayırmaya yönelik geçici çözümler yasa koyucuyu böyle geniş kapsamlı bir düzenleme yapmaya mecbur kılmıştır. Kamu görevlisi; “memur” ve “kamu hizmetlisi” kavramlarını kapsar genişliktedir. Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Nitekim, 6. madde gerekçesinde de;

“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

²³² Günday; a.g.e., s. 282

almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

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

Kamu otoritesi adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanılabilmesi için, kamu faaliyetinin yürütümüne kamu hukuku usulüne göre, Anayasadaki ifadeyle(md. 128), “genel idare esaslarına göre” iştirak etmek gerekir. Böyle bir durumda, az veya çok, mutlaka kamu otoritesine ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin bu göreve seçimle²³³ veya tayin yoluyla getirilmesinin, sürekli veya geçici²³⁴ olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev nedeniyle kişiye para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur.²³⁵

İdare hukukunda, kamuya yönelik bir faaliyet(kamusal faaliyet) örgütlenirken yapılan ayrım “kamu hizmeti-kamuya yararlı hizmet” ayrımıdır. Kamu hizmeti, kamuya yönelik ve kamuya yararlı olup kural olarak kamu kuruluşlarınca, ya da kamu kuruluşunun yakın denetimi altında bireylerin yararlanmasına sunulan hizmetlerdir. Bu nedenle, bir hizmetin kamuya yönelik olması, kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir, örneğin, taksi işletmek kamuya yönelik olsa da, devletin yakın gözetimi altında yürütülmediğinden kamuya yararlı bir faaliyet olmakla beraber kamu hizmeti değildir. Bununla birlikte, belirli bir faaliyetin ‘niteliği gereği’ kamu hizmeti olduğu söylenemez; bu konuda önemli olan, siyasal iradenin söz konusu faaliyeti bu kapsamda belirleyip belirlemediğidir. Her ne kadar TCK’da, “..kamusal

²³³ Milletvekili, belediye başkanı, muhtar, mahalli idare meclisi üyeleri vs.

²³⁴ Bilirkişi, tanık, tercüman vs.

²³⁵ Özgenç; a.g.e., s. 99; Gözübüyük, Abdullah Pulat; Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları(TCK.nun 279, 280 ve 281 maddeleri), A.D., Ocak 1970, S.1, s. 9

faaliyetin yürütülmesine.... herhangi bir surette katılma”dan söz edilse de, bunda amaç, “kamu hizmeti gören” kimseleri de kamu görevlisi saymaktır. Bu bakımdan, “kamuya yönelik /kamuya yararlı” her hizmeti sağlayan kamu görevlisi olmayacaktır. Çünkü kavram böyle anlaşılırsa TCK’ya göre, taksici, dolmuş şoförü, özel hastanedeki hemşire, özel Kur’an kursundaki öğretmene kadar yelpaze genişleyebilecektir. Hiç şüphesiz, kanun koyucunun maksadı bu değildir.²³⁶

ETCK döneminde Yargıtay’ın benimsediği ve ifa edilen görevin amacını, fonksiyonun niteliğini dikkate alan kıstas hâlâ geçerlidir. Buna göre, göre devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yapanlar kamu görevlisidir. Ancak , kamu görevlisinin kapsamı bununla sınırlı değildir. Mer’i TCK bakımından, ETCK döneminde kamu hizmeti gördüğü için memur sayılmayan birçok görevlinin artık “kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığı”ndan hareketle kamu görevlisi sayılacağı sonucu da çıkmaktadır.²³⁷

Madde gerekçesinde “...*kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.*”denilmiştir. Evvela belirtmeliyiz ki; kamusal bir faaliyetin özel hukuk kişilerine gördürülme usulleri arasında, “ihale” diye bir usul bulunmamaktadır.²³⁸ Bazı müellifler²³⁹ kamusal faaliyetin özel şahıslara gördürülmesi durumunda, bu hizmeti görenlerin de kamu görevlisi sayılması gerekir dese de kanaatimizce bu yerinde olmayacaktır. Her ne kadar yapılan kamusal faaliyetin niteliği belirleyici ise de, kamu otoritesiyle az da olsa bir organik bağı olmayan şahsı kamu görevlisi sayıp, daha fazla sorumluluk yüklemek mevcut düzenlemeye ve kanunilik ilkesi ile ters düşecektir.

765 sayılı TCK’da “memur” kavramını incelerken KİT çalışanlarının, kuruluş kanunlarındaki özel düzenleme ile, işledikleri suçlardan dolayı “memur” gibi sorumlu tutulduklarını anlatmıştık. Mer’i TCK sisteminde kamusal faaliyet üzerine inşa edilip ve kapsamı da genişletilmiş olan “kamu görevlisi” kavramı karşısında, acaba KİT’lerle ilgili bu ayrık düzenlemeler olmasa da burada çalışanları “ceza hukuku anlamında kamu görevlisi” olarak sorumlu tutmak mümkün olabilir mi?

²³⁶ Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 600

²³⁷ Önok, R.Murat; Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu(Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2005, s. 393

²³⁸ Gördürülme usulleri; **müşterek emanet, iltizam, imtiyaz, ruhsat ve yap-işlettir.** (Günday; a.g.e., s.294 vd.)

²³⁹ Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 601

KİT’lerin kamu kurumu olarak kabulünde ölçü, bunların sermayesinin Devlete ait olması değildir. Dolayısıyla, sermayesinin tamamının veya bir kısmının Devlete ait olması, bir Teşekküle Kamu Kurumu niteliği kazandırmaz. Bu Teşekküllere Kamu Kurumu niteliği kazandıran,yürüttükleri faaliyetin, iktisadi ve ticari alana müdahalenin mahiyetidir, bu Teşekküllerin hukuki bünyesidir. Söz konusu Teşekküllerin alelade kazanç temini maksadı yoktur; kamu menfaatinin zorunlu ve gerekli kıldığı sahalarda –ki bu, siyasi tercihle belirlenir- faaliyet göstermektedirler. Bu teşekküller, kamu hukuku tasarrufuyla(mesela kanunla) kuruldukları gibi, faaliyetleri de sadece özel hukuk hükümlerine tabi değildir. Bu teşekküllerin genel müdür, yönetim kurulu, denetleme kurulu üyeleri gibi personeli de kamu hukuku usulüne göre tayin edilmektedirler. Her ne kadar sundukları kamu hizmeti, bu hizmetten yararlananlarla olan ilişkiler itibariyle özel hukuk hükümlerinin hakim olduğu bir faaliyet görünümü arz etseler de; iç idareleri bakımından “birer Devlet müessesesi gibi” işlemektedirler. Her ne kadar sınai ve iktisadi sahada faaliyet göstermekteyseler de; KİT’lerin yönetiminde genel idari usuller uygulanmaktadır. Bu Teşekküllerin iç işleyişi klasik bir Devlet dairesi görünümü arz etmektedir. Nitekim, Anayasada KİT’lerin işleyişinde “genel idare esasları”nın uygulanabileceğine imkân tanınmıştır(1982 Anayasası md. 128/1). **Bu durum karşısında, bir KİT’in işleyişine kamu hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisi kabul edilmelidir.** Yeni düzenleme ışığında, bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının kuruluş veya personel rejimine ilişkin kanunlarında kazuistik olarak yer verilen, bu Kurum veya Kuruluş personelinin “ceza hukuku uygulamasında memur” sayılacağına ilişkin hükümlere gerek bulunmamaktadır.²⁴⁰

Bazı kanunlarda²⁴¹ hiçbir kamusal hizmet nosyonu olmasa bile, sorumluluk mevkiindeki şahısların “memur” gibi sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır. Kanaatimiz odur ki; bu

²⁴⁰ Günümüzdeki siyasi eğilim nedeniyle, KİT’lerin işleyiş biçiminde özel hukuk hükümlerinin mer’iyet kazanması gerektiği savunulmaktadır. Bu anlayışı göre, KİT personelinin hepsinin gerek üretim süreci içindeki statülerinde, gerek teşebbüs ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde tamamen özel hukuk hükümleri geçerli olacaktır. Ancak bu durum, söz konusu kurumların kamusal özelliğini ortadan kaldırmadığı için, istihdam ettikleri personelin kamu görevlisi olarak telakki edilmesini engellemeyecektir. **Özgenç;** a.g.e., s. 105-106

²⁴¹ **1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 57.maddesindeki;** –“Görev Sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.” **şeklindeki hüküm,**
Aynı kanunun 62. maddesindeki – “Türk Ceza Kanununun 294 ve 295 inci maddelerinde yazılı hallerden başka (Her ne şekilde olursa olsun) bu kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal veya kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanunun 230 ve 240 inci maddeleri gereğince cezalandırılır.” **şeklindeki hüküm,**

4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun’un 23. maddesindeki;– “Bu kanun ile vazifedar olanların vazifeleri dolayısıyla işledikleri suçlara Ceza Kanununun memurlar hakkındaki hükümleri tatbik olunur.

tür ayrıksı düzenlemeler, ekonomik açıdan toplum tanzimi ve devletin hamilik yapmak görevinin bir tezahürüdür. Zira, kamu otoritesi imkan tanıdığı sahalarda, kötü niyetli şahısların varlığını her zaman akılda tutar ve gerekli tedbirleri de alır. Buna örnek olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nu verebiliriz;

Madde 62/3 “Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı "Devlet memurları" gibi ceza görürler.”

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere normalde eTCK açısından “memur”, TCK açısından “kamu görevlisi” olmayan bu kimseler, yasa hükmü ile işlediği suçlardan dolayı farklı bir statüye kaydırılmaktadırlar. Burada cevaplanması gereken bir soru vardır: Bu hüküm henüz yürürlükte ve TCK ile ahenkli hale getirilmemiştir. Acaba “kamu görevlisi” kavramı “memur” kavramına denktir deyip bu hükmü uygulayabilir miyiz?

Daha önce de açıkladığımız üzere “kamu görevlisi”, “memur”u da bağrında barındıran daha geniş bir kavramdır.²⁴² Yani memur olan kişi her halükarda kamu görevlisidir.²⁴³ Ayrıca 5252 sayılı **Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3. maddesi de;** “(1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.

Bu gibilerin ifa ettikleri vazifeden dolayı kendilerine karşı işlenen suçlar memurlar aleyhine işlenmiş sayılır.” **şeklindeki hüküm,**

1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 151. maddesindeki; – “Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter katipleri ve katip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı, eylemlerinin niteliğine göre Türk Ceza Kanununun Devlet memurlarına ait hükümleri uyarınca cezalandırılırlar.

Türkiye Noterler Birliği Genel Sekreterliğine veya saymanlığına noter olmıyan bir kişinin seçilmesi halinde, yukarıki fıkra hükmü bu kimseler hakkında da uygulanır.” **şeklindeki hüküm buna örnektir.**

²⁴² **6. madde gerekçesinde;** “..765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir..” **denilmiştir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 37**

²⁴³ **Özgenç; a.g.e., s. 99**

(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır.”

Dediği için, “memur” kavramını “kamu görevlisi” gibi kabul edip ona göre sonuca gitmek gerekir. Bu durumda “memur” ifadeleri yürürlük kanunu marifetiyle “kamu görevlisi”ne kalbolmuştur.²⁴⁴

Yeni düzenlemede artık kamu görevlisinin yaptığı faaliyetlerde yekparelik vardır. Aynı kamu görevlisinin farklı işler yaparken farklı statülere tabi olması mümkün değildir. Çünkü daha önce “memur”un yaptığı amme vazifesinden taşan kısım, “amme hizmeti”dir denilip kamu hizmetlisinin alanına girmekti iken, şu anda böyle bir ayırım olmayıp, birleşme varken artık farazi bir fonksiyon ve kişilik yarılmasına gitmeye imkan yoktur.²⁴⁵

Sonuç olarak; görevi kötüye kullanma suçunun faili, ceza hukuku anlamında isnad²⁴⁶ kabiliyeti olan, kamu görevlisidir(kamu hizmeti görenler de fail olabilir).²⁴⁷ Failin suçtan sonra kamu görevlisi sıfatını²⁴⁸ kaybetmesi(örneğin, görevini kötüye kullanan failin, istifa etmesi veya emekli olması veya başka bir eyleminden dolayı kamu görevinden çıkarılmasından sonra bu fiil anlaşılmışsa) veya görevini ifa halinde olmaması (suçun işlendiği sırada kamu görevi devam eden kamu görevlisinin izin, hastalık, vekalet emrine alınmak, muvakkaten işten el çektirilmek gibi nedenlerle görevini ifa halinde bulunmamamsı) 257 nci maddenin uygulanmasına engel²⁴⁹ teşkil etmez.²⁵⁰

²⁴⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6.Baskı), s. 484-485; aks. grş.; Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 610

²⁴⁵ Aks. grş.; “...öğretmen ders verdiği zaman kamu hizmeti görmekte ise de, imtihan yaptığı ve verdiği not neticesinde öğrencinin statüsüne etkili olan bir tasarrufta bulunduğu zaman kamu görevi ifa eder ve bu takdirde memur sayılır.. Keza Devlet hastanesinde görevli hekimin memur olup olmadığını anlamak için, suç işlendiği sırada yapmakta olduğu faaliyete bakmak gerekir: bu doktor teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunmakta ise, bir kamu hizmeti gördüğünden memur sayılamaz; buna karşılık yaralı veya hastanın belirli bir süre iş ve gücünden uzak kaldığına, yaranın veya hastalığın hayatı için tehlikeli olduğuna, iyileştiğine veya öldüğüne veya sigortalı bir işçinin hastalığı sebebiyle istirahat muhtaç olduğuna dair rapor verdiği takdirde, hastanın hukuki durumuna etkili olan bir tasarruf bulunduğu cihetle, bu tasarrufun niteliğine göre, idari ve adli bir kamu görevi yapmış olur ve sebeple de memur sayılır.” Erman-Özek; a.g.e., s. 485-486

²⁴⁶ TCK’nın 25/2. maddesinde, bir hukuka uygunluk sebebi(meşru savunma) ile birlikte düzenlenmiş olsa bile **zorunluluk hâli** bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp, kusurluluğa temas eder vaziyettedir(Bu konuda geniş açıklama suçun Hukuka Aykırılık başlığı altında yapılmıştır; oraya müracaat edilebilir.).

²⁴⁷ Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 610

²⁴⁸ “Bir memurun bir işi yapmağa salahiyyetli olduğu tespit edilmeden vazifenin suiistimali suçu sabit sayılamaz.”(4.C.D., 20.04.1950, E. 4070, K. 5082); Demirbaş; a.g.e., s. 268

²⁴⁹ ETCK’nın 280. maddesi (**Memuriyet sıfatı kanuna göre cürmü teşkil eden anasırdan veya cürmün esbabı müşeddidesinden addolunduğu yerlerde memurdan bu sıfatın zail olmuş bulunması veya cürmün**

Menfaatin sonradan temini halinde de aynı kural işleyecek midir? Örneğin kamu görevlisi A, vatandaş B'nin yasaya uygun olan işlemini yerine getirdi. İşin yapılmasına yönelik aralarında herhangi bir çıkar temini de mevzubahis olmamıştır. İşlemden kısa bir süre sonra A emekli oldu. B de duymuş olduğu minnet ve memnuniyet hissi ile emekli kamu görevlisi A'ya bir yarar temin ediyor ve A da bunu kabul etmiştir. Bu durumda 257/3. maddedeki suç gerçekleşmiş midir?

Kurgu, menfaat temini hususunda önceden mutabakat vardı şeklinde olsaydı; cevap, suç anlaşma anında başlamış, emekli olduktan sonra menfaatin teslimi ile tamamlanmıştır şeklinde olacaktı. Ancak mevcut durumda, hatırlanması gereken ilk bilgi her ne kadar 257/3. maddenin tanzim şekli çıkar elde etme teklifinin kamu görevlisinden gelmesi hipotezi üzerine inşa edilmişse de, iştirak kuralları ışığında (azmettirme veya teşvik) pek âla teklifin vatandaştan gelip kamu görevlisince kabul edilmesiyle de işlenebilir. Verilmesi gereken bir diğer bilgi de görevin gereklerine uygun davrandıktan sonra sağlanan çıkarın da görevi kötüye kullanma suçuna vücut vereceğidir.²⁵¹

Fakat vermiş olduğumuz kurgu olayda kanaatimizce görevi kötüye kullanma suçu oluşmamıştır. Gerekçede de belirtilmiştir, haklı işin görülmesinden sonra sağlanan yarar da görevi kötüye kullanma oluşturur. Ancak bunun için vatandaşın, hakkının teslimi hususunda kaygılanması gerekir. Örneğin teselsül halinde işlerini gördürdüğü yani müteaddit kereler muhatap olma ihtimali bulunan bir devlet dairesindeki kamu görevlisi olabilir. Olayda ise emekli kişinin muhatapı kaygılandırması söz konusu değildir. Ayrıca suçun icrası esnasında özgü suç olan görevi kötüye kullanmada; A emekli olması hasebiyle fail olabilme kabiliyetini yitirmiştir.

vukuu esnasında vazifesini ifa halinde bulunmaması bu kaidenin tatbikına mani değildir.) yeni TCK'ya alınmamıştır. Alınmamış olması bir eksiklik de değildir.

²⁵⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6.Baskı), s. 682

²⁵¹ **257 nci madde gerekçesinde;** “..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...” **denilmiştir. Artuç-Bayyurt;** a.g.e., s. 412

E) MAĞDUR

Kelime anlamı olarak mağdur “haksızlığa, kadre uğramış; kıygın”²⁵² kişi demektir. Mağdur ile suçtan zarar gören farklı kurumlar ve hallerdir.²⁵³ “Suçtan zarar gören” daha geniş bir kavramdır. Örneğin kasten öldürme suçunda; suçun mağduru ölen şahıs, suçtan zarar görenler ise mirasçıları veya akrabalarıdır.²⁵⁴

Suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler “suçtan zarar gören” konumunda olabilirler.²⁵⁵ İşlenen her suç “devlet” aygıtının otoritesine yönelik etkiler doğursa da, devleti “mağdur” olarak kabul edemeyiz.²⁵⁶ Çünkü bir hakkın öznesi olmak, haksızlık hissetmek, hüznü-ızdırabı yaşamak insan olmayı gerektirir. Yapıtı bir irade olan devlet, mağduriyet yaşama kabiliyetini haiz değildir.

Kamu görevlilerinin, görevlilerinin gereklerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hakim olan güvenin sarsılması nedeniyle; görevi kötüye kullanma suçunun mağduru **toplumu oluşturan herkestir**. Devlet bu suçun zarar göreni olabilir. Keza görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi dolayısıyla herhangi bir kişi de zarar görmüş olabilir. Toplumu oluşturan herkes gibi, bu kişi de, işlenen suçun mağduru olacaktır.²⁵⁷

F) SUÇUN KONUSU

Suçun ihlal ettiği *hukuki değer* ile suçun *konusu* farklı kavram ve kurumlardır.²⁵⁸ *Hukuki değer*de bir genellik varken “*konu*”da somut suçun sınırları dahilinde bir yapı mevcuttur. Görevi kötüye kullanma suçunun konusu, görev gereklerine aykırı olarak yapılan ya da ihmal

²⁵² T.D.K.; a.g.e., s. 976

²⁵³ Bakıcı; a.g.e., s. 15

²⁵⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Genel(2.Bası), s. 473

²⁵⁵ Özgenç; a.g.e., s. 219

²⁵⁶ Aks. grş. için bkz.; Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 1997, s. 242; Cihan; a.g.e., s. 186; Durmuş; a.g.e., s. 68; Bektaş; a.g.e., s. 16

²⁵⁷ Özgenç-Şahin; a.g.e., s. 199-200

²⁵⁸ Özgenç; a.g.e., s. 216

edilen işlemin, eylemin kendisidir. Yargıç temel cezayı tayin ederken; TCK md.61/(1)-d uyarınca “*Suçun konusunun önem ve değerini*” göz önünde bulundurmak zorundadır.

III. MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağıdır.²⁵⁹ Nedensel değil, psişiktir. Yasada ayrıca belirtilmediği takdirde genel kural, suçların KAST’la²⁶⁰ işlenmesidir. Mer’i TCK’nın da benimsediği bilinç ve irade teorisine göre en basit ifadesi ile kast; suçu oluşturan hareketin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesi olarak tanımlayabiliriz.²⁶¹

Görevi kötüye kullanma suçunda da herhangi bir ayırksı durum bulunmadığından ancak kastla işlenebilir, taksirle²⁶² işlenmesi mümkün değildir.²⁶³ Kast konusu bu kadar kat’i iken, kastın türünün, genel mi yoksa özel²⁶⁴ mi, olduğu konusunda tereddütler ve tartışmalar bulunmaktadır.²⁶⁵

²⁵⁹ Özgenç; a.g.e., s. 233

²⁶⁰ **Hem mer’i TCK’nın 21. maddesinde-** “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” **denilerek, hem de 765 sayılı TCK’nın 45/1. maddesinde** -“Cürümde kasdin bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiille ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.” **denilmek suretiyle bu husus yasalarda yerini almıştır.**

²⁶¹ Erem-Danışman-Artuk; a.g.e., s. 446

²⁶² “..Sanığın müvekkilleri ile görüşmek için gittiği cezaevine, çantasının içinde şarjı ve kontürü kalmamış cep telefonu bulunduğu halde girmek isterken X-Ray cihazı ile yapılan kontrol sonucu durumun fark edildiği, sanığın dosyadaki kanıtları uyumlu bulunan ve aksi kanıtlanamayan savunmasına göre olayın beşeri bir yanılığdan ielri geldiği ve sanıkta cürmi kastın bulunmaması nedeniyle atılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun oluşmadığı anlaşılmaktadır....”(C.G.K., 06.07.2004, 4-134/156); **Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç;** a.g.e., s. 341;

“Sanık olan Cumhuriyet Savcısı; ertelenmiş cezanın infazında, hükümlünün hapis cezasının infazında tehir istemiş ve dosyanın üzerinde hapis ve para cezasının yazılı bulunması sanığı yanılığa düşürmüştür. Bu nedenlerle görevini savsama kastının varlığı kabul olunamaz..”(C.G.K., 15.06.1981, E.4-124, K. 236); **Şahin;** a.g.e., s.84

²⁶³ “..Bu suç taksirle işlenemeyeceği gibi hukuki veya fiili yanılma hallerinde suçun manevi unsuru oluşmayacağı için suç da düşünülemez..”(C.G.K., 26.11.1984, 6/206-396); **Bektaş;** a.g.e., s. 7

²⁶⁴ Özgenç’e göre mer’i TCK’da özel kast yoktur, bunun yerine getirilmiş **amaç veya saik** vardır. Bkz. **Özgenç;** a.g.e., s. 235; Kanaatimizce bu düşünce yerinde değildir. Çünkü türevlerini(olası kast, bilinçli taksir) saymazsak, yeni TCK; suçun manevi unsurları açısından üç viteslidir; **kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç.** Özel kast zaten bir amaç veya saikin üzerinde inşa edilmiş, yükselmiştir. Dolayısıyla madde metinlerinde özel kasta delalet eden ifadelerden[kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt(md.220/1); siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle(md.77/1) vb.] hareketle, suçun manevi unsuru **amaç veya saiktir** diyemeyiz.

²⁶⁵ Genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tipini kabul eden kanunların bu suçta aradıkları manevi unsur çeşitlidir. Birkaç grup tespit edilebilir. Ancak manevi unsur bakımından yapılacak gruplandırmalarda bu suçlar

765 sayılı TCK döneminde 230 uncu madde için genel kast²⁶⁶ yeterli görülmemekte²⁶⁷ iken, 240 ıncı madde hususunda tam bir mutabakata ulaşıldığı söylenmez. Yargıtay görevi kötüye kullanma suçunda kimileyin özel kast²⁶⁸ ararken, kimileyin de genel kast²⁶⁹ kâfi görmüştür. ETCK döneminde 230 ve 240 ıncı maddeleri tefrik etmede iki görüş belirmiştir; biz daha önce suçun maddi unsurunda hareket ögesini incelerken üzerinde durduğumuz için, ilgili kısma atıf

karşılığı konulmuş olan cezalar da gözden kaçırılmamalıdır. Bir grup kanunlarda genel kast yeterlidir; suç tipinde kastın herhangi bir türünün gerekli olduğuna dair bir açıklık yoktur(Hollanda, Arjantin). Diğer bir grup manevi unsur bakımından failde saik arar. Saik olarak failde şahsi yarar(Romanya, Brezilya); zarar vermek kastı(Çekoslovakya, Danimarka, İtalya); kamu haklarına zarar vermek(Danimarka); kamu malına zarar vermek(Romanya) gibi saikler suç tipinde ayrıca gösterilmiştir. Bu suçun taksirle de işlenebileceğine kabul eden pek az kanun, taksir sonucu meydana gelen zararın ağır olmasını aramaktadır(Hollanda). Nihayet diğer bazı kanunlar saiki değil, netice üzerinde dururlar ve bu neticenin görevin kötüye kullanılmasından herhangi bir kişiye karşı zarar meydana gelmiş olmasını ararlar(Romanya). **Önder**; a.g.e., s. 171-172

²⁶⁶“S.S. Beşbinevler Yapı Kooperatifinin mevzi imar planının 90 gün süreyle durdurulmasına ilişkin Ankara 1. İdare Mahkemesinin 16.09.1992 tarihli kararını 5.10.1992 tarihinden itibaren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Yasanın 28. maddesi gereğince en geç 60 gün içinde uygulamaya koyması gereken sanığın, bu sürede gecikerek kararı 3.3.1993 tarihinde uygulamaya koymaktan ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturacağı gözetilmeden, genel kasıtle işlenen özel kasıt arayan ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır..”(4.C.D., 29.04.1998, 3554/4339),

“ ilçe jandarma bölük komutan vekili olan sanığın, içerisinde düğün yapılan okulun kurşunlanması olayı ile ilgili olarak yaptırdığı soruşturmayı, C.Y.Y.’nın 154. maddesi uyarınca derhal C. Savcısına bildirmesi gerekirken, önemsemeyip duyuluncaya değin üç ay süre ile bildirmemekten ibaret eyleminde, suç öğeleri oluştuğu gözetilmeden, genel kastla işlenebilen suçta özel kast arayan gerekçe ile beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır..”(4.C.D., 02.11.1995, 6071/7082),

“..görevi savsama suçunda özel kasta ağırlık verilerek ve yasal olmayan gerekçeye dayanılarak beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır.....”(4.C.D., 06.06.1995, 3215/4049); **Çetin, Erol**; Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Ankara, 2000, s. 688, 690, 694

²⁶⁷ “ Direnme üzerine Yarg. CGK.dan verilen kararlara mahkemelerin uyma mecburiyeti olduğuna göre, mahkemenin yeniden beraat hükmü vermesindeki usulsüzlüğü, o sırada iddia makamında bulunan sanığın tesbit etmesi ve hükmü süresinde temyiz etmesi gerekirdi. Kaldı ki, karar yasaya aykırı bulunan istemine aykırı olarak çıkmıştır. Sanığın işlerin çokluğu sebebiyle hükmün Yarg. CGK. ndan bozma ile çıktığının farkında olmadığı hususuna ilişkin müdafaası, olayın Vilayette kan gütme saikiyle işlenmiş ve çevrede ilgi ile izlenen bir dava olması nedeniyle iltifat görmemiştir..”(C.G.K., 02.04.1973, 83/313); **Önder**; a.g.e., s.157

²⁶⁸ “..Suçun manevi unsurunu ise genel kast yanında özel kasıt oluşturur...”(C.G.K., 17.02.1986, 4-431/48); **Savaş-Mollamahmutoglu**; a.g.e., s. 2458;

“..Terör faaliyetlerinin en yoğun olduğu bölgede,bir ortaokulu öğretime açacak olan müdür vekilinin, yaşamının ağır bir tehlike altında olduğu kabul edilmiş olup, kişinin yapacağı kamu görevi nedeniyle en kutsal hak olan kendisini koruma amacına yönelik silah istemini, yönetmelik kapsamını aşsa da karşılayan sanık ...’nın bu eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun manevi ögesinin oluşmadığı kanısına varılmıştır..”(4.C.D., 19.04.2001, E. 2000/4, K. 2001/13); **Durmüş**; a.g.e., s. 105

²⁶⁹ “..TCY. nın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu, bir memurun yasal görevini yaparken yasalara ve yazılı hukuka aykırı davranmasıyla oluşur. Bu suçun oluşması için sanığın amacı, başka bir anlatımla, özel kasıt aranmaz...”(4.C.D., 08.03.1996, 8648/1352); **Malkoç-Güler**; a.g.e., s. 1732;

“..Sanıkların köye ait taşınmazı alınan karar kaymakamlıkça onaylanmadan kiraladıkları anlaşıldığı ve bu durumuyla görevde yetkiyi kötüye kullanma suçları oluştuğu halde, genel kastla işlenen suçta özel kast arayan bilirkişi raporuna dayanarak karar verilmesi ...”(4.C.D., 12.10.1994, 5447/8072);

“ Belediye encümen kararı olmadan ve Devlet İhale Yasası hükümlerine uyulmadan satın alınan unu kimlere verildiği belli olmayacak(belgesiz) biçimde dağıtmak ve ilgili firmaya ödeme yapmaktan ibaret sanıkların eylemlerinin TCY’nin 240. maddesine uyduğu gözetilmeden, genel kastla işlenen suçta özel kast arayan ve yasal dayanaktan yoksun yetersiz gerekçeyle sanıkların beraatine karar verilmesi ...”(4.C.D., 17.03.1998, 2105/2435); **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(4.Baskı), s. 460

yapmakla yetiniyoruz. Biz de 230 ve 240 ıncı maddeler açısından genel kastın şart ve yeterli olduğu görüşünün daha isabetli bulunduğumuzu belirtmiştik.²⁷⁰

257 nci maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun, her üç işleme biçimi için, manevi unsur²⁷¹, genel kasttır.²⁷² Görevinin gereklerine ve talimatlara aykırı davrandığını bilen kamu görevlisinin, bu türlü bir davranışı istemesi genel kastı teşkil eder.²⁷³ Kanaatimizce burada faildeki kastın, suçun neticelerini(kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı, başkasına haksız kazanç sağladığı) **kapsaması gerekmemektedir**.²⁷⁴ Çünkü bu neticeler farklı bir yapı arz etmektedir. Öldürme suçundaki ölüm, netice olmasına karşın; görevi kötüye kullanma suçunda meydana gelen sonuçlar birer cezalandırılabilme şartıdır. Şayet biz faildeki kastın cezalandırılabilme şartlarını da kuşatmasını ararsak; manevi unsuru özel kasta tahvil etmiş oluruz ki bu da norma işkence edip söylemediği bir şeyi zorla söyletmek olur.

Normun lafzı;

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamak için görevinin gereklerine aykırı hareket eden kamu görevlisi cezalandırılır.”

şeklinde²⁷⁵ olsaydı suçun manevi unsuru özel kasttır ve kast neticeleri de kapsamalıdır diyebilirdik.²⁷⁶ Ancak mevcut durumuyla norm, genel kastı arar niteliğinin yanında sonuçları

²⁷⁰ Önder; a.g.e., s. 158

²⁷¹ “..bu cürümde amaçlar, saikler gözetilmezler. Bunların kötü ya da iyi, hatta çok iyi ve kutsal olmaları suçun oluşmasını asla etkilemezler...” Selçuk; Özlenen Hukuk, s. 230

²⁷² Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 623

²⁷³ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6.Baskı), s. 691

²⁷⁴ Özgenç; a.g.e., s.269; Aks. grş. için bkz.; Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 623

²⁷⁵ 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı’nın 485 inci maddesinde görevi kötüye kullanma suçu şu şekilde düzenlenmişti;

Madde 485: *Kanunda ayrıca yazılı haller dışında kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadıyla görevini kötüye kullanan memura bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.* (Türk Ceza Kanunu 2000 Öntasarısı; Ankara, 2000, s. 145)

Tasarının 485 inci madde gerekçesi: “Tasarının değişik kısımlarında, görevi kötüye kullanmanın özel şekilleri ayrı maddeler halinde yer almış bulunmaktadır. Bu madde, kanunda ayrıca yazılı olan halleri genel olarak cezalandırmak üzere kaleme alınmıştır.

Suçun faili bir memur olmaktadır. Maddi unsur göreve ait yetkinin kötüye kullanılmasıdır. Memur görevine dahil olan yetkiyi kötüye kullanarak, kanunun özel hükmü ile ayrıca suç haline getirilmemiş herhangi bir fiili işlediğinde, suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olur. Bu itibarla memuriyeti sırasında kanunun ayrıca cezalandırdığı bir fiili, kovuşturulması şikayete bağlı olsun veya olmasın işlemiş olan memur bu maddede yazılı suçu işlemiş olmaz.

bilmeyi aramamaktadır. İcrai veya ihmali hareketin bilerek ve istenerek yapılması kastı ortaya çıkarmaya yeterlidir. Maddede belirtilen sonuçların meydana gelmesi, suçun oluşumu için önemlidir. Fail, illiyet bağının kurulması mümkün tüm kasıtlı eylemlerinden, mezkûr sonuçların meydana gelmesi halinde sorumlu olacaktır.

IV. HUKUKA AYKIRILIK

“Hukuka aykırılık”, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir.²⁷⁷ 5237 sayılı TCK’da “hukuka uygunluk sebepleri” ve “ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebepler” bir arada düzenlenmiştir.²⁷⁸ Bunlar; kanunun hükmünü ve amirin emrini²⁷⁹ yerine getirme(md. 24), meşru savunma(md.25/1), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası(md.26)dır.

Meşru savunma ile aynı madde altında düzenlenen zaruret hali bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp kusurluluğa²⁸⁰ temas eder vaziyette olup bir **mazeret sebebidir**.²⁸¹ İşlenen fiil

Suçun manevi unsuru, failde, kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadının bulunmasıdır. Böylece, suçta özel kast aranacak, uygulamadaki duraksamalar da böylece ortadan kaldırılmış olacaktır.” **şeklinde**dir. (**Türk Ceza Kanunu 2000 Öntasarısı**; s. 386)

²⁷⁶ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 323. maddesinde “..başkalarına bir zarara neden olmak veya bir çıkar sağlamak için ..” ibaresiyle özel kastın arandığı açıkça belirtilmiştir.

Özel kast maddi veya maddi olmayan haksız zarara neden olmak veya yarar sağlamak amacından oluşur. Yarar veya zarar kamusal veya özel herhangi bir şahıs ile ilgili olabilir. Kamu görevlisinin zarara veya çıkara neden olmak istediği kendisi dışındaki “diğer kimse” gerçek veya tüzel kişi, birden çok belirli kişiler veya belirli bir topluluk (örneğin vergi mükellefleri, belirli bir bölgede ikamet edenler vs.) olabileceği gibi kamunun kendisi de olabilir.(**Manzini, Vincenzo**; Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. XV, Torino: Editrice Torinese, 1950; akt. **Özenbaş**; a.g.e., s. 104)

İCK’da 1990 yılında yapılan değişiklikle 323. maddede aranan özel kast kamu görevlisi veya kamu hizmeti ile yükümlü kişinin “kendisine veya başkalarına maddi nitelikte olmayan haksız bir çıkar sağlamak veya başkalarına haksız bir zarara neden olmak amacı” şeklinde değiştirildi ve eğer fail “kendisine veya başkasına maddi bir çıkar sağlamak amacıyla” hareket ederse cezası arttırılır.

1997 değişikliği ile ise özel kast “kendisine veya başkalarına haksız bir maddi çıkar sağlamak veya başkalarına haksız bir zarara neden olmak” şeklinde değişikliğe uğradı. **Özenbaş**; a.g.e., s. 104

²⁷⁷ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Genel(2. Bası)..., s. 479

²⁷⁸ Yeni Türk Ceza Yasası’nda kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ilgilinin rızası başlıklı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik gibi kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmesi yerinde değildir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, ceza sorumluluğunun kalkması değil, eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesi sonucunu doğuran sebeplerdir. Bu sebepler, yeni Yasa’da, kusurluluğu etkileyen hallerden ayrı başlık altında düzenlenmeliydi. **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**; Ceza Hukukuna Giriş, 3.Baskı, İstanbul, 2005, s. 294

²⁷⁹ Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin icrası bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp, cezasızlık sebebidir.

haksızlık niteliğini korumasına karşın, bu fiile ilişkin olarak irade kabiliyetinin ortadan kalkması veya genel olarak etkilenmesi dolayısıyla fail mazur görülmekte, cezalandırılmamaktadır. Zorunluluk hali, fiili hukuka uygun hale getirmez; faili sadece ceza almaktan kurtarır. Nitekim CMK'nın 223. maddesinde de, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fail hakkında **BERAAT**²⁸² hükmü kurulacağı; zorunluluk halinde ise **CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞI**²⁸³ kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Çünkü zorunluluk halinde olan kişinin önünde iki seçenek bulunmaktadır; ya tehlikede bulunan hakkını kaybedecektir veya bu hakkını, başkasının hakkına zarar vererek koruyabilecektir.²⁸⁴

Görevi kötüye kullanma suçunda; “...görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle..” ve “..görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek..” ifadeleri ile özel²⁸⁵ bir hukuka aykırılık vurgusu yapılmıştır. İşte buna “hukuka özel aykırılık”²⁸⁶ denir.

Kanun koyucu hukuka özel aykırılık teşkil eden ibareye suç tipinde yer vererek failin kanunun öngördüğü şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi istemesini aramıştır. Diğer bir anlatımla hukuka özel aykırılık halinin suç tipinde yer aldığı durumda hâkim, failin kastı dışında ayrıca bu özel aykırılığı da bilip bilmediğini, buna göre hareket etmeyi isteyip

²⁸⁰ **25 inci madde gerekçesinde;** “..Maddenin ikinci fıkrasında, **kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden** olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir. Zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk hâlinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır...” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 66**

²⁸¹ **Özgenç; a.g.e, s. 377**

²⁸² **CMK'nın 223/2. maddesinde-**“ Beraat kararı;.....

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, ...
Hallerinde verilir.” **denilmektedir.**

²⁸³ **CMK'nın 223/3. maddesi-**“ Sanık hakkında;.....

b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya **zorunluluk hali** ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, ...
Hallerinde, **kusurunun bulunmaması dolayısıyla** ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.” **şeklinde dir.**

²⁸⁴ **Artuk-Gökçen-Yenidünya; Genel(2. Bası)..., s. 664**

²⁸⁵ TCK'da bazı suçlarda “hukuka aykırı olarak”(md.109/1, md.132/2), “hukuka aykırı başka bir davranışla”(md.112), “hukuka aykırı yolla”(md.239) gibi ifadelerle “hukuka özel aykırılık”lar vücuda getirilmiştir.

²⁸⁶ **Artuk-Gökçen-Yenidünya; Genel(2. Bası)..., s. 483**

istemediğini de araştıracaktır. Failin hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği tespit edilmedikçe hukuka aykırılık unsuru ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır.²⁸⁷

Bazı müellifler, hukuka özel aykırılık vurgusu yapılan suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceğini, olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığını belirtmişlerdir.²⁸⁸

Biz bu görüşün tam karşısında yer almaktayız. Kanaatimizce hukuka özel aykırılıklar kastın doğrudan mu yoksa olası mı olması gerektiğini tespitinde doğru vasıtalar olamaz. Yalnız doğrudan kastla işlenebilen suçları tespitinde anahtar kelime “bilmek”tir. Örneğin; kasten öldürme suçunun gebe olduğu **bilinen** kadına karşı işlenmesi(82/1-f)²⁸⁹, sahte parayı **bilerek** kabul eden kişi(md.197/2)²⁹⁰, Sahte olarak üretilmiş kıymetli damgayı **bilerek** kabul eden kişi(md.199/2)²⁹¹, Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini **bilerek** kullanan kişi(md.207/2)²⁹², Yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini **bildiği** hâlde..bir fiil isnat eden(md. 267/1)²⁹³, Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği hâlde yetkili makamlara bildirmeyen kimse(md. 284/1)²⁹⁴ şeklindeki tertiplerde kast yönsemesini gösteren kelime ortaktır. Nitekim TCK’nın

²⁸⁷ **Artuk-Gökçen-Yenidünya; Özel(6. Baskı).., s. 125**

²⁸⁸ **Özgenç; Şerh.., s. 242; Artuk-Gökçen-Yenidünya; Genel(2. Bası).., s. 483**

²⁸⁹ **82 nci madde gerekçesinde; “..Failin söz konusu nitelikli unsur dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir; yani suçun bu nitelikli unsuru açısından failin doğrudan kastla hareket etmesi gerekir...” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 152**

²⁹⁰ **197 nci madde gerekçesinde; “..Ancak, bu suçun oluşabilmesi için, kabul edilen paranın sahte olduğunun bilinmesi gerekir; yani bu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir..” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 322**

²⁹¹ **199 uncu madde gerekçesinde; “..İkinci fıkrada sahte kıymetli damgayı kabul etmek, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu suçun oluşabilmesi için, kabul edilen kıymetli damganın sahte olduğunun bilinmesi gerekir; yani bu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir...” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 325**

²⁹² **207 nci madde gerekçesinde; “..Maddenin ikinci fıkrasında, başkaları tarafından sahte olarak düzenlenmiş olan bir özel belgenin kullanılması, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, kullanan kişinin, belgenin sahte olduğunu bilmesi gerekir. Yani bu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir...” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 337**

²⁹³ **267 nci madde gerekçesinde; “..İftira suçunun oluşabilmesi için, kendisine hukuka aykırı fiil isnat edilen kişinin bu fiili işlemediğinin bilinmesi gerekir. Bu bakımdan, söz konusu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir..” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 425**

²⁹⁴ **284 üncü madde gerekçesinde; “..Bunun için, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin, soruşturma ve kovuşturma konusu yapılan suç dolayısıyla şüpheli bulunan şahıs hakkında tutuklama kararının verilmiş olduğunu veya kesinleşmiş bir yargı kararıyla belli bir cezaya mahkûm olmuş olan şahsın bu cezasının**

165. maddesindeki **suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi** suçunun lafzı “*Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı satın alan veya kabul eden kişi,..... cezalandırılır.*” şeklindedir. Tasarı görüşmeleri sırasında bu madde kamuoyu ve hukukçularda büyük tereddütler yaratan bir maddeydi.²⁹⁵ Ancak daha sonra yasa koyucu el ajandası olan, yargıcı bağlamasa bile yol gösterici mahiyetteki madde gerekçesinde²⁹⁶ “**..Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle, madde metninde “bilerek” ifadesi kullanılmamıştır.**” demek suretiyle bunun nedenini açıklamıştır. Demek ki olası kastın yolunu tıkayan “bilmek” kelimesidir. “Bilmek” kelimesinin olmadığı her suç olası kastla da işleme kabiliyetini haizdir.

Yapıldığı zaman fail tarafından subjektif olarak hukuka uygun ve doğru olarak kabul edilen bir fiilin, daha sonra bir başka makam tarafından objektif hukuka aykırılığının beyan edilmesi, o fiilin görevi kötüye kullanma oluşturmaya neden olmaz. Örneğin, kendisine göre doğru kabul ederek, bir astına verdiği disiplin cezasının daha üst bir makam tarafından, haksız ve yerinde olmadığı gerekçesiyle kaldırılması, amirin verdiği disiplin cezası işlemini görevin kötüye kullanılması olarak nitelendirmeyi gerektirmez.²⁹⁷

Dolayısıyla “hukuka özel aykırılıklar” kast doğrultusunu(olası veya doğrudan şeklinde) belirleme aygıtları değildir. Bu denli vurgular ilgili suçları işleyen failde, daha yüksek bir “haksızlık farkındalığını”²⁹⁸ arayan doneler olup kastın yoğunluğunu değiştirir mahiyet arz

infazı amacıyla arandığını ve nerede bulunduğunu tereddütsüz bir şekilde bilmelidir. Başka bir deyişle, söz konusu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir..” **denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 444**

²⁹⁵ Çünkü 765 sayılı TCK’da, muadili olan ‘eşyayı cürmiyeyi satın alma’ suçunda “bilerek” kelimesi olmasına karşın; yeni düzenlemede “bilmek” kelimesi maddeye alınmamıştır.

Madde 512 - (Değişik madde: 08/06/1933 - 2275/1 md) Her kim 296 ncı maddede beyan olunan haller haricinde kendisi cürmün irtikabına iştirak etmeksizin bir cürümden hasıl olan para veya sair eşyayı **BİLEREK** kabul eder veya saklar yahut satın alır yahut her ne suretle olursa olsun kabul etmek ve saklamak ve satmak hususlarında tavassut eylese üç seneye kadar hapis ve beş yüz liraya kadar para cezasıyla cezalandırılır. Şu kadar ki tayin edilecek ceza asıl fiil için verilecek cezanın üçte birini geçemez.

²⁹⁶ “..Tasarıda yer alan her bir madde kapsamında madde başlığı, madde metni ve madde gerekçesine yer verilmiştir. Madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır..” **Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 Tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 Sayılı Rapor(Özgenç; a.g.e., s. 44)**

²⁹⁷ **Manzini; a.g.e., s. 259 akt., Şahin; a.g.e.,s. 136**

²⁹⁸ “Memuriyet vazifesini ihmal suçunda manevi unsurun bulunması için memurun sadece kendi vazifesine giren bir işi yapmamak, yapmayı reddetmek veya geç yapmak şuur ve iradesiyle hareket etmesi yeterli olmayıp bu

ederler.²⁹⁹ Genel kastı, özel kasta tahvil etmese bile suçun oluşumunda kast yoğunluğunun biraz daha koyu olmasını gerekli kılar.

Görevi kötüye kullanma suçunda; ilgilinin rızası eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Çünkü daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerin tümüdür. Kamu yönetiminde disiplinin sağlanmasını da amaçlayan bir suç olması nedeniyle zarara uğrayan kişinin tek başına hakkında feragati eylemi suç olmaktan çıkarmayacaktır.³⁰⁰

Hukuka aykırı bir emrin sorgulanmadan tatbiki yasa koyucu tarafından hükme bağlanmışsa, emri veren sorumlu olacak emri icra edenin fiili hukuka uygun olmasa bile bir cezaya da muhatap olmayacaktır. Engel bulunmayan hallerde ast, üstünün verdiği emrin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa bunun yazılı şekilde ibrazını istemelidir. Aksi halde yerine getirdiği emirden, amiriyle birlikte sorumlu olacaktır.

Konusu suç teşkil eden bir emrin reddedilip yapılmaması suç oluşturmaz tam aksine yerine getirilmesi suçtur.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda uluslar arası sözleşmeyi hukuka uygunluk sebebi saymıştır:

“ Sendika ve toplu pazarlık haklarını kamu görevlilerini de kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslararası sözleşmelerin, özellikle 151 sayılı İLO sözleşmesinin Devletçe onaylanarak Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuz yönünden de bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeniyle sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasalarda öngörülenden fazla ödemede

şekilde hareket etmek suretiyle, hukuk düzeni tarafından kendisine yüklenen vecibeleri ihmal etmek suretiyle haksız bir şekilde hareket ettiğinin de farkında olması gerekir.”(İtalyan Yargıtayı, 12.06.1969); **Erman, Sahir**; İtalyan Mahkemeleri Kararları, İ.Ü.H.F.M., 1973, S. 10, s. 147

²⁹⁹ “bir gün göreve gelmemek disiplin cezasını gerektiren eylem olarak kabul edilmiştir..”(4.C.D., 08.06.1984, 404/4381);

“TEK. Muhasebecisi sanığın, aldığı işçi ikramiyelerini kuruma götürüp vermesi için N.C. ye teslim ettikten sonra izinsiz olarak İstanbul’a gidip 9 gün süreyle işe gelmemekten ibaret olan eyleminin disiplin cezası gerektireceği..”(4.C.D., 26.02.1992, 768/1458);

“Cezaevi infaz koruma memuru olan sanığın 3 gün süreyle işe gelmemekten ibaret olan ve disiplin cezasını gerektirebilecek olan eyleminde..”(4.C.D., 18.03.1998, 1367/2324); **Malkoç-Güler**; a.g.e., s. 1661

³⁰⁰ **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e., s. 624

bulunmaktan ibaret eylemlerde suç öğelerinin nasıl ve hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi.... yasaya aykırıdır. ”³⁰¹

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

³⁰¹ (4.C.D., 13.06.1997, 3993/4355), Tezcan-Erdem-Önok; a.g.e., s. 624

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ,

KOVUŞTURMA USULÜ ve YAPTIRIM

İSUÇUN ÖZEL BELİRİŞ ŞEKİLLERİ

A)TEŞEBBÜS

a) Madde 257/I ve II Açısından

Görevi kötüye kullanma suçunun, maddedeki ilk iki fıkrada düzenlenmiş bulunan işlenme biçimleri, kanaatimizce teşebbüse müsait değildir.³⁰² Her ne kadar görevi kötüye kullanma suçu(md.257/I ve II) maddede saydığı sonuçlar bakımından bir zarar suçu niteliğine bürünmüş ise de; mevcut sonuçlar klasik bir suç dokusundaki neticelerden farklı olup birer **objektif cezalandırılabilme şartıdır.** 765 sayılı TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçuna³⁰³ sadece eksik teşebbüsün mümkün olduğu³⁰⁴ genel itibari ile de görev gereklerine aykırı davranışın icrası anında suçun ikmal ettiği kabul edilmekte idi. Maddi unsuru dahi

³⁰² Artuk,Mehmet Emin– Gökçen,Ahmet – Yenidünya,A.Caner; 5237 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 2006, s. 767; **Aks. grş. için bkz.;** “ETCK döneminde, m. 240’taki görevi kötüye kullanma bir tehlike suçuydu ve kötüye kullanmayı ifade eden hareketin yapılmasıyla birlikte suç tamamlanırdı; başkalarının hakkının fiilen zarara uğramış olması şart değildi. Bu bakımdan görevi kötüye kullanma suçuna ancak eksik teşebbüs mümkün olabilirdi. YTCK, suçun oluşumunu ayrıca maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin varlığına bağladığı için, artık bir zarar suçu söz konusudur. Bu açıdan, görevin gereğine aykırı hareketin yapılmasına rağmen bu neticeler oluşmamış ise, artık suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Suç maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin ortaya çıkması ile birlikte tamamlanır. YTCK m. 257/2 bakımından ise, ihmali bir suç söz konusu olmakla birlikte, suçun tamamlanması kanunda öngörülen zararlı neticelerden birinin oluşmasına bağlı olduğu için, ETCK’nın aksine, suç tipi teşebbüse elverişlidir.”**Tezcan-Erdem-Önok;** a.g.e.,s.624-625; ayrıca bkz.**Toroslu;** a.g.e., s. 304;;

³⁰³ “ 230 uncu maddede düzenlenen görevi ihmal suçu teşebbüse konu olamaz.... Çünkü ihmali suçlar neticesi harekete bitişik suç kategorisi içerisinde yer alırlar. Bu suçlarda kanunun emrettiği hareketi yapmayan kimse, esasen hareketsiz kalmakla kanunun cezalandırdığı neticeyi gerçekleştirmiş, yani fiili tamamlamıştır. Netice gerçekleşmediği veya fiil işlenmediği durumlarda esasen suç yoktur. Bundan dolayı, ihmali suçlarda kanunun yapılmasını emrettiği hareket ya yapılmıştır, bu takdirde ihmali suç esasen yoktur veya yapılmamıştır, bu takdirde ihmali suç tamamlanmıştır. Bu iki ihtimalden ötesinin hukuken önemi yoktur. Aksine davranmak, yani ihmal safhasından öncesini cezalandırmak mücerret kast ve niyetin cezalandırılmasını ifade eder..” **Akdemir;** a.g.e., s. 128

³⁰⁴ “..Somut hallerin sonsuz çeşitliliği karşısında, teşebbüs durumunun gerçekleşemeyeceğinin önceden ileri sürülemeyeceği... belirtilmektedir.... görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün değildir; ancak, kötüye kullanma hareketi bazı durumlarda birçok parçalara bölünebilir ve bu parçalardan sadece bazılarının icra edilebilmesi halinde eksik teşebbüs derecesinde kalmış suçtan söz edilebilir; ancak bunun uygulama alanının son derece sınırlı olabileceği de ifade edilmektedir.” **Şahin;** a.g.e., s. 123-124

belirgin olmayan böylesi bir suçta tüm eylemleri hapis cezası ile yaptırıma tabi tutmak gerçekten de ağır bir mahiyet arz etmekteydi. İşte yasa koyucu, 5237 sayılı Yasa'da bunu dengelemek için; maddi unsuru yine serbest hareketli³⁰⁵ bırakmış ancak suçun itimamını ötelemek-geciktirmek için kamu görevlisinden neşet eden davranışın bazı sonuçları doğurması gerektiğini maddeye eklemiştir. Şayet mezkûr sonuçlar gerçekleşmediği zaman suç teşebbüs aşamasında kalır der isek o zaman yasa koyucunun da iradesini gölgelemiş oluruz.³⁰⁶

Yine vurgulamalıyız ki; seçimlik hareketli³⁰⁷, yani suçun icrasının birden fazla alternatif hareketle gerçekleştirilebildiği, suçlarda seçimlik olan neticeler değil hareketlerdir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketli bir suçtur, seçimlik hareketli değil. Bir an için bu suçta teşebbüsün mümkün olabileceğini düşünelim. Yargıç hükmünü kurarken hangi sonucun(*kişilerin mağduriyeti, kamunun zararına neden olma, kişilere haksız bir kazanç sağlama*) gerçekleşme ihtimaline binaen teşebbüsü tatbik edecektir. Denilebilir ki somut eylem hangi sonucu meydana getirmeye elverişli ise ona göre hüküm kurulmalı. Ancak bizce bu ceza hukuku ve özellikle bir mahkeme kararının en ufak tereddüte dahi mahal vermemesi ilkesi ile çatışır, ihtimaller üzerine inşa edilmiş bir karar niteliğinden kurtulamaz.

257 nci madde, klasik suç kalıplarından farklı bir yapı arz etmektedir. Misal; TCK'nın 81. maddesinde, **“Bir insanı kasten öldüren kişi,.... cezalandırılır.”** denilmektedir. Bu suç da serbest hareketli olmasına karşın, eylemin yöneldiği sonuç(öldürme) malumdur; netice elde edilemediği takdirde teşebbüs hükümleri yürüyecektir(ya da şartları varsa kasten yaralamadan

³⁰⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya; Genel(2. Baskı)..., s. 431; Özgenç; a.g.e., s. 200;

³⁰⁶ 257 nci madde gerekçesinde; “Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşınması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir...” denilmektedir. Artuç-Bayyurt; a.g.e., s. 411

³⁰⁷ Örneğin; “TCK md. 188/(1)- Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi,..... cezalandırılır.

(3)- Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi,..... cezalandırılır.” hükümlerinde olduğu gibi.

hüküm kurulacaktır³⁰⁸). Ancak görevi kötüye kullanma suçu, üç çekirdekli bir nitelik arz etmektedir. İşte bu neticelerin çokluğu ve meydana gelmeden tespitinin zorluğu, bizi cezalandırılabilme şartı olan sonuçları beklemeye mecbur kılmakta, teşebbüs hükümlerinin yürümesini engellemektedir.³⁰⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 18.10.2005 tarihli (2005/4.MD-96 Esas ve 2005/118 Karar) kararında; bu konuya yoğunlaşmamışsa bile söylediklerinden görevi kötüye kullanma(md. 257/I ve II) suçu yönünden **teşebbüsü kabul etmediği çok açıktır:**

“765 sayılı Yasanın 240. maddesindeki suçun oluşumu için norma aykırı davranış yeterli iken; 5237 sayılı Yasanın 257. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması” gerekmekte, başka bir anlatımla 765 sayılı Yasanın 240. maddesinde tehlike suçu olarak düzenlenen bu suç, 5237 sayılı Yasada zarar suçu haline getirilmiş bulunmaktadır.....

Somut olayda; malzemelere ilişkin faturalarda spor malzemelerinin nitelikleriyle ilgili açıklamalara yer verilmemiş ise de, dosyada yer alan teklif mektuplarında önerilen fiyatlar,tanık Ahmet’in anlatımları, geniş çaplı bir piyasa araştırması yapıldığına ilişkin dosyadaki bilgi ve belgeler dikkate alındığında, anılan eylemle kamunun zarara uğratıldığından da söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.

*Sanığa isnat edilen eylemde, 5237 sayılı Yasanın 257. maddesinde yer alan, “kişilerin mağduriyeti, kamunun zararına neden olunması veya kişilere haksız kazanç sağlama” öğelerinin hiçbirisi gerçekleşmediğinden, Özel Dairece, bu hususlar tartışılmak suretiyle verilen **BERAAT** kararı isabetlidir.”³¹⁰*

³⁰⁸ **Şık**; a.g.e., s. 265-266

³⁰⁹ Görevi kötüye kullanma suçunu, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama(md. 87) suçlarına benzetebiliriz. Bu suçların da teşebbüse müsait olmadığı ancak neticeleri ile tespitlerinin kabil olduğu vakıanın kendisidir.

³¹⁰ **Y.K.D.**; C.32, S.1, Ocak 2006, s. 125-127

Görev gereklerine aykırı eylem ve ihmaller bu zararları doğurmamış ise suç oluşmadığı için, ortada ceza hukukunu ilgilendiren bir durum da yoktur sadece kamu görevlisinin disiplin yönünden sorumluluğu söz konusu olacaktır.³¹¹

b) Madde 257/III Açısından

Görevi kötüye kullanarak çıkar sağlama suçu teşebbüse müsaittir.³¹² Çünkü ilk iki fıkradaki işlenme biçimlerinde cezalandırılabilme şartı varken burada herhangi bir cezalandırılabilme şartına yer verilmemiş gerek duyulmamıştır. Bu nedenle çıkar elde etmeye yönelik davranışlar, başarıya ulaşmadan kesilmiş ise teşebbüs söz konusu olacaktır.

Temin edilecek menfaati tartışan failin fiilinin amirinin müdahalesiyle kesilmesinde teşebbüs vardır.³¹³

B) İŞTİRAK

Failinin kamu görevlisi olması şart olduğundan görevi kötüye kullanma suçu özgü suç niteliği taşımaktadır. Bu nedenle iştirak hususunda da özgü suçta olması mümkün iştirak hükümleri yürüyecektir.

Bu suçta kamu görevlisi dışındaki bir kimsenin müşterek fail olması mümkün değildir. Birden fazla kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu beraber işlemeleri halinde her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.³¹⁴ Ancak belirtmeliyiz ki müşterek fail olarak iştirak eden kamu görevlilerinin bu seviyede sorumlu tutulabilmeleri için bahse konu görev gereğini yapma veya yapmama ya da çıkar teminini sağlanan işlem konusunda yetkili olması şarttır. Sadece kamu görevlisi olması onu kendiliğinden, eski kanun tabiriyle, asli fail yapmayacaktır. Böyle bir durumda, yetkisiz kamu görevlisi de; özgü suçlara dair iştirak kuralları gereği azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

³¹¹ **Özgenç;** a.g.e., s. 1013

³¹² **Artuk-Gökçen-Yenidünya;** Özel(6. Baskı).., s. 692; **Tezcan-Erdem-Önok;** a.g.e.,s. 625

³¹³ 5237 sayılı TCK eksik ve tam teşebbüs ayırımına son vermesine karşın, müellif Soyaslan yeni TCK'ya göre hazırlanmış kitabında bu örnekte eksik teşebbüs olduğunu belirtmiştir. **Bkz. Soyaslan;** a.g.e., s. 529

³¹⁴ **TCK'nın 40 ncı madde gerekçesinde;** "...Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması gerekir..." **denilmektedir.**

Kamu görevlisi olmayan kimse; görevi kötüye kullanma suçunda asıl fiili işleyeninin özgü suçta aranan niteliğe sahip olduğunu bilmesi³¹⁵ halinde, azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebilir.³¹⁶

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere görevi kötüye kullanma suçunun maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen biçimini; yasa koyucu sanki çıkar teklifi hep kamu görevlisinden gelecekmiş gibi kaleme almıştır. Böyle bir çıkar teklifi işlerini daha da kolaylaştırmak için pekala muhatap vatandaştan da gelebilir. Böylesi bir durumda kanaatimiz odur ki, kamu görevlisinin bir çıkar temin etme konusunda en ufak bir niyeti ve temayülü yoksa vatandaş **azmettiren**(md.40) olarak; şayet varolan çıkar elde etme fikrini kuvvetlendirme niteliğindeyse **yardım eden**(md. 39/2-a) olarak sorumlu tutmak gerekecektir.

765 sayılı TCK döneminde basit rüşvet alma ve verme iki ayrı suç olarak düzenlendiği için rüşvet veren veya rüşvet alanın etkin pişmanlıktan yararlanması söz konusu olabilmekte; bu da yolsuzlukla mücadele açısından iyi bir suç politikası olarak gözükmekteydi. Bugünkü düzenleme karşısında “azmettiren” veya “yardım eden” konumunda olan vatandaşın, kendisinin de cezalandırılma olasılığı karşısında bu suçu ihbar etmesi düşünülmemeyeceğine göre, gerekçede yer verilen yolsuzlukla daha etkin mücadele edilmesi için böyle bir düzenlemeye yer verildiği yönündeki anlatımın da dayanaksız olduğu söylenebilir.³¹⁷

C) İÇTİMA

Görevi kötüye kullanma suçu tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle, özel hükümlerin varlığı halinde geri çekilir. Madde metnindeki “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında..*” ibaresi bunu gayet net bir şekilde ortaya koymaktadır. Burada fikri içtima değil

³¹⁵ **Önder**; a.g.e., s. 173; **Bakıcı**; a.g.e., s. 787

³¹⁶ **TCK’nın 40/2. maddesi**; -“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” **biçimindedir.**

Özgü suçlarda; mahsus özellikleri havi fail dışındakilerin iştiraki ancak bu şekilde mümkün iken, yasa koyucu 5237 sayılı TCK’nın sadece bir yerinde bu kuraldan ayrılmıştır. **İşkence** suçunda özel fail olan kamu görevlisi dışında iştirak edenlerin de müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklarını belirtilmiştir; **Madde 94(4)**- “Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.”

³¹⁷ Bkz. **Tezcan-Erdem-Önok**; a.g.e.,s. 621

yardımcı normun sonralığı ilkesi geçerlidir.³¹⁸ Genel hükümdeki ceza daha ağır olsa bile bu ilkeden vazgeçilmeyecektir. Özel hükmün özdeş konuda öncelikle uygulanacağı kuralı “lex specialis derogat lex generalis” her daim yürüyecektir.³¹⁹

Nitekim 257 nci madde gerekçesinde de;

“..Görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış olabilir. Bu durumda; kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icraî davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunda kuşku yoktur. Ancak, bu durumda aynı zamanda ihmali davranışla öldürme veya yaralama suçu oluşmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipidir. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suçu oluşturmadığı hâllerde, kamu görevlisini bu suça istinaden cezalandırmak gerekir. Buna karşılık, görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise, kişi artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Bu durumda, ihmali davranışla işlenmiş öldürme veya yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir...”

Denilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmesine müsaittir. Her ne kadar 5237 sayılı TCK; bir suç işleme kararı altında **aynı**³²⁰ **şahsa**³²¹ karşı suçun işlenmesi

³¹⁸ **Önder**; a.g.e., s. 173; “Maznunun vazife esnasında mağdura hakaret ettiği ve silah çektiği kabul edilmesine göre 486, 466 ve 251. maddelerin tatbiki gerekirken ancak kanunda yazılı haller haricinde vaki vazifeyi suiistimallerde tatbik kabiliyeti olan 240. madde ile ceza tayini bozmayı gereklendirmiştir.”(4.C.D., 25.02.1953, 12078/13391); **Cihan**; a.g.e., s. 190;

“..Tapu sicil muhafızı olan sanığın kooperatif temsilcilerine, yaptıracakları tapu işlemlerine hazırlık niteliğindeki evrakın düzenlenmesi işini dışarıda takipçilere yaptırdığınız takdirde 10-15 bin liraya malolur, hem de pek sıhhatli olmaz, işlerinizi ben yapayım diyerek iş sahiplerinin hazırlamaları gereken evrakı düzenleme karşılığında 20 bin lira ücret almasından ibaret olayda bu paranın kanunen ödenmesi gerektiğine inandırma söz konusu olmadığından irtikâp suçunun unsurları gerçekleşmediği gibi rüşvet suçu da düşünülemeyeceğinden fiil görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunmuştur.”(5.C.D., 24.02.1982, E.1982/126, K. 1982/576); **Demirbaş**; a.g.e., s. 275

³¹⁹ **Hakeri**; a.g.e., s.341-342

³²⁰ “ Tasarının 43. maddesi zincirleme suç adı altında müteselsil suç karışık bir yapıda düzenlemiştir. Farklı mağdurlara karşı, farklı zamanlarda aynı suç işleme kararıyla gerçekleştirilen eylemler bu düzenleme dolayısıyla müteselsil suç sayılmayacaktır. Oysa müteselsil suçta failin suç işleme kararındaki birlik esastır. Bu nedenle düzenleme, müteselsil suç mefhumunun bu özelliği dikkate alınarak sade bir anlatımla yeniden yazılmalı ve sadece mala karşı suçlarda tatbiki mümkün kılınmalıdır..” **Artuk-Çınar**; a.g.e., s. 845

³²¹ **TCK madde 43/(1)ilk cümle-** “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.” **biçimindedir.**

kistasını getirmiş ise de; daha sonra yapılan ekleme ile mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin tatbik edileceği hükme bağlanmıştır.³²² Bahse konu suçun da mağduru toplumu oluşturan tüm bireyler olduğundan, teselsül mümkündür.

Aynı suç işleme kararı³²³ altında kamu görevlisi görevini kısa aralıklarla, birden fazla defa kötüye kullanmış ise bu durumda zincirleme suçtan söz edilebilir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda bunu kabul etmiştir:

“..görevi savsama suçu...görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu...oluşur. Birincisinde edilgin(pasif) ikinci suçta etkin(aktif) eylem söz konusudur. Saniğin oluşa uygun biçimde kabul edilen eylemlerinde görevin yapılmaması veya geç yapılması değil, yasaya aykırı biçimde yapılması söz konusu olduğundan TCY.nın 240,80.[5237 sayılı TCK md. 257, 43] maddeleri yerine, suç çokluğu da gözetilmeden 230/1. madde ile uygulama yapılması..”³²⁴

“..saniğin, kısa sayılabilen iki ayrı tarihte bir kasıtle aynı şahsa karşı görevini kötüye kullanmasının TCK. nun 80. tatbikini gerektireceği gözetilmeden iki ayrı suç sayılarak yazılı şekilde ceza tayini...”³²⁵

³²² **TCK’nın 43/1. maddesi**; -“(Ek cümle: 29/06/2005-5377 S.K./6.mad) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.” **şeklinde**dir.

5377 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesi; “..toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, 43 üncü maddenin birinci fıkrasına ‘Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.’ şeklinde bir cümle eklenmiştir.” **biçimindedir. Artuç-Bayyurt**; a.g.e., s. 93

³²³ “.. Aynı suç işleme kararı’ndan yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerekir. Bu bağlamda failin suçu işlemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat, eylemi bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o suretle gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm bu hareketleri arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerekmektedir.

Aynı suç işleme kararının varlığı , her olayda suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, eylemlerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, eylemler arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri olaysal olarak değerlendirilerek belirlencektir..”(C.G.K., 01.06.1999, 6-122/145); **Yaşar, Osman**; Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara, 2000, s.1204-1205

“..Kararda birlik kasıтта birlik demek değildir. Her ikisi farklı kavramlar olup suç işleme kararındaki birlik, birbirinden müstakil olan ve müstakil kasıtlara bağlı bulunan eylemleri birbirine bağlayıp olaya müteselsil suç niteliği vermektedir. Kasıтта birlik mevcut olmayıp zincirleme suçu oluşturan eylemlerin her biri ayrı bir kastın sonucudur. Bu eylemler tek bir suç işleme kararından doğmuş olmalıdır...” **Bakıcı**; a.g.e., s. 843

³²⁴ (4.C.D., 24.11.1994, 7489/10122), **Malkoç-Güler**; a.g.e., s. 1731

³²⁵ (4.C.D., 20.10.1981, 5207/6029), **Y.K.D.**; S.1, 1982, s.117

“sulh ceza mahkemesine ait bir kısım ilamları, görevleri olduğu halde infaza vermemek, harç tahsil müzekkerelerini yazmamak, TCK 230/1, 80 olur..”³²⁶

“..1163 sayılı Kooperatifler Kanunun 62 ve 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Hakkında Kanunun 11. maddeleri uyarınca memur sayılan sanıkların mahkemece dosya içeriğine uygun olarak oluşumu kabul edilen ...eylemleri, <katılan kurumun zararına sebebiyet verme> olup TCY.nın 240 ve 80. .[5237 sayılı TCK md. 257, 43] maddelerine uyan zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur..”³²⁷

“..mübaşir olarak görevli bulunduğu sırada birbirine yakın tarihlerde bazı kişilere belge verip çıkar sağlayarak görevini kötüye kullanan sanığın eyleminin..TCK. ’nın 240, 80. maddelerine uyan müteselsil suçu oluşturup oluşturmayacağının karar tartışılmaması..”³²⁸

Yargıtay’ın nadir de olsa aksi yönde kararları vardır:

“..görevi savsayan memurun Orman Kanununa muhalefetten kaç kişi hakkında zabıt düzenlemesi gerekirse o kadar suç işlemiş olur..”³²⁹

“..köy içme suyuna ait iki inşaatta işleri ölçmeyen ve metreküpleri fazla göstermek suretiyle taşarona fazla ödeme yapılmasını sağlayan failin her iki fiili de görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.”³³⁰

257/III. Madde açısından da fail aynı suç işleme kararı altında, kısa aralıklarla; aynı şahıstan veyahut farklı kimselerden de çıkar sağlanmışsa yine zincirleme suç hükümleri yürüyecektir. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere bu suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır.

³²⁶ (4.C.D., 07.01.1987, 10030/10501), **Malkoç, İsmail**; Görevi İhmal Suçu, T.B.B.D., S.1, 1994, Yıl 7, s.36

³²⁷ (5.C.D., 05.03.1997, E. 1997/330, K.1997/763), **Y.K.D.**; S.3, 1999, S. 414

³²⁸ (6.C.D., 05.03.1991, 964/1828), **Artuk-Gökcen-Yenidünya**; Özel(6. Baskı).., s. 693

³²⁹ (4.C.D., 28.01.1981, 290/234), **Y.K.D.**; S. 7, 1981, s. 915

³³⁰ (4.C.D., 17.12.1981, E.7746, K. 7801), **Y.K.D.**; Mart 1982, s. 420

II. KOVUŞTURMA USÛLÜ

Genel kural, suçun öğrenilmesinden hükmün kesinleşmesine kadar sanık hakkında yapılacak bütün işlemlerin adli makamlarca yapılmasıdır. Anayasa'nın 129/son maddesinde **“Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar³³¹ dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”** hükmüne yer verilmek suretiyle memurların muhakemesinde izin sistemi benimsenmiştir. Bu sisteme göre memurun işlediği bir suçun adli makamlar tarafından kovuşturulabilmesi için idari mercilerce adli makamlara izin verilmesi gerekir.³³²

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri hakkında izin vermeye yetkili makamları ve yürütülecek idari soruşturma usulünü belirleyen kanun; 4483 Sayı ve 2.12.1999 Tarihli **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**'dur.

Görevi kötüye kullanma suçu da izne tabi olan suçlar kapsamındadır.³³³ İzin alınmadan kamu görevlisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve

³³¹ **3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan;** - “(Değişik fıkra: 12/12/2003 - 5020 S.K./12. md.) “Bu Kanunda ve 18/06/1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.” **şeklindeki düzenleme ile,**

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161/5. maddesindeki; - “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.” **biçimindeki düzenleme buna örnektir.**

³³² **Zafer, Hamide;** 4483 Sayı ve 2.12.1999 Tarihli “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Değerlendirilmesi, İ.B.D., C.74, S.10-11-12, 2000, s. 981

³³³ Görevi kötüye kullanma suçu CMK md. 332 sevki ile işlenmişse, yasama dokunulmazlığı dışında, izne ihtiyaç olmayıp; doğrudan soruşturma yapılabilir.

hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.

Savcılık sanığın fiilini 3628 sayılı Kanun'un 17. maddenin 1inci fıkrası kapsamında bir suç olduğunu(zimmet) düşünerek iddianame ile dava açsa, ancak yargılama esnasında cürmün vasfı değişerek 4483 sayılı Kanun kapsamına giren Görevi Kötüye Kullanma suçu olduğu anlaşılırsa nasıl davranılmalıdır?

Bazı müellifler³³⁴ bu durumda **durma** kararı verilip ilgili idari merciden izin alındıktan sonra yargılamaya devam edilmesi gerektiğini belirtse de; kanaatimizce burada mahkemenin **durma** kararı vermesine gerek bulunmamaktadır. CMK'nın 226 maddesi uyarınca **ek savunma** hakkı verilerek yargılama bitirilmelidir. Biz “durma” kararı vermeye gerek olmadığı kanaatine CMK'nın 158/son maddesinden hareketle kıyasen ulaşıyoruz. 158/son hükmü şöyledir; **“Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.”** Şikayet de bir dava şartı olmasına karşın kovuşturma safhasına geçildikten sonra yasa koyucunun bunu durma sebebi yapmadığını görüyoruz. Bir dava şartı olan “idarenin izni” de benzer mahiyettedir. Dolayısıyla “durma” kararı vermeden hükme ulaşmak yasa koyucunun niyetine daha uygun olur kanaatindeyiz.

III.YAPTIRIM

Yasa koyucu maddenin ilk ve son fıkraları açısından; “..bir yıldan üç yıla kadar hapis..”; görevi ihmalen kötüye kullanmada ise “..altı aydan iki yıla kadar hapis cezası..” verilmesini uygun bulmuştur.³³⁵ 240 ıncı maddede yer alan “memuriyetten yoksunluk” cezasına yer verilmemiştir.

5237 sayılı TCK cezalarda sadeleştirme yolunu tercih etmiştir. Buna göre suç karşılığı uygulanan cezalar **hapis** ve **adli para** cezalarıdır. Hapis cezalarını da **ağırlaştırılmış müebbet, müebbet** ve **sürelî** olarak düzenlemiş; eski yasada yer alan ağır hapis, hapis, hafif hapis şeklindeki ayrımı sonlandırmıştır.

Eski yasalarda olduğu gibi maddelerde tamamlayıcı cezalara yer vermek yerine genel nitelikte güvenlik tedbirleri öngörmüştür.

³³⁴ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**; Özel(6. Baskı).., s. 558; **Zafer**; a.g.e., s. 1007-1008

³³⁵ Yasa koyucunun ihmali suçlardaki ceza ağırlığı takdiri konusunda, çalışmamızın maddi unsurun hareket ögesi bölümüne müracaat edilebilir.

Diyelim ki kamu görevlisi görevini kötüye kullandı ve hapis cezası aldı. Bu durumda TCK'nın **belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma** başlıklı 53/5. maddesi uyarınca, cezanın infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir.

Mahkumiyetin yasal sonucu olduğundan, mahkeme kararında gösterilmemiş ise kazanılmış hak oluşturmayıp infaz sırasında gözetilebilecektir. Ancak yasada belirtildiği şekilde değil de, sanık lehine bir karar verilip kesinleştğinde bu hüküm uygulanacaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 230/1-c maddesine göre hükmen gerekçesinde gösterilmesi gereken husus cezanın sonucuna bağlı olan güvenlik tedbirleri olmayıp, ceza mahkumiyeti yerine uygulanan güvenlik önlemleri ile cezanın yanında uygulanacak güvenlik tedbirleridir.³³⁶

SONUÇ

Özgü suç olan görevi kötüye kullanma suçunda fail, ancak bir kamu görevlisi olabilir. eTCK döneminde de “memur” olanlar sadece bu suçu işleyebiliyordu. Kimin “memur” kimin “kamu hizmetlisi” olduğu ise 765 sayılı TCK döneminde bir türlü kesin çözüme kavuşturulamamış

³³⁶ **Bakıcı;** a.g.e., s. 1043

konular arasındadır. Yargıtay'ın somut olaylar üzerinden yapmaya çalıştığı tespitler, genelleme yapmaya elverir nitelikte olmamıştır. 5237 sayılı TCK, belki de bu konuda en basit çözümü getirerek, tüm kamu ajanlarını ceza hukuku sorumluluğu açısından; **“kamu görevlisi”** olarak düzenlemiştir. Burada riskli olan nokta uygulamanın bunun sınırlarını aşırı genişletmesi, “kamu görevlisi” olarak sorumlu kişi sayısını arttırmasıdır. Tabi göz ardı edilmemesi gereken husus, getirilen **“kamusal faaliyet”** kıstasıdır. Bu kıstasın varlığı uygulamanın ve öğretinin ortak bir zemin üzerinde düşünmesini de kolaylaştıracak; böylece ceza hukukunda bulunması şart olan belirliliğin teminine de yardımcı olacaktır. “Kamu görevlisi” kavramı ile tüm sorunlar aşılmıştır denilemez ancak belirsizliğin daha az olacağı kuvvetle muhtemeldir.

Görevi kötüye kullanma suçunun mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır. “Devlet” bu suçun mağdurudur denilemez. Çünkü yapıntı bir irade olan “devlet”in ızdırıp duyması, üzülməsi düşünülemez. Sadece “suçtan zarar gören” olarak kabul edilebilir ki, bu da zaten işlenen her suç bakımından devlet için varsayılan bir sonuçtur.

Tamamlayıcı nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK dönemindeki düzenleniş biçimi ve hareket ögesinin belirsizliği nedeniyle uygulamada ve öğretilerde tereddütlere neden olmuştur. Bazen disiplin sorumluluğu gerektirir nitelikteki kötüye kullanmalar dahi bu suç kapsamında değerlendirilmiştir. 5237 sayılı TCK'daki görevi kötüye kullanma suçunda cezalandırılabilme şartlarına(**kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama**) yer verilmiş olması bu belirsizliği azaltıcı niteliktedir. Bu haliyle 257 nci maddenin modern suç ve ceza disiplinine, Anayasa'ya; suçun hareket ögesi yönünden bir aykırılığı bulunmamaktadır.

Eski yasada yer alan “görevi ihmal” suçunun “görevi kötüye kullanma” suçu başlığı altında tanzimi oturmuş olan terminoloji bakımından biraz sarsıcı, alışması zaman alıcı bir noktadır. Olumlu yönü ise, yasada ayrı ayrı birden fazla genel norma yer vermeyerek zoraki bir özel-genel norm mukayesesine mecbur kalınmamasıdır. Çünkü 765 sayılı TCK döneminde genel normlar olmasına karşın 228, 230 ve 240 ıncı maddeler arasında özel-genel norm ilişkisi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Suçun manevi unsuru genel kasttır ve yeterlidir. Ancak belirtmeliyiz ki madde metnindeki “**hukuka özel aykırılık**” gözden kaçmamalıdır. Bu vurgu, suçun oluşumu için; genel kastın yanında ayrıca daha yüksek yoğunlukta bir haksızlık bilincinin failde olmasını gerektirir. Aranması gereken bu yoğun haksızlık farkındalığı genel kastı, özel kasta çeviren bir kurum değildir. Ayrıca bu “hukuka özel aykırılık” suçun olası kastla işlenmesini engeller bir vazife de görmez; görevi kötüye kullanma suçunun olası kastla işlenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçu, **cezalandırılabilme şartlarını** haiz olması nedeniyle; farklı, bir yapı arz etmektedir. Klasik suç şablonlarından hareketle bazı sonuçlara varmak yanlış olacaktır ki; bunların başında **teşebbüs** kurumu gelmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere bu suça teşebbüs mümkün değildir. Zira birden fazla sonucun meydana gelme ihtimalinin bulunduğu bir durumda, henüz biri ortaya çıkmadan sadece yapılan eylem veya gösterilen ihmalden varsayımsal sonuçlara göre teşebbüs hükümlerini uygulamak mümkün değildir. Belirtilen sonuçları doğurmayan eylemler yalnızca disiplin yaptırımına muhatap olacaktır. Aksi kabul yeni düzenlemeyi tamamıyla anlamsız kılacağı gibi eski yasa döneminde yakınılan sorunların tekrar canlanmasına sebep olacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu için etkin pişmanlık kurumu getirilmediğinden; kamu görevlisi olan failin, oluşan mağduriyeti veya zararı karşılamasının suçun oluşumuna herhangi bir tesiri yoktur. Zimmet, irtikâp, rüşvet gibi daha ağır suçlar için “etkin pişmanlık” kurumlarını düzenleyen yasa koyucu bunu daha hafif bir suç olan görevi kötüye kullanma için düzenlememiştir.

Özgü suç olması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçuna, kamu görevlisi olmayanlar ancak “**azmettiren**” veya “**yardım eden**” olarak iştirak edebilirler. Kamu görevlisinin işlediği görevi kötüye kullanma suçunda iştirak eden fakat ilgili konuda yetkisiz olan kamu görevlisi de yine özgü suçlara dair iştirak hükümlerince sorumlu olacak, yani müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacaktır.

Basit rüşvetin görevi kötüye kullanmanın bir işlenme biçimi olarak tanzimi yolsuzlukla mücadele açısından yerinde olmamıştır. Kaleme alınış biçimiyle çıkar sağlamak teklifinin hep

kamu görevlisinden gelmesi gerektiği gibi bir durum söz konusu olsa bile özgü suçlara münhasır iştirak kuralları devreye girecek ve muhatap vatandaş da sorumlu olacaktır. Ancak bu kanaatimizce pek caydırıcı olamayacaktır. Çünkü aynı suçun muhatabı olan vatandaş daha az ceza(genellikle yardım eden olarak) alacaktır. Kamu yönetimindeki sorunların tek müsebbibi kamu görevlisi olmayıp, işlerini daha hızlı ve rahat yapmak isteyen ve bunun için kamu görevlisine çıkar temin eden, vatandaşdır da. Etkin pişmanlığın da düzenlenmediği böyle bir suçta kimsenin de kendisini ihbar etmesi zaten olası değildir

Üçüncü fıkra açısından temin edilen menfaatin miktar olarak az olmasının suçun oluşumuna engel olması gibi bir ilke kabul edilemez. Çünkü yasa koyucunun böyle bir niyeti olsaydı birçok suçta(hırsızlık, yağma, zimmet) olduğu gibi, görevi kötüye kullanma suçunda da “menfaat değerinin az olması”nı bir cezasızlık nedeni olarak düzenleyebilirdi. Yasa koyucunun tanımadığı bir imkanı cezayı azaltıcı veya arttırıcı neden olarak kabul etmek yargıcın yapabilecekleri arasında değildir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; görevi kötüye kullanma suçu düzenleniş biçimi olarak genel bir normdan beklenebilecek birçok niteliği haizdir. Eski yasa döneminde, dengi suçlarda yaşanan sorunları çözecek imkanları uygulama ve öğretiyi tanımaktadır. Bunlar iyi değerlendirilip, yorumlandığında ceza hukukuna uygun nitelikte sonuçlar vereceği ortadadır.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet-Dinçkol, Abdullah; 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1998,

Akdemir, Süleyman; Türk Ceza Kanununda Vazifeyi İhmal Suçları(m.230, m.231, m.234, m.235)[İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Doktora Tezi], İstanbul, 1982,,

A.B.D.; Y. 59, S. 2001/4,

Artuç, Mustafa-Bayyurt, Yıldırım; Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK 5271 Sayılı CMK 5275 Sayılı CGİK, 5.Baskı, Ankara, 2007,

Artuk, Mehmet Emin-Çınar, Ali Rıza; Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, in: Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör: Ergül, Teoman), Ankara, 2004,

Artuk,Mehmet Emin– Gökçen, Ahmet – Yenidünya, A.Caner; Gerekçeli Ceza Kanunları, 6. Baskı, Ankara, 2007,

Artuk,Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet -Yenidünya, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002,

Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner; 5237 sayılı TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler (I), 2. Baskı, Ankara, 2006,

Artuk,Mehmet Emin– Gökçen, Ahmet – Yenidünya, A.Caner; 5237 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara, 2006,

Artuk,Mehmet Emin– Gökçen, Ahmet – Yenidünya, A.Caner; 5237 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2005,

Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2003,

Bakıcı, Sedat; 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2007

Beccaria; Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi(Çev. Muhittin Göklü), İstanbul, MCML,

Bektaş, Mustafa; Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006

Bengü, Cemil Halit; Ceza Tatbikatında Memur, Siyasi İlimler Mecmuası, S. 158, Mayıs 1944,

Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer; Ceza Hukukuna Giriş, 3.Baskı, İstanbul, 2005,

Cihan, Erol; Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İ.Ü.H.F. Matbaası, İstanbul, 1979,

Çağlayan, Muhtar; Görevi Kötüye Kullanma Cürmü Üzerine Bir İnceleme, A.D., S.2, 1980,

Çağlayan, Muhtar; Türk Ceza Kanunu, 3.Bası, Ankara ,(tarih yok),

Çetin, Erol; Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Ankara, 2000,

Demirbaş, Timur; Türk Ceza Hukukunda Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1-4, Ankara, 1987,

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Türk Ceza Hukuku Genel Kısım, 12.Baskı, İstanbul, 1999,

Dönmezer, Sulhi; Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984,

Dönmezer, Sulhi; İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas, İ.Ü.H.F.M., C.III, S.1-2, 1945,

Dönmezer, Sulhi; Mahkeme İçtihatları, İ.Ü.H.F.M., C.IX, S.3-4, İstanbul, 1944,

Durmuş, Şükrü; Görevi Genel Kötüye Kullanma Suçu (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002,

Erem, Faruk; Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Mer'iyet Kanunu, 2.Bası, Ankara, 1948,

Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 1997,

Erman, Sahir; Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.II, S. 3-4, Ankara, 1947,

Erman, Sahir; İtalyan Mahkemeleri Kararları, İ.Ü.H.F.M., 1973, S. 10,

Erman, Sahir-Özek,Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992,

Evliyaoğlu, Erkal; Memurlarla İlgili Suçlar, Ankara, 2001,

Gökcen, Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Müeyyideleri, İstanbul, 1989

Gözübüyük, Abdullah Pulat; Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.II(Hususi Kısım), 5.Bası, İstanbul,

Gözübüyük, Abdullah Pulat; Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları(TCK.nun 279, 280 ve 281 maddeleri), A.D., Ocak 1970, S.1

Gözübüyük, Abdullah Pulat; Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali, A.D., Kasım 1969, S.11,

Güler, Ahmet Hamdi; Hukuk ve Yargılama Usulüne İlişkin Temel Kanunlar, Ankara, 2007,

Günday, Metin; İdare Hukuku, 6.Bası, Ankara, 2002,

Güner, Orhan Seyfi; Sivil İtaatsizlik in: Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler I, İstanbul, 2003,

Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2005,

Hakeri, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2006,

<http://yargitay.gov.tr>

İmre, Zahit; Medeni Hukuka Giriş, 3.Bası, İstanbul, 1980, ,

Kaban, Mater-Aşaner, Halim-Güven, Özcan-Yalvaç,Gürsel; Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, 2004,

Kaylan; Keskin; Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale,

Kıyak, Fahrettin-Çağlayan, M. Muhtar-Şenel, Cebbar; Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler, Ankara, 1960,

Kunter, Nurullah; Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu, İ.Ü.H.F.M., C.XIII, S.1, 1947,

Kunter, Nurullah; Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949

Kunter, Nurullah; Mahkeme İçtihatları, İ.Ü.H.F.M., S.1, C.XV, İstanbul, 1949

Mahmutoğlu, Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, in: Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler Görüşler Raporlar (Editör: Ergül, Teoman), Ankara, 2004,

Majno; Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.II, Ankara, 1978,

Malkoç, İsmail; Görevi İhmal Suçu, T.B.B.D., S.1, Yıl 7, 1994,

Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut; Memurlar ve Suçlar, Ankara, 1998,

Malkoç, İsmail-Güler, Mahmut; Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C.II, Ankara, tarih yok,

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3. Baskı, İstanbul, 1966,

Önder, Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Beta, İstanbul, 1991,

Önok, R.Murat; Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu(Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2005,

Özenbaş, Nazmiye; Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri (TCK m. 230, 240)[Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi], Eskişehir, 2004,

Özgenç, İzzet; Yeni Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler), 3.Bası, Ankara, 2006,

Özgenç, İzzet-Şahin, Cumhuri; Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S.1-2, 2002,

Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık; Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.II, 3. baskı, Ankara,1999,

Selçuk, Sami; Sivil İtaatsizlik Disiplinler Arası Kolokyum, Demokrasi Kitaplığı, İstanbul, 1999,

Selçuk, Sami; İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Y.D., C.XXIII, S.1-2, Ocak-Nisan 1997,

Selçuk, Sami; Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk, Ankara, 2002,

Serozan, Rona; Tüzel Kişiler, İstanbul, 1990,

Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2005,

Şahin, Cumhur; Türk Hukukunda Memurluk Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçları (TCK. m. 230, 240)[Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi], Ankara, 1987,

Şık, Hüseyin; Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama-TCK Madde 87/4 (Kastın Aşılması Suretiyle Adam Öldürme-Eski TCK Madde 452), A.D., Eylül 2006, S. 26,

Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2006,

Teziç, Erdoğan; Anayasa Hukuku(Genel Esaslar), 7.Bası, İstanbul, 2001,

Toroslul, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2005,

Toroslul, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, A.Ü.H.F.Yay.,

Türk Dil Kurumu; Türkçe Sözlük, C.I, Yeni Baskı, Ankara, 1988,

Türk İçtihatlar Külliyyatı; C.II, 1950,

Türk Ceza Kanunu 2000 Öntasarısı; Ankara, 2000,

Vidinli, İbrahim; Memuriyet Görevini Savsak ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme, A.D., C.37, 1946,

Yargı Dünyası; Ekim 2001, S. 70,

Yarsuvat, Duygun; Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İ.Ü.H.F.M., C.XXX, S.3-4, 1965,

Yasa, Ferit; Son Ceza Kanunu Tadilatında Birinci Madde ve Ceza Kanununda Sarahatsız Suç Var Mıdır?, A.C., S.22, 1936,

Yaşar, Hakkı; Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki, A.D., Aralık 1966, S.12,

Yaşar, Osman; Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara, 2000,

Yaşar, Osman; İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2001,

Yener, Orhan; Görevin Kötüye Kullanılması, Y.D., C.VI, S.1-2(Ocak-Nisan 1980),

Yenidünya, Caner; 2004 Türk Ceza Kanunu’nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, S.5, 2005,

Yılmaz, Zekeriya; Anayasa TCK-CMK İnfaz Kanunu, Ankara, 2005,

Zafer, Hamide; 4483 Sayı ve 2.12.1999 Tarihli “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Değerlendirilmesi, İ.B.D., C.74, S.10-11-12, 2000.

