

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANA BİLİM DALI**

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU IŞIĞINDA
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK. M. 257)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sinem ARTIK KİL

Ankara - 2011

**T.C .
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANA BİLİM DALI**

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU IŞIĞINDA
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK. M. 257)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Sinem ARTIK KİL**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN**

Ankara - 2011

T.C .
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİM DALI

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU IŞIĞINDA
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK M.257)

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

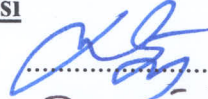
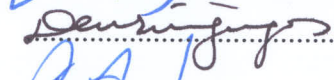
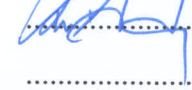
Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN

Tez Sınavı Tarihi 01.03.2011

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim (01/03/2011).

Sinem ARTIK KİL



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II. ÇALIŞMA METODU VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	4
BİRİNCİ BÖLÜM	
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER..	10
I. ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN SUÇUN YAPISI	10
II. TÜRK CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN SUÇUN TARİHÇESİ.....	19
A. 765 Sayılı TCK'da Durum.....	19
B. 5237 Sayılı TCK'da Durum	26
1. 765 Sayılı TCK Madde 228 ve 240 Yönünden	26
2. 765 Sayılı TCK Madde 230 Yönünden	27
3. 765 Sayılı TCK Madde 212/1 Yönünden	28
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK	29
IV. SUÇUN FAİLİ	32
A. 765 Sayılı TCK'da Fail	33
B. 5237 Sayılı TCK'da Fail	43
1. “Kamusal Faaliyet” Kavramı	43
2. “Kamu Görevlisi” Kavramı.....	46
3. Özel Yasalar Bakımından “Kamu Görevlisi” Kavramı	53
V. SUÇUN MAĞDURU.....	64
VI. SUÇUN HUKUKİ KONUSU.....	66
VII. SUÇUN MADDİ KONUSU.....	67

İKİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI.....	69
I. MADDİ UNSUR	69
A. Davranış	69
1. TCK Madde 257/1 Açısından.....	69
a. Görevli Olmak.....	69

b. Görevin Gereğine Aykırı Yapılması	72
c. Hareketin İcrai Nitelikte Olması	79
2. TCK Madde 257/2 Açısından	81
a. Görevli Olmak	81
b. Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal Gösterme	82
c. Görevin Gereklerini Yapmakta Gecikme Gösterme	85
3. TCK Madde 257/3 Açısından	88
a. Görevli Olmak	88
b. Yapılması Gereken İşin Görevin Gereğine Uygun Bulunması	90
c. İrtikap Suçunu Oluşturmama Koşulu	91
B. Netice	94
1. Genel Olarak Netice	94
2. 765 Sayılı TCK Bakımından Durum	96
3. 5237 Sayılı TCK Bakımından Durum	98
a. TCK Madde 257/1 ve 257/2 Açısından	100
i. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma	100
ii. Kamunun Zararına Neden Olma	104
iii. Kişilere Haksız Kazanç Sağlama	108
iiii. Objektif Cezalandırabilirlik Koşulu	117
b. TCK Madde 257/3 Açısından	122
C. İlliyet Bağı	128
II. HUKUKA AYKIRILIK	130
A. Kanun Hükmünü İcra	134
B. Amirin Emrini Yerine Getirme	136
C. Meşru Müdafaa ve Zorunluluk Hali	140
D. Hakkın İcrası ve İlgilinin Rızası	143
III. MANEVİ UNSUR	146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	
KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM.....	155
I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	155
A. Teşebbüs.....	155
1. TCK Madde 257/1 ve 257/2 Açısından.....	155
2. TCK Madde 257/3 Açısından	159
B. İştirak.....	161
C. İçtima.....	165
1. Özel Norm - Genel Norm İlişkisi.....	166
2. Asli Norm - Tali Norm İlişkisi	168
3. Bileşik Suç.....	169
4. Fikri İçtima	171
5. Zincirleme Suç	172
II. KOVUŞTURMA USULÜ.....	175
III. YAPTIRIM	185
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	195
KAYNAKÇA	203
ÖZET	231
ABSTRACT	233

KISALTMALAR

Ad.Der.	: Adalet Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn	: Dipnot
E	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İktisadi Kurumu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
krş	: Karşılaştırınız
m	: Madde
MMHK	: Memurin Muhakematı Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
SBOD	: Siyasi Bilgiler Okulu Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu

TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
vd	Ve devamı
Vol	: Volume
Y	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Toplumu oluşturan bireylerin nezdinde devletin varlığı ve otoritesi, devlet kapısında karşılarına muhatapları olarak çıkan kamu görevlisinin şahsında ete kemiğe bürünerek somutlaştığında pekişir.

Bireylerin devlete duydukları a priori güvenin bir uzantısı olarak, toplumda kamusal faaliyetlerin usulüne uygun şekilde yürütüldüğü hususunda yaygın bir inancın olması beklenir. Dolayısıyla sözü edilen inancın korunabilmesi de devletin eli olarak itibar gören kamu görevlisinin, kamusal faaliyetleri yürütürken görevinden kaynaklanan yetkilerini kullanma şekline ilişkin olarak toplumda oluşan algı olumlu olduğu sürece mümkündür. Tam da bu yüzden modern ceza kanunlarında, kamu görevlisinin, görevinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği ve söz konusu inancı sarsacak nitelikteki fiilleri kanun koyucu tarafından her zaman yaptırım altına alınmıştır.

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinden bakıldığında, görevi kötüye kullanma suçunun düzenlenmesinde, kanun koyucunun benimsediği iki temel tercihin bulunduğu görülür. Bunlardan ilki kanunda özel nitelikteki kötüye kullanma suçlarının düzenlenmesiyle yetinerek genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçuna yer vermemek, diğeri ise özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları ile birlikte genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu da düzenlemektir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, tarihi kanun koyucu, öteden beri süregelen tercihten vazgeçmemiştir. Böylece, kamu

görevlisinin görevi kötüye kullanma niteliğinde olabileceğini öngördüğü hareketleri ayrı ayrı düzenlemek yanında, bir de Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde kamu görevlisinin önceden tecrübe edilmemiş veya ayrı ayrı düzenlenmesine ihtiyaç duymadığı türden fiilleriyle meydana gelebilecek görevi kötüye kullanmaları da kapsayacak genel nitelikte bir suç tipi düzenlemiştir.

Çalışmamızın konusunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ışığında, sözü edilen genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunun incelenmesi oluşturmaktadır. Hemen belirtelim ki, kanun koyucu genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçu düzenlemekle süregelen uygulamayı korumakta gösterdiği sadakati ne ceza hukukunun temel kurumlarında ne de çalışmamızın konusunu teşkil eden görevi kötüye kullanma suçunun yapılandırılmasında göstermemiştir.

Böylece, bunlara ilişkin öğretisi ve yargı kararları ile oluşturulan yerleşik Türk ceza hukuku pratiğinin de zorunlu olarak değişmesine yol açmıştır. Şöyle ki, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hüküm kanun koyucunun elinde yeniden şekillendirilirken, bünyesine 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer alan görevi ihmal, kişilere karşı keyfi ve sert muamele ve basit rüşvet alma suçları da dahil edilmiştir. 765 sayılı TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçu ile kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçunun ve yine görevi ihmal suçunun ayırımı hususunda yaşanan tereddütlerin, kanun koyucuyu bu düzenlemeyi yapmaya sevk ettiği söylenebilir. Ancak yerleşik öğretisi ve uygulama hafızasına uygun düşmeyen bu tercihin isabetliliği, kanun koyucunun birleştirdiği suç tiplerinin yapısı, bunlara eklediği unsurlar ve Kanun'un görevi kötüye kullanma suçu bakımından da doğal olarak geçerli olan genel hükümlerinin bazıları hakkında niteliklerine uygun olmayan

şekilde yaptığı düzenlemeler birarada değerlendirildiğinde oldukça şüpheli görünmektedir.

Bu çerçevede, suçla ilgili en temel tartışmalar suçun faili, neticeleri ve özel görünüş şekillerine - özellikle de suç bakımından teşebbüs ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına - ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Çalışmamızın tanıtılması açısından bu tartışmalar hakkında çok kısaca söz söylemek gerekirse, örneğin özgü suç niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçunun faili olan “*kamu görevlisi*”nin tespitinde, söz konusu kavramın 5237 sayılı Kanun’un genel hükümleri içerisinde yapılan tanımı doğrultusunda “*memur*” kavramından ayırt edilmesi ihtiyacının doğduğu belirtilmelidir.

Suçun oluşması bakımından kamu görevlisinin hareketinin maddede öngörülen sonuçları doğurmasının aranması ise, 765 sayılı TCK zamanında hükme, kanunilik ilkesine aykırı düştüğü yönünde yöneltlen eleştirileri bir ölçüde azaltabileceğinden olumlu karşılanabilir. Zira, suçun kapsamından en azından kamu görevlisinin belirtilen sonuçları doğurmayan görevini kötüye kullanması çıkarılmış olmaktadır. Öte yandan, madde metnine yapılan bu ekleme karşısında öğretilerde bu kez, sayılanların görevi kötüye kullanma suçu yönünden netice mi yoksa objektif cezalandırabilme koşulu mu olduğu tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmaların uygulamaya da yansısıyla, ağırlıklı olarak suçun objektif cezalandırabilme koşulu içerdiği yönünde olmakla birlikte her iki görüşü yansıtan kararlar da verilmiştir. Sözü edilen tartışmanın bir uzantısı olarak ve teşebbüs kurumun objektif cezalandırabilme koşulu içeren suçlarda uygulanabilir olmaması karşısında, görevi kötüye kullanma suçuna kalkışan kamu görevlisinin durumuna ilişkin uygulama da istikrar

kazanabilmiş değildir.

Ayrıca, 5237 sayılı Kanun'un genel hükümlerinden olan hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak yapılan değişikliklerin de görevi kötüye kullanma suçu özelinde tartışılması her zamankinden daha fazla önem arz etmektedir.

Çalışmamız tam da bu noktada, görevi kötüye kullanma suçunu ortaya çıkan bu sorunlarla birlikte, 5237 sayılı Kanun'un sistematığı ve belirlediği ilkeler çerçevesinde tartışarak, öğreti ve uygulama ışığında değerlendirmeye sunmak üzere gerçekleştirilmiştir.

II. ÇALIŞMA METODU VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızda esasen, 5237 sayılı Kanun'da görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak getirilen düzenleme ele alınarak, suçun 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesine nazaran yapılan değişikliklerin öğretisel tartışmaları ve bunların uygulamaya ne şekilde yansıdığı incelenmiştir. Bu amaçla, öğretideki eserler ve konuya ilişkin içtihat bilgisi tüketilmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede, incelememiz esnasında sıklıkla 765 sayılı TCK'dan söz edilmesi gerekmiş olup, oluşabilecek herhangi bir kavram karışıklığının önlenmesini teminen önceden belirtilmelidir ki anılan Kanun'dan söz edildiğinde her defasında kanun numarası kullanılmıştır. Tezimizde, kanun numarası belirtilmeksizin yalnızca “TCK” demekle kastedilen Kanun ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunudur.

Tezimiz, 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinde yer alan görevi genel nitelikte kötüye kullanma suçunu konu edinmiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, çalışmamız söz konusu maddenin 19 Aralık 2010 tarih ve 27790 sayılı Resmi

Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 8 Aralık 2010 tarih ve 6086 sayılı “*Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile değiştirilmesinden önce gerçekleştirildiğinden, çalışmamızın tamamında söz konusu maddenin değişiklikten önceki şekli esas alınmıştır. TCK’nın 257. maddesinde 6086 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklik ve bu değişikliğin yarattığı sonuçlara ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerimize ise yapılan değişikliğin ilişkili bulunduğu başlıklar altında, değişiklikten önceki durum incelendikten sonra yer verilmiştir.

5237 sayılı Kanun’un 257. maddesi üç fıkradan ibaret olup, fıkraların her birinde suçun farklı nitelikteki davranışlarla işlenebilen şekilleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla çalışmamız içerisinde ele aldığımız konular, suçun farklı şekilleri için ayrı ayrı incelenmeyi gerektirdiği ölçüde, konu alt başlıklara yer verilerek fıkralar yönünden ayrıştırılmıştır.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, öncelikle görevi kötüye kullanma suçunun genel çerçevesinin çizilmesini ve suçun düzenlenmesiyle hangi hukuki ihtiyacın giderildiğinin ortaya konulmasını teminen özel hukuk yönünden suçun yapısı ele alınmıştır. Daha sonra, suçun tanıtılmasına katkı sağlayacağı düşüncesiyle, Türk ceza hukuku yönünden tarihçesine yer verilerek günümüze gelinceye dek geçirdiği aşamalar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde görevi kötüye kullanma suçunun Türk hukuku dışında ne şekilde düzenlendiğini açıklamak üzere karşılaştırmalı hukuk bilgisine de yer verilmiştir.

Birinci bölümde son olarak, görevi kötüye kullanma suçunun incelenmesinde temel hususlardan olan suçun faili, mağduru, hukuki ve maddi konusu da ele alınmıştır. İnceleme sırasında, görevi kötüye kullanma suçunun 765 sayılı TCK’da

“*memur*” olarak belirlenen failinin, 5237 sayılı Kanun’da “*kamu görevlisi*” olarak kabul edilerek, Kanun’un 6. maddesinde de bu kavramın yeniden tanımlanması karşısında her iki Kanun bakımından ayrı ayrı ele alınması ihtiyacı doğmuştur. Kanun koyucunun iradesinin ifadesi olan kanun normu göstermektedir ki, 765 sayılı TCK’da öngörülen memur kavramının sınırları genişletilmek ve kavram üzerindeki tartışmalar geride bırakılmak istenmiştir. Kimlerin suçun faili olabileceğinin belirlenmesi, sözü edilen iradenin somut sonucu olarak ortaya çıkan “*kamu görevlisi*” kavramı hakkındaki çok sayıda hukuki tartışmanın tüketilmesini gerektirmiştir. Bu çerçevede, kamu görevlisinin belirlenmesinde öncelikle ele alınması gereken “*kamusal faaliyet*” kavramı hakkındakiler dışında, tüketilmesine çalışılan önemli bir tartışma da özel kanunlarda “*memur*” kavramına yapılan atıfların 5237 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra geçerliliklerini yitirip yitirmedikleridir.

Çalışmamızın birinci bölümünü bu şekilde düzenlemekteki amacımız, görevi kötüye kullanma suçunu ayrıntılandırmanın yanısıra ileriki bölümlerde yer verilecek bilgi ve irdelenecek sorunların anlaşılmasını da kolaylaştırabilmektir.

İkinci bölüm, tezimizin en geniş kapsamlı bölümünü oluşturmaktadır. Bu bölümde görevi kötüye kullanma suçunun unsurları çalışılmıştır. Suçun unsurlarına ayrılması ihtiyacı karşısında biz, inceleme elverişliliği sağlaması yönünden de üçlü bir ayırım yapmayı benimsemiş bulunmaktayız. Buna göre, ikinci bölümün konusunu öncelikle suçun maddi unsurunun, daha sonra hukuka aykırılık unsurunun ve son olarak da manevi unsurunun incelenmesi oluşturmaktadır.

Daha önce ifade edildiği üzere, 257. maddenin her fıkrasında suçun farklı

nitelikteki davranışlarıyla işlenebilen şekilleri düzenlendiğinden, maddi unsurun incelenmesinde söz konusu davranışların maddenin üç fıkrası bakımından ayrı ayrı ele alınmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Ancak, önceden belirtelim ki bu tercih, davranışın “görevli olmak” yönünden incelenmesinde methodsal olarak bir tekrara sebep olmuştur. Öte yandan, “görevli olmak” hususunda her bir fıkra bakımından özellik arz eden durumlara, ilgili fıkra incelenirken değinilmesiyle, bu zorunlu tekrarın çalışmamızda bir avantaj haline dönüştürülmesine çalışılmıştır. Sıra neticeyi incelemeye geldiğinde, çalışmanın cevap aradığı ve uygulamayı da yakından ilgilendiren asli sorular, maddede yer alan “kisilerin mağduriyeti”, “kamunun zararı”, “kişilere haksız kazanç sağlama” ve 6086 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra öngörülen “kişilere haksız menfaat sağlama” hususlarının kapsamlarının nasıl anlaşılması gerektiği ve bunların objektif cezalandırabilirlik koşulu mu yoksa netice mi olduklarıdır.

İkinci bölümde, görevi kötüye kullanma suçunda failin fiilinin hukuka aykırılığının hangi hallerde ortadan kalktığına da cevap aranması amaçlanmıştır. Cevaba ulaşma yolunda, bu kurumların hukuki niteliklerine ve fail yönünden ne şekilde uygulanacaklarına değinmemenin çalışmanın bir yönünün eksik kalmasına neden olacağı düşünülmüştür. Bu yüzden, fiilin hukuka aykırılığını kaldıran ve 5237 sayılı Kanun’un genel hükümleri içerisinde - yerleşik öğretiye uygun düşmeyen şekilde ve uygulama pratiğini alt üst etmek pahasına - “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller” başlığı altında düzenlenen nedenlerin fail özelinde ayrıntılı olarak incelenmesine çalışılmıştır. Kanun’da benimsenen bu düzenleme, öğretide söz konusu kurumların niteliğine ilişkin var olan tartışmaların tazelenmesi ve bunlara yenilerinin eklenmesine neden olduğundan, ister istemez bizi de

incelememiz esnasında bu konudaki eleştirileri göz ardı etmeyip, bunlar hakkında söz söylemeye sevk etmiştir.

İkinci bölüm bitirilmeden evvel, manevi unsura ilişkin olarak öteden beri süregelen, suçun oluşumunda genel kastın mı yoksa özel kastın mı arandığı sorusu ele alınmış ve öğretilerdeki görüşler ile konuya ilişkin içtihat ışığında suçun manevi unsuruna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünü oluşturan üçüncü bölümünde, öncelikle görevi kötüye kullanma suçunun özel görünüş şekillerinin, 5237 sayılı Kanun'un iştirak, içtima ve teşebbüs kurumlarında yaptığı değişiklikler çerçevesinde tartışılması amaçlanmıştır. 257. maddenin bir ve ikinci fıkralarında yer verilen sonuçlar yönünden ortaya çıkan ve objektif cezalandırabilirlik koşulu oldukları hakkında ikinci bölümde ele alınan tartışmanın pratik önemi teşebbüs kurumunun suça uygulanıp uygulanamayacağı meselesinde ortaya çıktığından, bu tartışmaların uzantısına üçüncü bölümde de rastlanılması mümkündür. Hemen belirtelim ki, konu bütünlüğünün sağlanmasını teminen maddenin birinci ve ikinci fıkraları teşebbüs yönünden birlikte değerlendirilmiştir. Ancak maddenin, görevi ihmalen kötüye kullanma suçunu düzenleyen ikinci fıkrası üzerinde ortaya çıkan ihmalî suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmaları da bu başlık altında ayrıca ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, suçun kovuşturulması usulü de 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümleri çerçevesinde incelenmiştir. Bu incelemede falin yargılanması bakımından 4483 sayılı Kanunla öngörülen izin müessesesinin uygulama alanı bulmadığı düşünülerek, kamu görevlisi

hakkında doğrudan soruşturmaya başlanması, ancak sonradan suçun bu kapsamda olduğunun anlaşılması halinde nasıl bir yöntemin benimseneceği önemli bulunarak tartışılmıştır. Bu bölümde son olarak görevinden kaynaklanan yetkisini kötüye kullandığı tespit edilen failin ne şekilde cezalandırılacağı da kanun hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışmamız, bu üç bölümün özeti ve genel bir tekrarı niteliğinde olmak üzere “*Sonuç ve Değerlendirme*” başlığı altındaki açıklamalar ile tamamlanmış olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

I. ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN SUÇUN YAPISI

Kamu görevlisinin, yürütülmesinden sorumlu olduğu kamusal faaliyeti yerine getirirken, görevinin gereklerine uygun davrandığının bilinmesi, toplumda bu faaliyetlerin usulüne uygun şekilde yürütüldüğü hususunda yerleşik olan inancın korunması bakımından önem arz eder.

Kamu görevlisinin, görevinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği ve toplumun sözü edilen inancını örseleyecek nitelikte görülen fiilleri modern ceza kanunlarında kanun koyucular tarafından her zaman yaptırım altına alınmıştır. Türk ceza kanunlarında da tarihi kanun koyucuların tercihlerinin bu yönde tezahür ettiği, kanun metinlerinden anlaşılmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, kamu görevlisinin bu türden fiilleri farklı suç tiplerine konu olmak üzere düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, kamu görevlisinin çeşitli fiilleriyle ortaya çıkabilen ve her zaman önceden bilinmesi, bilinse dahi ayrı ayrı düzenlenmesi pratikte mümkün olmayan pek çok halin gerçekleşme ihtimali dolayısıyla¹ Kanun'un 257. maddesinde ayrıca bu hallere yol açan fiillerini kapsayarak, cezasız bırakılmasını önleyecek nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Görevi Kötüye Kullanma*" suçunu düzenleyen 257. maddesi, izah edilen amaca uygun olarak genel ve tamamlayıcı

¹ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK M. 247 - 266), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ocak 2008, s. 53.

niteliktedir. Bu durum madde gerekçesinde² yer alan “*Bu yükümlülükle bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, bu bakımdan genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır.*” ifadesi ile de tevsik edilmektedir.

Şu halde, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibaresinden de anlaşılacağı üzere, kamu görevlisinin fiilinin özel nitelikteki kötüye kullanma suçlarından birinin kapsamında bulunmadığı durumlarda genel ve tamamlayıcı nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. madde uygulanacaktır³. Yargıtay uygulaması da, kamu görevlisinin fiilinin özel nitelikte bir hükme konu olması halinde genel ve tamamlayıcı nitelikteki 257. maddenin uygulanmayıp, söz konusu fiilleri müstakil olarak düzenleyen hükmün uygulanması yönündedir⁴.

257. maddenin son fıkrasında yer alan “*İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde*” ibaresi ise görevin yapılması için çıkar sağlanmasının, kamu görevlisinin muhatabını kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamaya icbar veya hileli davranışlarla ikna etmediği ve sağladığı çıkarın karşılıklı rızaya dayalı olduğu

² Madde gerekçesi için bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Yayımcı: T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara Ocak 2006, s. 1021 vd.

³ **TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara Ekim 2009, s. 302 ve 305; **ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, TCK Şerhi Özel Hükümler, (Madde 235 - 345), C. 5, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Nisan 2009, s. 5019 - 5020; **ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Nisan 2010, s. 946; **TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ÖNOK**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Kasım 2008, s. 747; **DONAY**, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası, Beta, İstanbul Eylül 2007, s. 372.

⁴ Yargıtay 4. CD.’nin, 29.01.2007 tarih, E.2005/12846 ve K.2007/699 sayılı Kararı’nda, “*Köy muhtarı olan sanığın, köy tüzel kişiliğine ait taşınmazı sürüp ekerek kullanmaktan ibaret eyleminin ‘hakkı olmayan yere tecavüz’ suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan beraatine hükmolunması*” denilmektedir. Aktaran **YALVAÇ**, Gürsel, Karşılaştırmalı - Gerekçeli, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Haziran 2008, s. 1448.

takdirde gerçekleşebileceğini anlatır. Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesi⁵ uyarınca, failin bir kimseyi, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına icbar etmesi; görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına ikna etmesi veya bu hususta kişinin hatasından yararlanması halinde irtikap suçunun oluştuğundan sözedilebilecektir. O halde, irtikap boyutuna ulaşmamakla birlikte, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kendisine veya başkasına çıkar sağlaması, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur⁶.

Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükmün kanun koyucu tarafından yeniden yapılandırılmasında, 765 sayılı mülga TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, kişilere karşı keyfi ve sert muamele ve basit rüşvet alma suçları da suçun kapsamına alınmıştır⁷. 5237 sayılı TCK'dan önce görevi kötüye

⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesi şu şekildedir: “(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

(3) İkinci fıkra da tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

⁶ Madde gerekçesinde “Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hallerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikap suçunun 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, fiili görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.” denilmektedir. Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1021 vd. Bu gerekçe ile görevi kötüye kullanma suçunun, sözü edilen suçlardan ispat yönüyle ayrılacağı da ortaya konulmaktadır.

⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5014 vd; ARTUK / GÖKCEN /

kullanma suçu ile kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu ve yine görevi kötüye kullanma suçu ile görevi ihmal suçunun ayırımı hususunda yaşanan tereddütlerin kanun koyucuyu bu maddeyi yeniden şekillendirmeye sevk eden temel nedenlerden olduğu⁸ söylenebilir.

Gerçekten de, 765 sayılı TCK'nın 228. maddesinde yer alan kişilere keyfi ve sert muamele suçu ile 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu aynı konuyu düzenlemekte iken, öğretide iki suçun ayrılmasında 228. maddenin birinci fıkrasında “*kişilere karşı keyfi muamele*”nin, 240. maddede ise bu nitelikte olmayan keyfi muamelenin düzenlendiği görüşü⁹ ön plana çıkmıştı. Söz konusu düzenlemeler için bir de 228. madde ile kamu görevlisinin - 765 sayılı TCK bakımından memurun - kişilerin zararına olan fiilleri yaptırım altına alınmış iken, kişilere menfaat sağlamak için görevini kötüye kullanmasının yaptırım altına alınmamış olması eleştirisi dile getirilmekte idi.

Anlaşılan odur ki, 765 sayılı TCK'da aynı konunun me hazları farklı olan iki ayrı madde ile düzenlenmesinden kaynaklanan söz konusu sorunlar 5237 sayılı

YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 942; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 746; **PARLAR**, Ali / **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Açıklamalı İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Madde 223 - 345, C. 4, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Nisan 2008, s. 3620. Basit rüşvet alma suçu bakımından aynı yönde **OKUYUCU ERGÜN**, Güneş, “Anti - Corruption Legislation In Turkish Law”, German Law Journal, Vol. 8, No. 9, 2007, s. 904. Makaleye http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No09/PDF_Vol_08_No_09_903-914_Developments_Okuyucu-Ergun.pdf adresinden de ulaşılabilir, Son erişim tarihi: 17.11.2010.

⁸ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5014 - 5015; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 942.

⁹ Bu yöndeki görüş için bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (Hususi Kısım - Cürümler) (Madde 125 - 281), C. 2, Genişletilmiş 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, Yayın No: 64, İstanbul, s. 822 - 823; **DEMİRBAŞ** Timur, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD, C. 3, S. 1 - 4, 1987, s. 252; **KUNTER**, Nurullah, Mahkeme İçtihatları, İÜHFM, C. XV, S. 1, 1949, s. 392; **CİHAN**, Erol, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2618, Hukuk Fakültesi No: 592, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü No: 13, Fakülteler Matbaası, s. 181 - 182; **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 190 ve 203.

Kanun'un 257. maddesinin birinci fıkrası ile çözülmeye çalışılmıştır¹⁰. Hemen belirtelim ki, öğreti¹¹ ve Yargıtay uygulaması¹², 765 sayılı TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun da genel ve tamamlayıcı nitelikte olduğu hususunda birleşmektedir.

765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde yer alan görevi ihmal suçunun 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin ikinci fıkrasına taşınarak, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında düzenlenmesi ile yerleşik uygulamadan keskin bir şekilde ayrılmıştır¹³. Ancak öğretide, görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarının bir başlık altında toplanmasının karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine uygunluğu dolayısıyla

¹⁰ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5015 - 5016; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 942 - 943.

¹¹ **CİHAN**, s. 183; **EREM**, Faruk, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 135, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1959, s. 49; **EREM**, Faruk, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C. 2, 1. Baskı, Ajans - Türk Matbaası, Ankara 1965, s. 321; **EREM**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. III, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 406; **ERMAN**, Sahir / **ÖZEK**, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202 - 281), Işık Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 209; **MALKOÇ**, İsmail / **MALKOÇ**, Aytaç, Memurlar ve Suçlar, Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Seçkin Kitabevi, Ankara Temmuz 1988, s. 47 - 48; **ÖZGENÇ**, İzzet / **ŞAHİN**, Cumhur, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1 - 2, Haziran - Aralık 2002, s. 193.

¹² Yargıtay CGK.'nın 13.3.1989 tarih, 4-535/96 sayılı Kararı'nda, "*TCK.'nın 240. maddesi "yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevi 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.*" denilmektedir. Aktaran, **SAVAŞ**, Vural / **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. 2, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 1999, s. 2248 - 2449.

¹³ Uygulamanın yerinde olmadığı hakkında bkz. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5016 - 5017; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 944; Aynı yönde, **YARSUVAT**, Duygun / **BAYRAKTAR**, Köksal / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi / **BÜLBÜL**, Erdoğan / **KOCASAKAL**, Ümit / **AKSOY**, Eylem / **MEMİŞ**, Pınar / **KURT**, Gülşah / **TANSUĞ**, Çağla / **YILMAZ**, Didem "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi Görüşü", Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004), Kurumsal Raporlar - Toplantılara Sunulan Raporlar - Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu - Galatasaray Üniversitesi - Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004, s. 285. ¹⁴ Örneğin Fransız Hukukunda - genel nitelikteki görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarının tek suç olarak "*yetkiyi kötüye kullanma*" başlığı altında düzenlenmiş olduğu; "*kamu idaresine karşı*" veya "*kişilere karşı*" işlenmesi şeklinde ikili bir ayırımın bulunduğu ve Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili bölümünde özel memur suçlarının yanısıra her iki durumun da ayrı ayrı düzenlendiği dikkate alındığında, karşılaştırmalı hukukun ışığında 5237 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemenin yanlış olduğunun söylenemeyeceği hakkında bkz. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 746 - 747.

kabul edilebilir bulunduğu da dile getirilmiştir¹⁴. Burada düzenlenen görevi ihmalen kötüye kullanma suçu da genel ve tamamlayıcı nitelikte olduğundan, kamu görevlisinin fiili Kanun'un 251. maddesinde ayrıca düzenlenen denetim görevini ihmal suçunu oluşturmadığı takdirde, görevi ihmal suretiyle kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilecektir.

Bu başlıkta ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin üçüncü fıkrası ile basit rüşvet suçu bakımından getirilen düzenlemenin isabetliliğinin de tartışmalı olduğu belirtilmelidir. 765 sayılı TCK'nın 212. maddesinin birinci fıkrasında *"yapılması gereken bir işin yapılması için çıkar sağlamak"* basit rüşvet olarak kabul edilmekte idi. Öte yandan, görevin gereklerine uygun hareket edilmesi dolayısıyla veya bu nedenle menfaat temini halinde istisnasız biçimde icbar suretiyle irtikap suçunun oluşmayacağı yönünde özellikle Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından tarafından dile getirilen görüşler¹⁵ dikkate alınarak, TBBM Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmeler esnasında görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen maddeye -

¹⁵ Madde üzerinde 07.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmede sayın İzzet Özgenç Yargıtay 5. CD.'nin bu yöndeki görüşünü ve maddenin Yargıtay tarafından verilen önerge doğrultusunda düzenlenmesini şu şekilde izah etmektedir: *"Beşinci Ceza Dairesi sayın üyeleriyle görüşmemiz sonucunda, özellikle görevin gereklerine uygun hareket edilmesi dolayısıyla veya nedeniyle menfaat temin edilmiş olması halinde, her zaman sorunun icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmayacağı yönünde bir düşünce ortaya çıktı. Doğrudur, bazı durumlarda eğer sorun icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturacak koşulları oluşturmaz, bu suretle ortaya çıkarsa, meseleyi biz görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmemiz gerekir dedik. Bize hem sayın üyeler, su andaki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin tanım, yani su anda alt komisyon metninin bu konuda yeterli açıklığa sahip olmadığını ifade ettiler. Biz de kendilerine, böyle bir öneride bulunursak ihtiyaç karşılanır mı diye sorduk, evet karşılanır dediler. Biz de bu düşünce doğrultusunda, bu önerge doğrultusunda formüle etmiş bulunmaktayız".* Bkz. **GÜNEY**, Niyazi / **ÖZDEMİR**, Kenan / **BALO**, Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara Kasım 2004, s. 739 - 740; Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara Şubat 2005, s. 898; **ÇİÇEK**, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görevi Nedeniyle Çıkar Sağlama Suçları, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul Ocak 2008, s. 32.

Alt Komisyonunda kabul edilen tasarıda olmadığı halde¹⁶ - üçüncü fıkra eklenmiştir.

Ancak, basit rüşvet alma suçunun, rüşvet suçunun kapsamından çıkartılarak¹⁷ diğer unsurları da gerçekleştirmek kaydı ile görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kabul edilmesi, Türkiye'nin üye olduğu uluslararası sözleşmelere¹⁸ uyarlık göstermediği gibi, yolsuzlukla mücadele hususunda elverişli bir politika da değildir¹⁹. Gerçekten de, basit rüşvet suçunu oluşturan fiiller rüşvet suçu içerisinde düzenlendiğinde hem rüşvet alan ve hem de verenin sorumluluğu söz konusu olurken görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirildiğinde yalnızca çıkar sağlayan kamu görevlisinin sorumluluğu söz konusudur. Çalışmamız içerisinde görevi kötüye kullanma suçuna iştiraki incelerken ayrıntılı olarak değinileceği üzere,

¹⁶ Alt Komisyonunda kabul edilen tasarı madde metni şu şekildedir: “(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.” Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 898; ÇİÇEK, s. 31.

¹⁷ 5237 sayılı Kanun'da basit rüşvet verme fiili ise suç olmaktan çıkartılmıştır. Haklı bir işin görülmesi için kamu görevlisine menfaat temininin Kanun'un 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmemesi madde gerekçesinde şu şekilde izah edilmiştir: “... izlenen suç siyaseti gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayaacağı kabul edilmiştir. Çünkü, bu gibi durumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en azından zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle, haklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması halinde, icbar suretiyle irtikap suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.” Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

Bu gerekçenin ve rüşvetin bu türünün rüşvet suçunun kapsamından çıkartılmasının eleştirisi için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki / GÜNGÖR, Devrim, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 20, S. 69, Mart – Nisan 2007, s. 37.

¹⁸ Bu konuda bkz. TEZCAN, Durmuş, “Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler”, Prof. Dr. Tufan Turhan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Yayın No. 09.1300.0000.0001BY.01.022.242, İzmir 2001, s. 652 vd.

¹⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 747; YARSUVAT ve diğerleri, s. 315; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Dördüncü Podyum Tartışması, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, 1. Baskı, TBB Yayınları, Yayın No: 68, Ankara Ağustos 2004, s. 242; ARTUK, Mehmet Emin / ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 376.

bu düzenlemenin bir sonucu olarak kamu görevlisinin muhatabının etkin pişmanlıktan yararlanamaması suçun ihbar edilmesi ihtimalini oldukça azaltmaktadır²⁰. Yine Kanun'da rüşvet suçu için öngörülen cezalar da görevi kötüye kullanma suçu için öngörülenlerden farklı olup, caydırıcılığın temini bakımından²¹ da düzenlemenin isabetli olmadığı söylenebilecektir²².

Son olarak belirtilmelidir ki, görevi kötüye kullanma suçunun 765 sayılı TCK'da yapılan tanımının soyut ve maddi unsurunun da idarenin düzenlemeleriyle ilişkili olması “suçlar ile cezaların kanuniliği ve belirliliği ilkesi”ne aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorusunu akla getirmiş ve bu husus öğretilerde tartışılmıştır²³. Suçun soyut olarak tanımlanmasının anılan ilkeye aykırılık teşkil ettiğini savunan görüşlere²⁴ göre özel nitelikteki görevi kötüye kullanma fiillerinin dışında kalan fiiller yalnızca disiplin cezası ile tecziye edilebilirler. Aksi yöndeki görüşe göre²⁵ ise, kanunda tanımlı soyut olarak yapılmış bir suçun sınırlarının da kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenlemelerle çizilmiş bulunduğu tabii olup, bu nitelikteki suçlar ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde anlamlandırılacaktır.

Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde, 765 sayılı TCK'nın 240. maddesinde yer alan “kanunda yazılı hallerden başka” ibaresinin Anayasa'nın,

²⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 761 ve 807 - 808.

²¹ ŞİK, Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (MD. 257), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2008, s. 34.

²² Bir başka görüşe göre ise düzenleme, görevinin gereklerine uygun davranmak için bireylerden menfaat sağlayan kamu görevlisinin cezasız kalmasının önlenmesi yönünden isabetlidir. Bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5017; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 944.

²³ CİHAN, s. 182.

²⁴ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 193; İÇEL, Kayhan / DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 3. Bası, Beta, İstanbul 1999, s. 59.

²⁵ “Her ne kadar ‘kanunsuz suç olmaz’ kaidesi ile ‘her ne suretle olursa olsun vazifenin suistimali’nin suç sayılmasını bağdaştırmakta güçlük varsa da, kanun vazının ‘kanunsuz suç olmaz’ kaidesinden feragat edebileceği düşünülemeyeceğine göre her halde 240. maddenin kanunî sınırları mevcut olmak lâzım gelir.” EREM, Devlet İdaresi, s. 49; EREM, Hususi Hükümler, s. 322; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 407; Aynı yönde, ÖNDER, Özel Hükümler, s. 205 - 206.

“kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı” hakkındaki 8. maddesi²⁶ ile “kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden ötürü cezalandırılmayacağı” hakkındaki 33. maddesine²⁷ aykırılık teşkil ettiği iddiasını özetle, devlet hayatında kamu görevlerinin nitelik ve gerekleri ile nasıl ve hangi suretle yerine getirileceklerinin, bunların yürütülmesini sağlayan mevzuat ile belirlenmiş ve sınırlarının da çizilmiş olduğu; bu esasların hakim tarafından önüne gelen olayda dikkate alınacağı ve dolayısıyla suçun unsurlarının belirsiz olduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle²⁸ reddetmiştir. Öğretide²⁹, haklı olarak, 5237 sayılı

²⁶ 1961 Anayasası’nın 8. maddesi şu şekildedir: “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

²⁷ 1961 Anayasası’nın 33. maddesi şu şekildedir: “Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden 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.”

²⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 07.01.1966 tarih ve 12196 sayılı RG.’da yayımlanan 12.10.1965 tarih, E.65 - 27 ve K.65 - 55 sayılı Kararı’nda, Şirvan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık iddiası şu şekilde değerlendirilmiştir: “Türk Ceza Kanununun bir çok maddelerinde memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenen, özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza hükümleri vardır. Bunlara T. C. Kanununun 194., 209., 213., 228 inci maddeleri örnek olarak gösterilebilir.

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 cezасız 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 sayıldığıının belli olmaması 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.

Hâkim, önüne getirilen davada, bu esasları daima gözönünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tâyin 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 da meydandadır. Bunlar da failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak, kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir.

Kanun’da görevi kötüye kullanma suçu bakımından “*kişilerin mağduriyetine neden olma*”, “*kamunun zararına neden olma*”, “*kişilere haksız kazanç sağlama*” ve “*kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama*” hususlarının aranmasının bu eleştirileri gidermek bakımından da yerinde ve olumlu olduğu belirtilmiştir³⁰. Nitekim kamu görevlisinin belirtilen sonuçları meydana getirmeyen görevi kötüye kullanması bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceğinden, maddenin sınırları daraltılmış olmaktadır.

II. TÜRK CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN SUÇUN TARİHÇESİ

A. 765 Sayılı TCK’da Durum

Türk ceza kanunlarındaki genel görevi kötüye kullanma niteliğindeki suç ilk kez, 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi’nin, 23 Nisan 1330 (1914) tarihinde 1 no’lu muvakkat zeyl ile eklenen³¹ 102. maddesinde yer almıştır. Ancak, söz konusu düzenleme mehzazına nazaran bazı farklılıklar taşımakta idi³². 1274 tarihli

Bu sebeplerle, iptali istenen hükmün, Anayasa’nın 33 üncü maddesine aykırı bir yönü yoktur, itirazın reddi gerekir.” Aktaran, **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Memurun Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali, Ad.Der., S. 11, 1969, s. 694. Kararın tam metni için bkz. AMKD, S. 53, 2. Bası, Ankara 1992, s. 269 vd. Ayrıca Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=156&content=, Son erişim tarihi: 23.10.2010.

²⁹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5015 - 5016; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 944.

Çalışmamız içerisinde yeri gelince ayrıntılı olarak değinilecek olmakla birlikte şimdiden kısaca ifade edelim ki, anılan yazarlarca söz konusu hususlar objektif cezalandırabilme koşulu olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede yazarlara cezalandırabilmenin söz konusu koşulların varlığına bağlanmasının eleştirileri gidermek yönünde olumlu bulunduğu ifade edilmiştir.

³⁰ Öğretide benzer yönde olmak üzere ayrıca, TCK’da “*her ne sebeple olursa olsun*” ifadesine yer verilmeyip, “*görevin kötüye kullanılması*” ifadesi yerine “*görevin gereklerine aykırı hareket etmek*” ifadesine yer verilerek de suç tipinin 765 sayılı mülga TCK’ya nazaran belirgin hale getirilmesinin, kanunilik ilkesine ilişkin olarak yöneltlen eleştirileri bir ölçüde giderdiği belirtilmiştir. **DONAY**, s. 373.

³¹ **DÖNMEZER**, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3269, Hukuk Fakültesi No: 688, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 148; **EREM**, Devlet İdaresi, s. 49; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 322; **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 407; **CİHAN**, s. 181.

³² 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi’nin 102. maddesi şu şekildedir: “*Maiyet memuru, mafevkinde bulunan amiri tarafından vazife-i memuriyetine ait olan tenbihatı infaz ve icrada bila-sebebe i*

Kanunname'nin me hazı olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda³³ ise genel nitelikte bu tür bir hüküm bulunmamakta idi³⁴.

1274 tarihli Kanun'daki düzenleme daha sonra çeşitli değişikliklere uğramış ve 1926 tarih ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde hafifletici sebeplerin varlığı halinde cezanın alt sınırı artırılmış, maddede yer alan tali cezalardan yalnızca memuriyetten mahrumiyete yer verilmişti. Düzenlemede gerçekleştirilen en önemli değişiklik ise, 1274 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde "vazife-i memuriyeti suistimal" den söz edilmiş iken 765 sayılı TCK'da "vazifeyi suistimal" den söz edilmesidir³⁵. Öte yandan, 765 sayılı Kanun'daki 240. maddenin karşılığı bu Kanun'un me hazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunmamaktaydı³⁶.

765 sayılı Kanun'da hüküm suçun unsurlarına ilişkin olmamak üzere iki kez değişikliğe uğramış olup bu değişikliklerin her ikisinde de³⁷ öngörülen cezalar

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 adei itaat keyfiyetleri devlet ve memleketçe bir mazarratı mucip olur ise, o makule mazarata sebep olanlar haklarında mürettep ceza dahi, başkaca icra kılınır." **GÖKCEN**, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 117.

³³ **CİHAN**, s. 181; **DÖNMEZER**, Sulhi / **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 14. Bası, Beta, İstanbul, 1997, s. 116.

³⁴ **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 252.

³⁵ **CİHAN**, s. 181; **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 391 - 392.

³⁶ **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 252.

³⁷ 765 sayılı TCK'nın 240. maddesinin ilk hali şu şekildedir: "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 nakdi ile cezalandırılır ve herhalde müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrum edilir." **EREM**, Faruk, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Mer'iyet Kanunu, 2. Bası, Akay Kitabevi, Ankara 1948, s. 273.

01.08.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, çeşitli maddelerde memurların vazifelerinden dolayı işledikleri suçlara ilişkin olarak tayin edilen cezaların belli oranda artırıldığı göz önüne alınarak, bu maddedeki cezaların da aynı doğrultuda düzenlenmesi amaçlanmıştır. **ÇAĞLAYAN**, Muhtar, "Görevi Kötüye Kullanma Cürmü Üzerine Bir İnceleme", Ad.Der., S. 2, 1980, s. 156.

Söz konusu değişiklikle madde şu şekilde düzenlenmiştir: "Kanunda yazılı hallerden başka her ne

artırılmış ve ikincisinde ayrıca madde metni sadeleştirilmiştir. Böylece, 240. madde hükmü yürürlükten kaldırılana dek “*Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.*” şeklinde muhafaza edilmiştir.

Öte yandan, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda zimmet, irtikap, ihtilâs gibi kötüye kullanmanın özel şekillerine ilaveten³⁸ Kanun’un 175. maddesinde³⁹ görevi kötüye kullanma denilen genel bir hal düzenlenmiş olup, 765 sayılı mülga TCK’nın “*Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar*” başlıklı 228. maddesi esasen bu düzenlemeden iktisap edilmişti.

765 sayılı TCK’nın 228. maddesinde “*Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tâyin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını*

suretle olursa olsun vazifesini suistimal eden memur derecesine göre, altı aydan üç seneye kadar hapsolunur. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde üç aydan bir seneye kadar hapis ve her iki halde 200 liradan bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve her halde memuriyetten müebbeden veya muvakkaten mahrum edilir.” KİYAK, Fahrettin / ÇAĞLAYAN, Muhtar / ŞENEL, Cebbar, Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler - Memurin Muhakematı Kanunu, Işık Matbaacılık, Ankara 1960, s. 135.

Maddede 12.06.1979 tarih ve 2248 sayılı Kanun ile ikinci ve son kez yapılan değişiklikle de etkisiz kalan cezaların ağırlaştırılmak suretiyle etkin hale getirilmesi amaçlanmıştır. ÇAĞLAYAN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 156.

³⁸ CİHAN, s. 181.

³⁹ Mehaz İCK.’nın 175. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “*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.*” ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5015, dn. 494; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 942., dn. 455.

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.” hükmüne yer verilerek, aynı Kanun’da 228. ve 240. maddeler ile görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak iki ayrı düzenleme getirilmişti⁴⁰. Daha önce de ifade edildiği üzere⁴¹, öğretide bu durum 228. maddenin insanlara karşı keyfi muameleyi yaptırım altına aldığı, 240. maddede ise bu nitelikte olmayan görevi kötüye kullanmaların uygulama alanı bulabileceği ileri sürülerek açıklanmıştır.

Kanun’un 228. ve 240. maddeleri ile aynı konuda iki ayrı düzenleme yapılması eleştirilmiştir. Bu çerçevede, iki genel norm arasında tabi olmayan bir şekilde 228. maddenin unsurları oluşmadığında 240. maddeye gidilerek bir özellik genellik ilişkisinin kurulması anlamlı olmadığından⁴² 240. maddenin mevcudiyetinin 228. maddeyi gereksiz kıldığı savunulmuştur⁴³. Gerçekten de, “*görevin kötüye kullanılmasını ifade eden her hareket, görev gereği yapılmaması gereken bir eylemdir ve görev gereği yapılmaması icab eden her fiil, - ‘hukuki’ sayılamayacağından - zorunlu olarak da ‘keyfi’dir. Şu halde keyfi bir muamelenin yapılması, zorunlu olarak, görevin kötüye kullanıldığını nasıl ifade ederse, öylece*

⁴⁰ EREM, Devlet İdaresi, s. 49; EREM, Hususi Hükümler, s. 322; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 407; DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 252.

⁴¹ Bkz. “Özel Hukuk Yönünden Suçun Yapısı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 746.

⁴³ KUNTER, Mahkeme İçtihatları, s. 392; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 161. Aksi yöndeki görüşe göre ise, 228. maddenin varlığı 240. maddeyi gereksiz kılmaktadır. Bkz. ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 192 - 193, dn. 145.

görevin kötüye kullanıldığını gösteren her hareket de, yine zorunlu olarak, keyfi bir muamele sayılmak icap eder.”⁴⁴

Bu hususu doğrular nitelikte olmak üzere belirtilmelidir ki, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun, 765 sayılı Kanun’un 228. maddesinin karşılığı olan 175. madde yerine düzenlenen 323. maddesinde⁴⁵ bir insana karşı işlenmek koşulu bulunmayan genel nitelikli bir kötüye kullanma suçu ihdas edilmiştir⁴⁶.

5237 sayılı TCK’nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun tarihsel gelişiminin ortaya konulabilmesi bakımından, bu başlıkta suçun kapsamına dahil edilen görevi ihmal suçuna ilişkin tarihçe bilgisine de değinmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK’dan önce görevi ihmal suçu 765 sayılı TCK’nın 230. maddesinde düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu’nun 178. maddesinin birinci fıkrasından⁴⁷ intibak edilen hüküm⁴⁸, 01 Ağustos 1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun⁴⁹

⁴⁴ **ERMAN / ÖZEK**, s. 207.

⁴⁵ İCK.’nın 323. maddesi şu şekildedir. “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 fiili işleyen memur cezalandırılır.” **ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 452.

⁴⁶ **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 392; **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 252 - 253; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5015, dn. 495; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 942, dn. 456.

⁴⁷ İCK.’nın 178. maddesi şu şekildedir: “Her ne vesile ile olursa olsun ve hatta isterse kanunun sükûtu, müphemiyet ve ademi kıfayeti veya tenakuzu pahasına müstenit bulunsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal veya imtina gösteren memur elli lireden bin lirate kadar para cezasına mahkum edilir.” **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. II, Ankara 1978, s. 185’den aktaran **ŞİK**, s. 26.

⁴⁸ 765 sayılı TCK’nın 230. maddesinin ilk hali şu şekildedir: “Her ne vesile ile olursa olsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi eden veya âmirinin kanuna göre verdiği emirleri makbul bir sebep olmaksızın yapmayan memur, otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdî ile cezalandırılır.

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

Her iki suretle memurun terahisinden veya verilen emri yapmamasından etrafça bir türlü zarar hâsıl olmuş ise o da başkaca ödettirilir.” **EREM**, Mer’iyet Kanunu, s. 265.

⁴⁹ 765 sayılı TCK’nın 230. maddesi 6123 sayılı Kanun ile şu şekilde değiştirilmiştir: “Her ne vesile ile olursa olsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi eden veya âmirinin kanuna göre verdiği emirleri makbul bir sebep olmaksızın yapmayan memur bir aydan altı aya kadar hapis ve

ve 12 Haziran 1979 tarih ve 2248 sayılı Kanunla⁵⁰ olmak üzere 2 kez değiştirilerek suçun cezası iki kez artırılmış, ayrıca 1979 yılındaki değişikliklerle metin ifade yönünden sadeleştirilmiştir. Böylece, söz konusu 230. maddede yer alan hüküm yürürlükten kaldırılana dek “*Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin 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 ödettirilir.” şeklinde muhafaza edilmiştir.

Bu başlıkta görevi kötüye kullanma suçunun 5237 sayılı Kanun’da düzenleniş şekli karşısında, tarihsel gelişimini açıklayabilmek bakımından, yine Türk ceza kanunlarında rüşvet suçunun ne şekilde yer aldığına da değinmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK’dan önce 765 sayılı Kanun’un 212. maddesinde rüşvet suçu düzenlenmiştir. Kanun’un 08 Haziran 1933 tarih ve 2275 sayılı Kanun ile değiştirilen

yüz liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Bu ihmal ve terahiden veya âmirin kanunî emirlerini yapmamış olmaktan Devletçe bir mazarrat husule gelmiş ise derecesine göre üç aydan üç seneye kadar hapis cezası ile birlikte muvakkaten veya müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da hükmolunur.

Her iki surette memurun terahisinden veya verilen emri yapmamasından şahıslarca herhangi bir zarar hâsıl olmuş ise o da başkaca ödettirilir.” KİYAK / ÇAĞLAYAN / ŞENEL, s. 87.

⁵⁰ Madde 2248 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında yürürlükten kalkana kadar aynen korunmuştur.

212. maddesi daha sonra, 01 Ağustos 1953 tarih ve 6123 sayılı Kanunla⁵¹ bir kez daha değiştirilmiş ve ardından 21 Kasım 1990 tarih ve 3679 sayılı Kanunla, 213 ve 225. maddelerde yer alan hükümleri de kapsayacak şekilde⁵² düzenlenmişti.

Söz konusu 212. maddenin birinci fıkrasında, 5237 sayılı TCK'da görevi kötüye kullanma suçunun kapsamına alındığı anlaşılan *“basit rüşvet alma”* suçu düzenlenerek *“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.”* hükmüne yer verilmişti.

Belirtilmelidir ki, rüşvet suçu bundan önce, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin, beşinci faslında irtikap suçu ile birlikte düzenlenmişti. Rüşvete ilişkin düzenlemeler, 1851 tarihli Kanunı Cedit'de de benzer şekilde yer almış olup, her iki düzenleme ile rüşvet suçunun memur olmayanlar tarafından da işlenebileceği kabul edilmişti. Rüşvet suçu daha sonra 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 1. babının üçüncü faslında 67 ila 81. maddeleri arasında düzenlenmişti.⁵³

⁵¹ 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 765 sayılı TCK'nın 212. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimse üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.”* ÇAĞLAYAN, Muhtar, En Son Değişiklikler İle Birlikte Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu (Madde 125 - 315), C. II, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 629.

⁵² SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2343.

⁵³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 901 - 902.

B. 5237 Sayılı TCK'da Durum

5237 sayılı TCK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, daha önce de ifade edildiği üzere⁵⁴ anılan Kanun'da görevi kötüye kullanma suçu yeniden yapılandırılırken kapsamına 765 sayılı mülga TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma, kişilere karşı keyfi ve sert muamele, görevi ihmal ve basit rüşvet alma suçları dahil edilmiştir. Dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçunun tarihsel gelişimi açıklanırken sıra 5237 sayılı Kanundaki duruma gelince, suçun 765 sayılı TCK'da yer alan söz konusu suçlarla ilişkilendirilmesine ihtiyaç bulunduğundan, bu başlıkta konu, TCK'nın 257. maddesinin kapsadığı suçlara göre ayrıştırılması suretiyle ele alınacaktır.

1. 765 Sayılı TCK Madde 228 ve 240 Yönünden

TCK'nın 257. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihteki ilk şeklinde, maddenin birinci fıkrasında *“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.”* hükmüne yer verilerek kamu görevlisinin icrai hareketiyle işlenebilen bir suç tipi düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümle, 765 Sayılı TCK'nın 228. ve 240. maddeleri ile aynı konuda iki ayrı düzenleme yapılmasından kaynaklanan sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Böylece, iki genel norm arasında tabi olmayan bir şekilde özellik genellik ilişkisinin kurulmasının önüne geçildiği gibi, 228. madde bakımından dile getirilen, kişilere menfaat temini için görevin kötüye kullanılmasının

⁵⁴ Bkz. “Özel Hukuk Yönünden Suçun Yapısı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

düzenlenmemesi eksikliği⁵⁵ de giderilerek, kamu görevlisinin kişilere haksız kazanç sağlayan görevi kötüye kullanması madde kapsamına alınmıştır.

Buradan da anlaşılacağı üzere TCK'nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu haline getirilerek, kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı hareketinin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama unsurlarını doğurması aranmıştır.

Belirtilmelidir ki, görevi kötüye kullanma ve kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçunun 765 sayılı Kanunda “*memur*” olarak belirlenen faili, 257. maddede 5237 sayılı Kanun'un terminolojisine uygun olarak “*kamu görevlisi*” şeklinde belirlenmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu 5237 sayılı Kanun'da düzenlenirken, 765 sayılı TCK'da suç için öngörülen bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası korunmuş olmakla birlikte, para cezası madde metnine alınmamıştır. Ayrıca 765 sayılı TCK'da görevi kötüye kullanma suçunun failinin geçici veya sürekli olmak üzere memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş iken, 5237 sayılı Kanun'un sistematüğinde genel ntelikteki güvenlik tedbirlerine yer verilmesinin bir sonucu olarak, Kanun'un 257. maddesinde ayrıca memuriyetten mahrumiyet cezasına yer verilmemiştir.

2. 765 Sayılı TCK Madde 230 Yönünden

TCK'nın 257. maddesinin ikinci fıkrasında, maddede yapılan değişiklikten

⁵⁵ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5015 - 5016; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 943.

önce, “*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.*” hükmüne yer verilmiştir. Kamu görevlisinin görevini ihmal hareketiyle kötüye kullanmasını düzenleyen söz konusu hüküm, 765 sayılı mülga TCK’nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunun da karşılığını oluşturmaktadır.

5237 sayılı Kanunda, kamu görevlisinin ihmal hareketinin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama unsurlarını doğurması aranmış, böylece 765 sayılı TCK’da tehlike suçu olarak düzenlenen görevi ihmal suçu zarar suçu haline getirilmiştir.

765 sayılı TCK’da düzenlenen görevi ihmal suçunda “*Devletçe bir zarar meydana gelmişse*” alt sınır olarak öngörülen 6 aylık hapis cezası 257. maddenin ikinci fıkrasında da cezanın alt sınırı olarak korunmuş, bu durumda üst sınır olarak düzenlenen üç yıllık hapis cezası düşürülerek, hak yoksunluğuna ilişkin hükme ise TCK’nın sistematığı dolayısıyla yer verilmemiştir.

3. 765 Sayılı TCK Madde 212/1 Yönünden

TCK’nın 257. maddesinin üçüncü fıkrasında maddede yapılan değişiklikten önce, “*İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*” hükmüne yer verilmiş olup, söz konusu hükümle esasen 765 sayılı TCK’nın 212. maddesinin

birinci fıkrasında düzenlenen ve basit rüşvet alma olarak bilinen fiiller yaptırım altına alınmıştır⁵⁶.

Görevi kötüye kullanma suçunun Türk ceza kanunlarındaki tarihsel gelişimi incelenirken son olarak belirtilmelidir ki, TCK'nın 257. maddesinde 19 Şubat 2010 tarih ve 27790 sayılı RG'da yayımlanan 8 Aralık 2010 tarih ve 6068 sayılı "*Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" ile değişiklik yapılarak maddenin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen cezalar azaltılmış, üçüncü fıkrasında öngörülen hapis cezası ise korunmuş olup fail hakkında ayrıca adli para cezası öngörülmüştür. Söz konusu değişiklikle ayrıca maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "*kazanç*" kavramı "*menfaat*" şeklinde değiştirilmiştir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Görevi kötüye kullanma suçunun düzenlenmesinde, özel nitelikteki kötüye kullanma suçlarının düzenlenmesiyle yetinilerek genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemesi ya da özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları ile birlikte genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunun da düzenlenmesi yöntemlerinden biri benimsenebilmektedir.

Sözü edilen ilk yöntem tercih edildiğinde, görevi kötüye kullanma teşkil edeceği öngörülebilen tüm durumların önceden düzenlenmesi hedeflendiğinden, ayrıca genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemektedir. Bir başka deyişle bu tercih içerisinde kanun koyucu tarafından, öngörülen durumların dışında kalan görevi kötüye kullanma halinin düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 1835 tarihli Çin Ceza Kanunu, 1940 tarihli Alman

⁵⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 807.

ve Brezilya Ceza Kanunları bu tercihin benimsendiği örneklerdendir⁵⁷. Örneğin Fransız Ceza Kanunu'nda şahıslara karşı özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları ayrı ayrı düzenlenerek, Kanun'un 184. maddesinde *“konut dokunulmazlığını ihlal”*, 185. maddesinde *“ihkak-ı haktan imtina”*, 186. maddesinde *“kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka surette şahıslara karşı şiddet kullanma”*; 187. maddesinde *“posta idaresine tevdi edilen mektupların ortadan kaldırılması veya açılması”* düzenlendikten sonra 188. maddesinde de kamuya karşı özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçuna yer verildiği halde genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmemiştir⁵⁸.

İkinci yöntemin benimsendiği kanunlarda, özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçlarıyla birlikte, söz konusu suçların kapsamına girmeyen görevi kötüye kullanma fiillerinin de yaptırım altına alınmasını teminen genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmektedir. Yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1933 tarihli Danimarka Ceza Kanunu, 1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu bu tercihin benimsendiği örneklerdendir⁵⁹.

Kanunlarda genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmesi hakkında dile getirilen önemli bir eleştiri; kanun koyucunun söz konusu genel nitelikteki düzenleme ile öngöremediği her türlü fiili de yaptırım altına almak pahasına, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesine belirlilik yönünden aykırı

⁵⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5017; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 944 - 945; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 161; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 192.

⁵⁸ GARRAUD, R., Traité théorique et pratique du droit pénal français, C. IV, 3. Edition, Paris 1992, nouveau tirage, Paris 1930, s. 411 vd.'dan aktaran ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5017 - 5018; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 944 - 945.

⁵⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5018; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 945.

düştüğüne ilişkindir⁶⁰. Elbette bu yönde bir düzenleme yapmayı seçen kanun koyucunun, tercihini öngörülemezlik görevi kötüye kullanma fiillerinin cezasız kalmamasından yana kullanırken⁶¹, söz konusu kanunilik ilkesini ihlal ettiği yönündeki eleştirileri de göze aldığına şüphe bulunmamaktadır.

5237 sayılı Kanun'da benimsenenden farklı olarak, failin görevi kötüye kullanma suçunu ihmalen ve icrai şekilde işlemesi durumlarını ayrı maddelerde düzenleyen kanunlar da bulunmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nda TCK'na benzer şekilde genel nitelikteki görevi ihmal ve kötüye kullanma suçları tek suç olarak “*yetkiyi kötüye kullanma*” şeklinde düzenlenmiş iken⁶², aksi yöndeki uygulamaya örnek olarak 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, 1921 Arjantin Ceza Kanunu, 1930 tarihli İtalyan ve Danimarka Ceza Kanunları ve 1940 tarihli Brezilya Ceza Kanunu sayılabilir⁶³.

Burada son olarak belirtilmelidir ki, rüşvet suçları arasından çıkartılarak 257.

⁶⁰ Bkz. 24 numaralı dipnot. “*Suç tanımlamada kullanılan, maddi unsuru oluşturan kavramlar açık olmalıdır. Buna ‘belirlilik ilkesi’ denilmektedir.*” **BAKICI**, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Mart 2008, s. 16.

⁶¹ **ŞIK**, s. 30.

⁶² **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 746.

İngiliz Hukuku'nda da - içtihat hukuku kaynaklı bir suç olmakla birlikte - görevi kötüye kullanma suçu yönünden benzer bir esasın benimsendiğini söylemek mümkündür. Nitekim İngiliz ve Galler Temyiz Mahkemesi'nin 7 Nisan 2004 tarih ve [2004] EWCA Crim 868 sayılı Kararı'nda görevi kötüye kullanma suçunun unsurları belirlenirken “*The elements of the offence of misconduct in a public office are:*

1. *A public officer acting as such.*

2. *Wilfully neglects to perform his duty and / or wilfully misconducts himself.*

3. *To such a degree as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder.*

4. *Without reasonable excuse or justification.*” demekle hem ihmalen hem de icrai şekilde işlenebileceği kabul edilmiştir. Karar için bkz. British and Irish Legal Information Institute İnternet Sitesi, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2004/868.html>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

İngiliz Hukuku'nda suçun ortaya çıkışı ve kanunen düzenlenmesine ilişkin gelişmeler hakkında bkz. **MAER**, Lucinda, “Misconduct In Public Office”, <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-04909.pdf>, s. 3 vd, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

⁶³ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5018 - 5019; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 945.

maddenin son fıkrasına monte edilen basit rüşvet alma fiili gibi rüşveti meydana getiren diğer fiiller de ceza kanunlarının çoğunda suç olarak düzenlenmiş iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile İsviçre Ceza Kanunu gibi az sayıdaki kanunda ise basit rüşvet verme fiili suç olarak düzenlenmemiştir⁶⁴.

IV. SUÇUN FAİLİ

Bir suçun faili yalnızca gerçek kişi olabilir. Tüzel kişi yönünden ceza muhakemesi tüzel kişi hakkında değil, ancak tüzel kişinin sanık konumunda bulunan organı, temsilcisi ya da personeli gibi suçu işleyen gerçek bir kişiye ilişkin olarak gerçekleşebilir⁶⁵. Gerçekten de tüzel kişiler hareket ve kusur yeteneğine sahip olmadıklarından kusurluluğu doğuran iradi bir davranışta bulunmaları da mümkün değildir. Buna göre, iradi bir davranışın tüzel kişi adına veya lehine gerçek kişi tarafından yerine getirilebileceğinin kabulü, tüzel kişinin üçüncü kişilerin eyleminden sorumlu tutulması sonucunu doğuracaktır ki, bu husus ceza hukuku bakımından ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi dolayısıyla kabul edilebilir değildir⁶⁶. Öte yandan, TCK'nın 60. maddesi⁶⁷ uyarınca özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisinin katılımı ve kendisine faaliyette bulunmasına ilişkin olarak

⁶⁴ Örneğin 765 sayılı mülga TCK, Avusturya Ceza Kanunu, Çekoslovak Ceza Kanunu İtalyan Ceza Kanunu, Federal Almanya Ceza Kanunu ve Romen Ceza Kanunu gibi pek çok kanunda görevin gereğine aykırı ya da aykırı olmayan bir işin yapılması bakımından menfaat temin etmek rüşvet olarak düzenlenmiştir. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 903.

⁶⁵ **ÖZBEK**, Veli Özer / **KANBUR**, M. Nihat / **BACAKSIZ**, Pınar / **DOĞAN**, Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 115 - 116; **KANGAL**, Zeynel Temel, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 167.

⁶⁶ **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul 2008, s. 133 - 134; **KANGAL**, s. 144.

⁶⁷ 5237 sayılı TCK'nın 60. maddesi şu şekildedir: “ (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri Kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

verilen iznin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına suç işlendiğinde, tüzel kişinin hakkında güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olur.

Suçun failinin ancak gerçek kişi olabileceği kuralı elbette, görevi kötüye kullanma suçu bakımından da geçerli ve doğrudur. Gerçekten görevi kötüye kullanma suçu mahsus suç niteliğini haiz olup⁶⁸, suçun faili de 765 sayılı TCK bakımından memur⁶⁹ ve 5327 sayılı TCK bakımından ise kamu görevlisi gerçek kişi olarak belirlenmiştir.

A. 765 Sayılı TCK’da Fail

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 230 ve 240. maddelerinde düzenlenen görevi ihmal ve kötüye kullanma suçları ile 212. maddesinde düzenlenen rüşvet alma suçunun faili, diğer memur suçlarında olduğu gibi ceza kanunu tatbikatında memur olanlar⁷⁰ ile özel yasalarında memur sayılacakları ya da memur gibi cezalandırılacakları hüküm altına alınan personeldir⁷¹.

Devlet, icraatlarını bünyesinde istihdam ettiği görevliler aracılığıyla yürütür

⁶⁸ Failin memur olması kamu hukukundan kaynaklanan bir hukuki sıfattır ve bazı suçlar yalnızca bu sığata sahip kimseler tarafından işlenebilirler. **CİHAN**, s. 186.

⁶⁹ 765 sayılı TCK yönünden “*GKK. suç, tipik bir şekilde kamu memuru suçudur; başka bir deyişle, bir memurun işlediğı suçtur. Bu suç, sözgelimi kamu hizmetlisi tarafından işlenemez veya kamu sıfatını elde etmiş (impiegato) kimse tarafından da işlenemez.*” denilmektedir. Riccio, s. 387, no. 2’den aktaran **CİHAN**, s. 185.

⁷⁰ Ceza kanunu bakımından memur sayılan herkesin istisnasız olarak ceza tatbikatında da memur sayılamayacağı hakkında bkz. **ERMAN**, Sahir, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C. II, S. 3 - 4, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947, s. 274 - 275. (Eserin SBOD’den ayrı basısı Milli Eğitim Basımevi tarafından 1947’de yayımlanmıştır).

⁷¹ **ÇETİN**, Erol, Açıklamalı - İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2003, s. 1019.

Yargıtay 4. CD.’nin 14.11.1990 tarih, 53/965976 sayılı Kararı’nda, “*Belediye itfaiye eri olan sanıkların yaptıkları hizmetin kamu görevi niteliğı taşımadığı, bu itibarla ceza yasası uygulamasında memur sayılamayacakları gözetilmeden, görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi yasaya aykırıdır.*” denilmektedir. Aktaran, **ÇETİN**, s. 1019.

ve bu görevliler geniş anlamda memur olarak anılırlar⁷². Memurlar⁷³, temasta bulundukları kimseler nezdinde devleti temsil ettiklerinden, kanun koyucular eskiden beri, bu kimselerin devlete duyulan güveni yahut devlet itibarını sarsacak fiilleri ile üçüncü kişilerin memurlara karşı aynı sonucu doğuracak nitelikte görülen fiillerini yaptırım altına alma ihtiyacı duymuşlar⁷⁴ ve bu kapsamda memur kavramını da tanımlamışlardır.

Yargıtayca da kabul edildiği üzere⁷⁵, ceza hukukunun kapsamı ve ceza kanunlarının amaçları çerçevesinde yapılan memur tanımı idare hukuku bakımından yapılan memur tanımından farklılık arz eder⁷⁶. Gerçekten de, idare hukukunda memur, kendisine bir kamu hizmeti verilen, yönetimin sürekli, yerleşik, olağan kamu

⁷² **UTKU**, Eray, “Ceza Hukukunda Memur”, Ad.Der., S. 8, Temmuz 2001, s. 98. Ayrıca makaleye <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/8sayi.pdf> adresinden de ulaşılabilmektedir. Son erişim tarihi: 17.10.2010.

⁷³ Türk Anayasalarında memur kavramının ele alınışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEN**, Muharrem / **TOZMAN**, Önder, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, C. 42, S. 4, Aralık 2009, s. 27 vd.

⁷⁴ **SELÇUK**, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TÜSİAD Yayınları, Yayın No: 209, İstanbul 1997.

Faili veya mağduru memur - kamu görevlisi olan suçlarda bu hususun ağırlatıcı sebep sayılmasının da benzer şekilde bu kimselerin görevlerini kötüye kullanmalarına, keyfi veya yetkileri dışında hareket etmelerine karşı kişileri korumak, öte yandan bunları da kişilerin tecavüzlerinden özellikli şekilde sakınmak endişesi ile açıklanması mümkündür. Gerçekten, bazı suçların işlenmesinde sıradan bir kişiden ziyade memurun nüfuzunun kendisine kolaylık sağladığı ve bu itibarla suçun işlenmesinde kolaylık bulunan yerde kanunun cezayı artıracığı, öte yandan her iki şekilde de devlet idaresinin ve işleyişinin tehlike altında kaldığı açıktır. **MANZİNİ**, Trattato di diritto penale italiano, C. V, 2. Baskı, Torino, 1921 s. 1345; **SALTELLİ** e Romano-Di Falco, Commento teorico-practico del nuoco codice penale, C. III, 2. Baskı, Torino 1940, s. 806’dan aktaran **ERMAN**, s. 236.

⁷⁵ Yargıtay CGK’nin 20.1.1969 tarih ve YYB 693 - 969 sayılı Kararı’nda, “*Ceza Kanunu uygulaması bakımından memur kavramı ile İdare Hukuku alanındaki memur kavramı arasında herhangi bir benzerlik ve bağıntı bahse konu değildir. Bu itibarla Ceza Kanunu bakımından kimlerin memur olduğunu araştırma ve buna teşebbüs hususlarında 1961 Anayasamızın 117 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesindeki tariflerden yararlanmak mümkün değildir. Nitekim Ceza uygulamasındaki memur kavramı, alan ve kapsam bakımlarından, idare hukukundaki memur kavramından çok daha dar anlam ve niteliktedir. Bütün devlet görevlilerini ceza kanunu alanında memur olarak kabul, ceza kanununun güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyetine aykırı olur.*” denilmektedir. **ÇETİN**, s. 53 - 54.

⁷⁶ İki hukuk dalında memur tanımının kıyaslanmasında hangisinin daha geniş kapsamlı olduğu hususunda öğretide ileri sürülen farklı görüşler için bkz. **KIRMIZIGÜL**, Hüsamettin, Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Kazancı Kitap, İstanbul 1995, s. 44 vd.

hizmetleri kadrosu içine girerek⁷⁷ bu kadronun dereceleri içinde kaynaşmış kimsedir⁷⁸. Zaten memur, “*kamu hizmetleri kadrosuna daimi olarak girmiş, onunla birleşmiş ve onun içinde kaynaşmış kimse*” olduğundan, memurla birlikte kadronun da hizmetten hiçbir surette ayrılması mümkün değildir⁷⁹.

Türk Ceza Hukukunda memur tanımı ilk kez 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde yer almıştır. Söz konusu maddede 1889 tarihli İCK’nın 207. maddesinin⁸⁰ birinci fıkrasından esinlenerek “*memur*” kavramı; “*Kanunun tatbikatında, Devletin ve vilâyet ve nahiye ve kariyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimî veya muvakkat vazife görenler memur sayılır.*” şeklinde açıklanmakta idi⁸¹. Ancak daha sonra, 11 Haziran 1936 tarih ve 3038 sayılı

⁷⁷ Bu durum öğretide “*ister geniş anlamda, ister dar anlamda kullanılsın, kamu görevlileri mutlaka kamu kesimindeki bir örgüte (bir kamu kurum ya da kuruluşuna) bağlı olarak çalışırlar.*” şeklinde açıklanmaktadır. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara Ekim 2004, s. 515 - 516.

⁷⁸ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Genel Esasları, C. II, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1075 - 1078; ŞEKERCİOĞLU, C. Metin, Ceza Hukukumuz Yönünden Memur Kavramı (Görevi Kötüye Kullanma ve İhmal Suçları Özel Yargılama Usulleri), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 1973, s. 20; ŞEKERCİOĞLU, C. Metin, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları (Açıklamalı ve İçtihatlı), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 11. Memur kavramının farklı kaynaklarda benzer şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin bir tanıma göre, “*Kendi isteğiyle kamusal kadrolarda derpiş edilen daimî bir kamusal hizmeti yapmayı kendine esas meslek ittiha eden ve bu maksatla kamusal kadroda kendisine daimî bir mevki verilmiş olan kimseye kamusal memur denir.*” DERBİL, Süheyl, İdare Hukuku (İdari Kaza - İdari Teşkilât), Recep Ulusoglu Basımevi, C. 1, Ankara 1940, s. 328 - 329.

Bir başka tanım da, memurun tayin edilmesi hususunu esas alarak “*Memur, âmmе hizmetlerinin işletilmesi için vücudа getirilmiş olan kadrolardaki daimî mansıplardan birine tayin olunan kimsedir.*” denilmektedir. ÖZKAN, Mustafa Şeref, İdare Hukuku Ders Notları, Birinci Kısım, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatından No: 5, Köy Hocası Matbaası, Ankara 1935, s. 89.

⁷⁹ ÖZEN / TOZMAN, s. 31.

⁸⁰ 1889 tarihli İCK’nın 207. maddesinde memur şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Ceza kanununun tatbikatında:*

1- Devlet, vilâyet ve komünlerin yahut kanunen Devletin, bir vilâyet veya kamunun himayesine tâbi tutulmuş olan bir müessesenin hizmetinde olup ta, muvakkat, ücretli veya ücretsiz olsa dahi, âmmе fonksiyonlarıyla mücehhez bulunan kimseler;

2- Noterler;

3- Emniyeti umumiye ajanları ve adliye mensup mübaşirler; memur sayılırlar.

Aynı neticeler bakımından, fonksiyonlarını ifa etmeleri maksadiyle çağırıldıkları zaman zarfında, hakemler, ehlihibreler, tercümanlar ve şahitler de memurlara muadildirler.” ERMAN, s. 238 - 239.

⁸¹ ERMAN, s. 240.

Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikle, 1889 tarihli İCK'nın ilgili maddesi hakkında dile getirilen eleştiriler⁸² dikkate alınarak değiştirilen 1930 tarihli İCK'nın 357⁸³ ve 358.⁸⁴ maddeleri esas kabul edilerek, “*Ceza Kanununun tabikatında:*

1- Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur ve müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî veya mecburî olarak teşriî, idarî veya adlî bir bir âmme vazifesi gören diğer kimseler,

Memur sayılır.

Ceza kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1- Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya diğer âmme müesseseleri memur ve müstahdemleri,

2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî surette bir âmme hizmeti gören diğer kimselerdir.” tanımı benimsenmiştir⁸⁵.

Buna göre, bir kimsenin memur sayılması için yasama veya yürütme ya da

⁸² Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **ERMAN**, s. 239.

⁸³ 1889 tarihli İCK'nın memur tanımına yöneltilen eleştiriler sonucunda, 1930 tarihli İCK'nın 357. maddesinde memur şu şekilde tanımlanmıştır: “*Ceza Kanununun tabikatında:*

1- Daimî veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme fonksiyonu ifa eden Devlet veya sair âmme hükmî şahısları müstahdemleri;

2- Daimî veya muvakkat, ivazsız veya ivazlı, ihtiyarî veya mecburî surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme fonksiyonu ifa eden diğer kimseler;

memur sayılırlar”. **ERMAN**, s. 239 - 240.

⁸⁴ 1930 tarihli İCK'nın 358. maddesinde âmme hizmetiyle muvazzaf kimse şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Ceza kanununun tatbikatında:*

1- Daimî veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya sair âmme hükmî şahısları müstahdemleri;

2- Daimî veya muvakkat, ivazsız veya ivazlı ihtiyarî veya mecburî surette bir âmme hizmeti gören diğer kimseler,

bir âmme hizmetiyle muvazzaf sayılırlar.” **ERMAN**, s. 240.

⁸⁵ **ERMAN**, s. 240.

yargı görevinin olması ve bu görevin devlete veya diğer amme müessesesine bağlı olarak yerine getirilmesi yeterli görülerek ve bunun yanında başka kimselerin de bu kapsamda değerlendirilebilecekleri kabul edilmiştir⁸⁶.

Ayrıca, kanun koyucunun söz konusu düzenlemede “*amme vazifesi*” ve “*amme hizmeti*” kavramlarından hareket ederek “*memur*” ve “*amme hizmetini görmekle muvazaf kişi*” olmak üzere iki farklı kavramı kullandığı, bunlardan amme görevini yürütenleri “*memur*” olarak nitelendirirken⁸⁷, amme hizmeti görenleri, memur saymadığı anlaşılmaktadır. Bir kimsenin memur ya da amme hizmetlisi olup olmadığı, kişinin subjektif durumu değil amme vazifesi veya hizmeti görüp görmediği ölçüsü esas alınarak⁸⁸, bir başka deyişle icra ettiği faaliyetin içeriğine⁸⁹ göre tayin edilmektedir⁹⁰. Öte yandan, “*amme vazifesi*” ve “*amme hizmeti*” kavramları ceza kanununda tanımlanmadığından, bunların idare hukuku kuralları çerçevesinde anlamlandırılmalarına⁹¹ çalışılmıştır⁹².

⁸⁶ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 36 - 37; **ALVAR**, Cemil, Memur Suçları ve Memur Soruşturması Açıklamalı - İçtihatlı (Adli ve İdari), Feryal Matbaacılık, Ankara 1996, s. 37.

⁸⁷ Düzenleme, Danıştay 2. Daire’nin 28.02.1983 tarih, E.1983/4344 ve K.1983/477 sayılı Kararı’nda, “*Türk Ceza Kanunu’nun 279 uncu maddesi ve bu maddeye açıklık kazandıran 1255 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi yorum kararı memur tanımında kamu görevini esas almıştır. Ceza Kanunu bakımından memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir.*” şeklinde açıklanmıştır. **PINAR**, İbrahim, Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Ankara 1987, s. 133’den aktaran **KIRMIZIGÜL**, s. 43.

Bu husus, Yargıtay CGK.’nin 25.11.1985 tarih, 1-410-595 sayılı Kararı’nda da, “*Ceza Kanununun sadece memurlardan bahsettiği yerlerde 279. maddenin 1. fıkrasında bulunan ‘kamu görevi yapan kimse’ kastedilmiştir. Ceza Kanunu açısından kısas ‘kamu görevidir.’*” şeklinde tevsik edilmiştir. **KIRMIZIGÜL**, s. 46.

⁸⁸ **ERMAN**, s. 243. Aynı yönde **SOYASLAN**, Doğan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar”, AÜHFD, C. 45, S. 1, 1966, s. 45. Makaleye <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2729.pdf> adresinden de ulaşılabilir. Son erişim tarihi: 29.10.2010.

⁸⁹ Saltelli e Romano- Di Falco, Commento teorico-patrico del nuoco codice penale, C. III, 2. Baskı, Torino, 1940, s. 319’dan aktaran **ERMAN**, s. 243.

⁹⁰ Yargıtay CGK.’nin 31.10.1966 tarih ve 473/375 sayılı Kararı’nda, “*Bir hizmetlinin memur sayılıp sayılmayacağı mücerret tâbi olduğu mali duruma göre değil, onun bağlı bulunduğu müessesenin ve kendinin ifa ettiği hizmet ve görevi yönünden nazara alınması gerekir*” denilmektedir. **PINAR**, Memur Suçları, 1987, s. 75’den aktaran **KIRMIZIGÜL**, s. 46.

⁹¹ Ancak elbette, ceza hukuku ile idare hukuku amaçları farklı iki hukuk dalı olduklarından idare hukukunda benimsenen ölçütlerin ceza hukukunda aydınlatıcı kabul edilmesi, bunların ceza

Söz konusu kavramları açıklamak için kullanılan “*Gaye Nazariyesi*”, “*İdari İşletme Nazariyesi*”, “*Takdir Hakkı Nazariyesi*”, “*Fikri - Maddi Faaliyet Nazariyesi*” gibi pek çok nazariye⁹³ bulunmakla birlikte⁹⁴ bunlardan gaye ve idari işletme nazariyeleri Türk Ceza Hukukunu en çok etkileyenleri olmuştur.

Uzun bir süre boyunca⁹⁵ Yargıtayca da benimsenmiş⁹⁶ olan gaye nazariyesine

hukukunun gereklerine aykırı olmadığı müddetçe mümkündür. **OKUYUCU ERGÜN**, Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, s. 11.

⁹² Baştan belirtilmelidir ki, söz konusu kavramları net olarak birbirinden ayırmak güç olup, Uyuşmazlık Mahkemesi de 29.5.1974 tarih, E.1974/473 ve K.1974/1356 sayılı bir Kararı’nda, kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri eliyle kamu yararını sağlamak amacıyla yürütülen, kısmen kamu hukuk kısmen de özel hukuk usulleri uygulanan faaliyetler olduğunu belirterek, kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının tamamen ayrılmış olmadığını açıklamaktadır. Aktaran, **PINAR**, İbrahim, Açıklamalı 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2000, s. 93.

⁹³ **EREM**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 77 vd.

⁹⁴ Amme vazifesi ve hizmetinin objektif veya subjektif yönden değerlendirilmesi hakkındaki ayrıntılı görüşler bkz. **ERMAN**, s. 243 vd.

⁹⁵ Öğretide, Yargıtay’ın uzun yıllar boyunca istikrarlı bir sonuca varamamasına rağmen genel çizgisi itibarıyla gaye nazariyesini benimsediğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 27; **ÖZEN / TOZMAN**, s. 39.

Yargıtay CGK.’nin bu yöndeki örneklerinden biri olarak din adamlarının kamu görevlisi sayılamayacağına ilişkin 20.1.1969 tarih, 639/17 sayılı Kararı’nda gaye nazariyesinin benimsendiğinin devletin zorunlu olarak din hizmetlerini üstlenmediğinden hareketle ve Anayasa hükümleri çerçevesinde açıklanması için bkz. **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 27; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 16.

⁹⁶ Yargıtay Hususi Dairesi’nin 4.3.1947 tarih, 173/116 sayılı Kararı’nda, “*Amme vazifesi, devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taalluk etmeyen ve bunlara fer’i olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. ... Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için kendi sahasına alır. Devletin faraza eğitim, sağlık, ulaştırma, posta ve telgraf bakımlarından sarfettiği faaliyetler amme vazifesi zümresindendir. Devletin amme hizmetine misal olarak, yetimlere, fakirlere yardım için vücuda getirdiği teşkilat, resmi iş bulma teşkilatı, tımarhaneler ve talebe yurtları gösterilebilir.*” denilmektedir. Aktaran, **GÖKCAN**, Hasan Tahsin / **KAYMAZ**, Seydi, Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar (TCK. m.254 - 281), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 39- 40.

Yargıtay, 4. CD.’nin 3.7.1995 tarih, E.1995/853 ve K.1995/5042 sayılı Kararı’nda da, “*Devlete ait kuruluşlarda çalışanların Türk Ceza Kanunu uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle bu kuruluşun devletin amacı gereği yerine getirmek zorunluluğunda olduğu bir işi yani kamu görevini yapıyor olması gerekir. Yargıtay’ın bazı kararlarında da kabul edildiği gibi, kamu görevi devletin amacı gereği bizzat yerine getirmek zorunda olduğu işlerdir. Bu görevin en belirgin niteliği zorunlu oluşu, başka bir anlatımla devletin bu görevi zorunlu olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Bunlar dışında kalan işler ise, kamu görevi değil kamu hizmetidir. TCK’nın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kamu hizmeti yapanlar memur sayılmazlar.*” denilmektedir. Aktaran, **ÖZEN / TOZMAN**, s. 39, dn. 23. Kararın tam metni için bkz. YKD, C. 22, S. 1, 1996, s. 94.

göre⁹⁷, devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevler kamu görevi olarak kabul edilmelidir. Öte yandan devletin, zorunlu bulunmamakla birlikte kamu için faydalı olduğundan üstlendiği bazı görevler ise kamu hizmeti niteliğindedir⁹⁸.

İdare hukukunda kamu hizmeti kavramı, kimi zaman “*faaliyet, iş, uğraş*” anlamına gelmek üzere kullanılabilmekte⁹⁹ ve geniş anlamıyla “*Devlet veya diğer âmme hükmî şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret veya murakabaları, kontrolları altında umumî ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, âmme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler*”¹⁰⁰ şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre, bir hizmetin yalnızca devlet tarafından yerine getirilmesi söz konusu değildir¹⁰¹. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kamu hizmetinin, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılarak, topluma sunulan

⁹⁷ **KUNTER**, Nurullah, “Mahkeme İçtihatları, Ceza Tatbikatında Âmme Vazifesi ve Âmme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu”, İÜHFM., C. XIII, S. 2, 1947, s. 755; **ERMAN**, s. 243 vd. **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 27 vd; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 14 - 15; **EREM**, Ümanist Doktrin, IV, s. 78 - 79.

⁹⁸ **ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 13.

Kamu hizmetinin açıklanması hakkında öğretilerdeki çeşitli yaklaşımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇAL**, Sedat, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, Vedat Yayıncılık, İstanbul Haziran 2009, s. 1835 vd; **KARAHANOGULLARI**, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara Şubat 2002, s. 9 vd.

Bir görüşe göre, kamu hizmeti esas olarak devletin işlevlerine denk düşer ve söz konusu denklik kamu hizmeti okulunun etkisindeki yazarlarca da devletin kamu hizmeti niteliği taşımayan bir faaliyetinin bulunmasının söz konusu olmayacağı şeklinde ifade edilir. **KARAHANOGULLARI**, s. 17 vd.

⁹⁹ **GÖZÜBÜYÜK**, Ahmet Şeref / **TAN**, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara Ağustos 2008, s. 669.

¹⁰⁰ **ONAR**, I, s. 13. Benzer şekilde yapılan bir başka tanıma göre de kamu hizmeti kavramının en geniş anlamıyla “*devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin mevzuatça belirlediği alanlarda bizzat ya da yakın gözetim ve denetimi altında bulundurarak uyguladığı toplumsal ihtiyaçları karşılama amacı güden, düzenli, sürekli ve yöneldiği amaca göre değişkenlik göstererek uyum sağlama imkanına sahip faaliyetler*” olarak kabul edilmelidir. **ATAY**, Ender Ethem, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Ekim 2009, s. 581 - 582.

¹⁰¹ Kamu hizmetinin ne şekilde ifa edilebileceği hakkında bkz. **ÖZKAN**, s. 53 vd.

sürekli ve düzenli etkinlikler olduğunu¹⁰² kabul ederken, Danıştayın konuya yaklaşımının¹⁰³ da bundan farkı olmadığı görülmektedir.

Buradan hareketle, öğretide dile getirilen¹⁰⁴ kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının aynı anlama geldiği görüşüne katılmak da doğru görünmemektedir. Zaten 765 sayılı TCK'da da kamu görevi - kamu hizmeti kavramlarının ayrılmasını kabul etmeyen görüşün benimsenmediği anlaşılmaktadır. Bakıldığında, 279. madde kaleme alınırken birinci fıkrasında “*kamu görevlisi*”nin tanımlanmasında¹⁰⁵, “*asli*

¹⁰² Anayasa Mahkemesi kamu hizmeti kavramını ilk kez 3996 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin iptali istemiyle açılan bir davada açıklamıştır. AYM.'nin 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı RG.'da yayımlanan, 9.12.1994 tarih, E. 1994/43, K.1994/42-2 sayılı Kararı'nda, “*Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. ‘Kamu hizmeti kavramı’nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, ‘kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir’ denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.” denilmektedir. PINAR, s. 94.

¹⁰³ Danıştay 5. Daire'nin 16.12.1998 tarih ve E.996/1467, K.998/3085 sayılı Kararı. Zikreden **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, s. 673.

¹⁰⁴ Bu yönde bkz. **GİRİTLİ**, İsmet / **BİLGİN**, Pertev / **AKGÜNER**, Tayfun, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Der Yayınları, Yayın No: 292, İstanbul Mayıs 2008, s. 540; **DÖNMEZER**, Sulhi, “Memurun Muhakematı Bakımından Memur”, İÜHFİM, C. 9, S. 3- 4, 1943, s. 922. Ancak Dönmezer daha sonra söz konusu kavramların ayrı anlamlara işaret ettiğini belirtmiştir. Bkz. **DÖNMEZER**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 74.

¹⁰⁵ Kamu görevlileri ve özellikleri ile yargı kararlarındaki kamu görevlisi kavramı hakkında bkz. **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, s. 915 vd.

gayesi yasama - yürütme - yargı görevlerine ilişkin olmak” ve *“devlet içerisinde bir kuruma bağlı bulunmak*” şeklindeki unsurların varlığının kamu görevlisi olmak yönünde karine teşkil edeceğinin kabul edildiği görülür. Ancak bunlar dışında kamu görevlisinin olabileceği de anlaşılmaktadır. Öte yandan, maddenin ikinci fıkrasında ise *“kamu hizmetlileri”* kavramının ayrıca kullanılarak, buna ilişkin belirlemelerin yapıldığı dikkate alındığında, Kanun’un düzenlemesinde de iki kavramın aynı nitelikte görülmediği açıkça ortaya konulmaktadır¹⁰⁶.

Kamu görevlisi - kamu hizmetlisi ayırımının yargı kararlarına yansımaya gelince, birçok Danıştay kararında¹⁰⁷ bu ayırımın benimsendiği görülmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasında durum biraz daha farklıdır. Zira, Yüksek Mahkeme kimi kararlarında kamu görevi - kamu hizmeti kavramlarının birbirine eş olarak kabul ettiğini ortaya koymuşken, kimi kararlarında iki kavramı birbirinden ayırmıştır¹⁰⁸.

Öte yandan, öğretide öne çıkan ve Yargıtay kararlarında¹⁰⁹ da etkili olan¹¹⁰

¹⁰⁶ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 38.

¹⁰⁷ Danıştay 1. Daire’nin 10.11.1941 tarih ve 3092/2900 sayılı Kararı’nda, kamu hizmeti gerçekleştirenlerin Ceza Kanunu’nun uygulamasında memur sayılacaklarına değinilerek, kamu hizmeti ve kamu görevini birbirinden ilkinde *“otorite memuru”*, ikincisine *“teşmiyet memuru”* demek suretiyle örtülü olarak ayırmıştır. Aktaran **ÖZEN / TOZMAN**, s. 38 - 39.

¹⁰⁸ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 39.

Örneğin Yargıtay 4. CD.’nin 12.9.1939 tarih ve 8237/1660 sayılı Kararı’nda, gardiyanlar, kamu görevi görmelerine karşın hem kamu hizmetlisi hem de memur olarak kabul edilmiştir. Aktaran, **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 26; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 6; **ÖZEN / TOZMAN**, s. 39, dn. 21.

Yargıtay 4. CD.’nin 22.10.1956 tarih, E.12902, K.17295 sayılı Kararı’nda, belediye park bekçisinin ceza kanunu uygulamasında memur sayılamayacağı belirtilirken, aynı Daire’nin 26.2.1956 tarih, E.6679, K.12779 sayılı Kararı’nda belediye elektrik işletme memuru bu anlamda memur sayılmıştır. Aktaran, **ÖZEN / TOZMAN**, s. 39, dn. 22.

¹⁰⁹ Bu kararlarında Yargıtay kamu görevini icra eden kişinin devlete ait icrai karar alma yetkisine katılması, bir başka deyişle kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren bir işlev görmesi gerektiğini belirtilmektedir. Örnekse, Yargıtay CGK.’nin 25.11.1985 tarih, 410/595 sayılı Kararı. Zikreden, **ÖZEN / TOZMAN**, s. 40, dn. 23.

¹¹⁰ Bir görüşe göre, Yargıtay gaye ve idari işletme nazariyelerinin karması bir görüşü benimsemektedir. Bu yüzden 765 sayılı TCK yönünden memuru *“Devletin gayesi gereği yapmakla zorunlu bulunduğu esas işlerin yürütüldüğü bir devlet kuruluşu sürekli kadrolarında yer*

idari işletme teorisine göre, Devlet idaresi bir üstünlük hakkı verirken, diğer işlemler basit işletme tasarrufundan farksızdırlar. Üstün iradenin oluşmasına katkıda bulunan kimseler, kamu görevini yerine getirirler ve memur olarak tanımlanırlar. Söz konusu yetkilerden yoksun olup üstün ve hakim devlet idaresinin oluşumuna katılmayanlar ise kamu hizmetlisidir¹¹¹. Bu itibarla devletin yapılanmasına ilişkin olarak gerçekleştirdiği yetki ve görev dağılımında, hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunan veya bunlara kamu hukuku usulüne uygun olarak katılan veya yardım sağlayan kimseler¹¹² “*kamu görevi*”ni ifa eden memurlardır.

Yukarıda 765 sayılı Kanun uygulamasında, memuriyetin, memurun üstlendiği faaliyet kapsamında gerçekleştirdiği görevin içeriğine¹¹³ göre belirlendiğine değinilmişti. Bu çerçevede 765 sayılı TCK zamanında verilen kimi kararlarda¹¹⁴

olarak (Sürekli olarak) hukuki tasarruf ve fiilde bulunanlar yahut bu eylemlere kamu hukuku usulüne göre iştirak edenlerle, kamu hukukunu ilgilendirir geçici bir ilişkiye dayanarak (süreksiz olarak) devlete ait adli ve idari işleri yapan kimseler ceza hukukumuzda göre memur sayılırlar.” şeklinde tanımlamaktadır. **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 38 - 39; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 25 - 26. Ancak belirtelim ki, yazar, Yargıtay’ın genel çizgisinin gaye nazariyesini benimsemek yönünde olduğunu da belirtmiştir. Bkz. 95 numaralı dipnot.

¹¹¹ **EREM**, Ümanist Doktrin, IV, s. 79; **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 25; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 15.

Kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımını idari işleme teorisi çerçevesinde “*kamu gücü*” ve “*kamu otoritesi*” kavramları üzerinden açıklayan bir görüşe göre, devletin, bünyesinde barındırdığı icrai karar alma yetkisi ile kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren fonksiyonları kamu görevini ifade etmektedir. Öte yandan yerine getirilmesinde, devletin icra gücü ile iktidarının kullanılmasına gerek bulunmayan devlet faaliyetleri kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır. **DÖNMEZER**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 75.

Bir başka görüşe göre, Devlet, faaliyetlerini sahip olduğu iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle gerçekleştirmekte, ancak bunların bir kısmı nitelikleri gereği söz konusu yetki ve iktidarın kullanılmasını öncelikli olarak gerektirmemektedir. İşte bu şekilde devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılmasının ikinci planda kaldığı durumlarda kamu hizmetinden ve aksi durumda da kamu görevinden söz edilebilir **ERMAN**, s. 250.

¹¹² **ERMAN**, s. 250 - 251.

¹¹³ Bkz. “765 Sayılı TCK’da Fail” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹⁴ Yargıtay 4. CD.’nin 27.03.1997 tarih ve 1706/2378 sayılı Kararı’nda, “*Aşçı yamağı olan jandarma erinin pastaneye tepsi götürüp bırakma hizmetinin kamu görevi niteliğinde olmadığı gibi bu hizmet jandarmanın yasal görevleri arasında bulunmadığından, pastane işleticisinin ona sövme eyleminin TCY. 482/3. maddesine uyduğu gözetilmeden 266/1, 267. maddelerle hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.*” denilmektedir.

Yargıtay 4. CD.’nin 19.06.2002 tarih ve 9669/11425 sayılı Kararı’nda da, “*Öğretmen evi müdür vekili olan yakınının yaptığı hizmet kamu görevi niteliğinde bulunmadığından, TCY 279. m. karşısında memur sayılmadığı gözetilmelidir.*” denilmektedir. Kararları aktaran **GÖKCAN**, Hasan Tahsin / **ARTUÇ**, Mustafa, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması),

devlet idaresinin yönetim veya idari kadrolarında görevli bulunanların memur sayılmasına karşın, yardımcı kadrolarda çalışanların kamu hizmetlisi sayıldıkları görülmektedir¹¹⁵. Buraya kadar kamu hizmeti ve kamu görevine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalardan sonra, ortaya çıkan bir husus da; bu ayırımın personelin nitelendirilmesinde kullanılmasının fiilen her zaman hukuka uygun sonuçlar doğurmadığıdır.

Bu çerçevede, personelin icra ettiği görevinin içeriğine göre sınıflandırılması, uygulamada aynı hizmet alanında çalışan personelin bir kısmının işleyebilecekleri kabul edilen bazı suçları diğer kısmını işleyemeyeceğinin kabulünü gerektirmesi ve memur sayılmadıkları halde, icra ettikleri faaliyetlerde bir şekilde kamu otoritesini temsil eden kimselerin bu durumunun çelişkili bulunması dolayısıyla haklı olarak eleştirilmiştir¹¹⁶. Gerçekten de, kanun koyucu tarafından da çeşitli özel kanunlarda kamu hizmeti gören kimselerin “*memur gibi cezalandırılması*” yönünde hükümlere yer verilerek¹¹⁷ ortaya çıkan sakınca giderilmeye çalışılmıştır¹¹⁸.

B. 5237 Sayılı TCK’da Fail

1. “Kamusal Faaliyet” Kavramı

Daha önce “765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Fail (Memur)” başlığı altında değindiğimiz üzere, devletin herhangi bir faaliyeti yalnızca kendisine has bir hukuki yetki ve iktidarın kullanılmasını teminen örgütlendirdiği durumlarda “*kamu*

Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 2008, s. 29.

¹¹⁵ GÖKCAN, s. 31; GÖKCAN / ARTUÇ, s. 28 - 29.

¹¹⁶ Çeşitli görevi kötüye kullanma ve ihmal suçları yönünden memurlar ve kamu hizmetlilerinin durumlarının ayrı ayrı incelenmesi hakkında bkz. ŞEKERCİOĞLU, Özel Yargılama Usulleri, s. 49 vd; ŞEKERCİOĞLU, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 35 vd.

¹¹⁷ Bu nitelikteki hükümlerin anlamı ve TCK karşısındaki durumları hakkında bkz. “Özel Yasalar Bakımından ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹⁸ GÖKCAN, s. 31; GÖKCAN / ARTUÇ, s. 29.

görevi”nden, söz konusu hukuki yetki ve iktidar kullanımı amacının öncelikli olmadığı durumlarda ise “*kamu hizmeti*”nden söz edilmektedir. Öğretide bu görüşten yola çıkarak ve “*gaye nazariyesi*”nden de yararlanılarak, 765 sayılı TCK zamanında “*kamu görevi*” olduğu kabul edilen tüm faaliyetlerin 5237 sayılı TCK bakımından “*kamusal faaliyet*” niteliğinde¹¹⁹ oldukları ifade edilmiştir¹²⁰.

Öte yandan, kamusal faaliyetin kamu görevi şeklinde ifa edilebileceği gibi kamu hizmeti şeklinde de ortaya çıkabileceği yönünde dile getirilen görüşlerin¹²¹, 5237 sayılı Kanun bakımından kabul edilmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir. Nitekim, yukarıda kamu hizmetine ilişkin olarak yapılan açıklamalara¹²² atıfta bulunarak belirtilmelidir ki, madde gerekçesinde bir hizmetin kamu adına yürütülmesinden söz edildiği dikkate alındığında, kamusal faaliyetin kamu hizmetini de kapsar nitelikte olduğunun kabul edilmesi mümkündür. Ancak atıfta bulunulan bu açıklamalardan da anlaşılabacağı üzere kamu hizmeti kavramı idare hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak kamuya yararlı hizmetleri de kapsadığından¹²³, ceza hukukunda kamusal faaliyet belirlenirken kamu hizmeti kavramı bu anlamıyla ele alınarak, kamusal faaliyetin her türlü kamu hizmetini de kapsayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır¹²⁴. O halde, kamusal faaliyet kavramının içerisinde bulunan kamu

¹¹⁹ “*Kamusal faaliyet*” kavramının tartışmaya “*kamu görevi*” kavramından daha fazla açık olduğu ve bu nedenle 765 sayılı mülga TCK’da “*memur*” kavramına ilişkin olarak “*kamu görevi*” çerçevesinde yapılan tartışmaların bu kez kamusal faaliyet kavramı üzerinden devam edeceği görüşü için bkz. **AYDIN**, Hüseyin, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1, Nisan 2010, s. 126 - 127.

¹²⁰ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 31 - 32. Öğretide, TCK’da kamusal faaliyet kavramının belirlenmemiş olması karşısında, 765 sayılı TCK zamanında hakim olan kamu görevinin (faaliyetinin); “*devletin herhangi bir faaliyeti yalnızca veya daha çok devlete ait hukuk’i bir yetki ve iktidarın kullanılması amacıyla örgütlendirildiğinde söz konusu olduğu*” görüşünün, kamu faaliyeti teriminin yeniden anlamlandırılmasına kadar geçerliliğini koruyacağı da ifade edilmiştir. Bkz. **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 273 - 274.

¹²¹ **ERMAN**, s. 258 – 259; **SELÇUK**, s. 101.

¹²² Bu konuda bkz. “*765 Sayılı TCK’da Fail*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹²³ **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 38.

¹²⁴ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 45; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 736.

hizmetinden; devlet ve diğer kamu kuruluşları tarafından bizzat veya asli faaliyetleri kapsamında yakın denetim ve gözetimleri altında yürütülen hizmetlerin anlaşılması uygun olur¹²⁵.

Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kimselerin herhangi bir maddi karşılık elde etmeleri şart olmadığı gibi, işin sürekli, süreli veya geçici nitelikte bulunmasının da önemi yoktur. Öte yandan madde gerekçesinde, kamusal bir faaliyetin ihale yolu ile özel hukuk kişileri tarafından yürütüldüğü hallerde özel hukuk kişilerinin kamu görevlisi sıfatı taşımayacakları belirtilmiştir. Söz konusu gerekçe üzerine burada söz söylenmesi mümkün ise de, konunun kamu görevlisi kavramına ilişkin açıklamalar ile birlikte değerlendirilmesi zorunluluğu karşısında, “‘Kamu Görevlisi’ Kavramı” başlığı altında ele alınacağı belirtilmelidir.

Bu başlıkta son olarak kimi yazalarca¹²⁶ bir faaliyetin kamusal nitelikte olup olmadığının ayırd edilebilmesi bakımından faydalanılabileceği belirtilen ölçütlere değinilmelidir.

Bunlardan ilki “*kamu/toplum adına yürütülen bir hizmetin bulunması*”dır. Kamusal faaliyetin varlığından söz edilebilmek bakımından, toplumsal yaşamın bireylere yüklediği görevlerin icra edilmesini teminen örgütlenerek yürütülen bir hizmet söz konusu olmalıdır. Bu noktada, yürütülen hizmet deyişinden, devletin temel ve asli fonksiyonları olan yasama, yürütme veya yargı fonksiyonuyla ilgili hizmetler gibi asli fonksiyon niteliğini haiz olmayan ve ancak Devlet tarafından yürütülmesinde kamu yararı görülen diğer hizmetlerin de anlaşılabilceğini belirtmek gerekir.

¹²⁵ ÖZEN / TOZMAN, s. 45.

¹²⁶ GÖKCAN, s. 33 vd; GÖKCAN / ARTUÇ, s. 37 vd.

Kamusal faaliyetin varlığı bakımından aranacak bir diğer unsur “*hizmetin kuruluşunun yasaya ve siyasi iradeye dayanması*”dır. Madde gerekçesinde¹²⁷ de belirtildiği üzere hizmet, Anayasa veya kanunlar tarafından belirlenen yetki ve usullerle verilen siyasal kararlarla kurulmaktadır. Siyasi otorite tarafından yasal bir düzenlemeyle kurulmasına karar verilen bir hizmetin yürütülmesinde hak ve özgürlüklerin kısıtlanması veya çeşitli harcamaların yapılması gibi hususların gerçekleşeceği tabidir. Oysa hizmetin kuruluşunun yalnızca yasayla sağlanması, kamusal faaliyet sayılması sonucunu doğurmaya yeterli değildir.

Son olarak “*hizmetin yürütülmesinde kamu erkinin/otoritesinin kullanılması*” da kamusal faaliyetin varlığı bakımından aranan bir husus olarak sayılmaktadır. Şöyle ki; eğer hizmetin kuruluşu ve örgütlenmesinde Devlete ait güç, otorite veya disiplin yapısı veya yaptırım gücü var ise bu unsurun sağlandığı da kabul edilebilir.

2.“Kamu Görevlisi” Kavramı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, 765 sayılı Kanun’da kullanılan “*memur*” kavramı terk edilerek, bunun yerine “*kamu görevlisi*” kavramının kullanılması tercih edilmiştir. TCK’nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde kamu görevlisinin “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olduğu belirtilmektedir. Söz konusu tanımda 765 sayılı TCK’da yer verilen memur - kamu hizmetlisi ayırımına yer verilmemesi dikkat çekicidir. Madde gerekçesine göre, kamu görevlisi sayılabilmek bakımından aranan tek şart görülen işin kamusal faaliyet olmasıdır. Böylelikle kamu görevlisi, 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinden anlaşılan memur kavramından daha

¹²⁷ Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

geniş nitelikte¹²⁸ bulunup¹²⁹, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu yöndeki düzenleme ile 765 sayılı TCK'da kullanılan memur kavramının sakıncalarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır¹³⁰.

Yine, TCK'daki “*kamu görevlisi*” kavramı¹³¹, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda¹³² yer verilen “*memur*” kavramı ile kıyaslanacak olursa, ilkinin

¹²⁸ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 43 - 47; **ARTUK**, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, TCK Şerhi, Genel Hükümler (Madde 1 - 36), C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara Nisan 2009, s. 48; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 741; **MERAN**, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet - Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Kamu Görevlisi Kavramı Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2008, s. 19.

Öğretide, kamu görevlisinin kamu faaliyetinin yürütülmesine katılmasının kamu otoritesine ait iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle gerçekleşmesi, kamu görevlisinin göreve getirilme şeklinin, görevde kalma süresinin veya kişinin bu görevi bedel karşılığı yapıp yapmamasının da önemli olmaması karşısında; kamu görevlisi kavramının memur kavramından farklı olduğunun anlaşıldığı belirtilmektedir. Buna göre, memur hiyerarşik yapıda emredilen konumunda iken, kamu görevlisi bakımından böyle bir durum söz konusu değildir ve bu itibarla kamu görevlisi, memurdan daha geniş kapsamlı bir kavramdır. **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 103.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, 765 sayılı TCK'daki memur anlayışı bakımından, görevli ve devlet arasında bir istihdam ilişkisi bulunması aranmaz. TCK'da ise, kamu görevlisi olmak bakımından yalnızca görülen işin kamusal faaliyet niteliğinde olması arandığına göre, kamu görevini yerine getirmeyen kimseler gördükleri iş kamusal faaliyet niteliği taşıdığı takdirde, kamu görevlisi sayılabilir. Ayrıca, 5237 sayılı TCK'da kamu görevlisi kamusal faaliyet kavramı çerçevesinde açıklanabilmekte iken, 765 sayılı TCK'da, “*yerine getirilen görevin, amacını, işlevin niteliği*” dikkate alındığından, bunlardan ikincisindeki memur tanımı daha geniştir. Ancak bu görüşün savunucuları, daha önce memur sayılmayan birçok görevlinin TCK bakımından kamu görevlisi sayılmasının yine de mümkün olduğunu kabul etmektedirler. **GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER**, s. 540.

¹²⁹ 5237 sayılı TCK bakımından Yargıtay uygulamasında kamu görevlisi kavramının sınırlarının belirlenmesi hususunda henüz çeşitli tereddütler görülmekle, birlikte genel eğilimin kamu görevlisi kavramının memur kavramından daha geniş olduğu yönünde şekillendiği söylenebilecektir. Örneğe, Yargıtay 5. CD.'nin 24.09.2007 tarih ve E.2007/7962 ve K.2007/6671 sayılı Kararı'nda, “*5237 sayılı yasadaki kamu görevlisi kavramının ‘devlet memuru’ kavramını da içermesi*” denilmekle bu husus tevsik edilmektedir. Aktaran, **ÖZEN / TOZMAN**, s. 47 - 47.

Öte yandan, Yargıtay'ın kamu hizmeti gören herkesi kamu görevlisi saymadığını gösteren kararları da mevcuttur. Yargıtay 4. CD.'nin 09.10.2007 tarih, E.2006/4008 ve K.2007/7939 sayılı Kararı'nda, “*Yakınan ambulans şoförünün kamu görevlisi sayılmadığı gözetilmeden, TCY'nin 482/3. maddesi yerine anılan 765 sayılı yasanın 266/1 maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırı*” görülmektedir. **ÖZEN / TOZMAN**, s. 46 - 47.

¹³⁰ Öğretide, 5237 sayılı Kanun'un, bilinmeyen kamu görevlisi kavramını yine idare hukukunda karşılığı bulunduğu şüpheli olan başka bir kavramla - kamusal faaliyetle- açıklamaya çalışıldığından başarılı olamadığı da savunulmuştur. Bkz. **ÖZEN / TOZMAN**, s. 43.

Aksi yöndeki görüşe göre ise düzenleme memur kavramının kapsam ve sınırlarını hakkındaki tartışmaları ortadan kaldırmak konusunda başarılıdır. Bkz. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 48; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 941.

¹³¹ 5237 sayılı Kanun bakımından “*kamu görevlisi*” hakkında öğretilde savunulan görüşler için bkz. **ÖZEN / TOZMAN**, s. 41 vd.

¹³² Türk Devlet Memurları Rejimi ve 657 sayılı Kanun ile getirilen model hakkında değerlendirme için bkz. “Türk Devlet Memurları Rejiminin Yapısı”, **GREGOIRE**, Roger, (Çeviren: **KIRATLI**,

diğerinden daha geniş olduđu¹³³ söylenebilir¹³⁴. Zira, TCK'daki kamu görevlisi kavramından farklı olarak idare hukuku ve bu arada Devlet Memurları Kanunu uyarınca bir kimsenin memur olduğunun kabulü için kamu kuruluşlarında çalışmak ve genel idare esaslarına göre kamu hizmeti ifa etmek şartlarını yerine getirmesi arandığı gibi, kişinin görevinin asli ve sürekli nitelikte olması da gerekmektedir¹³⁵.

Bu durumda, kamu görevlisi kavramı memur tanımından daha geniş olduğundan kamusal faaliyet kavramının da kamu görevini kapsadığı söylenebilir¹³⁶. O halde, 765 sayılı TCK bakımından memuru belirlemekte kullanılan ölçütlerin halen geçerli sayılması gerekir. Dolayısıyla denilebilir ki, Devletçe yerine getirilmesi zorunlu bulunan görevleri icra edenler kamu görevlisi olarak kabul edilirler. Bunun yanı sıra, 765 sayılı TCK bakımından memur sayılmayan kimselerin de kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldıkları takdirde, kamu görevlisi olarak kabul edilecekleri açıktır. Bu kabul, kanun koyucunun memur kavramının sınırlarını genişletmek amacına da uygun görünmektedir.

Bu çerçevede, yukarıda kamusal faaliyetin kapsamında kamu hizmetinin de

Metin), Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yayınları, Yayın No: 280, Sevinç Matbaası, Ankara 1969, s. 362 vd.

¹³³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 541 - 542.

¹³⁴ Bir görüşe göre, ceza hukuku anlamında memur ile idare hukuku anlamındaki memur arasındaki fark açık olmakla birlikte, memur ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması usulünün Anayasal güvencesi olarak memurların işledikleri suçlardan dolayı ceza kovuşturulması açılmasında memur tanımları idare ve ceza hukuku anlamında iç içe geçmektedir. Buna göre, Anayasa'nın 128. ve 129. maddelerinde genel olarak idare hukuku anlamında memur ve diğer kamu görevlilerine ilişkin ilkelere yer verilmiş olmasına karşın, 129. maddenin altıncı fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlileri kavramının içerisine "yasalar eliyle" ceza hukuku anlamında memur kavramı yerleştirilmiştir. ASLAN, Onur Ender, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2007, s. 49.

¹³⁵ Nitekim, idare hukukuna göre dar anlamda kamu görevlisi kavramı "Anayasa'nın (128)'inci maddesinde de öngörüldüğü gibi, kamu iktisadi teşebbüsleri ve öteki kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli (birincil) ve sürekli görevleri yürüten kişileri içine alır." şeklinde tanımlanabilir. GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 523.

¹³⁶ ÖZEN / TOZMAN, s. 43 - 44.

bulunduğuna ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere¹³⁷, 765 sayılı TCK'da memur sayılmayan kamu hizmetlilerinin de TCK tarafından kamu görevlisi kapsamına dahil edildiği söylenebilecektir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, kamusal faaliyet kavramının her türlü kamu hizmetini kapsadığının ceza hukuku yönünden kabulü uygun olmadığından, her kamu hizmeti gerçekleştiren kimsenin kamu görevlisi olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Aynı yönde olmak üzere öğretide de, “*herhangi bir surette katılma*” sözüyle kamu hizmeti görenlerin kamu görevlisi sayılması gerektiğinin kastedildiği, yoksa “*kamuya yönelik/kamuya yararlı*” hizmetleri gerçekleştirenlerin kamu görevlisi sayılamayacakları¹³⁸ ifade edilmiştir. Gerçekten de, herhangi bir surette katılmanın, aksi yönde anlaşılması dolmuş şoförü veya özel hastanedeki hemşirenin de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca kamu görevlisi olarak kabul edilmesini gerektirir. Oysa, kanun koyucunun kamuya yararlı hizmetleri gerçekleştirenleri kamu görevlisi saymak yönünde bir amacı bulunduğuna dair bir işaret de mevcut değildir¹³⁹. O halde, kamusal faaliyete dahil olan kamu hizmetlerini belirlemekte kullanılan “*devlet ve diğer kamu kuruluşlarının bizzat ya da asli faaliyetleri çerçevesinde bunların yakın gözetim ve denetimi altında yürütülmek*” ölçütünden hareketle, kamuya yararlı herhangi bir hizmeti yürütenlerin değil, bu ölçüte uyan nitelikteki hizmetleri yürüten kimselerin kamu görevlisi sayılabileceği söylenebilir.

¹³⁷ Bu konuda bkz. “*Kamusal Faaliyet Kavramı*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹³⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 736 - 737.

¹³⁹ İşkence suçunun faili olarak “*kamu görevlisi*” hakkında öğretide yapılan bir değerlendirmede, TCK'nın 6. maddesinin herkesi kapsadığı, bu durum karşısında hükmün dar yorumlanarak ancak başkaları üzerinde kuvvet kullanma yetki ve görevi bulunan kamu görevlisinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. HAFIZOĞULLARI, Zeki / KETİZMEN, Muammer, “İşkence ve Eziyet Suçları”, Pof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2009, s. 1208. Böylece, bir anlamda kamu görevlisi kavramının suçla ilgili olmak üzere sınırlanarak yorumlanması gerektiği de ortaya konulmaktadır.

Aksi yöndeki görüşe göre¹⁴⁰, TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer verilen “*kamusal faaliyet*” terimi 765 sayılı mülga TCK zamanında öğreti ve uygulama tarafından benimsenen anlamıyla kabul edilmeye devam edilmeli ve buna göre, “*kamu görevlisi*” kavramı da 765 sayılı TCK zamanında kullanılan memur kavramıyla özdeş şekilde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, kamu hizmetiyle görevli kimseler kamu görevlisi olarak kabul edilemezler ve elbette aksine bir hüküm bulunmadığı sürece görevi kötüye kullanma suçunun da faili olamazlar¹⁴¹.

Kamu hizmeti görenlerin kamu görevlisi sayılıp sayılamayacağına ilişkin sözümüz böylece tamamlandıktan sonra, kamu görevlisini belirlemede kullanılan ölçütlerin¹⁴² ayrıca ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlardan ilki, “*yürütülmekte olan kamusal bir faaliyetin varlığı*”dır. Bu husus, “*kamusal faaliyet*” kavramı içerisinde yukarıda açıklandığından ayrıca incelenmeyecek olmakla birlikte kısaca, yürütülen bir kamusal faaliyetin mevcut olmadığı hallerde bir kimsenin o faaliyet içerisindeki durumunu kendisine kamu görevlisi sıfatını kazandırmayacağı belirtilmelidir.

“*Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma*” bir kimsenin kamu görevlisi olup olmadığını tespitinde kullanılan bir diğer ölçüt olarak kabul edilebilir. 5237 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yapılan tanım da bu hususu doğrulamaktadır. Öte yandan, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmanın usulü de kamu görevlisi sıfatının tayininde etkilidir. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında¹⁴³ Devlet

¹⁴⁰ OKUYUCU ERGÜN, Zimmet Suçu, s. 40.

¹⁴¹ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBB Dergisi, Y. 22, S. 82, Ankara Mayıs - Haziran 2009, s. 141 - 142.

¹⁴² GÖKCAN / ARTUÇ, s. 30 vd.

¹⁴³ Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu

ve diğer kamu idarelerinin faaliyetlerini yürütmelerinin “*genel idare esasları*”na göre olacağı belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise memur ve diğer kamu görevlilerinin atama, görev, hak ve yetkileri gibi hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Yürürlükte bulunan Ceza Kanunu’nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde kamu görevlilerinin atama, seçilme veya herhangi bir surette kamusal faaliyete katılabileceği düzenlendiğine göre, kamusal faaliyeti yürüten devlet ya da kamu idaresi ile herhangi bir hukuksal ilişki kurarak kamusal faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı tartışılmaya muhtaçtır.

Kamusal faaliyete herhangi bir surette katılan kimsenin kamu görevlisi sayılması hukuken kabul edilemez sonuçlar doğurmaya elverişli bulunmaktadır. Bu kabulün - örneğin oy kullanan kimsenin kamusal faaliyetle bağlantısı dolayısıyla kamu görevlisi sayılması şeklindeki - sonuçları karşısında, esasen Anayasa’nın 128. maddesinin anılan birinci fıkrasında belirtilen “*genel idare esaslarına uygun*”¹⁴⁴ katılım unsuru da gözetilmelidir. Böylece, bir kimsenin kamusal faaliyete “*herhangi bir surette*” katılmasının kamu görevlisi sayılması sonucunu doğurması bakımından, bu katılımın genel idare esaslarına da uygun olması gerektiği söylenebilir¹⁴⁵. O halde,

hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyile görülür.”

¹⁴⁴ Bir görüşe göre, genel idare esasları kavramının, “*kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri*”, bir başka deyişle kamu gücü kullanılarak tek taraflı olarak işlem tesis edilmesi ve idari kararlar alınması şeklinde anlaşılması gerekmektedir. GÜNDAY, s. 518 vd.

Bir başka görüşe göre, söz konusu kavram, “*kamusal yönetim biçimini*” anlatmaktadır. GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 923. Nitekim, genel idare esasları yalnızca “*devlet idaresi*” veya “*merkezi idare*” kavramları ile de ifade edilen “*genel idare*”nin bağlı bulunduğu kural ve usulleri değil aynı zamanda özel kesimde yürütülen kural ve usuller karşısında “*kamusal yönetim*” şeklini de ifade etmektedir. DURAN, Lütfi, “Sözleşmeli Kamu Personeli”, Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1988, s. 2’den aktaran, GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 923.

¹⁴⁵ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 103; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 50; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 743., GÖKCEN / ARTUÇ, s. 43; GÖKCEN, s. 39.

Öğretide, kamusal faaliyet kavramından “*kanun koyucunu amacı*” ve “*normun rasyosu*” gözetildiğinde, “*her türlü kamu hizmetinin değil, devlet ve diğer kamu kuruluşlarının bizzat yürüttüğü ya da devletin asli faaliyetleri çerçevesinde bunların yakın gözetim ve denetiminde*

kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir suretle geçici veya sürekli olarak katılan her kişinin kamu görevlisi sayılmasının mümkün ve doğru olmadığı anlaşılmaktadır¹⁴⁶.

Madde gerekçesinde kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale hukukuna dayalı olarak katılan özel hukuk kişilerinin kamu görevlisi sayılmayacağı açıklanmaktadır. Bir hizmet ihale usulüyle gerçekleştirilerek, esasen idarenin denetimi altında özel kişiler tarafından yürütüldüğünde, hizmeti yürüten kimseler ile idare arasında doğrudan bir gözetim ve denetim ilişkisi olmadığı¹⁴⁷ veya kamu güç ve otoritesi temsil edilmediği gibi¹⁴⁸ hizmetin genel idare esaslarına göre yürütüldüğünü de söylemek mümkün görünmemektedir. Bu yüzden, söz konusu kimseler tarafından yürütülen hizmetlerin kamu faaliyeti sayılmaması doğaldır. Ayrıca, kamu hizmeti ancak “*ruhsat*”¹⁴⁹, “*müşterek emanet*”, “*imtiyaz*”, “*yap-işlet-devret*” yöntemleri ile özel kişilere devredilerek yürütülebilecek olup ihale, kamusal bir faaliyetin özel hukuk kişilerince üstlenilmesi usullerinden¹⁵⁰ de değildir.

Bu başlıkta son olarak belirtilmelidir ki, failin görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin fiilleri gerçekleştirdiği esnada sahip olduğu kamu görevlisi sıfatını daha

yürütülen hizmetlerin anlaşılması” gerektiğinden, bu nitelikteki hizmetleri yürüten kimselerin kamu görevlisi sayılması gerektiği belirtilmiştir. **ÖZEN / TOZMAN**, s. 45.

¹⁴⁶ **AVCI**, Mustafa, Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 44.

¹⁴⁷ Bir görüşe göre, bir faaliyetin (hizmetin) yürütülmesi ilgili kamu kuruluşunun yakın gözetimi altında gerçekleştiğinde bir kamu faaliyetinden söz edilmesi gerektiğine göre, bu faaliyeti yürüten kimseler de kamu görevlisi olarak anılacaklardır. Dolayısıyla madde gerekçesinde kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi halinde bu kimselerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıklamasına tereddütle bakmak gerekir. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 737 - 738.

¹⁴⁸ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 742 - 743; **GÖKCEN / ARTUÇ**, s. 47 - 48; **GÖKCEN**, s. 43.

¹⁴⁹ Ruhsatın kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi usulü olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu ile ilgili öğretideki tartışmalar hakkında bkz. **ÇAL**, s. 1852 vd.

¹⁵⁰ Kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yöntemleri hakkında bkz. **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, 699 vd.

sonraki bir zamanda istifa, emeklilik veya başkaca bir nedenle kaybetmesi suçtan sorumlu tutulmasını engellemez¹⁵¹.

3. Özel Yasalar Bakımından “Kamu Görevlisi” Kavramı

Özel yasalarda kimi zaman, memur olmayan kimselerin işledikleri fiiller bakımından “*memur sayılma*”larına ya da “*memur gibi cezalandırılma*”larına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Bu tür hükümlerde yer alan “*memur*” teriminin 765 sayılı mülga TCK’nın 279. maddesine yollama yaptığı açıktır. O halde bu yollamaların TCK’daki kamu görevlisi kavramı karşısındaki durumları incelenmelidir.

Öncelikle belirtelim ki, bir kimsenin “*memur sayılması*” ile “*memur gibi cezalandırılması*” farklı anlamlar taşımakta ve farklı sonuçlar doğurmaktadır¹⁵². Buna göre, ilk durumda bir kimsenin 765 sayılı TCK’nın uygulamasında 279. maddede sözü edilen memur niteliğinde olduğu ve bu itibarla hem işlediği suçlarda hem de kendisine karşı işlenen suçlarda memur gibi cezalandırılacağı kabul edilmektedir. Oysa ikinci durumda, bu kimseler hakkında yalnızca işledikleri suçlar bakımından memurların cezalandırılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusudur.

Konu iki açıdan değerlendirilebilir. Bir açıdan bakıldığında, 5237 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yer alan “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza Kanunları ve ceza içeren Kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*” hükmü uyarınca TCK’nın kamu görevlisi tanımının yapıldığı genel nitelikteki 6. maddesi

¹⁵¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 56; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 764.

¹⁵² GÖKCEN / ARTUÇ, s. 52; GÖKCEN, s. 45.

özel kanunlarda ceza sorumluluğunu düzenleyen hükümler bakımından da etkili olduğundan, özel kanunlarda memur gibi cezalandırılacakları ya da memur sayılacakları¹⁵³ belirtilen kimselerin TCK karşısında kamu görevlisi sayılıp sayılmayacaklarının yeniden 6. maddede tayin edilen şartlar dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. O halde, bu kimseler ancak gerçekleştirdikleri faaliyetin kamusal faaliyet niteliğinde olduğunun anlaşılması durumunda kamu görevlisi sayılır ve buna göre cezalandırılırlar. Bu itibarla, özel kanunlarda bu yönde yer alan atıfların TCK'dan sonra, bir anlam ifade etmedikleri söylenebilir¹⁵⁴.

Ancak sözü edilen 5. maddenin yürürlüğü, 5349 sayılı Türk Ceza Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesi ile 5252 sayılı Kanun'a eklenen ve 5560 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değiştirilen Geçici 1. maddesinde yer alan *“Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır.”* hükmü ile mezkur tarihe kadar ertelenmişti. O halde diğer kanunların 5237 sayılı Kanun'un genel hükümlerine aykırı düzenlemeleri ancak bu tarihe kadar bir anlam ifade edebilirdi. Demek ki, aslında söz konusu atıflardan bu tarih geçmesine rağmen TCK'ya uyumlaştırılmamış olanların ilga edilmiş sayılacağını söylemek daha doğru görünmektedir¹⁵⁵. Dolayısıyla, kendileri hakkında

¹⁵³ Özel yasalarındaki *“memur gibi cezalandırılma”* yönündeki atıfların geçerliliğini korumasına karşın *“memur sayılma”* yönündeki hükümlerin, TCK'nın 5. maddesi karşısında, 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki tanım dolayısıyla, kurumun kamusal faaliyet icra edip etmediği belirlenerek ancak faaliyetinin bu nitelikte olması halinde personelinin kamu görevlisi sayılabileceği hakkında bkz. YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Madde 257 - 345, C. VI, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Mart 2010, s. 7235 - 7236.

¹⁵⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 738 - 739; OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 142.

¹⁵⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 738; OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 142.

bu nitelikte atıf bulunan kimselerin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacaklarının tayininde, faaliyetlerinin niteliğinin araştırılması gerekliliği ancak özel yasalarında bu tarihe kadar 6. maddede yer alan kamu görevlisi tanımı dikkate alınarak bir düzenleme yapılmamış olduğu takdirde söz konusu olacaktır. Buna göre, kamusal faaliyet ifa etmediği anlaşılan kimseler görevi kötüye kullanma suçunun faili de olamayacaklardır¹⁵⁶.

Mevcut durum itibarıyla, özel kanunlar yönünden 765 sayılı Kanun zamanındaki tercih, TCK zamanında da benimsenmiş¹⁵⁷ ve dolayısıyla Kanun'un 6. maddesi dikkate alınarak çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmıştır. Örneğin 23 Ocak 2008 tarih ve 5728 sayılı *“Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”*un 350. maddesi ile Noterlik Kanunu'nun 151. maddesinin birinci fıkrası *“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 ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanunun uygulaması bakımından kamu görevlisi sayılırlar.”* şeklinde¹⁵⁸; 406. maddesi ile 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 28. maddesi *“Yardım toplama faaliyetinden elde edilen mal ve paraları zimetine geçiren kişi, kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununun zimmet suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.”* şeklinde değiştirilerek, maddelerde geçen *“devlet memurları”*

¹⁵⁶ OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 142.

¹⁵⁷ ÖZEN / TOZMAN, s. 48.

¹⁵⁸ Noterlerin cezai sorumluluğu ve 5728 Sayılı Kanun ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda yeni ceza mevzuatın uyum sağlanmasını teminen yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi hakkında bkz. ÖZEN, Muharrem, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Bağlamında Noterlerin Cezai Sorumluluğu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 138, Ankara 15 Mayıs 2008, s. 24 - 65. Noterlerin görevi kötüye kullanma suçu bakımından durumu için ayrıca bkz. MERAN, Necati, “Noterlik ve Görevi Kötüye Kullanma”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 134, Ankara 15 Mayıs 2007, s. 29 - 43.

ibaresinin yerine “*kamu görevlisi*” ibaresi getirilmiştir.

Yine Kanun’un 339. maddesi ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 62. maddesi “*Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ilerigelen 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 kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*” şeklinde ve 386. maddesi ile de 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 25. maddesinin (b) fıkrası “*Kurulun para, evrak ve her çeşit malları Devlet malı hükmündedir. Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar. Bu kişiler hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Öte yandan, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 227. maddesinin son fıkrasında yer alan “*İflâs idaresini teşkil edenler Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılırlar.*” hükmünde henüz bu yönde bir değişikliğe gidilmemiştir. Buna göre, iflas idaresini teşkil eden kimselerin TCK karşısında da kamu görevlisi sayılabilmeleri ancak kamusal faaliyet gördüklerinin kabul edilmesi halinde mümkündür¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Bir görüşe göre, iflas idaresini teşkil edenlerin kamu görevi gördükleri kabul edilmelidir. Zira Kanun, iflas idaresini teşkil eden kimselerin iflas idaresini oluşturan alacaklılar tarafından belli nitelikteki kimseler arasından seçilebilmelerine açıkça cevaz vermiştir. Böylelikle “*iflas idaresini terkip eden zevatla Devlet beyinde hususi bir âmme hukuku rabıtası teessüs eylemiştir.*” Kanun özellikle görev ve sorumluluk yönünden iflas dairesi memuru ile iflas idaresine üye kimse arasında fark gözetmeyerek, bunların iradesine hukukî tasarruf değeri tanıdığından, bunların kamu

Bu konuda Yargıtay uygulaması genellikle özel kanunlardaki “*memur gibi cezalandırılır*” şeklindeki hükümlerin somut olay çerçevesinde TCK’da öngörülen kamu görevlisi tanımına göre ele alınarak¹⁶⁰, fail hakkında yeniden bir değerlendirme yapılması yönündedir.

Özel kanunlarında bazı suçlar yönünden açıkça fail olabilecekleri kabul edilen kimselerin - bu tartışmaya girilmeksizin - sözü edilen suçlardan sorumlu tutulacaklarının kabulü gerekir¹⁶¹. Örneğe, özel kanunlarında, suçun unsurları olduğu takdirde görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulacağı açıkça düzenlenen personelin, anılan suç bakımından fail olup olamayacağının ayrıca incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

Bir diğer açıdan bakıldığında¹⁶² ise, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış

görevi gördüklerinin kabulü gerekir. **ERMAN**, s. 269.

¹⁶⁰ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 47.

Örneğe, Yargıtay 4. CD.’nin 24.10.2007 tarih, E.2007/6317, K. 2007/8374 sayılı Kararı’nda, “132 sayılı Türk Standartları Kuruluş Yasası’nın ... 13. maddesinde ise ‘Türk Standartları Enstitüsünün malları Devlet malı sayılır. Bu mallar aleyhine cürüm işleyenlere bu cürümlerden dolayı Devlet memurları hakkında tatbik edilen ceza hükümleri uygulanır’ hükümleri yer almaktadır. Yasa Yararına Bozma isteğinde irdelenmesi gereken öncelikli sorun şüphelinin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağıdır. ... Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Yasasının 1. ve 2. maddeleri hükümlerine göre, yasa koyucunun, anılan kurumu yerine getirmekle yükümlü kıldığı hizmetin, kamu adına yürütülmesinde yarar görerek söz konusu yasal düzenlemeyi yaptığı anlaşılmaktadır. Bu durumda anılan kurumun yerine getirdiği hizmetin kamusal faaliyet ve kurum yönetim kurulu başkanı olan sanığın da kamu görevlisi sayılması gerekmektedir. 132 Sayılı Yasanın 13. maddesi hükümlerinin uygulanması yönündeki görüşün de suç ve 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının yürürlük tarihleri karşısında geçerliliği bulunmamaktadır.” denilmektedir. Kararları aktaran **ÖZEN / TOZMAN**, s. 48.

¹⁶¹ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 738 - 739.

¹⁶² **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 53; **ÖZEN / TOZMAN**, s. 47; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 53; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 746; **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 53.

1512 sayılı Noterlik Kanunu’nda bu yöndeki atıfların geçerliliği hakkında ayrıca bkz. **ÖZEN**, Muharrem, Noterler, s. 25.

sayılır.” hükmü ve TCK’nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin gerekçesi dolayısıyla özel kanunlarda kişilerin fiillerinden memur gibi sorumlu tutulmalarına yönelik olarak yer verilen hükümlerin işlerliklerini korudukları söylenebilir.

Kaldı ki, KİT personeli veya ceza hukuku bakımından durumlarının belirlenmesine çalışılan görevlilerin haklarında bu amacı teminen getirilen düzenlemelerde esasen, ceza hukukunda kabul edilenden bağımsız nitelikte bir *“kamu görevlisi / memur”* kavramı tanımlanmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu atıflarda TCK’nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer verilen kamu görevlisi tanıma aykırı bir durum yaratılmaz, aksine özel kanunlarda bu türden olmak üzere yer alan hükümler sadece suçun failinin ceza hukuku uygulamasında memur sayılması veya memur gibi cezalandırılması anlamına gelir¹⁶³. O halde, 5252 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesinde yer alan ve diğer kanunların Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerine aykırı hükümlerinin yürürlüğüne ilişkin bulunan düzenleme bu hükümler yönünden uygulanabilir değildir¹⁶⁴.

Yargıtayın özellikle TCK’nın 5. maddesinin yürürlüğünün ertelendiği 31 Aralık 2008 tarihinden önce olmak üzere - muhtemelen söz konusu ertelemeyi dikkate alarak - verdiği kararlarında, özel kanunlarında *“memur gibi cezalandırılmaları”*na ilişkin hüküm bulunan kimselerin TCK karşısında da kamu görevlisi gibi kabul edilerek bu çerçevede cezalandırılacağı görüşüne rastlanmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶³ ÖZEN / TOZMAN, s. 47.

¹⁶⁴ GÖKCAN, s. 46; GÖKCAN / ARTUÇ, s. 53.

¹⁶⁵ Yargıtay 5. CD.’nin 24.9.2007 tarih ve E. 2007/7962, K. 2007/6671 sayılı Kararı’nda, “5237 sayılı Yasadaki kamu görevlisi kavramının ‘devlet memuru’ kavramını da içermesi, aynı yasanın 5. maddesinin yürürlüğünün 5560 Kanun ile 31 Aralık 2008 tarihine ertelenmiş bulunması, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1. maddesi ile 1163

Kanaatimizce, TCK'nın 5. maddesi ile 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin gerekçesi karşısında, özel yasalarına göre faaliyet gösteren kuruluşlarda çalışan personelin sıfatlarının tayininde, TCK'nın genel hükümlerinde tanımlanan kamu görevlisi kavramının özel yasalar bakımından da bağlayıcı olduğu dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması doğru görünmektedir. Buna göre, kamu görevlisi sıfatının belirlenmesi gerektiği durumlarda, TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen kriterler dikkate alınmalıdır. Eğer özel yasası ile faaliyet gösteren kuruluşun bu faaliyetinin kamusal nitelikte olduğu anlaşılıyor ise, zaten TCK'nın anılan bendi uyarınca, ilgili kuruluşun tüm personeli kamu görevlisi olduğundan, bu tür hükümlere gerek kalmaksızın, kamu görevlilerinin işleyebilecekleri suçlardan ötürü cezalandırılacakları ve kendilerine karşı işlenen suçlarda da sıfatlarının dikkate alınacağı açıktır¹⁶⁶.

Öte yandan, yürüttükleri faaliyet kamusal nitelikte olmamasına karşın, görevleri ile bağlantılı olarak veya kurum malları aleyhine işledikleri suçlarda kamu görevlileri gibi ceza görmeleri istenen personelin, özel yasalarında haklarında bunu teminen ihdas edilen hükümlerin, yeni bir memur - TCK bakımından kamu görevlisi - tanımı yapmadığı düşünüldüğünde, yürürlüklerini korudukları söylenebilir. Nitekim bu nitelikteki hükümler, TCK'nın 6. maddesi ile açıklanan kamu görevlisi sıfatının tayinine ilişkin olmadığından, bu hüküm ile getirilen esaslara da aykırılık teşkil

sayılı Kooperatifler Kanununun 62. maddesinin '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 memuru gibi ceza görürler.' hükmü karşısında, kooperatif yönetim kurulu üyesi olan sanığın oluğa uygun olarak işlediği kabul edilen kooperatife ait 5.000.000.000 TL.yi 32 gün süreyle kullanıp iade etme eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 247/3. maddesine uyan kullanma zimmeti suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç niteliğinde yanılığa düşülerek güveni kötüye kullanmaktan mahkumiyetine karar verilmesi," denilmektedir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 739.

¹⁶⁶ Aynı görüşte GÖKCAN / ARTUÇ, s. 54 vd; GÖKCAN, s. 46 vd.

etmezler. Bu hükümlerle yalnızca, kanun koyucunun söz konusu personelin *“cezalandırılma yönünden kamu görevlisine benzetilmesi”*¹⁶⁷ iradesi ortaya konulmaktadır.

Dolayısıyla kanaatimizce, 5252 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrası ile 5237 sayılı Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin gerekçesi karşısında, kamu görevi görmemelerine karşın, özel yasalarında görevleri ile bağlantılı olarak veya kurum malları aleyhine işledikleri suçlarda kamu görevlileri gibi cezalandırılmaları düzenlenen personelin bu suçlarından dolayı, 5237 sayılı Kanun bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılmalarının mümkün olduğu görüşü iştirak edilebilir bulunmaktadır.

Görüşümüzün somutlaştırılması bakımından, bu başlıkta son olarak statüleri kuruluşlarından beri tartışıla gelen KİT personelinin Türk Ceza Kanunu karşısındaki durumuna değinilmesinde fayda görülmektedir. 399 sayılı KHK’nin 11. maddesinde kamu iktisadi teşebbüsünün personelinin cezai sorumluluklarına ilişkin olarak yer alan hükmün iptal edilmesi üzerine, 11 Şubat 1992 tarih ve 21139 sayılı RG’da yayımlanarak 13 Şubat 1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile personelin cezai sorumluluğu yeniden düzenlenmiştir. Buna göre maddede, *“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

¹⁶⁷ GÖKCAN / ARTUÇ, s. 56; GÖKCAN, s. 49.

ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır.” hükmüne¹⁶⁸ yer verilmiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ KİT personelinin memur gibi cezalandırılmasında mevzuat ile yapılan değişikliklerin kısa değerlendirmesi hakkında bkz. UTKU, s. 104 - 105.

Öğretide, 3771 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, KİT personelinin, daha önce memurlar gibi cezalandırılmayacakları bazı suçlar yönünden de bu şekilde cezalandırılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, daha önce bağlı oldukları kuruluşların parası ve malları ile diğer varlıkları hakkında işledikleri görevi savsama ve kötüye kullanma suçlarından memur gibi cezalandırılabilmekte iken, değişiklikten sonra eylemlerinin türüne bakılmaksızın bu suçlarda sorumlulukları yoluna gidilebileceğine de dikkat çekilmiştir. Bkz. ÇETİN, s. 79.

Yargıtay CGK.'nin söz konusu değişiklik öncesinde verdiği 27.12.1989, 10-69 YKD. 1989/10 sayılı Kararı'nda, “Tekel İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personel, suç tarihinde yürürlükte olan 233 sayılı YHK'nın 46/2 ve 309 sayılı YK. İlşe değişik 47/b maddelerinde yazıldığı gibi 'kurumun paralarına, para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işlenen suçlarla bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterler üzerinde işlenen suçlar', dışında memur sayılmaz. Fabrika müdürü olan sanığın eylemi yönetmelik hükümlerine aykırı olarak fabrikaya işçi almaktır. Ancak disiplin kovuşturması gerektiren bu eylemde sanık memur sayılamayacağından TCY'nin 240. maddesi ile cezalandırılmaz.” denilmektedir. ÇETİN, s. 81.

Yargıtay 4. CD.'nin değişiklikten sonraki 27.5.1997, 4280/4481 sayılı bir Kararı'nda, “Kamu iktisadi kuruluşu olan PTT işletme müdürü yakınının ceza yasası uygulamasında memur sayılamayacağı, ancak, 399 sayılı Yasa Hükmünde Kararnameye 3771 sayılı Yasa ile eklenen 11. maddesinin fıkrası uyarınca kimi eylemleri nedeniyle memurlar gibi cezalandırılabileceği gözetilmeden,” denilmektedir. ÇETİN, s. 89.

Yine Yargıtay 4. CD.'nin 23.5.1995 tarih, 2170/3495 sayılı Kararı'nda, “Bir iktisadi devlet teşekkülü olan Muş şeker fabrikası müdürlüğü elemanı ve olay tarihinde Tatvan Ziraat Bölge Şefliğinde sözleşmeli personel statüsünde çalışan mağdur H.T.'nin kedisine karşı işlenen etkili eylem suçunda ceza uygulamasında memur sayılamayacağı ... gözetilmeden” denilmektedir. ÇETİN, s. 92.

¹⁶⁹ Öğretide, 27.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki durum için, yasanın yalnızca özelleştirme programına alınan kuruluşların personelinin 279. madde anlamında memur sayılacağını ve bunların kuruluş malı hakkında ve yaptıkları görevden doğan suçlarda memur gibi cezalandırılacaklarını düzenlediği, program dışında kalanlara ilişkin bir düzenleme getirmediği, dolayısıyla kapsam dışında kalanların statüsünde bir değişiklik gerçekleşmemişken, bu kapsamda olanları görevleri sırasında işledikleri suçlar da dahil olmak üzere bütün suçlarda ve kendilerine karşı işlenen suçlarda memur sayılacakları belirtilmiştir. ÇETİN, s. 79 - 83.

Yargıtay 4. CD.'nin 13.07.2010 tarih, E.2010/8181, K.2020/13568 sayılı Kararı'nda, “THY A.Ş. 233 Sayılı ‘Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK’e kapsamında KİT iken, 22.08.1990 tarih ve 90/822 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile özelleştirilmesine karar verilmiş olup, suç tarihinde ve halen kamu payı %50'nin üzerinde olması nedeniyle kamu kurumu niteliğini koruduğu gerek 4046 SY. 7/3 maddesinin suç tarihindeki hali ve gerekse 23.01.2008 tarih 5728 SY ile değişik haliyle, ‘... özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personel, görevleriyle bağlantılı olarak işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılır ve ifa ettikleri görevlerden dolayı 5237 Sayılı TCY 2. kitap 3. kısım 4. bölüm ile 4. kısım 1. bölüm uygulanır.’ (Eski metin: 765 sayılı TCY 279. maddesinde yazılı memurlardan sayılır ve .. ifa ettikleri görevlerden dolayı 765 sayılı TCK 2. kitap 3 ve 6. bablardaki hükümler uygulanır) denilmesi karşısında;

THY, Atatürk Hava Limanı, dış hatlar servisinde yolcu hizmetlisi görevlisi olan sanığın ..., görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi gerekirken,” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

Böylece, kanun koyucu KİT personelinin işledikleri suçlarda memur gibi cezalandırılması yönündeki iradesini ortaya koymuş ise de, öğretide bunların cezai sorumluluğuna ilişkin görüş birliği bulunduğundan söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Gerçekten de, 765 sayılı TCK zamanında KİTlerin Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken işlerle meşgul olmadıkları gerekçesiyle personelinin memur sayılmasının mümkün olmadığı¹⁷⁰ ileri sürüldüğü gibi, bunun aksinin¹⁷¹ savunulduğu da görülmüştür. Anayasa Mahkemesi’nin de kimi zaman KİT personelinin “*asli ve sürekli kamu hizmetleri*”ni yerine getirdiğinden söz ederken¹⁷², kimi zaman da “*kamu bankalarının personelinin hizmetini genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinden*” saymadığı görülmektedir¹⁷³.

5327 sayılı Kanun sonrasında gelinen durum hakkında ise şöyle

¹⁷⁰ “İktisadi Devlet Teşekkülleri nasıl telakki edilirse edilsin, bu teşekküllerde istihdam olunan kimselerin bir âmme vazifesi eyledikleri asla kabul olunamaz. İktisadi Devlet Teşekkülleri müstahdemleri kendi irade ve fiilleriyle âmme hukuku sahasında bir hukukî tasarruf veya fiile vücut vermekte ve ya buna âmme hukuku usulüne tevfikân iştirak eylemekte değildirler ki, âmme vazifesi ifa etmiş sayılabilirler.... Her ne kadar iktisadi Devlet teşekkülleri mensuplarının muayyen suçlardan dolayı Devlet memuru gibi ceza görecekları 3460 sayılı kanunun 43 üncü maddesinde tasrih edilmişse de, bu keyfiyet sözü geçen kimselerin memur telâkki edilmelerini mucip olamaz.” **ERMAN**, s. 262; Aynı yönde **ÇETİN**, s. 39 ve 72.

¹⁷¹ Bu yöndeki görüşe göre, kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim şekli tamamen genel idare esasları çerçevesinde açıklanamaz. Hem kamusal hem de özel nitelik gösteren karma bir yönetim biçimleri vardır. KİT’ler kamu tüzel kişisi olup, kamu yararı için çeşitli kamu hizmetleri gördüklerinden işçileri dışında kalan personeli ile ilişkileri de kamusal nitelikli statülerin genel ve nesnel hükümlerine göre düzenlenmelidir. O halde genel idare usulüne uygun olarak kamu hizmeti görmedikleri gerekçesiyle personelinin memur veya kamu görevlisi saymamak doğru görünmemektedir. **PINAR**, s. 108.

¹⁷² Anayasa Mahkemesi KİT’lerle ilgili bir Kararı’nda, “*kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili kararlar idari nitelik taşıdığı gibi, asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getiren çalışanlar hakkındaki işlemleri de aynı niteliktedir. Yönetimle görevlileri arasındaki ilişki idare hukuku kurallarıyla düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir.*” demektedir. Aktaran **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, s. 924.

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi’nin 29.3.1988 tarih ve 19769 sayılı RG.’da yayımlanan 21.1.1988 tarih, E.987/1, K.988/2 sayılı Kararını aktaran, **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, s. 924.

Anayasa Mahkemesi daha sonra 18.1.1990 tarih ve 20406 sayılı RG.’da yayımlanan 8.9.1989 tarih, E.988/37 ve K.989/36 sayılı Kararı’nda, “*kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüslerinden biri*” olarak nitelendirdiği Ziraat Bankası’nın “*Devlete ilişkin kamu hizmetlerinin yürütülmesi görevi*”ni üstlenebileceğini belirtmiştir. Aktaran, **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, s. 924.

Öğretide, Anayasa Mahkemesi’ne 233 sayılı KHK ile yapılan değişiklikler ve 4046 sayılı Yasa ile KİK’lerin düzenlenmesi karşısında kabulünü yeniden gözden geçirmemesi nedeniyle eleştiri yöneltilmektedir. Bu konuda bkz. **GÖZÜBÜYÜK / TAN**, s. 925.

düşünülebilir: KİT'lerin kamu görevi görüp görmediğinin belirlenmesinde olumlu anlamda olmak üzere; kamu menfaati gözetilerek kamu hukuku usulleriyle kuruldukları, yöneticilerinden bazılarının kamu hukuku usulleri doğrultusunda atandığı ve - tartışmalı olmakla birlikte - yönetiminde genel idare esaslarının gözetildiği argumanları ileri sürülebilecektir. Öte yandan, aksi yönde olmak üzere; kimi faaliyetlerinin ve sundukları hizmetten yararlananlarla ilişkilerinin özel hukuk usulleri çerçevesinde yürütüldüğü veya iktisadi alanda faaliyet gösterdikleri argumanlarının savunulması da mümkündür.

Başlı başına bu konuda öteden beri var olan tartışmaları tüketmek, çalışmamızı sonuca ulaştırmak yönünden bir araç olmayacağından ve elbette çalışmamızın sınırlarına bağlı kalmak düşüncesiyle, burada KİT'lerin yürüttükleri faaliyetin niteliğine ilişkin tartışmalara değinilmeyeceği belirtilmelidir. Zaten bu noktada varmak istediğimiz sonuç da tam olarak, KİT'lerin kamu hizmeti mi yoksa kamu görevi mi üstlendiği tartışmalarına girilmesine gerek kalmayıp¹⁷⁴, personelinin TCK'nın 6. maddesinde belirtilen anlamıyla kamusal faaliyete katılmalarının bir sonucu olarak doğrudan "*kamu görevlisi*" kavramı kapsamında düşünülmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, 5237 sayılı Kanun yönünden kamu görevlisi olan KİT personeli hakkında özel düzenlemelerle getirilen "*ceza hukuku uygulamasında memur sayılmalarına*" ilişkin hükümlere gerek de kalmamıştır.

¹⁷⁴ Benzer yönde olmak üzere, TCK'da kamu görevlisini belirlemede kamu görevi - kamu hizmeti ayırımı benimsenmediğinden, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra KİT ve bağlı ortaklıklarında çalışan ve memur sayılacakları belirtilen personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" hükmü ile 657 sayılı DMK'nın 4. maddesindeki "*Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür*" hükmü karşısında özel hukuk hükümlerine tabi olsalar bile kamu görevlisi olarak cezalandırılabileceği belirtilmiştir. **MERAN**, Zimmet – Rüşvet, s. 20.

V. SUÇUN MAĞDURU

Mağdur¹⁷⁵, suçun hukuki konusunun hamili olan ve suçun varlığı bakımından zorunlu görülen ihlalin de doğrudan muhatabı olan kişidir¹⁷⁶. Suçtan zarar gören kavramı ise mağdur kavramını da kapsamakla birlikte bundan daha geniştir. Suçun işlenmesinden hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal olunan kimse suçtan zarar göreni ifade eder¹⁷⁷. Ancak suçtan zarar gören ile suçun mağduru her zaman aynı kimseler olmayabilirler. Örnek vermek gerekirse, kasten yaralama suçunda mağdur vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse iken, bu kişinin annesi ve babası ancak suçtan zarar görenlerdir.

765 sayılı mülga TCK bakımından suçun doğrudan mağduru kamu idaresi¹⁷⁸, dolaylı mağduru ise devlet ya da kamu kuruluşları¹⁷⁹ olarak kabul edilmekte idi. 5237 sayılı Kanun bakımından ise şöyle düşünmek gerekir: Görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresinin işleyişine ve güvenilirliğine karşı işlenen bir suçtur. Bu suçun konulmasıyla kamu görevinde disiplin sağlanarak kamu görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket edilmesi ve kamu idaresinin düzenli şekilde işlemesi temin edilmeye çalışılmaktadır¹⁸⁰. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kamu

¹⁷⁵ 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK ile hem mağdurun korunması ve suçun işlenmesinden kaynaklanan zararlarının giderilmesine yönelik hem de ceza muhakemesine etkin bir şekilde katılmasını teminen getirilen düzenlemeler ile mağdurun ceza mevzuatındaki konumu güçlendirilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **KOCA**, Mahmut / **ÜZÜLMEZ**, İlhan, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, İstanbul Temmuz 2006, s. 141 vd.

¹⁷⁶ **HAFIZOĞULLARI**, Zeki / **ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş İşlenmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 233. Çok genel anlamıyla mağdur “*bir eylemden doğrudan doğruya zarara uğrayan kişiler*” olarak tanımlanabilir. **AÇIKGÖZOĞLU**, Muhammet, Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, 1. Basım, Adil Yayınevi, Yayın No: 106, Hukuk Yayınları Dizisi: 104, Ankara 2000, s. 13.

¹⁷⁷ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 308.

¹⁷⁸ Riccio, 1955, s. 391, No. 4’den aktaran **CİHAN**, s. 186,

¹⁷⁹ Manzini, 1921, V, s. 152, III’den aktaran **CİHAN**, s. 186.

¹⁸⁰ **ERMAN / ÖZEK**, s. 208; **CİHAN**, s. 183; **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 250.

faaliyetlerinin eşitlik ve liyakatlılık yönünden adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güven ve inancın sarsılmaması gerekir¹⁸¹.

Dolayısıyla aşağıda suçun hukuki konusuna ilişkin açıklamalarımız içerisinde tekrar değinileceği üzere görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusu kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir şekilde yerine getirilmesine ilişkin devlet ait menfaat olduğundan¹⁸², suçun pasif sujesi (mağduru) da söz konusu menfaatin ait olduğu devlettir¹⁸³. Suçun mağduru¹⁸⁴ kamu görevlisinin davranışına maruz kalan kişi olmayıp bizzahiti devletin kendisi olduğundan suçun işlenmesinden bireysel zarar gören kimse mağdur değil¹⁸⁵, zarar göreni olarak kabul edilebilir¹⁸⁶.

¹⁸¹ Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

¹⁸² **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 301.

¹⁸³ **OKUYUCU ERGÜN**, Görev Kötüye Kullanma, s. 140 - 141.

Öğretide, “*kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine*” karşı işlenen bir suçta pasif sujenin devlet olduğu ifade edilmektedir. **YALÇIN SANCAR**, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 70, Mayıs - Haziran 2007, s. 256

¹⁸⁴ Başka bir görüşe göre ise, görevi kötüye kullanma suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. **GÖKCAN**, s. 60 - 61; **ŞIK**, s. 120; **KILIÇ**, Memun, 5237 Sayılı TCK’da Rüşvet Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 88. Zira, suç ile kamu idaresinin liyakat ve disiplin içerisinde yürütülmesi menfaati toplumun tümünü ilgilendirmektedir. **ÖZGENÇ / ŞAHİN**, s. 199.

Öte yandan, öğretide, kamu görevlisinin davranışının kamunun zararına neden olması halinde kamu idaresinin de suçun mağduru ve aslında 5237 sayılı Kanun sistematigi gereğince suçtan zarar gören olacağı da savunulmuştur. **GÖKCAN**, s. 61. Esasen bu yöndeki görüşün, tüzel kişilerin ve bu arada devletin suçun ancak zarar göreni olabileceği kabulünün bir sonucu olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 208; Aynı yönde ve ayrıca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile mağdur ve zarar gören konusunda getirilen yenilikler hakkında bkz. **YILMAZ**, Zekeriya, 5560 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2007, s.105 vd.

Devletin suçun mağduru olabileceği hakkında aksi yöndeki görüş için bkz. **DÖNMEZER**, Sulhi / **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta, İstanbul 1999, s. 427 - 428.

¹⁸⁵ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 766; **PAGLIARO**, Antonio, Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano 1998, s. 232’den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 141.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, işlenen suç dolayısıyla belirli bir kişinin mağduriyetine yol açılmış olması halinde bu kişinin de suçun mağduru sıfatını taşıdığı kabulü gerekir. **ÖZGENÇ/ŞAHİN**, s. 199 - 200.

¹⁸⁶ Yargıtay da kimi kararlarında isabetli olmayan bir şekilde belirli bir kimseyi suçun mağduru olarak kabul etmektedir. Yargıtay 5. CD.’nin, 3.07.2007 tarih, E.2007/2745 ve K.2007/5667 sayılı Kararı’nda, “*Kanser olma riski bulunan ancak çok acil müdahaleye gereksinim duymadığı anlaşılan mağdurun bir başka doktor veya sağlık kuruluşuna başvuru olanağı varken, ayrıca*

VI. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu, “ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı ‘şey’”¹⁸⁷ olarak tanımlanabilir¹⁸⁸. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu bakımından suçun hukuki konusunun “kamu görevinde disiplinin câri olmasını sağlamak suretiyle kamu idaresine zarar gelmesini önlemek” olduğu ifade edilmekteydi¹⁸⁹.

5237 sayılı Kanun yönünden görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusuna gelince¹⁹⁰, bir kamu görevini üstlenen kimsenin bu faaliyeti yürütürken görevin gerekli kıldığı yükümlülöklere uygun hareket etme zorunluluğu bulunduğu açıktır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de “kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerekse liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğu hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçunun düzenlenmesi ile korunan hukuksal değerin “kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaat”¹⁹¹ olduğu¹⁹² kabul edilmelidir.

hastanede gerçekleştirilecek operasyon için istenen paranın yasal olmadığını bilmesine rağmen, sanığın teklifini kabul ederek para vermesi olayında, ...sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturacağı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması” denilerek belirli bir kimseden mağdur olarak bahsedilmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

¹⁸⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 225.

¹⁸⁸ Öğretide “hukuksal değeri” olarak da ifade edilebilen hukuki konu kavramı ilk kez, teşebbüsün yapılan hareketin hukuken değeri kabul edilen koşulları ve yararları ihlal etmesi nedeniyle cezalandırıldığının açıklanmasında, “hukukun tüm bu yararlarının ‘hukuksal değeri’ terimiyle adlandırılacağı” ifade edilerek ortaya konulmuştur. BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretungen, Bd: I, 1 Auflage, Leipzig 1872, sh. 189’dan aktaran ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değeri, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Ocak 2003, s. 48.

¹⁸⁹ ERMAN / ÖZEK, s. 208.

¹⁹⁰ Bu konuda bkz. “Mağdur” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁹¹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara Eylül 2010, s. 301. Aynı yönde, ÖZEN, Muharem, Noterler, s. 46.

¹⁹² Öğretide, suçun hukuki konusu “kamu görevlilerinin görevinin gereklerine uygun olarak hareket

İtalyan ceza hukukunda, suçun tipik fiilinin kişilere de zarar vermesi durumunda kamu idaresinin düzgün işlemesine ilişkin devlete ait menfaatten başka söz konusu kimselerin de menfaatine de zarar verdiği, dolayısıyla suçun hukuki konusunun birden fazla olduğu dile getirilmiştir. Buna göre, suçun öngörülmesiyle korunan hukuki menfaat bir yandan devlete ait bu menfaat iken, diğer yandan “*kamu görevlisinin gayrimeşru ve haksız davranışlarına karşı anayasal garanti altına alınan bireysel varlık veya menfaat*”tir¹⁹³. Oysa bir suçun birden fazla hukuki varlık veya menfaati ihlal etmesi durumunda birden fazla hukuki konusu olduğunun değil, bunlardan üstünlük ölçütüne göre belirlenecek olanının¹⁹⁴ suçun hukuki konusu olduğunun kabulü gerekeceğinden bizce bu görüşe iştirak etmek mümkün görünmemektedir.

VII. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusunu “*tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şahıs veya şey*” oluşturur¹⁹⁵. Bazı suçlarda suçun mağduru ile maddi konusu

ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içerisinde kullandıkları hususunda toplumda hakim olan güven duygusu” şeklinde de tanımlanmıştır. **ÖZGENÇ / ŞAHİN**, s. 195.

¹⁹³ Benussi, I delitti dei pubblici ufficiali, s. 560 - 561’den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 140, dn. 4.

Türk Hukuku bakımından da öğretide benzer şekilde, 5237 sayılı Kanun’da suçun “*kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar*” başlıklı bölümde düzenlenmiş olması ve suçun oluşumu bakımından zarar, mağduriyet ve kazanç sağlama öğelerinin aranması dolayısıyla; kamu idaresinin kanuna uygun işleyişinin yanısıra kamu görevlisinin görevini ifa ederken idareye ve kişilere zarar vermemesinin, mağduriyete yol açmamasının suçla korunan hukuki değerler arasında kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre suçun düzenlenmesi ile korunan hukuki değerler, bir yandan bireylerin hakları bir yandan da kamu idaresinin yararını kapsar şekilde anlaşılmalıdır. **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1999, s. 521; Aynı yönde **GÖKCAN**, s. 58; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 7231.

¹⁹⁴ **TOROSLU**, Nevzat, “İftira Cürmünün Hukuki Konusu” AÜHFD, C. XXXVII, S. 1 - 4, 1980, s. 109 - 110; Aynı görüşte, **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 140, dn. 4.

¹⁹⁵ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 93; **DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara Kasım 2009, s. 504.

Bir başka görüşe göre, suçun maddi konusu “*suçun üzerinde işlendiği eşya veya kişinin maddi, fiziki yapısı*” olarak tanımlanabilir. **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 203.

örtüşebilmekle birlikte bu ikisi birbirinden farklıdır¹⁹⁶. Mağdur ile suçtan zarar göreni kıyaslarken verilen örnek üzerinden devam etmek gerekirse, kasten yaralama suçunda mağdur yaralanan kimse, yaralama suçunun konusu ise yaralanan kimsenin vücududur.

Yine suçun hukuki konusu ile maddi konusu arasında genellikle doğrudan doğruya bir bağlantı olmakla birlikte bu iki kavram da birbirinden farklıdır¹⁹⁷. Yaralama örneğinde denilebilir ki, suçla korunan hukuki değer kişilerin vücut dokunulmazlığı iken, suçun maddi konusu yaralanan kimsenin vücududur.

Görevi kötüye kullanma suçunun maddi konusunun maddede yer alan fıkralarda öngörülen neticelere göre değişebileceğini söylemek doğru olacaktır. Örneğin; kamu görevlisinin bir kimseye haksız kazanç sağlaması halinde maddi konunun, kişiye sağlanan ve suçun üzerinde işlendiği malvarlığı, ekonomik bir hak veya bu hakka yol açan bir statü hakkı, vb. olduğu söylenebilir¹⁹⁸.

¹⁹⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 310.

¹⁹⁷ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 506 - 507.

¹⁹⁸ GÖKCEN, s. 61; YAŞAR / GÖKCEN / ARTUÇ, s. 7237 - 7238.

İKİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

I. MADDİ UNSUR

A. Davranış

5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketli suçlardandır¹⁹⁹. Bir başka deyişle, suçun oluşumu için failin davranışının tipik sonuç yönünden nedensel bir değer taşıması yeterli kabul edilmektedir²⁰⁰. 257. maddenin üç fıkrasında da failin farklı nitelikteki davranışlarının görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı düzenlenmiş ancak bunların neler olduğu tek tek sayılmamıştır. Belirtilmelidir ki, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında failin farklı nitelikteki davranışlarına yer verilmesinden yola çıkılarak bu başlıkta suçun “davranış” unsurunun sözü edilen üç fıkra bakımından ayrı ayrı incelenmesi tercih edilmiştir.

1. TCK Madde 257/1 Açısından

a. Görevli Olmak

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için failin görevinin gereklerine aykırı davranması gerektiğine göre, söz konusu aykırılığın görev alanına ilişkin olmasının öncelikle²⁰¹ aranması da tabiidir²⁰².

¹⁹⁹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 172.

²⁰⁰ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 118. Bir suçun bağlı suç olarak kabul edilmesi için ise kanuni tanımında hareketin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinin belirlenmesi aranır. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 172; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 214

²⁰¹ Bir görüşe göre, “Yerine Getirmeme Suçları” bakımından, kamu görevlisinin yaptığı işin veya

Görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevlisi fail tarafından kötüye kullanılan şey esasen sahip olduğu yetkidir²⁰³. Ancak söz konusu yetkinin kötüye kullanılması için de failin görevli olmasının şart olduğu açıktır²⁰⁴. Madde gerekçesinde²⁰⁵ bu husus “görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen fiilin, kamu görevlisinin görevi alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir.” şeklinde dile getirilmiştir.

fiilin görevi ile ilgili olması suçun ön şartı sayılmalıdır. **ERMAN / ÖZEK**, s. 157 - 158; Aynı yönde **BEVİLACQUA**, Benedetto, I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Vol. I, Milano 1958, s. 854’den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 145, dn. 22.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, görevi kötüye kullanma suçunda failin öngörülen davranışının görevinin gereklerine aykırı hareket etmekten ibaret olduğu dikkate alındığında, bu hususun 5237 sayılı Kanun’un 257. maddesi bakımından bir ön şart olduğunun kabulü doğru görünmemektedir. **OKUYUCU ERGÜN**, s. 145, dn. 22. Nitekim, davranışın ön şartlarının “davranışa öngelen, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan hukuki ya da fiili durumlar” olarak tanımlanması mümkündür. **MANTOVANI**, Ferrando, Diritto Penale, parte generale, 2001, Padova, s. 140’tan aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 145, dn. 22. Bir başka deyişle bir davranışın ön şartı bulunduğundan söz edilebilmesi için, suç fiilinden önce gelen ve ondan bağımsız nitelikte bulunan, hukuki veya fiili olup kanunun öngördüğü fiile yabancı olmayan, suçun yapısına dahil ve asli unsurlar bulunması gerekir. **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 110. Buna göre, kamu görevlisi failin davranışına dahil olan, davranışın dışında olmayan “kamu görevlisinin görevine giren bir işin bulunması” unsuru davranışın ön şartı olarak kabul edilemeyecektir. **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 145, dn. 22.

²⁰² **ERMAN / ÖZEK**, s. 209; **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 302; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5021; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 948; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 748 - 749.

Yargıtay 4. CD.’nin, 04.02.2010 tarih, E.2009/24, K.2010/4 sayılı Kararı’nda, “Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sanıkların üzerine atılı görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi için ilk koşul, failin o konuda bir görevinin bulunmasıdır. O tarihte cezaevinden sorumlu C. Savcısı olan sanık Ö.B.’ün nöbetçi de olmaması nedeniyle meydana gelen olayla ilgili soruşturma yapma yetkisi ve olayın Emniyete intikal ettikten sonra takip yükümlülüğü ve görevi bulunmamaktadır. Bu nedenle sanık Ö.B.’ün üzerine atılı görevi kötüye kullanma suçunun ‘yapması gereken bir görev bulunması’ unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle CMK’nın 223/2-a maddesi uyarınca beraatine,”denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²⁰³ **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 297 vd; **DÖNMEZER**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 149.

Hatta bu çerçevede, kamu görevlisinin kötüye kullandığı şey kamusal güç ve yetki olduğundan, suçun başlığının da “görevde yetkiyi kötüye kullanma” olarak belirlenmesinin daha doğru olduğu da ifade edilmiştir. **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 267 - 268; **CİHAN**, s. 191; **ÖNDER**, Özel Hükümler, s. 210 - 211; **ÖZGENÇ / ŞAHİN**, s. 196. Suçun bu şekilde adlandırılması önerisi, uygulamada kimi zaman yerini bulmuş olmakla birlikte, öğreti ve uygulamada yaygın olarak benimsenmiş de değildir.

²⁰⁴ **MERAN**, Zimmet – Rüşvet, s. 300.

Yargıtay 4. CD.’nin 19.10.1955 tarih, 16314/16466 sayılı Kararı’nda, “Kaloriferli hastahannede yatıp kalktığı cihetle hakkı olmadığı halde yakacak zammı almak suretiyle vazifesini suistimal etmek ve ...bulunmaktan maznun hastahannede başhekim doktor ...nın ...;

1- Hakkı olmadığı halde yakacak zammı almanın vazife ile ilgisi bulunmadığı ve tazmini gerektirmesi itibarıyla hukuki bir mahiyet arz ettiği gözetilmeden maznunun bu hareketinden dolayı 240 ıncı madde ile mahkûmiyet, cihetine gidilmesi,” denilmektedir. **ERSİN**, Halis, Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi Emsal Kararları, Akın Matbaacılık, Ankara 1957, s. 172 - 173.

²⁰⁵ Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

Gerçekten de, fail kendisinde bulunmayan bir yetkiyi kullanarak mutlak yetkisizlik halinde bulunduğunda görevini kötüye kullanmasından da söz edilemeyecektir²⁰⁶. Kamu görevlisinin görev alanına girmeyen bir konuda bulunacağı tasarrufun olsa olsa Türk Ceza Kanunu'nun 262. maddesinde düzenlenen “*kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi*” suçunu oluşturabileceği düşünülebilir ise de, görevin kötüye kullanılması suçunu oluşturmayacağı²⁰⁷ söylenmelidir²⁰⁸.

²⁰⁶ Kunter bu konuda, Manzini ve Levi gibi yazarlarla aynı yönde olmak üzere kullanılması mümkün olmayan bir şeyin kötüye kullanılması da mümkün olmayacağından, kamu görevlisinin kendisinde bulunmayan bir yetkiyi kullanmasını, görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirmedini ifade etmektedir. **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 395. Aynı görüşte **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 268 - 269; **SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 2434 - 2435.

Aksi yönde görüş belirten Saltelli ve Romani di Falco gibi yazarlara göre, kamu görevlisi, kanunen kendisinde bulunmayan bir yetkiyi kullandığında görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Aktaran, **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 395.

Nitekim Yargıtay'ın bu yönde görüş belirterek daha sonra değiştirdiği 11.2.1942 tarih ve E. 1940/6, K.1942 sayılı İBK.'da, “*Maliye ve belediye tebliğ memurlarının makbuz itası suretiyle para ahz ve kabzına salahiyetleri bulunmamış olmasına göre, mükelleflerden vazife harici olarak vergi borçlarına mükabil aldıkları paraları zimmetlerine geçirmeleri Türk Ceza Kanununun 202 nci maddesinin şumulüne dahil olamayacağı cihetle işbu fil ve hareketlerin vazifeyi suistimal suçunu teşkil edeceğine ittifakla karar verilmiştir.*” denilmektedir. Aktaran, **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 268.

²⁰⁷ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5021; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 948.

Yargıtay 4. CD.'nin 29.11.2005 tarih, 9824/20516 sayılı Kararı'nda, “*İlçe Seçim Kurulu hizmetlisi sanığın suça konu dava dosyasını tanık Kamil B. 'e kendisinin incelemek üzere verdiğini söylemesi karşısında ilgili dosyayı vermeye yetkili olup olmadığı bu konuda resmi bir görevlendirmenin bulunup bulunmadığı, sanığın dosyayı verme tarihine göre araştırılarak ve görevlendirmeye ilişkin ilgili hakimlere de değinilerek sonucun göre hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,*” denilmektedir. Aktaran, **GÖKCEN**, s. 63.

Nitekim, 765 sayılı TCK bakımından da bu durumda “*nizama aykırı olarak memuriyeti ifa suçu*”nun oluşabileceği belirtilmekte idi. Bkz. **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 395; **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 268 - 269; **SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 2434 - 2435.

²⁰⁸ Öğretide, suç tipinde cezalandırılan görevin kötüye kullanılması olduğundan, görev alanına girmeyen bir tasarrufta bulunmasının “*memurluk nüfuzunun kötüye kullanılması*” olduğunu vurgulayan görüşler de bulunmaktadır. Bkz. **ERMAN / ÖZEK**, s. 209 - 210; **ÇETİN**, s. 726; **ÖNDER**, Özel Hükümler, s. 223.

Yargıtay 4. CD.'nin 01.04.2002 tarih, E.2002/2612, K:2002/5089 sayılı Kararı'nda da, “*Belediyede fen memuru olan sanığın inşaat yapan yakınana 'inşaatını yaptırarak olan Abdullah'a seni önerdim, bana 50 milyon ver' diyerek yakınandan para almaktan ibaret eyleminin, inşaat yaptıran kişilere taşeron önermek gibi yasal bir görevi bulunmaması nedeniyle görevin değil, memurluk sıfatının kötüye kullanılması olup, sıfatın kötüye kullanılmasının da TC. Yasasının 240. maddesinde yazılı suçu oluşturmayacağı gözetilmeden yazılı biçimde hükümlülük kararı verilmesi,*” denilmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

Öte yandan, kamu görevlisi kendisine tanınan yetkinin sınırlarını aştığında görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu söylenebilir²⁰⁹. Bu durumda nisbi yetkisizlik söz konusudur²¹⁰ ve kamu görevlisi esasen sahip olduğu bir yetkiyi kullanmakla birlikte, bu yetkiyi kullanma şekli yetkisinin sınırlarına uygun değildir.

Hemen belirtmelidir ki; bir kimsenin kamu görevlisi olması tek başına yaptığı işle görevli olduğunu kanıtlamayacağından, somut olayda her zaman yapılan işin kamu görevlisinin görevi kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç bulunur²¹¹. İşte bu değerlendirme, yani bir görevin varlığının araştırılması, failin yürüttüğü görevle ilgili bulunan yasadan başka yönetmelik, tüzük, genelge, emir ya da talimat gibi düzenleyici işlemler de dikkate alınarak²¹² gerçekleştirilmelidir.

b. Görevin Gereğine Aykırı Yapılması

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi, suçun maddi unsurunun davranış kısmına ilişkindir²¹³. Görev gereğine aykırı hareket genel anlamıyla; failin yürüttüğü kamusal faaliyetle ilgili olarak kendisine yüklenen

²⁰⁹ ÇAĞLAYAN, Türk Ceza Kanunu, s. 752; DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 268.

²¹⁰ DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 268.

²¹¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5021; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 948

²¹² MALKOÇ / MALKOÇ, s. 48; GÖKCEN, s. 65.

²¹³ Yargıtay 4. CD.'nin 15.12.1953 tarih, 12462/13389 sayılı Kararı'nda, "Belediyenin umumî vekili olmasına rağmen orman kanununa muhalefetten mahkûm ... ve ...na ücret mukabilinde temyiz arzuhalı yazmak suretiyle vazifesini suistimalden maznun Avukat nin olayın devlet dairesi aleyhinde dâva kabul ve takip veya bunlara iştirak mahiyetinde olmamasına binaen maznunun beraatine dair (Kütahya) Asliye Ceza Hâkimliğinden verilen 14/9/1953 günlü hükmün temyizen incelenmesi o yer C. Müddeiumumiliği tarafından istida edilmekle icabı müzakere olundu. Oluşa, kabule, kararın dayandığı gerekçeye ve vekâleti olmaksızın mücerred temyiz lâhiyası yazmadan ibaret bulunan fiilin dâva kabul ve takibi mahiyetinde bulunmaması itibariyle 4553 sayılı kanunun 38 inci maddesinin şumulü dışında kalmakta olmasına göre, itiraz yerinde görülmediğinden," denilmektedir. ERSİN, s. 169 - 170.

davranış normlarına aykırı hareket etmesini²¹⁴ ifade eder. Ceza hukuku yönünden kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi de kendisine kamu yararına kullanılmak üzere verilen yetkiyi “göreviyle ve kamunun yararına olarak değil, özel menfaat güderek kötüye kullanılması” olarak açıklanabilir²¹⁵. Öte yandan kamu görevlisinin yetkisini hukuka ve görevinin gereklerine uygun olarak kullanmakla birlikte, özel menfaat de gütmesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz²¹⁶.

Aslında, kamu görevlisinin görevine aykırı hareket etmesi görevde yetkisini kötüye kullanmasını²¹⁷ ifade etmekte olup, hareketin görevin gereklerine uygunluğu ya da aykırılığının tespiti de idare hukuku kuralları ile uygulamaya göre belirlenir²¹⁸. Bir başka deyişle kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun ya da aykırı hareket ettiği de görevdeki yetkisini kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü

²¹⁴ GÖKCAN, s. 66.

²¹⁵ Yargıtay CGK.’nin 11.12.2007 tarih, E.2007/4-227, K.2007/274 sayılı Kararı’nda, “Sanığın Cumhuriyet savcısı olarak soruşturmasını yürütüp dava açarak sonuçlandırdığı bir olayın tutuklu sanığı olan katılan Y.A.’ı bu suçtan tahliye olduktan sonra adliyedeki makamına çağırarak şahsi ilişki kurması, sıfatını kullanarak Z.H.N.’ı katılanın şirketinde işe yerleştirmesi, katılanın giyabi tutuklu olarak arandığı bir suçtan yakalandığında kendisine ayrıcalıklı davranılmasını sağlamak amacıyla Cumhuriyet savcısı olarak karakola gitmesi, kendisinin yürüttüğü ve katılan Y.’un sanık konumunda bulunduğu soruşturmanın mağduru olan H.T.’in alacaklı olarak elinde bulundurduğu 100.000 Amerikan Doları bedelli senedi katılan lehine geri almak için H.T.’i telefonla adliyedeki makamına çağırması, gelmemesi üzerine de katılanla birlikte işyerine gidip “bu borç M.’in borcu, Y.’un senedini geri ver yoksa senin için iyi olmaz.” biçiminde konuşarak senedi H.’den alıp katılana vermesi, katılanın tutuklanıp cezaevine girmesi üzerine kendisiyle savcı odasında görüşerek hakkındaki şikayeti geri almasını istemesi şeklindeki eylemler, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY’nın 240. maddesinde öngörülen ‘görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu’ oluşturmaktadır. Sanığın, görevi gereği kendisine tanınan yetkileri amaç dışında kullanarak kişilerin mağduriyetine neden olması ve ayrıca kişilere haksız kazanç sağlaması biçimindeki eylemleri suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçunu oluşturmaktadır.” denilmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

²¹⁶ RICCIO, Stefano, “Abuso di ufficio”, Noviss. Dig. It., Vol. I, Torino 1957, 107-120, s. 109’dan aktaran OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 147.

Bir başka tanıma göre ise, “görevi kötüye kullanma” kavramı, “kanunun, nizamların; hizmet ile ilgili veya tayin edilen şekillere aykırı olarak veya bunlara uygun olsa bile, gayrı meşrû bir maksadı istihsal için görevin yapılması” anlamındadır. EREM, Türk Ceza Hukuku, 8. Bası, Ankara 1968, s. 286’dan aktaran CİHAN, s. 187.

²¹⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 749.

²¹⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 158; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 749.

usul ve esaslar²¹⁹ ile idarî usul veya geleneklerden²²⁰ başka biçimde kullanıp kullanmadığına göre²²¹ tayin edilir²²². Bu durumda kanun koyucunun TCK'nın 257. maddesinde müeyyidesi olan ve ancak hükmü idarenin düzenleyici işlemi ile doldurulacak olan bir norm, yani bir açık ceza normu²²³ ihdas ihdas ettiği söylenebilir.

Çalışmamızda daha önce de değinildiği üzere²²⁴, 765 sayılı TCK'nın 240. maddesi davranış ögesinin belirsizliği yönünden eleştirildiğinden, TCK'da görevi kötüye kullanma suçu bakımından “*kişilerin mağduriyeti*”, “*kamunun zararı*” ve “*kişilere haksız kazanç sağlama*” hususlarının aranması ile maddenin kapsamı sınırlanarak eleştiriler bir ölçüde giderilmiştir. Öte yandan, failin “*görevinin*

²¹⁹ TOROSLU, Nevzat, Özel Kısım, s. 303; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5022; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 948 - 949.

²²⁰ ERMAN / ÖZEK, s. 158.

²²¹ Yargıtay 4. CD'nin 01.04.2010 tarih, E.2010/3, K.2010/12 sayılı Kararı'nda, “Yapılan yargılamaya ve tüm dosya içeriğine göre, C. Savcısı olan sanığın ateşli silah yaralanması nedeniyle ölümle sonuçlanan olay hakkında yürüttüğü soruşturmada, otopsi sonucu elde edilmesi umulan ölüm sebebi ile atış açısı ve atış mesafesinin belirlenmesine yönelik bulguların teknik ve bilimsel verilerle saptandığı, maktülde meydana gelen yaranın yeri itibarıyla çıplak bölge oluşu ve yara etrafında barut izi ve yanığı bulunmadığının belirlenmiş olmasına göre elbiselerin muhafaza altına alınmasının gerekmediği yönündeki değerlendirmenin oluşa uygun bulunduğu, soruşturmada elde edilen bu bilgilerin kanıt oluşturmaya elverişli olması, ölümün intihar veya kasıtlı ya da taksirli bir eylem sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğinin ancak diğer delillerle birlikte ele alınması gereken hukuki bir konu olduğu gözetildiğinde, sanığın klasik otopsi yapmaması ve elbiseleri muhafaza altına aldurmamasının iddia olunduğu gibi sağlıklı bir yargılama ve kuşkuyla giderecek sağlıklı bir sonuca ulaşma konusunda sıkıntı yaşanmasına sebebiyet verecek nitelikte bulunmadığı,” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²²² Burada bir görevin kapsamının belirlenmesinde gelenek (örf ve adet) unsurunun da belirleyici olmasına kanunilik ilkesi bakımından tereddütle yaklaşılmasının uygun olacağını düşündüğümüz belirtilmelidir. Gerçekten, “Yaptırımı, yapılan hareketin toplum tarafından onaylanmaması olan örf ve adetin “kanunilik ilkesi”nin geçerli olduğu ceza hukukunda kaynak değeri taşıması düşünülemez. Ancak, kanunların örf ve âdete yollamada bulunması hallerinde, örf ve âdet, dolayısıyla kaynak olabilir.” Hatta “örf ve âdete dayanarak suç ve ceza yaratılması yasağı”da kanunilik ilkesinin doğal bir sonucudur. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 103. Her ne kadar maddenin “görev”in anlaşılması bakımından sözü edilen yollamayı içerdiği ileri sürülebilir ise de bizce yine de bu husus tereddütsüz olarak kabul edilebilir görünmemekte, en azından tartışılır nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, bu ölçütün benimsenmesi kimi zaman failin aleyhine de sonuç doğurabileceğinden, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan söz konusu yasağın ihlal edilip edilmediği tartışılabilir.

²²³ Açık ceza normu ve kanun koyucunun TCK'nın 2. maddesinin gerekçesinde bu nitelikteki normların ceza hukuku düzeninden çıkartıldığını iddia etmesine karşın TCK'da açık ceza normlarının ihdas edilmiş olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 66 - 67.

²²⁴ Bkz. “Özel Hukuk Yönünden Suçun Yapısı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

gerekleri”nin her somut olayda kanunun yanı sıra, idarenin düzenlemeleri ve idarî usul ve gelenekler ile aydınlatılacak olması dikkate değerdir²²⁵.

Öğretide, Yargıtay kararları ışığında görevi kötüye kullanma suçuna elverişli fiiller ana başlıklar altında sayılmıştır. Üzerinde görüş birliğine varılan bir listenin varlığı söz konusu değilse de, genel olarak görev gereğine aykırılık teşkil edebilecek bu durumlara çalışmamıza katkı sağlayabileceği düşüncesiyle yer vermek istemekteyiz. Buna göre kamu görevlisinin,

- Kanunun koyduğu usul ve şartlara uymaması,
- Kanunun verdiği takdir hakkının amacı dışında kullanması,
- Kanuni yetkiyi aşması,
- Kanun ve düzene uygun olsa dahi, fiilin gerektirdiği şartlara aykırı davranması,
- Kanuna aykırı olarak verilen emri yerine getirmesi,
- Kendisi veya yakınları hakkında işlem yapmak durumunda kaldığında işi devretmesi gerekirken bunu yapmayarak lehe işlem tesis etmesi,
- Kendisine görevi dolayısıyla teslim edilen eşyayı usulsüz kullanması²²⁶.

²²⁵ Yargı kararlarında da failin görevinin gereklerinin belirlenmesinde idarenin düzenlemeleri ve idari geleneklerin belirlediği usul ve esasların tespit edilmesine çalışıldığı görülmektedir. Örneğe, Yargıtay CGK’nin 20.09.2005 tarih, E.2005/4-47 ve K.2005/104 sayılı Kararı’nda, sanık Ağrı Valisi L.Y.’nin sınır ticaretinde motorin tahsisatının aşılması suretiyle görevini kötüye kullanması ile ilgili bir davada, Yüksek Mahkeme’nin, sanığın suçlandığı hususların görevi içerisinde bulunmadığı yönündeki savunmasını değerlendirirken, görevli olup olmadığı ile görevinin gereklerinin neler olduğunun belirlenmesi yönünden aynı esasları gözettiği görülmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

²²⁶ **DURMUŞ**, Şükrü, Görevi Genel Kötüye Kullanma Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 4,

Yukarıda görevin varlığının belirlenmesine ilişkin açıklamalarımızda kamu görevlisinin görev alanında bulunmayan konularda gerçekleştirdiği eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmadığı belirtilmişti. Burada konunun, öğretide dile getirilen bir görüş aktarılarak genişletilmesinde fayda görülmektedir. Buna göre, kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırı davranması” kavramının, kamu görevlisi ile kamu idaresi arasındaki “memuriyet” ilişkisini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaması gerekir²²⁷. Dolayısıyla kurum hukukuna veya etik kurallara²²⁸ aykırı davranmak görev gereğine aykırılık teşkil etmez.

Öte yandan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20 Kasım 2007 tarihli bir Kararı’nda bu görüşe aksi yönde olmak üzere, kamu görevlisinin mesleki etik ilkelere uymamasının da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğine işaret etmektedir²²⁹.

2004, s. 1540.

²²⁷ GÖKCAN, s. 64; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 7240.

²²⁸ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 7242.

²²⁹ Yargıtay CGK.’nin 20.11.2007 tarih, E.2007/583, K.2007/244 sayılı Kararı’nda, “Hakimler ve savcıların görevle ilgili sorumluluklarının belirlenebilmesi için, görev ve yetkilerinin ne olduğunun bilinmesi ne kadar önemliyse, bu görev ve yetkileri hangi ilke ve esaslara göre yerine getirmeleri gerektiğinin bilinmesi de o derece önemlidir. Nitekim, yapılan eylemin ‘görevin gereklerine aykırı hareket’ olup olmadığının belirlenmesi, ancak görevin gereklerinin ne anlama geldiğinin doğru tespit edilebilmesi ile mümkün olabilecektir. Görevin gereklerinden ne anlaşılması gerektiği değerlendirilirken, hakim ve savcılara Anayasa ve yasalarla açıkça verilen görev ve yetkilerin yanında, bu görev ve yetkilerin kullanılması sırasında uyulması gereken ilkeler de gözönünde bulundurulmalıdır.

Hakimlerin/savcılarının görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor Yargı Etiği ilkeleri’dir. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce tüm hakim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır. ...

Şu halde; hakimler ve savcılar Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda hakim ve savcılar bağladığında da kuşku bulunmayan etik kurallara tabi olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCY’nin 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da

5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşması bakımından kamu görevlisinin idare hukuku kuralları ile uygulamaya göre belirlenen yetkisinin dışına çıkması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Kamu görevlisinin söz konusu yetkisinin dışında kalmakla birlikte takdir yetkisi çerçevesinde açıklanabilecek fiillerinin ise her zaman görevi kötüye kullanma teşkil ettiği de söylenemez. Yeter ki, kamu görevlisi kendisine tanınan takdir yetkisini keyfi kullanmış olmasın²³⁰. Kamu görevlisince takdir yetkisinin “*memura tanınmış olmasındaki ‘maksad’ın dışında kalan ve bu maksadın saptırıldığını ifade eden gayelerle*” kullanılması²³¹ halinde yetkisinin sınırlarını aştığı kabul edilebilir. O halde, takdir hakkının sadece keyfi değil amacı dışında kullanılması da görevi kötüye kullanma niteliğindedir²³².

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı, görevinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesinden kaynaklanmış da olabilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, söz konusu aykırılığın kamu görevlisinin görevinde göstermesi gereken özeni göstermemesi, bir başka deyişle özen eksikliğinden mi

yetki ve görevin ihmalinden ya da kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır.” denilmektedir. **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 300 - 313.

²³⁰ Bir görüşe göre, takdir yetkisi keyfilikten gerekçesi ile ayrılmaktadır. Zira, “*Kanuna uygunluk, âmme menfaati gibi esasları nazara almaksızın (mesela şahıs veya grup menfaati için) ittihaz edilen idarî bir karar keyfidir.*” **EREM**, Devlet İdaresi, s. 29; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 302; **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 386 - 387.

Yargıtay 4. CD.’nin 18.02.2010 tarih, E.2009/17, K.2010/6 sayılı Kararı’nda, “*Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı hareket etmesidir. Görevin gereğine aykırı davranış yasa ve diğer mevzuatla kamu görevlisine tanınan yetkinin aşılması, görevin yapılmasında yasanın öngördüğü şekil şartlarına uyulmaması, takdir hakkının amaç dışı kullanılması ve benzeri biçimlerde gerçekleşebilir. Ancak takdir yetkisinin salt yanlış kullanılması ve hatta yanlışlığın sonradan anlaşılıp işlemin geri alınması gibi durumlarda yetkinin kötüye kullanıldığından söz edilemez. Buna karşılık, takdir yetkisinin dini, siyasi sebepler, husumet, intikam alma, çıkar sağlama, zarar verme ve benzeri düşüncelerle kötüye kullanılması durumunda görev gereğine aykırı davranılmış olur.*” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²³¹ **ERMAN / ÖZEK**, s. 212; **SOYASLAN**, Özel Hükümler, s. 521 - 522.

²³² **ÇAĞLAYAN**, Türk Ceza Kanunu, s. 752.

Yüce Divan’ın 5.10.1948 sayılı Kararı’nda, “*takdir hakkının yerinde kullanılmasına göre, vazifenin suistimali bahis mevzu olamayacağına,*” denilmektedir. **GÖZÜBÜYÜK**, Kötüye Kullanma ve İhmal, s. 692.

yoka ihmal hususunda sahip olduğu bilinçten mi kaynaklandığıdır. Zira, aşağıda yeri gelince değinileceği üzere²³³, görevi kötüye kullanma suçu taksirle işlenemediğinden, failin salt dikkat ve özen eksikliği sorumluluğunu doğurmaz. Elbette, görevin gereğine aykırılığın faildeki dikkat ve özen eksikliğinden kaynaklandığının objektif olarak tespit edilmesi gerektiği açıktır²³⁴.

257. maddenin birinci fıkrasında kamu görevlisinin ne şekilde görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş sayılacağı belirtilmemiştir. Ancak, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak gerçekleştirdiği her hareketi yaptırımı bağlanmış da değildir²³⁵. Maddeye göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi, kişinin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması halinde cezalandırılabilir.

Bu başlıkta son olarak belirtilmelidir ki, kamu görevlisi görevinin gereklerini yerine getirmekle birlikte, görevinin icrası esnasında veya sonrasında göreviyle bağdaşmayan söz söyler veya bu nitelikte fiil gerçekleştirir ise, bunların görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu değil ancak başka bir suçun unsuru olduklarında bu suçu oluşturdukları kabul edilebilir²³⁶. Örneğin devlet hastanesinde çalışan bir doktorun, gece nöbetinde gelen hastayı muayene ettikten sonra, hastayı geç saatte hastaneye getirerek kendisini çalışmak zorunda bıraktıkları gerekçesiyle

²³³ Bu konuda bkz. aşağıda “*Manevi Unsur*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

²³⁴ Yargıtay 4. CD.’nin 22.6.2004 tarih, 8213/7971 sayılı Kararı’nda, “*Gümrük muayene memuru olan sanıkların, Fransa’dan getirtilip transit geçişle Suriye’ye çıkış yapmak için gönderilen ancak hurdalar ile değiştirilerek yurt içinde bırakılan biçerdöverleri kontrol ve tespit ederken, sonradan monte edilen seri numaraların sahte olup olmadığını anlayıp anlayamayacakları, özenli ve dikkatli bir şekilde yapılan incelemeyle biçerdöverlerin üzerinde hem sahte hem de orijinal seri numaralarının bulunduğunu fark edip edemeyecekleri hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre tüm kanıtların birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden,*” denilmektedir. YAŞAR / GÖKCEN / ARTUÇ, s. 7245.

²³⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5024; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 950.

²³⁶ GÖKCEN, s. 67.

hastanın yakınlarını tartaklaması halinde, şartları oluşursa kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması mümkün olacaktır.

c. Hareketin İcrai Nitelikte Olması

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. maddenin birinci fıkrası icrai hareketlerle işlenebilen bir suç tipi öngörmektedir. 765 sayılı mülga TCK “görevi ihmal” ve “görevi kötüye kullanma” suçlarını ayrı maddelerde düzenlemiş iken 5237 sayılı Kanun’da, ihmali davranışla gerçekleştirilen görevi savsama suçu ile icrai hareketlerle gerçekleştirilen görevi kötüye kullanma suçu ayrı fıkralarda olmak üzere bir madde altında toplanmıştır. Gerçekten de, söz konusu maddenin birinci fıkrasında failin görevinin gereklerine aykırılığı icrai hareketleriyle gerçekleştirmesi, ikinci fıkrasında ise görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi suç olarak düzenlenmiştir.

Bu başlıkta incelenmekte olan birinci fıkra uyarınca fail, icrai hareketi ile aktif ve etkin bir eylemde bulunmaktadır²³⁷. Buna göre failin icrai bir hareketinden söz edilebilmesi için bir şey yapması, bir eylemde bulunması aranır. Örneğin icra müdürünün, bir icra dosyasında haciz müzekkeresini tebligata çıkarmaması ihmali hareketine örnek iken, müzekkereyi bilerek farklı bir adrese tebligata çıkarması icra müdürünün icrai hareketine örnek²³⁸ teşkil eder.

²³⁷ Yargıtay 4. CD.’nin 5.4.2006 tarih, E. 2004/3944 ve K. 2006/9086 sayılı Kararı’nda, “*Sanık Avukatın, katılan borçludan tahsil ettiği 500 milyon TL.yi icra takip dosyasına bildirmeyerek, alacağın tamamı üzerinden faiz hesaplayıp icra takibine devam etmek suretiyle icrai harekette bulunarak katılanın mağduriyetine yol açmaktan ibaret eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi,*” denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

²³⁸ Yargıtay 4. CD.’nin 12.3.2008 tarih, E. 2006/8819 ve K. 2008/3265 sayılı Kararı’nda, “*Posta tebligat görevlisi olan sanığın, mahkemelerce yakınan Mustafa adına çıkarılan tebligatları yasa da belirtilen yönteme uymadan kardeşi ve muhtar vekiline vererek görevinin gereklerine aykırı davranma biçimindeki icrai nitelikli eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nın 257/1.*

İşte birinci fıkrada failin bu niteliği haiz aktif hareketleri suçu oluşturmaya elverişli hareketler olarak kabul edilir. Nitekim fıkrada yer alan “*görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle*” ifadesi bu hususa işaret etmektedir.

Öğretide, failin icrai harekette bulunmasının, TCK’nın 257. maddesinin birinci fıkrasında yer alan görevi icrai hareketlerle kötüye kullanma suçu ile maddenin ikinci fıkrasında yer alan görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme suçu arasındaki farkı oluşturan unsur olduğu belirtilmiştir²³⁹. 765 sayılı TCK zamanındaki terminolojiye uygun olarak ifade etmek gerekirse, görevi kötüye kullanma suçu icrai hareketle işlenirken, görevi ihmal suçu ise ihmali hareketle işlenebilmektedir.

Öte yandan, öğretide, görevin geç yapılması ya da gereğine uygun yapılmaması hallerinde de failin aktif, icrai bir hareketinin bulunabileceği ifade edilmiştir²⁴⁰. Bu görüş aşağıda yeri gelince ayrıntılı olarak ele alınacağından²⁴¹, burada yalnızca, söz konusu suçlar bakımından maddi unsurdan hareketle suç tiplerini ayırıcı bir unsur belirlenmesine çalışılmasının çeşitli sorunlar doğurabileceği²⁴² belirtilmelidir.

maddesinde öngörülen kamunun ekonomik zararına, bireylerin mağduriyetine veya kişilerin haksız kazanç sağlamasına yol açıp açmadığının araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun ve lehe yasanın saptanması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması,” denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

²³⁹ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 306. 765 sayılı mülga TCK’da yer alan görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarına ilişkin olarak aynı yönde **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 393.

²⁴⁰ **ERMAN / ÖZEK**, s. 212 - 213; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 757.

²⁴¹ Bu konuda bkz. “*Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal Gösterme*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴² **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 757.

2. TCK Madde 257/2 Açısından

Öncelikle belirtmelidir ki, 257. maddenin ikinci fıkrası, tıpkı ilk fıkrası gibi genel ve tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 257. maddenin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılması söz konusu olur. Nitekim ikinci fıkrada da ilk fıkrada olduğu gibi “*Kanunda ayrıca suç olarak tanınan haller dışında*” ifadesine yer verilmiş olması, bu hususu doğrulamaktadır.

a. Görevli Olmak

Görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketlerle işlenmesini düzenleyen birinci fıkrasında olduğu gibi ihmali hareketlerle işlenmesini düzenleyen ikinci fıkrasında da, kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu işlediğinin kabulü bakımından öncelikle, yerine getirmek zorunda olduğu bir görevinin varlığı aranır. Bir diğer deyişle, failin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği işin yapmak veya geciktirmemek zorunda bulunduğu bir iş olması, yani bu işin failin görevine girmesi gerekir²⁴³.

Kamu görevlisinin yetki alanına giren, kanun ve idari düzenlemelerle belirlenen ve hukuk düzeni tarafından yerine getirilmesi kamu görevlisinden istenen tüm işlemler kamu görevlisinin yapmakla görevli olduğu işlemlerdir ve dolayısıyla kamu görevlisinin görevi alanı ile ilgili bulunmaktadır²⁴⁴. Kamu görevlisinin bu şekilde belirlenen görev alanı içerisinde görevi gereğince bir davranışta bulunma

²⁴³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 757; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5031; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 956; TOROSLU, Nevzat, Özel Kısım, s. 305; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3633; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 211.

²⁴⁴ MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 179 - 345), C. 2, 3. Bası, Malkoç Yayınevi, Ankara Temmuz 2008, s. 1875; TOROSLU, Nevzat, Özel Kısım, s. 305; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 194.

yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ise görevine ilişkin mevzuat ile idari gelenek, emir ve talimatlar çerçevesinde belirlenir.

Esasen kamu görevlisinin sahip olmadığı bir yetkiyi kullanması hukuken de mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla 257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun, ancak kamu görevlisinin kanun veya nizam gereğince yapmakla yükümlü bulunduğu işi herhangi bir nedenle ihmal etmesi veya geciktirmesi ile oluşacağı da tabiidir²⁴⁵. Buna göre, görevinin kendisine bir davranışta bulunmak yükümlülüğü getirmediği takdirde, kamu görevlisinin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlemesi söz konusu edilemez²⁴⁶.

b. Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal Gösterme

TCK'nun 257. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kamu görevlisinin suç oluşturduğu eylemi, görevini ihmal etme veya geciktirme şeklinde ortaya çıkar. Ancak “*gecikme*” unsuru aşağıda ayrıca inceleneceğinden bu alt başlıkta yalnızca kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi, bir diğer deyişle görevini savsaklaması unsuru incelenecektir.

İhmal, kamu görevlisinin yerine getirmesi gereken bir görevi hiç ya da gereği

²⁴⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5030; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 955 - 956.

²⁴⁶ Yargıtay 4. CD.'nin 12.2.1954 tarih, 927/2836 sayılı Kararı'nda, “Okula devam etmeyen ilk okul talebelerinin devamlarının temin için nahiye müdürlüğü tarafından yapılan tebliğat kabul etmemek suretiyle vazifelerini ihmâl etmekten maznun Muhtar ..., âza ..., ..., ... nın T.C.K. nun 230, 89, 94 üncü maddeleri gereğince yüz elliser lira ağır para cezasıyla mahkumiyetlerine dair (Besni) Asliye Ceza Hakimliğinden verilen 13/8/1953 günlü hükmün temyizen incelenmesinde üst dereceli Adıyaman C. Müddeiumumiliği tarafından istida edilmekle icabı müzakere olundu. Muhtar ... hakkındaki hükmün tasdikine, 1- 4274 sayılı kanunun 16 ncı maddesi sarahatı hükmüne göre köy ihtiyar hey'eti âzaları olan diğer maznunların icrai mahiyette bir vazifeleri bulunmadığı ve tebligat üzerine çocuklarını mektebe göndermeyen veliler hakkında muhtarın dâveti üzerine karar ittihazı ile mükellef oldukları nazara alınmaksızın yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi,” denilmektedir. ERSİN, s. 155 - 156.

gibi yerine getirmemesini ifade eder²⁴⁷. Buna göre, kanundan veya diğer bir hukuki kaynaktan doğan emirleri hiç yerine getirmeyen²⁴⁸ veya gereği gibi yerine getirmeyen kamu görevlisi görevini savsaklamış sayılır²⁴⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere²⁵⁰ maddenin birinci fıkrasından farklı olarak failin bu fıkra düzenlenmiş suçu oluşturan davranışı icrai değil ihmalidir. Bu durumda kamu görevlisi kendisinden beklenen davranışı yerine getirmek konusunda hareketsiz kalmaktadır²⁵¹. Hukuk düzenince de, failin yapılması hususunda yükümlülük altında bulunduğu belli bir hareketi yapmaması durumu

²⁴⁷ DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 260.

²⁴⁸ ÖNDER, Özel Hükümler, s. 205 - 207; MERAN, Zimmet - Rüşvet, s. 313.

Yargıtay 4. CD.'nin 07.07.2008 tarih, E.2008/2254, K.2008/15675 sayılı Kararı'nda, "Duruşmalara katılmayan avukatın o işe ait vekalet görevini 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 41. maddesine göre durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile sürdürmesi ve aynı Yasanın 34. maddesi uyarınca bu sürede görevini 'özen, doğruluk ve onur' içerisinde yerine getirmesinin zorunlu bulunduğu gözetildiğinde, avukat olan sanığın, katılanla hakkında açılan tenkis davasını, adına takip etme hususunda anlaşız vekalet almasından sonra, katılanın masraflarını vermemesi nedeniyle duruşmalara katılmaması karşısında anılan Yasanın 41. maddesi uyarınca davayı takip etmeyeceğini müvekkili katılana bildirmesi gerektiği gözetilmeden davayı takipsiz bırakarak katılanın mağduriyetine neden olması biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 257/2 maddesine uyan görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden," denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²⁴⁹ Yargıtay CGK.'nin 7.10.2003 tarih, E. 2003/4-220, K. 2003/242 sayılı Kararı'nda, "O halde, levhasına kayıtlı bulundukları D.Barosu tarafından yasal düzenlemelere uygun biçimde müdafî olarak görevlendirildikleri ve bu görevlerinin sona ermesini gerektirecek yasal koşullar da bulunmadığı halde, Baro Yönetim Kurulunun bir meslektaşlarına yönelik davranışı duyurma ve protesto amacı ile aldığı, 'kolluk aşamasında CMUK gereği zorunlu müdafîlik hizmetlerinin durdurulmasına' ilişkin kararına destek amacıyla hareket eden sanıkların, kolluk tarafından arandıklarında iletişim imkanlarını ortadan kaldırmak ya da çağrıyı reddetmek suretiyle kolluk aşamasındaki zorunlu müdafîlik görevlerini yerine getirmemek şeklindeki eylemleri, Avukatlık Yasası'nın 62. maddesi aracılığı ile TCY'nın 230. maddesinde öngörülen görevi savsama suçunu oluşturur." denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

²⁵⁰ Bkz. "Hareketin İcrai Nitelikte Olması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁵¹ ÇETİN, s. 727; MERAN, Zimmet - Rüşvet, s. 11; MERAN, Necati, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 9, Ankara Mayıs 2007, s. 100; MERAN, Noterlik, s. 33.

Yargıtay 4.CD.'nin 24.11.1999 tarih, 7029-9703 sayılı Kararı'nda, "TCY.'nin 230. maddesinde yazılı görevi savsama suçu, bir memurun yasal görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, aynı Yasanın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal görevini yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde eylem edilgin, (olumsuz-pasif) olduğu halde, ikincisinde etkin (olumlu-aktif) Bu durum gözetilerek ve sanıkların hangi eylem ya da eylemlerinin görevin yapılması ya da geç yapılması, hangilerinin de yasaya aykırı biçimde yapılması biçiminde gerçekleştiğinin belirlenmesi ve sonucuna göre bunların teselsül edip etmedikleri de saptanarak her eylem nedeniyle ayrı ayrı uygulama yapılması gerekirken," denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

cezalandırılmaktadır²⁵².

765 sayılı Kanun zamanında kamu görevlisinin yapmak zorunda olduğu görevi kanunda belirtilen şekilde yapmayıp başka bir şekilde yapmasının da görevi ihmal suçunu oluşturabildiği kabul edilmiştir²⁵³. Yargıtay'ın da benimsemiş olduğu bu görüşe göre, kamu görevlisi görevinin gereği olarak yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte söz konusu işlemin yapılması için mevzuatta açık olarak belirtilen yöntemi uygulamamış ise ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçu gerçekleşmiş olur.

Kamu görevlisinin görevini ihmal suretiyle kötüye kullanmasının belirlenmesi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus, kamu görevlisinin ihmalinin somut bir göreve ilişkin olmasının aranıp aranmadığıdır. Bir görüşe göre, örneğin kamu görevlisinin salt iş yerine gitmemesi, belli bir görevin gereklerini yerine getirmekte ihmali oluşturmayacağından ve ayrıca ortaya çıkan netice ile hareket arasında illiyet bağı bulunması gerektiğinden görevi ihmal suçunu oluşturmaz²⁵⁴.

Hareket ile netice arasında illiyet bağı bulunması gerektiği tartışmasız olmakla birlikte, kanaatimizce maddenin lafzı en azından işe gitmeyen, geç giden ya da işten erken ayrılan kamu görevlisinin de maddede sayılan neticelere yol açtığı

²⁵² **ÖZEN**, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 2004, s. 213. Aynı yönde, **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 162 - 163; **GÖKCAN**, s. 106.

²⁵³ Ancak, öğretide, 765 sayılı TCK bakımından, görevin gerektiği şekilde yapılmaması durumunda, failin fiilinin görevini kanunda öngörülmeven şekilde yapmaktan ibaret olduğu dikkate alındığında suçun icrai hareketle işlendiğinin de kabul edilebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **ERMAN / ÖZEK**, s. 212 - 213. Bu doğrultuda, failin görevi yasaya aykırı yapmak yönündeki hareketi anılan Kanun'un 240. maddesi kapsamında değerlendirildiğinden, 5237 sayılı Kanun bakımından da 257. maddenin birinci fıkrasının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **GÖKCAN**, s. 108.

²⁵⁴ **ÖNDER**, Özel Hükümler, s. 205; **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 315; **MERAN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 101; **MERAN**, Noterlik, s. 34.

takdirde, görevini ihmal suretiyle kötüye kullandığından söz edilebilmesine elverişli olup, bu itibarla yukarıda değinilen görüşe iştirak edilememektedir. Nitekim, kamu görevlisinin görevinin gerekleri arasında mesai saatleri dahilinde vazifesine devam etmesi de bulunduğuna göre fıkra da yer verilen “*görevinin gereklerini yapmakta ihmal*” ifadesi, bu hususta sorumlu tutulmasını sonuçlamalıdır. Aksi takdirde, bir ihaleye başvurmak için idarece belirlenen son günün mesai saatinin bitmesinden evvel iş yerinden habersizce ayrılarak, isteklinin ihale dosyasını teslim edememesi ve dolayısıyla ihaleye katılamamasına sebep olan kamu görevlisinin fiilinin görevi ihmal anlamına gelmediğini kabul etmek gerekir ki, bu da en hafif anlamıyla adaletle mündemiç terazinin dengesinin fail lehine zorlandığını gösterir.

c. Görevin Gereklerini Yapmakta Gecikme Gösterme

765 sayılı mülga TCK’nın 230. maddesinde yer alan “*gecikme gösteren*” ifadesinin karşılığı olan “*görevinin gereklerini yapmakta gecikme gösterme*”, kamu görevlisinin kanundan ya da diğer hukuki düzenlemelerden kaynaklanan emirleri zamanında yerine getirmemesidir²⁵⁵. Bir diğer deyişle, kamu görevlisinin görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermesi, belli bir süre içerisinde yapması gereken işlemi süresi geçtikten sonra yapması anlamına gelir²⁵⁶. Söz konusu sürenin

²⁵⁵ ÖNDER, Özel Hükümler, s. 205 - 207.

765 sayılı TCK’da da farklı bir anlam ifade etmeyen “*gecikme gösterme*” Yargıtay tarafından bu dönemde benzer şekilde tanımlanmıştır. Örneğe, söz konusu kavram Yargıtay CGK.’nin 17.04.1978 tarih, 6 -85/141 sayılı Kararı’nda, “*Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi ‘işgal eylediği mevki itibarıyla yasaca belli bir kamu ödev ve görevini yapmaya mecbur olan bir kişinin, yapmağa zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa ve 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. Kararı aktaran, **ÖZENBAŞ**, Nazmiye, Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri (TCK m. 230, 240), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir Haziran 2004, s. 67.

²⁵⁶ **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 260; **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 306.

kanundan ya da başka bir hukuki kaynaktan doğması mümkündür²⁵⁷.

Kamu görevlisinin görevini geciktirmek suretiyle kötüye kullanma suçunu işleyip işlemediğini belirlemek bakımından ölçü alınacak süre mevzuat ile tayin edilmemiş ise, suçun hangi anda tamamlandığını belirlemek özellik arz eder. Öğretide²⁵⁸ bu durumun “*makul süre*” ölçütünün esas alınması ile çözüme kavuşturulabileceği yönünde görüş belirtilmiştir²⁵⁹. Buna göre, makul süre, kamu görevlisinin yapmakla yükümlü bulunduğu diğer görevleri; bu görevlerin yapılaş şekli; somut durumun özel bir çalışma gerektirip gerektirmediği gibi hususlar dikkate alınarak tespit edilmelidir. Tespit edilen makul sürenin aşıldığının anlaşılması halinde suçun oluştuğundan söz edilebilir.

Kamu görevlisinin işini yapması için mevzuatla belirlenmiş veya somut duruma göre belirlenenilir bir süre bulunmadığında, hareketin temadi ettiği varsayılarak suç tarihi de buna göre belirlenmelidir. Demek ki, görevin geç de olsa yapılması halinde görevin yapıldığı tarihte temadinin sona erdiği kabul

²⁵⁷ Yargıtay 4. CD.’nin 21.10.2009 tarih, E.2008/3090, K.2009/16886 sayılı Kararı’nda, “1136 sayılı Avukatlık Yasasının 34. maddesi uyarınca vekalet görevini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek yükümlülüğünü taşıyan sanık avukatın katılan adına takip ettiği davanın aleyhine sonuçlanması üzerine iş sahibinin aksi yönde kesin talimatı olmadığı sürece temyize başvurmamasının vekalet görevinin gereği olduğu, sanığın bu yükümlülüğünü süresinde yerine getirmemekle görevini savsaklamak suretiyle kişi mağduriyetine yol açtığı gözetilmeden,” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²⁵⁸ **MALKOÇ**, İsmail / **GÜLER**, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, C. II, Ankara, 1996, s. 1661; **GÖKCAN**, s. 110; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 7285 - 7286.

²⁵⁹ Yargıtay’ın da kararlarında makul süre ölçütünü benimsediği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 4. CD.’nin 27.2.2006 tarih, E. 2004/4016, K. 2006/4690 sayılı Kararı’nda “Jandarma karakol komutanı olan sanığın, Denizli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/386 esas sayılı dosyasında, tarafların ekonomik ve sosyal durumunun araştırılması için yazılan 29.4.2002 tarihli yazıya 28.6.2002 tarihlerinde tekid edilmesine rağmen makul sayılabilecek sürede cevap vermeyerek görevini savsadiğının anlaşılması karşısında hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı T.C. Yasası hükümleri de gözetilerek sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi zorunluluğu bozmayı gerektirmiştir.” denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

edilmelidir²⁶⁰.

Failin işi yapmakta gecikme göstermesi bakımından geçerli bir sebebi olduğu takdirde ise, suçun oluşmayacağına kabul edilmesi uygun görünmektedir. Gerçekten de, gecikmenin varlığı işin önemine, bir kamu görevlisinin normal çalışma temposuna, iş yoğunluğuna²⁶¹ ve emrin içeriğine göre de belirleneceğinden, söz konusu nedenlerin veya hastalık gibi doğrudan kamu görevlisinin şahsından kaynaklanan nedenlerin varlığı²⁶² dolayısıyla gecikme göstermesi ya da işi

²⁶⁰ GÖKCAN, s. 111 ve 123.

Yargıtay 4. CD.'nin 09.02.2009 tarih, E.2007/3826, K.2009/1918 sayılı Kararı'nda, "Sanığın, belediye çalışanları M.K. ve A.E.'ün ifade tutanaklarını yaklaşık dört yıl süreyle elinde tutup işleme koymayarak görevini savsadiğı biçiminde iddia olunan eyleminde, eylemin temadi eden özelliği itibarıyla suç tarihinin tutanaklar ilgi tutularak İçişleri Bakanlığına ihbar yazısını yazdığı 10.10.2003 tarihi olacağın gözetilip yargılamaya devam edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yasal olmayan gerekçe ile zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi," denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²⁶¹ Yargıtay 4. CD.'nin 27.05.2010 tarih, E.2010/5, K.2010/17 sayılı Kararı'nda, "Sanıklardan N.A.İ 27.10.2003 tarihinden 30.7.2007 tarihine kadar tek başına Fatih 3.Asliye Ceza Mahkemesi hakimi olarak çalıştığı 30.7.2007 tarihinden sonra ise, Ş.G.'nün yetkisinin bu mahkeme olarak belirlendiği bu tarihten sonra da ½ olarak mahkemenin işlerine baktıkları, bu süreçte sanık hakimlerin her yıl 3.000 civarında dosyaya baktığı, mahkemede önceden bir yazı işleri müdürü ve 3 adet zabıt katibi bulunmakta iken, daha sonradan yazı işleri müdürünün ve kıdemli katibin emekli olduğu, personel sayısının yetersiz, olan personellerin ise tecrübesiz olduğu hususu gerek savunmalarda ve gerekse adalet komisyonu başkanlığı ile yapılan yazışmalardan anlaşılmıştır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 24.2.2009 gün ve 74 sayılı ilke kararında Asliye Ceza Mahkemesi hakimlerinin 1 yılda toplam 800 dosyaya bakabileceğinin belirtilmesi sanıklardan N.A.İ'nin 3 yıllık süreçte 6.000 adet dosyaya bakıp 2.000 civarında karar vermesi, sanık Ş.G.'nün 1 yıllık süreçte 3.000 civarında dosyaya bakıp 1.500 adet iş çıkarması ve geç işlem yapılan evrakın niteliği ile mağduriyete yönelik bir yakınma bulunmaksızın olağan adli denetim sonucunda soruşturmaya geçilmiş olmaları hususları gözetildiğinde, sanıkların gecikmelerin iş yoğunluğu, yasa değişikliği katip sayısının yetersizliği ve uypap sistemindeki aksamalara bağlı olarak gerçekleştiğine yönelik ve dosya içeriği ile de doğrulanan savunmaları samimi bulunmuş, sanıkların eylemleri disiplin cezasını gerektirir nitelikte beşeri hata olarak değerlendirilmiş, bu nedenle sanıkların görevi savsama kastıyla hareket etmedikleri kanısına varılarak beraatlerine dair hüküm kurulmuştur." denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²⁶² SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 525.

Yargıtay CGK.'nin 16.10.2007 tarih ve E.2007/4-187, K. 2007/212 sayılı Kararı'nda, "Somut olayda sanığın, denetim tutanağının düzenlendiği 01.12.2005 tarihi itibarıyla, 127 adet soruşturma evrakını on ay yirmi bir gün ile üç yıl sekiz ay arasında değişen sürelerde işlemsiz bıraktığı tartışmasızdır. Cumhuriyet Savcısı olarak sanık, işbölümü gereği kendisine düşen soruşturma evrakının akıbetini takip etmek, gereğini yapmak, olanaklı olan en kısa sürede sonuçlandırmak ve bu işlemler sırasında kalem personelini denetlemekle görevli ve yükümlüdür. Ancak, sanığın soruşturma evrakını içinde bulunduğu koşullar ve sağlık sorunları nedeniyle işlemsiz bırakmasında 5237 sayılı TCY'nın 257. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru oluşmamıştır." denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

yapamaması durumunda failin geçerli bir nedeni olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim bu yöndeki kabul Yargıtay kararlarında da yerini bulmaktadır²⁶³.

3. TCK Madde 257/3 Açısından

a. Görevli Olmak

Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında olduğu gibi üçüncü fıkrası uyarınca da kamu görevlisinin yaptığı iş veya fiilin görev alanı içerisinde bulunması gerekmekte olup²⁶⁴, bunun gerçekleşmemesi halinde kamu

²⁶³ Yargıtay 4. CD.'nin, 01.04.2010, E.2009/36, K.2010/10; 18.03.2010, E.2009/35, K.2010/9, 04.02.2010, E.2009/43, K.2010/3; 10.06.2010, E.20010/8, K.2010/20 tarih ve sayılı Kararları'nda da bu esasların benimsendiği görülmektedir. Kararlar yayımlanmamıştır.

Öte yandan, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce aynı nitelikte olmak üzere verilen 18.02.2010 tarih, E.2008/12, K.2010/7 sayılı Karar'da ise, çoğunluğun benzer gerekçelerine, karşı oy yazısında, "Devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesinde kamuda görev alan kişilerin görevlerinde azami disiplin ve titizliği göstermesi Anayasamızın 2.maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereğidir.

Adalet dağıtma durumunda bulunan hakim ve savcıların ise görevlerini diğer kamu görevlilerine nazaran daha bir titizlik ve özen içerisinde ve süratle yerine getirmeleri gerekmektedir. Çünkü hakim ve savcıların yapacağı bir haksızlık toplumda diğer kamu görevlilerinin yapacağı haksızlıktan daha ağır ve derin yaralar açar. Çünkü yargıya olan güven azalır. Yargı toplumun temel dayanağıdır.

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. (Anayasa 141/4)

Gene herkes bağımsız ve tarafsız bir mahkemede davasının makul bir sürede hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. (İHAS Mad. 6)

5271 sayılı CMK'nın 232/3. maddesi gereğince mahkeme kararlarının tefhimden itibaren 15 gün içerisinde yazılması zorunlu bulunmasına rağmen suç tarihinde Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesi hakimi olan sanığın 65 adet dava dosyası kararlarını 2 ay ile 1 yıla varan sürelerle yazmadığı, 2003/514 Esas sayılı dava dosyasında ise görevsizlik kararı verilmesine rağmen ve davacı ile vekili tarafından sanık yargıcın defalarca uyarılmasına rağmen 2 yıl süreyle kararını yazmayı geciktirerek şikayetçinin mağduriyetine sebep olmak suretiyle atılı suçu işlediği iddia, müfettiş raporu, tanık ifadeleri ve benzeri türden yakınmada bulunan pek çok avukatın dosyada mevcut şikayetleri ile sabit olduğundan sanığın 5237 sayılı Yasanın 257/2. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği vicdani kanaatiyle sayın çoğunluğun beraat kararına katılmıyorum." denilerek şerh düşülmüştür. Karar yayımlanmamıştır.

²⁶⁴ Yargıtay 4. CD.'nin 10.06.2010 tarih, E.2010/12, K.2010/21 sayılı Kararı'nda, "Sanığa yüklenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuna ilişkin TCK'nın 257.maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenlemede, suçun oluşumu için ... gerekir. Ayrıca gerçekleştirilen fiil kamu görevlisinin görev alanına giren bir hususla ilgili bulunması fail görevinden kaynaklanan bir yetkiyi kullanmış olmalıdır.

Somut olayda sanık, B.Ö. hakkında açılan ve bir kısmı takipsizlik kararları ile sonuçlandığı anlaşılan soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile ilgili bir görev ifa etmediği gibi, suç tarihinde üç ay süreyle raporlu olduğu, rapor bitiminde Elazığ Hakimliğine atanması sebebiyle Denizli Hakimliği görevinden ayrıldığı, esasen sanığın B.Ö.'e karşı görevin gereklerine aykırılık oluşturacak biçimde bir eylemi bulunduğunun da iddia edilmediği anlaşıldığından, borç para alıp

görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu işlediği de kabul edilemez²⁶⁵.

Kamu görevlisinin çıkar sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği iş, görev alanı içerisinde bulunmadığı takdirde, mesai saatleri içerisinde yapılmış olması önemli değildir. Öte yandan, kamu görevlisinin görevine uygun bir işi mesai saatleri dışında yaparak iş sahibinden çıkar sağlaması halinde akla görevi kötüye kullanma suçunun varlığından söz edilip edilemeyeceği sorusu gelmektedir.

Bir görüşe göre²⁶⁶, kamu görevlisinin görev alanı içerisinde bulunan bir işi mesai saatleri dışında gerçekleştirmek suretiyle temin ettiği çıkarın görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaması için, kamu görevlisinin gördüğü hizmeti ücretsiz olarak yapmak durumunda olmaması; bu işi yapmasının diğer görevlerini yapmayı ihmal etmesine veya geciktirmesine sebep olmaması gerekir. Ayrıca kamu görevlisinin kendisine önerilen karşılığı kabul etmesinin, saygınlığına hissedilebilir düzeyde zarar vermemesi de bu hususta aranacak bir diğer ölçüttür. Bizim de düşüncemize daha yakın bulduğumuz diğer bir görüşe göre ise²⁶⁷, kamu görevlisinin yaptığı bir iş dolayısıyla kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması görevinin gereklerine aykırılık oluşturduğu takdirde işin yapıldığı zamanın herhangi bir önemi olmaksızın görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulması gerekir.

Ayrıca, kamu görevlisine sağlanan çıkarın görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından kamu görevlisinin görevine giren

iade etmekten ibaret eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin oluşmadığı, eylemin 2802 sayılı Yasanın 68.maddesinin f bendine göre disiplin uygulamasını gerektirir nitelikte bulunduğu kabul edilerek beraati yönünde karar verilmiştir.” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

²⁶⁵ ÖNDER, Özel Hükümler, s. 196; TOROSLU, Nevzat, Özel Kısım, s. 308; GÖKCAN, s. 115 - 116; KARATAŞ, Nazif, Görevi Kötüye Kullanma (TCK. 257), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 82.

²⁶⁶ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 528.

²⁶⁷ GÖKCAN, s. 116; KARATAŞ, s. 83.

belirli veya içeriği veya türü yönünden belirlenebilir bir iş için sağlandığının bilinmesi gerekir²⁶⁸.

b. Yapılması Gereken İşin Görevin Gereğine Uygun Bulunması

Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin üçüncü fıkrası "*İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*" şeklinde kaleme alınmıştır. 257. maddenin bu fıkrasında görevi kötüye kullanma suçunun, kamu görevlisince yapması gereken işi yapmak için muhatabından kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar elde etmek şeklinde işlenmesi cezalandırılmaktadır.

Esasen, fıkra 765 sayılı TCK'da yer alan "*basit rüşvet*" filleri yaptırım altına alınmaktadır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak bir işi yapması veya yapmaması için mağdurdan bir çıkar temin etmesi halinde görevi kötüye kullanma suçu değil²⁶⁹, rüşvet suçu söz konusu olur²⁷⁰. Bu yönüyle üçüncü fıkra düzenlenen suç, ilk iki fıkradan ayrılarak yapısı itibarıyla rüşvet suçuna

²⁶⁸ MANZİNİ, Tarttato, V, s. 204, Benussi, I delitti dei pubblici ufficiali, s. 437, 438 ve Antolisei, Par. spec., II, s. 313. Segreto/De Luca, Delitti dei pubblici ufficiali, s. 315'den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, s. 166.

Aksi yöndeki görüşe göre kamu görevlisi yalnızca belli ve mevcut bir işin yapılması amacıyla çıkar sağladığında değil, genel olarak iş sahibinin müstakbel işlerinin görülmesi için çıkar sağladığında da görevini kötüye kullanmış olmaktadır. **TEZAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 761; **GÖKCAN**, s. 116; **KARATAŞ**, s. 82.

²⁶⁹ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 760; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3635.

Görevi kötüye kullanma suçu ile rüşvet suçu arasındaki ilişki için bkz. **KILIÇ**, s. 122 vd; **BEKTAŞ**, Mustafa, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCKM 257), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 99 vd.

²⁷⁰ **EREM**, Devlet İdaresi, s. 21; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 294; **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 375 - 376; **ARTUÇ**, Mustafa / **TAZEBAY**, İlksev, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Görevi Kapsamına Giren Suçlar, Açıklamalar - İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Güven Matbaası, Ankara 1973, s. 47; **ÇAĞLAYAN**, Türk Ceza Kanunu, s. 627.

benzemektedir²⁷¹.

Hemen belirtilmelidir ki, 765 sayılı TCK bakımından basit rüşvet suçunu oluşturduğu kabul edilen fillerin, 5237 sayılı Kanun ile görevi kötüye kullanma suçu içerisinde düzenlenmesi yolsuzlukla mücadele politikası bakımından sorunlu görünmektedir. Kanaatimizce bu konunun, özellikle rüşvet suçunun çok failli bir suç olmasına karşın görevi kötüye kullanma suçunun bu niteliği haiz olmaması dolayısıyla, kamu görevlisinin muhatabının, suç karşısındaki konumunun belirlenmesinde ortaya çıkan güçlük yönünden değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin yolsuzlukla mücadele bakımından yarattığı sonuçlara ilişkin değerlendirmemizin “İştirak” başlığı altında ifade edilmesinin konu bütünlüğünün sağlanması adına tercih edildiği ve böylece konunun bu başlık bakımından kapatıldığı belirtilmelidir.

c. İrtikap Suçunu Oluşturmama Koşulu

Kamu görevlisinin TCK’nın 257. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçtan sorumlu tutulması, fiilinin irtikap suçunu oluşturmaması halinde söz konusu olabilir.

Kanun koyucu madde gerekçesinde “... kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hallerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir iş yapması veya

²⁷¹ Bu itibarla öğretide, suçun TCK’nın 252. maddesinde düzenlenmesinin uygun olabileceği de belirtilmiştir. OKUYUCU ERGÜN, Görev Kötüye Kullanma, s. 165.

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.” demekle, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamasının rüşvet ve irtikap suçlarından ne suretle ayırdedileceği de açıklamıştır.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir işi yapmak veya yapmamak için muhatabı ile vardığı anlaşma çerçevesinde yarar sağlaması Türk Ceza Kanunu’nun 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçunu oluşturur²⁷². Türk Ceza Kanunu’nun 250. maddesinde düzenlenen irtikap suçu ise²⁷³, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için muhatabı olan bir kimseyi kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması için zorlaması, ikna etmesi veya bu kimsenin hatasından yararlanması ile gerçekleşir²⁷⁴.

²⁷² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 252. maddesinin üçüncü fıkrasında rüşvet suçu şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.*”

²⁷³ Rüşvet ve irtikap suçlarının ayrılmasında çeşitli ölçütler ileri sürülmüştür. Rüşvetin karşılıklı bir suç olmasına karşın, irtikap suçunda yalnızca bir tarafın suçlu olması; rüşvet suçunda tarafların rızasına dayalı bir anlaşma olmasına rağmen irtikap suçunda mağdurun rızasının hile veya cebir ile elde edilmesi bunlardandır. Ayrıca, mevzu haksız ise irtikaptan bahsedilemeyeceği, buna göre haksız şey isteyen mağdur olamayacağı, öte yandan mevzu haklı ise rüşvetten söz edilemeyeceğinin de bu suçların ayrılmasında dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. **EREM**, Devlet İdaresi, s. 12; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 284; **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 359.

²⁷⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İrtikap suçunu düzenleyen 250. maddesi şu şekildedir: “(1) *Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

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

Bu kapsamda, madde gerekçesine göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden karşılıklı anlaşma ile menfaat sağlaması halinde rüşvet suçu oluşacak, ancak karşılıklı anlaşma tespit edilemediğinde ise kamu görevlisinin mağduru “*icbar*” ettiğinin ortaya konulması gerekecektir²⁷⁵. Buradan çıkan bir sonuç da kamu görevlisinin mağduru kandırmaya, ikna veya icbar etmeye yönelik harekette bulunmamasına veya hareketinin bu nitelikleri taşımamasına karşın, muhatabın işini kolayca gördürmesinin sağlayacağı inancıyla kamu görevlisine yarar sağlamasının görevi kötüye kullanma sayılacağıdır²⁷⁶.

Bu başlıkta son olarak belirtilmelidir ki; kamu görevlisinin sözü edilen nitelikteki fiillerinin irtikap suçunu oluşturduğuna; görevi kötüye kullanma suçunun ise ancak muhatabın menfaat sağlaması yönünde icbar edildiğine dair somut deliller bulunmadığı takdirde söz konusu olabildiğine göre madde metninde “*irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde*” ibaresine yer verilmesi anlamlı değildir.

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

²⁷⁵ Kamu görevlisinin mağduru icbar etmesi, mağdura yönelik olarak “*iradesini baskı altında tutmaya elverişli, doğrudan doğruya veya dolayısıyla her türlü zorlayıcı hareketin yapılması*” anlamına gelmektedir. Manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının kendisinde yarattığı etkiden kolaylıkla kurtulma imkanının olmaması da icbarın bulunduğu kabul edilmesi bakımından önem arz eder. **ERMAN / ÖZEK**, s. 72.

Yargıtay 5. CD.’nin 29.02.1996 tarih E.1995/4264 ve K.1996/523 sayılı Kararı’nda, “*Bazı dosyaların sanıkları olan müştekilerden; Kesif, posta, temyiz gideri ya da para cezası olarak bir miktar para vermeleri gerektiğini söyleyerek, memuriyet sıfatını kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödenmesi gerekmeyen bu paraların ödenmesi hususunda onları ikna edip, kendilerinden makbuzsuz paralar alarak haksız çıkar sağlayan zabıt katibi sanığın eylemleri; ikna suretiyle yiyicilik suçunu oluşturduğundan, görevi kötüye kullanma suçunun unsurları yoktur.*” denilmektedir. Kararı aktaran **PEKTAŞ**, Alperen, Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2006, s. 37.

²⁷⁶ **MERAN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 101 - 102; **MERAN**, Noterlik, s. 35. Görevi kötüye kullanma ve irtikap suçları arasındaki ilişki hakkında bkz. **PEKTAŞ**, s. 35 vd; **BEKTAŞ**, s. 107 vd.

B. Netice

1. Genel Olarak Netice

Bir hukuk terimi olarak netice; suçun kanuni tarifinde yer alıp hukuki değer taşıyan dış alemdeki değişiklik²⁷⁷ olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukuku herhangi bir hareketten kaynaklanan ve söz konusu hareket ile arasında nedensellik bağı bulunan her netice ile alakadar değildir²⁷⁸. Ceza hukuku için anlam taşıyan netice, suç tipinde belirtilen neticedir²⁷⁹. Bu şekilde belirlenen netice suçun maddi unsuruna ilişkindir. Suçların neticelerine göre çeşitli şekillerde sınıflandırılabilirmeleri mümkündür. Bu noktada çalışmamızda yalnızca, görevi kötüye kullanma suçunun incelenmesinde faydalı olacağı düşünülen sınıflandırmalara - suç hakkındaki nitelendirmelerimizi anlaşılır kılmak için gerekli olduğu ölçüde bunlara ilişkin ceza genel hukuku bilgisine de değinerek - yer verileceği belirtilmelidir.

Bazı suçlar yalnızca kanuni tanımda yer alan türdeki icrai veya ihmali hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlanırlar. Bir başka deyişle, her zaman suçun bir sonucu olmadığından, kimi suçlarda kanuni tipin ihlal edildiğinin kabul edilmesi için dış dünyada herhangi bir değişiklik aranmaz, yalnızca hareketin yapılması ile suçun tamamlanması mümkündür²⁸⁰. İşte bu nitelikteki suçlar öğretide “*neticesiz*

²⁷⁷ DÖNMEZER / ERMAN, I, s. 369 - 370; İÇEL, Kayıhan / SOKULLU - AKINCI Füsün / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Beta, İstanbul 2004, s. 66 - 67; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 304.

²⁷⁸ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 227.

²⁷⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 304; ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gerekeçeli - İçtihatlı), Genel Hükümler (Madde 1 - 75), C. 1, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 132; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 227.

²⁸⁰ ÖZEN, Muharrem, Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar, US - A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 6.

suçlar”, “*şekli suçlar*” veya “*sırf hareket suçları*”²⁸¹ gibi farklı isimlerle tanımlanabilmektedir²⁸². Öte yandan, bazı suçlar ise, kanuni tanımda yer alan türdeki icrai veya ihmali hareketin, yine kanuni tanımda belirlenen sonuçları doğurması ile tamamlanırlar. Neticenin suçun kanuni tanımında yer verilmesi dolayısıyla önem taşıdığı bu suçlara “*neticeli suçlar*” veya “*maddi suçlar*” denilmektedir²⁸³. Söz konusu ayırım, suçun tamamlanma anı, yeri ve bunlara ilişkin sorunların tespiti bakımından önem arz eder.

Suçların, sonuçlarına göre “*tehlike suçu*” ve “*zarar suçu*” şeklinde sınıflandırılmaları da mümkündür. Bir suçun gerçekleştiğinin kabulü bakımından, suçla korunan varlık veya menfaatin yalnızca tehdit edilmesi yeterli görülüyorsa “*tehlike suçu*”ndan, bu varlık veya menfaatin azaltılması veya zarar görmesi aranıyorsa “*zarar suçu*”ndan söz edilir²⁸⁴.

Yine, suçun neticesinden hareketle tasnifinde bir diğer ayırım da suçta aranan neticenin tek veya birden fazla olmasına göredir. Kanuni tanımda tek bir neticenin öngörüldüğü hallerde “*tek neticeli suç*”un, birden fazla neticenin öngörüldüğü hallerde ise “*seçimlik neticeli suç*”un yahut “*çok neticeli suç*”un varlığından söz edilmesi mümkündür²⁸⁵. Belirtilmelidir ki, burada kısaca ele alınan bu ayırımların

²⁸¹ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 123; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 133. Bu suç öğretide, neticesi harekete bitişik suç olarak da adlandırılabilir. **HAKERİ**, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2005 s. 106; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 133; **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 370.

²⁸² Bir görüşe göre, 5237 sayılı TCK’ya hakim olan suç teorisi uyarınca her suçun mutlaka bir netice barındırdığı kabulünden vazgeçilmiştir. Dolayısıyla, bu sistemde “*neticesi harekete bitişik suç*” ve “*neticesi hareketten ayrı suç*” şeklinde bir ayırım yapılması mümkün olmayacaktır. **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 177.

²⁸³ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 123. Öğretide, maddi suçun “*neticesi hareketten ayrılabilir suç*” olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Bkz. **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 372.

²⁸⁴ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 124; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 134.

²⁸⁵ **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta,

görevi kötüye kullanma suçunda ne şekilde gerçekleştiğine, suçun netice unsuru incelenirken yeri geldikçe değinilecektir.

2. 765 Sayılı TCK Bakımından Durum

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde görevi kötüye kullanma suçu tehlike suçu olarak düzenlenmiş²⁸⁶, suçun oluştuğunun kabulü bakımından bir zararın meydana gelmesi aranmamıştı²⁸⁷. Bu nedenle, maddede belirtilen “*görevi kötüye kullanma*”nın gerçekleşmesiyle suç da tamamlanacağından suça teşebbüs mümkün görülmemekte idi. Ancak failin içinde bulunduğu durumların her zaman önceden tecrübe edilmiş olmasının imkansızlığı karşısında, kamu görevlisinin icra hareketleri parçalara bölünebildiği sürece suça teşebbüsün de söz konusu olabileceğinin reddedilmemesi gerektiği²⁸⁸ de öğretide belirtilmekte idi.

765 sayılı TCK'nın 228. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen keyfi muamele suçu 257. maddenin içerisine alındığından keyfi muamele suçuna da bu başlıkta değinilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. 228. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen bu suç, keyfi muamelenin yapılması, yapılmasının emredilmesi veya emrin verdirilmesi ile tamamlanmakta, ayrıca keyfi muamele suçunun sonucunda bir kişinin hakkının ihlali aranmamakta²⁸⁹ idi. Bu itibarla şekli bir suç olan keyfi

İstanbul Ekim 2006, s. 255 - 256.

²⁸⁶ CİHAN, s. 187, 188. Cihan aynı başlıkta görevi kötüye kullanma suçunda zararın gerçekleşmesinin de mümkün olduğunu belirtmektedir.

²⁸⁷ 765 sayılı mülga TCK bakımından görevi kötüye kullanma suçunun zarar suçu olarak düzenlendiği yönündeki görüş için bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 212 vd.

²⁸⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 213 - 214; CİHAN, s. 189; DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 274; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 173; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5037, dn. 526; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 961; dn. 487; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 765.

²⁸⁹ Aksi yöndeki görüşe göre, keyfi muamele suçu da 765 sayılı TCK'nın 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu gibi genel ve tamamlayıcı nitelikte olmakla birlikte görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak keyfi muamele suçunun oluştuğunun kabulü bakımından kişilerin mağduriyetine yol açması aranmaktadır. Keyfi muamele suçunun oluşması için belli bir kişinin

muamele suçu²⁹⁰ aynı zamanda bir tehlike suçu olarak düzenlenmişti²⁹¹. Keyfi muamele suçu da teşebbüse elverişli bulunmamakla birlikte, suçu oluşturan icra hareketleri parçalara bölünebildiğinde teşebbüsten bahsedilmesi mümkün görünmektedir²⁹².

Daha önce de belirtildiği üzere, 765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçuna 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'da neticesi harekete bitişik bir suç olarak düzenlenen görevi ihmal suçu bu itibarla teşebbüse elverişli değildir²⁹³. Öte yandan maddenin ikinci fıkrasında kanun koyucu görevi ihmal suçu sonucunda “*Devletçe bir zarar meydana gelmişse*” bu hususu ağırlatıcı neden saymıştır.

5237 sayılı Kanun'un üçüncü fıkrasına monte edilen ve 765 sayılı Kanun'un 212. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan basit rüşvet alma suçunda, rüşvet anlaşmasının gerçekleşmesi ile suç tamamlanmakta idi²⁹⁴. Buna göre anlaşmanın yapıldığı esnada, örneğin memurun muhatabından rüşvet istemesine karşın talebi muhatabı tarafından reddedildiğinde suça teşebbüsün söz konusu olduğu

menfaatinin ihlal edilmesi gerekmektedir. ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme, İstanbul 1989, s. 132'den aktaran GÖKCAN, s. 88.

²⁹⁰ EREM, Devlet İdaresi, s. 30 - 31; EREM, Hususi Hükümler, s. 299 ve 303; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 388. GÖZÜBÜYÜK, Gözübüyük Şerhi, s. 824; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, (4. Bası), s. 431; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 751; ÜZÜLMEZ, İlhan, “Memurların Mahkûm ve Tutuklular Hakkında Keyfi Muamele Yapmaları veya Şiddet Kullanmaları Cürmü (TCK M. 186)”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, 1. Bası, Beta, Yayın No. 1230, Hukuk Dizisi: 504, İstanbul Mayıs 2002, s. 1699.

²⁹¹ EREM, Devlet İdaresi, s. 26 ve 31; EREM, Hususi Hükümler, s. 299 ve 303; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 383 ve 388.

²⁹² ERMAN / ÖZEK, s. 136 - 137. Ancak, yazar aynı yerde sert muamele yönünden tam teşebbüsün de mümkün olduğunu savunmaktadır; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, (4. Bası), s. 432.

²⁹³ Görevi ihmal suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. 510 ve 511 numaralı dipnotlar.

²⁹⁴ EREM, Devlet İdaresi, s. 21- 24; EREM, Hususi Hükümler, s. 294 – 297; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 376, 380.

söylenebilir²⁹⁵.

3. 5237 Sayılı TCK Bakımından Durum

Öncelikle, “Çalışma Metodu ve Konunun Sınırlandırılması” başlığı altında açıklanmış olmakla birlikte bir kez daha ifade edilmelidir ki, TCK’nın 257. maddesinde 6086 sayılı “Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile değişiklik yapılması çalışmamızın tamamlanmasından sonra gerçekleştirildiğinden, çalışmamızın tamamında olduğu gibi 5237 sayılı TCK’da görevi kötüye kullanma suçunun netice unsuru yönünden incelenmesinde de TCK’nın 257. maddesinin değişiklikten önceki şekli esas alınmıştır. Öte yandan, 6086 sayılı Kanunla görevi kötüye kullanma suçunun neticesi yönünden yapılan değişikliğin kapsamı ve sonuçları hakkındaki ayrıntılı değerlendirmemize de ilgili başlık altında ayrıca yer verilmiştir.

5237 sayılı Kanun’un 257. maddesi görevi kötüye kullanma suçu bakımından kamu görevlisince; kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına, kişilere haksız bir kazanç sağlanmasına yol açılması ile kişilerden kendisi veya başkasına çıkar sağlanması halleri görevi kötüye kullanma suçunun madde metninde öngörülen farklı neticeleridir. Buna göre görevi kötüye kullanma suçunun çok neticeli suçlardan olduğunu söylemek mümkündür.

Görevi kötüye kullanma suçunun 765 sayılı Kanun zamanında tehlike suçu olarak düzenlendiği yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda ortaya konulmuştur. TCK bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Aksine, 5237 sayılı

²⁹⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 4954; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 922 - 923.

Kanun’da görevi kötüye kullanma suçu “*zarar suçu*” şeklinde²⁹⁶ düzenlenmiştir²⁹⁷. Nitekim, suçun oluşması için 257. maddenin birinci fıkrasında; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı ve icrai hareketinin sayılan üç neticeden herhangi birine sebep olması²⁹⁸; ikinci fıkrası bakımından aynı hususların kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı ihmali hareketi ile gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Son olarak, maddenin üçüncü fıkrasında da, görevi kötüye kullanma suçunun varlığından söz edilebilmesi için kamu görevlisinin hareketi ile kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması aranmaktadır.

Öğretide, “*kişilerin mağduriyetine*” veya “*kamunun zararına*” neden olma; “*kişilere haksız bir kazanç sağlama*” hususlarının maddede düzenlenen suç bakımından objektif cezalandırılabilme koşulu mu yoksa netice olarak mı öngörüldüğü meselesi tartışmalıdır. Kanaatimizce, konuya ilişkin görüşümüzün bu unsurların irdelenmesinden sonra belirtilmesi uygun olacağından, sözü edilen hususlar aşağıda, bu tartışmaya daha sonra dönmek üzere incelenecektir.

²⁹⁶ Yargıtay CGK.’nin 14.07.2009 tarih, E.2009/4-3 ve K.2009/201 sayılı Kararı’nda, “765 sayılı TCY’nin 240. maddesindeki suçun oluşumu için norma aykırı davranış yeterli iken; 5237 sayılı TCY’nin 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 TCY’nin 240. maddesinde tehlike suçu olarak düzenlenen bu suç, 5237 sayılı TCY’nda zarar suçu haline getirilmiş bulunmaktadır.” denilmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

²⁹⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 749; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3620; GÖKCAN, s. 55 - 56; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 7234.

²⁹⁸ Yargıtay 4. CD.’nin 18.02.2009 tarih, E.2008/9511, K.2009/2766 sayılı Kararı’nda, “1) ... sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY’nin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu, ancak anılan hükmün karşılığını oluşturan 5237 sayılı TCY’nin 257/1. maddesinde suçun gerçekleşmesi için görevin gereğine aykırı davranmaktan başka suç nedeniyle kişilerin mağduriyetine, kişilere haksız kazanç sağlanmasına veya kamu zararına neden olunmasının gerekmesi nedeniyle, dosyadaki kanıtlar incelenerek ve gerekirse suç öğeleri yönünden gereken inceleme yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, ... 2) 765 sayılı TCY.’nin 230. maddesinin karşılığın ise 5237 sayılı TCY.’nin 257/2. maddesi oluşturmaktadır. Anılan 257/2 madde uyarınca noterin ihmali davranışla görevi kötüye kullandığının kabul edilmesi için; görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetin veya kamu zararına neden olduğunun ya da kişilere haksız kazanç sağlandığının saptanması gerekmektedir. ” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

a. TCK Madde 257/1 ve 257/2 Açısından

i. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma

Madde gerekçesinde²⁹⁹ *“kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama”* kavramlarından genel olarak söz edilmiş, ayrıca *“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 taşıması halinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya kamunun ekonomik bakımından zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması halinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.”* denilerek söz konusu kavramların işlevi de kanun koyucunun gözünden açıklanmıştır.

Kişilerin mağduriyetine yol açılması, görevi kötüye kullanma suçunun oluşması bakımından, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinin Kanun’da öngörülen ilk sonucudur. Mağduriyet, yalnızca ekonomik zararı işaret etmek üzere kullanılan bir kavram değildir³⁰⁰. Yargıtay kişisel hakların ihlal edilmesini de *“mağduriyet”* kavramı içerisinde kabul etmektedir³⁰¹. Buna göre,

²⁹⁹ Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

³⁰⁰ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 303; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 750; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5025; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 951; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3626; **ARSLAN**, Çetin / **AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara Kasım 2004, s. 1052.

³⁰¹ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 303; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 750; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5025; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 951; **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 3626. Yargıtay CGK.’nin 13.12.2005 tarih, E.2005/4-95 ve K.2005/166 sayılı Kararı’nda, *“Mağduriyet kavramı, sadece ekonomik bakımından uğranılan zararlarla sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder. Sanıkların, yasaya aykırı keyfi davranışla yargı kararını gereği gibi uygulamamaları sonucunda katılan doktorun mağdur olduğu açıktır.”*

mağduriyet kavramı ekonomik zarardan daha geniş kapsamlı olup, bireyin maddi ve manevi yönden uğradığı zararlar³⁰² kendisi bakımından mağduriyet yaratır.

Gerçekten de, madde gerekçesinde³⁰³ “... 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 halde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı halde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir.” denilmekle mağduriyet kavramının kanun koyucu tarafından yalnızca ekonomik zararı anlatmak üzere kullanılmadığına işaret edilmiştir.

Kamu görevlisinin ihmali ya da icrai hareketi her zaman kişinin mevcut bir hakkına veya menfaatine zarar vermeyebilir. Bu kapsamda kamu görevlisinin kişilerin müstakbel olanaklarını yitirmelerine yol açması da³⁰⁴ “mağduriyet” kapsamında değerlendirilebilir.

Kamu görevlisi görevinin gereğine aykırı hareketi bir gerçek kişinin hakkının veya menfaatinin zarar görmesine yol açabileceği gibi bir tüzel kişinin hakkının veya

denilmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

³⁰² Yargıtay 4. CD.’nin 22.09.2004 tarih, 7229/9066 sayılı Kararı’nda, “Belediye başkanı olan sanığın itfaiye eri olarak çalışan yakınının görevine son verdiği, yakınının başvurusu üzerine İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verdiği, bu karar üzerine göreve başlayan yakınana mezarlıktaki otları temizleme görevi veren sanığın eyleminde” kişiye bir hakkın veya statünün verilmemesi dolayısıyla mağduriyetine neden olduğu ortaya konulmuştur. **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3627.

³⁰³ Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

³⁰⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 750.

menfaatinin zarar görmesine de yol açabilir³⁰⁵.

Esasen, 765 sayılı TCK'nın 228. maddesinde yer alan ve 240. maddeden farklı olarak doğrudan kişinin haklarına, mallarına ya da kendisine yönelmesi aranan³⁰⁶ “keyfi muamelede bulunmak”³⁰⁷ ya da “yapılmasını emretmek” veya “emrettirmek” ögeleri 257. maddedeki “kişilerin mağduriyeti” kavramına yer verilerek görevi kötüye kullanma suçu kapsamına alınmıştır³⁰⁸. Böylece, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak gerçekleştirilen ve kişiye yönelerek mağduriyetine yol açan icrai hareketleri 257. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Öte yandan, sözü edilen 228. maddede yer alan bu ögelerin gerçekleşmesi ile keyfi muamele suçu tamamlandığından, suçun sonucunda kişinin hakkının ihlali yahut malının zarara uğraması aranmamakta³⁰⁹ iken 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin birinci fıkrası bakımından mağduriyetin oluşmaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı³¹⁰ kabul edilmelidir.

Kişinin mağduriyetinden söz edilebilmesi bakımından, mağduriyetin ait olduğu kişi veya kişilerin belirli veya belirlenebilir olması gerekmekte ise de varlığının belirlenmesi bakımından zorunlu olmadığı sürece mağduriyete yol açan zararın hacminin belirlenmesi gerekli değildir³¹¹. Gerçekten de, mağduriyetin belli bir kişiye ait olduğunun tespiti, bir diğer deyişle mağduriyetin bir kimsenin şahsında

³⁰⁵ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3626. Bu konuda ayrıca bkz. 184 numaralı dipnot.

³⁰⁶ GÖZÜBÜYÜK, Gözübüyük Şerhi, s. 823; EREM, Devlet İdaresi, s. 29 - 30; EREM, Hususi Hükümler, s. 303; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 387; ÜZÜLMEZ, s. 1699.

³⁰⁷ Keyfi muamele, “başkalarının haklarına karşı, kanun ve nizamın gösterdiği hallerden başka surette yapılan her türlü haksız hareketler” şeklinde tanımlanmıştır. MANZINI, V, No. 1422, II, P. 153.'den aktaran GÖZÜBÜYÜK, Gözübüyük Şerhi, s. 824.

³⁰⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, (4. Bası), s. 430 - 431; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 750 - 751.

³⁰⁹ EREM, Devlet İdaresi, s. 30; EREM, Hususi Hükümler, s. 303; EREM, Ümanist Doktrin, III, s. 388; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, (4. Bası), s. 431.

³¹⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 751.

³¹¹ GÖKCEN, s. 85.

somutlaştırılması kamu görevlisinin görevini kötüye kullandığının söylenebilmesi bakımından önem arz etmekte ise de, zararın niceliğinin, varlığının kabulünde her zaman etkili olmaması karşısında, ölçülmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Öte yandan, mağduriyetin varlığından söz edilebilmesi için bunun somut olayda objektif kriterler çerçevesinde belirlenebilir olması da gerekir³¹². Yoksa mağdurun subjektif olarak kendisinin mağdur olduğu yönündeki inancı yeterli değildir³¹³.

Hemen belirtmelidir ki, kişinin mağduriyetine yol açılmasının kamu görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterilerek gerçekleştirilmesi ise 257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup, bu başlıkta mağduriyetin anlam, kapsam ve belirlenmesine ilişkin olarak buraya kadar yer verdiğimiz açıklamalarımız bu fıkra düzenleneni suç yönünden de geçerlidir.

Bu başlığın sonuna gelindiğinde - daha önce ifade edilen “suçun tamamlanmasının maddede öngörülen neticelerin gerçekleşmesine bağlanmasının, suçun sınırlarının daraltması bakımından olumlu olduğu” görüşümüz³¹⁴ tekrar edilerek, tarafımızca bu neticeye özgü olmak üzere - görevi kötüye kullanma suçu bakımından öngörülen neticede kapsamı hayli geniş olan “mağduriyet” kavramının tercih edilmesinin, suçun sınırlarını daha da belirsizleştirdiğinin³¹⁵ düşünüldüğü ifade

³¹² Yargıtay 4. CD.’nin, 29.09.2010 tarih, E.2008/17550, K.2010/14894 sayılı Kararı’nda, “Sanık posta dağıtıcısının İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesince katılanın da taraf olduğu bir davaya ilişkin gerekçeli kararın katılana tebliğine ilişkin evrakı, Tebligat Yasasının 21 ve Tüzüğü’nün 28. maddesinde öngörülen yönteme aykırı olarak, muhatabın adresinde bulunmama nedeninin araştırmadan, haber verildiği iddia edilen komşunun imzasını almadan ve ihbarname kapıya yapılandırılmadan kapının altından içeri atarak tebliğ etme eyleminde, katılanın tebliğe konu karara karşı yasa yoluna başvuru hakkını kullanıp kullanmadığı araştırılıp mağduriyetinin oluşup oluşmadığı tartışılarak sonuca göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden,” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

³¹³ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1052; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3626.

³¹⁴ Görevi kötüye kullanma suçunun sınırlarının bu şekilde daraltılmasıyla, suça kanunilik ilkesini ihlal ettiğine ilişkin olarak yöneltilen eleştirilerin bir ölçüde giderildiği hakkında bkz. “Özel Hukuk Yönünden Suçun Yapısı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹⁵ Aynı yönde bkz. OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 150.

edilmelidir.

ii. Kamunun Zararına Neden Olma

765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde “devlet zararı” kavramı kullanılmış iken³¹⁶, 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinde “kamu zararı”ndan söz edilmiştir. Söz konusu kavramla anlatılan kamu idaresinin zararı değil, bunu da içeren ve daha geniş kapsamlı olan kamunun zararıdır³¹⁷.

Sözö edilen kamu zararı kavramının ekonomik nitelikte mi yoksa kamu itibarının sarsılması türündeki zararları da kapsayacak nitelikte mi bulunduğu öğretilde tartışılmıştır³¹⁸. 257. maddenin gerekçesinde³¹⁹ “... kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, ... kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ... hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.” denilerek bireylerin mağduriyetinden farklı olarak kamunun zararının, ekonomik nitelikte olması halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceğı kabul edilmiştir. Bu görüş Yüksek Mahkeme kararlarına³²⁰ da yansımıştır.

³¹⁶ Bkz. “Türk Ceza Hukuku Yönünden Suçun Tarihçesi” başlığı altında yer alan “765 Sayılı TCK’da Durum” alt başlığı altında yapılan açıklamalar.

³¹⁷ OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 151.

Bir görüşe göre, kamu kavramı, kamu hizmeti gören bütün kuruluşları ifade etmektedir. DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 263. Buradan hareketle öğretilde, kamu zararının devlet zararı ile birlikte kamu hizmeti yürüten tüm kamu kurum ve kuruluşlarının zararını da kapsadığı ve bu itibarla devlet zararından daha geniş kapsamlı olduğu belirtilmiştir. PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3624; GÖKCAN, s. 93.

³¹⁸ 765 sayılı mülga TCK zamanında Yargıtay’ın, “zarar” kavramını “maddi zarar” olarak değerlendirdiğini gösteren kararları bulunmaktadır. Örneğe, Yargıtay 4. CD.’nin 26.12.1994 tarih, 8873/11441 sayılı Kararı’nda, “Mevkufun kaçması Devlet bakımından maddi bir zarar sayılamaz.” denilmektedir. Kararı aktaran, ÖZENBAŞ, s. 81.

³¹⁹ Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

³²⁰ Yargıtay CGK.’nin 14.07.2009 tarih, E.2009/4-3 ve K.2009/201 sayılı Kararı’nda, “Olayda, sanığın bu davranışı ile kişilerin mağduriyetine yol açıldığı veya kişilere haksız kazanç sağlandığı hususu sabit olmadığı gibi ekonomik bir zarar olarak anlaşılması gereken kamunun zarara uğraması keyfiyeti de gerçekleşmemiştir.” denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

Bu yönde bildirilen ve bizim de katıldığımız görüşe³²¹ göre, kamunun itibarının sarsılması, görevi kötüye kullanma suçu kapsamındaki “*kamusal zarar*” olarak kabul edilmeyip, söz konusu zararın ekonomik nitelikte olması aranır. Nitekim kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi halinde, sadakat yükümlülüğünü ve aynı zamanda kamu görevinin layıkıyla yerine getirilmesindeki devlete ait menfaati de ihlal edilmiş olacağından, zararın ortaya çıkması tabidir. O hade, kamunun ekonomik olmayan zararının da bu kapsamda kabul edildiği varsayımı, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması için kamunun zararına yol açılmasının ayrıca aranmasını anlamsız kılmaktadır³²². Yine, kamunun ekonomik nitelikte

³²¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 753 - 754; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5025; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 951; PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3624; OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 151.

³²² Yargıtay CGK.’nin 06.12.2005 tarih, E.2005/4-110, K.2005/159 sayılı Kararı’nda “*Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; ...kamu zararı her somut olayda hakim tarafından iş, mal ve hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. ... Ancak bu belirleme yapılırken, norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayım da hareket edilmemelidir.*

Somut olayda; sanığın eylemi ile doğrudan bağlantılı olarak nesnel ölçülere uygun bir şekilde saptanmış herhangi bir ekonomik zarar saptanamadığına göre, anılan eylemle kamunun zarara uğratıldığından da söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.” denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

Aynı yönde, kontenjandan fazla motorin ithal uygunluk belgelerinin verilmesini sağlamak suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan sanık olan Ağrı Valisi hakkında Yargıtay CGK.’nin 20.09.2005 tarih, E. 2005/4-47, K. 2005/104 sayılı Kararı’nda da, “*765 sayılı Yasanın 240. maddesindeki suçun oluşumu için, memurun yasa veya diğer hukuk normlarıyla kendisine tanınan yetkileri, normların gösterdiği yöntem ve usullere aykırı olarak kullanması, suçun oluşumu için yeterli görülmekte iken; 5237 sayılı Yasanın 257. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, sadece norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, ‘kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması’ gerekmektedir.*

Somut olayda, kişilerin mağduriyetine neden olunduğu veya kişilere haksız bir kazanç sağlandığı konusunda bir belirleme bulunmadığından, madde gerekçesinde ‘ekonomik bir zarar olduğu’ vurgulanan, 5018 sayılı ‘Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 71. maddesinde ise; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmali sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan, kamu zararının, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması, aşılın kontenjan miktarının yatırımların finansmanına harcanması ve bu amaçla fazla motorin ithal uygunluk belgelerinin verilmesi, bölgede bir çok yatırımın buradan sağlanan gelirlerle gerçekleştirildiği olguları birlikte değerlendirildiğinde, gerekliliğin ötesinde bir zorunluluk arz etmektedir.” denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi,

olmayan zararlarının tespitindeki güçlük tartışmadan uzak şekilde ortadadır.

Kamun zararının ekonomik nitelikte olduğu görüşünün dayandırıldığı bir diğer gerekçe kamu zararı kavramının, 5018 sayılı “*Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*”nun “*Kamu zararı*” başlıklı 71. maddesinde de ekonomik zararı ifade etmek üzere “... mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.” şeklinde kullanılmış olmasıdır³²³. Ancak kanaatimizce bu noktada, aksi yönde düşünen yazarlarca dile getirilen ve aşağıda değinecek olduğumuz, anılan Kanun’un kamunun mali yönetimine ilişkin bulunması sebebiyle kamu zararının Kanun’un amacı ve kapsamına uygun olarak ekonomik yönüyle ele alınmasının doğal olduğu savı göz ardı edilmemelidir.

Kamu zararı kavramının ekonomik zarar ile sınırlı olarak anlaşılmasını doğru bulmayıp, kamunun bunun dışındaki zararını da bu kapsamda mütalaa eden görüşe³²⁴ göre, görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresinin ve işleyişinin güvenilirliğine karşı işlenen bir suç olduğundan, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi her halûkarda kamu idaresinin işleyişinde aksamalar doğurması nedeniyle - ekonomik nitelikte bulunmasa dahi - kamunun güvenilirliğine zarar verecektir. O halde, kamunun ortak faydadan yoksun kılınmasının da görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kabul edilmesi gerekir.

<http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010. Karar hakkında ayrıca bkz. 225 numaralı dipnot.

³²³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 753 - 754; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5026; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 952.

³²⁴ MALKOÇ, s. 1870; MERAN, Zimmet - Rüşvet, s. 319 vd.

Bununla birlikte söz konusu görüşün savunucuları da madde gerekçesinde, kamunun ekonomik zararının varlığından söz edilmekle birlikte, bu açıklamayla örtüşmeyecek şekilde “*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, görevinin gereklerine aykırı davranılmış olabilir.*” denilerek kavramın niteliği hakkında çelişki yaratıldığına dikkat çekmektedirler. Nitekim, hukuka aykırı şekilde yapılan binalara söz konusu imkanlar sağlanarak karşılığında kamu için gelir elde edildiğine göre³²⁵, esasen kamunun ekonomik bakımdan bir zararı bulunmadığı halde madde gerekçesinde kamu görevlisinin bu yöndeki görevinin gereklerine aykırı hareketinin kamusal zarara yol açacağından bahsedilmektedir.

Bu durumda, yoruma yardımcı bir araç olarak kullanılabilecek ve çelişkili hususlar içeren madde gerekçesi dışında kamu zararının ekonomik nitelik taşıması gerektiğinin anlaşılmasını zorunlu kılan bir dayanak bulunmamaktadır. Ayrıca, kamu zararı kavramının 5018 sayılı “*Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*”nun 71. maddesinde ekonomik anlamı ile açıklanmasının, anılan Kanun’un kamunun mali yönetimine ilişkin oluşundan kaynaklandığı da göz önünde bulundurulmalıdır³²⁶.

“*Kamunun zararı*” kavramı hakkında son olarak belirtilmelidir ki, kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı hareketi sonucunda kamu zararına neden olduğunun söylenebilmesi için söz konusu zararın bu hareketin doğrudan sonucu

³²⁵ **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 319.

³²⁶ **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 320 - 321; **MERAN**, Noterlik, s. 36 - 37.

olarak ortaya çıkması, aralarında illiyet bağı bulunması gerekir³²⁷. Ayrıca, kamu görevlisinin kamunun zararına bir kere neden olduktan sonra, bu zararı gidermesi de suçun oluştuğunun kabul edilmesi bakımından engel değildir.

iii. Kişilere Haksız Kazanç Sağlama

Kişilere hukuka aykırı olarak ve hak etmedikleri şekilde kazanç sağlanması³²⁸ “*haksız kazanç*” olarak tanımlanabilir³²⁹. Yargıtaya göre haksız kazanç, bir kimsenin yararlanmaya hakkı bulunmadığı şeyden yararlandırılarak elde ettiği kazançtır³³⁰. Kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı hareketi ile kişilere haksız kazanç sağlayabilir³³¹ ve bu kazancın bir gerçek kişiye sağlanması mümkün olduğu

³²⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 754.

³²⁸ GÖKCAN, s. 89.

³²⁹ Bir görüşe göre, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak kişilere sağladığı kazancın hukuka uygun bir kazanç olamayacağı kabulü her zaman doğru değildir. Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzi, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, Bologna 2001, s. 239’dan aktaran OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 152. Dolayısıyla kamu görevlisince sağlanan kazancın hukuka aykırı olarak sağlanması yeterli olmayıp kazancın da hukuka aykırı, bir başka deyişle haksız olması gerekir. SEGRETO, De Luca, Delitti dei pubblici ufficiali, s. 534 ve BENUSSI, Carlo, Trattato di diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei ufficiali, Vol. I, tomo. I, Milano 2001, s. 610 - 611’den aktaran OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 152. Buna göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilere sağladığı kazancın hukuka uygun olması durumunda, görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz. BENUSSI, I delitti dei pubblici ufficiali, s. 611’den aktaran OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 152.

Aksi yöndeki görüşe göre ise failin görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda sağlanan kazancın hukuka uygun olması söz konusu değildir. OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 152.

³³⁰ Yargıtay CGK.’nin 17.04.2007 tarih, E. 2007/4-88, K.2007/94 sayılı Kararı’nda, “*Haksız kazanç’ ise görev gereklerine aykırı davranılmak suretiyle kişilere haksız bir yarar sağlanmasıdır. Yürürlükteki mevzuata göre bir husustan yararlanmaya hakkı olmadığı halde yararlandırılması suretiyle kişinin sağladığı kazanç biçiminde de tanımlanabilir.*” denilmektedir. OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 152.

Yargıtay 4. CD.’nin 07.07.2008 tarih, E.2008/3081, K.2008/15680 sayılı Kararı’nda, “*Belediye Meclis üyesi olan sanık N.Ü.’in 17.08.2001 tarihli encümen toplantısına katılıp kendisinin de üyesi olduğu kooperatife arsa tahsis yapılmasını sağlaması ve Belediye Başkanı olan sanık H.O.’ın, bu şekilde tahsis edilen aralarda uygulanması gereken Gecekondu Kanunu Uygulama Yönetmeliği 65. maddesine aykırı olarak, yapılacak dairelerin 100 metrekareden fazla olmasına ilişkin projeyi onaylaması biçimindeki eylemlerinde; 5237 sayılı TCY.’nin 257. maddesinde öngörülen suçun, kişilere haksız kazanç sağlama unsurunun oluştuğu gözetilmeden,*” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

³³¹ Kanun koyucunun “*haksız kazanç sağlama*” kavramından kastı madde gerekçesinde “*Görevin gereklerine aykırı davranılmak suretiyle kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olabilir. Örneğin kişi, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı hâlde,*

gibi bir tüzel kişiye sağlanması da pekâlâ mümkündür.

Öğretide “kazanç” kavramının sınırları üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kazancın yalnızca ekonomik menfaate işaret ettiğinin savunulduğu³³² gibi bununla sınırlı olmayıp, ekonomik olmayan ve fakat ilgili kimseye temin edilen her türlü haksız menfaati kapsadığının savunulduğu³³³ da görülmektedir. Madde gerekçesinde haksız kazanç sağlamaya ilişkin olarak verilen örnekler ilk görüşün savunucularını doğrular görünmektedir.

Kanaatimizce, haksız kazanç kavramının yalnızca ekonomik menfaati ifade etmek üzere kullanıldığının kabulü uygun olup, kendisine kazanç sağlandığı iddia edilen kimsenin malvarlığında dolaylı ya da doğrudan parasal artış gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır³³⁴. Gerçekten de, tarihi kanun koyucunun maddenin üçüncü fıkrasında “*çıkar sağlama*” kavramını kullanırken birinci fıkrasında “*kazanç sağlama*” kavramını kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu kabul edilirse, bu tercih karşısında “*kazanç sağlama*” kavramının kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda ilgili kişiye sağladığı ekonomik menfaati ifade ettiği ve yalnızca maddi değil manevi menfaati de kapsayan “*çıkar sağlama*” kavramından ayrıştırıldığı söylenebilir³³⁵.

Yine, 5237 sayılı Kanun’un “*İrtikap*” suçunu düzenleyen 250. ve “*Rüşvet*”

yararlandırılmış olabilir. Kişiye, belli bir sınıai 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 imkan sağlanmış olabilir.” şeklinde açıklanmıştır. Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, Gazi şerhi, s. 1021 vd.

³³² **MALKOÇ**, s. 1869; **SOYASLAN**, Özel Hükümler, s. 523; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3631.

³³³ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5028; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 954; **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 322 vd.

³³⁴ **MALKOÇ**, s. 1869; **SOYASLAN**, Özel Hükümler, s. 523; **GÖKCAN**, s. 90.

³³⁵ **PARLAR / HATİPOLU**, s. 3631; **GÖKCAN**, 90 - 91.

suçunu düzenleyen 252. maddelerinde kullanılan ve sadece ekonomik içerikli olmayan “*yarar*” kavramının 257. maddenin bir ve ikinci fıkraları yönünden benimsenmemesi de³³⁶ bu doğrultuda ileri sürülebilir bir argümandır.

Öğretide bu görüş hakkında kavramın değinilen şekilde yorumlanmasının kamu görevlisinin muhatabına ekonomik nitelikte olmayan menfaat sağlama fiillerinin yaptırımsız kalmasına yol açacağı eleştirisi dile getirilmiştir³³⁷. Bu çerçevedeki görüşe göre, suçun Türk Ceza Kanunu’nda “*Kamunun Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlendiği de dikkate alındığında kamunun güvenilirliği ve kamu idaresinin işleyişine ilişkin düzeni korumak için ihdas edilen bir suçta kullanılan “*kazanç*” kavramının yalnızca ekonomik anlamıyla açıklanması mümkün değildir³³⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir Kararı’nda³³⁹ söz konusu kavramın ekonomik nitelikte olmak üzere anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak yer verilen “*kişilere haksız kazanç sağlanması, herhangi bir kişiye sağlanmış bulunan ‘ekonomik anlamdaki’ kazanç olarak anlaşılmalıdır.*” şeklindeki açıklama, diğer

³³⁶ GÖKCAN, s. 90 - 91.

³³⁷ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 523.

³³⁸ MERAN, Zimmet - Rüşvet, s. 326 - 327; Yazar, aynı zamanda, mahkeme tutanak yazmanı olan sanığın, mahkeme tarafından verilen onama kararını ve buna ilişkin diğer evrakları dosyada vekaleti bulunmayan bir avukata imza karşılığında teslim etmesi gibi kişilere ekonomik kazanç sağlamayan pek çok örnekte görevi kötüye kullanma suçunun fail tarafından ilgili kişilere haksız kazanç sağlanması nedeniyle değil, ancak kamu zararına neden olunması dolayısıyla oluştuğunu savunmaktadır. Buna göre, kendisine kazanç sağlanan kimselerin kamu görevlisinden bu yönde bir talepleri bulunmadığı gibi kamu görevlisi de bu kişilere haksız kazanç sağlamayı gözetmemektedir. Kamu görevlisi burada görevinin gereklerine uymayarak ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek görevini kötüye kullanmaktadır. MERAN, Zimmet – Rüşvet, s. 323 vd.

³³⁹ Yargıtay CGK.’nin 20.11.2007 tarih, E. 2007/5-83, K. 2007/244 sayılı Kararı. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

kararlarında da tekrarlanarak bu husus açıklığa kavuşturulmuş³⁴⁰ ise de özel dairesinin kararları yönünden aynı istikrarın bulunduğu söylenemez.

Nitekim özel daire bir Kararı'nda³⁴¹ *"5237 sayılı TCK.nun 257. maddesi kapsamında ... kişiye haksız kazanç sağlamasına yönelik ilgilinin mal varlığında bir artış meydana gelmediği, silahı satıp paraya dönüştürmediği ve esasen silah taşıma ruhsatının da iptal edilmiş olduğu ve silahtan yararlanmasının üzerinde taşımasından ibaret kaldığı, bunun ise haksız kazanç sayılmayacağı gözetilerek suçun unsurları oluşmadığından,"* demekle kazanç kavramını *"ekonomik"* nitelikli olmak üzere yorumlarken, başka bir Kararı'nda³⁴² *"'Haksız kazanç' görev gereklerine aykırı davranılmak suretiyle kişilere haksız bir yarar sağlanmasıdır. Yürürlükteki mevzuata göre bir husustan yararlanma hakkı olmadığı halde yararlandırılması suretiyle kişinin sağladığı kazanç biçiminde de tanımlanabilir."* demekle söz konusu kavramın ekonomik nitelikli olmak üzere sınırlamadığını ortaya koymuştur³⁴³.

³⁴⁰ Yargıtay CGK.'nin 22.11.2008 tarih, E.2007/5-101 ve K.2008/3 sayılı Kararı'nda, *"Esas itibarıyla bu konu 5237 sayılı TCY'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birçok kez Genel Kurul önüne gelmiş ve hep aynı şekilde çözüme kavuşturulmak suretiyle de istikrar kazanmıştır. Zira; Ceza Genel Kurulu'nun 18.10.2005/96-118; 06.12.2005/110-159; 17.04.2007/88-94; 01.05.2007/59-105; 20.11.2007/83-244 gün ve sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararında benimsendiği ve ifade edildiği üzere; 5237 sayılı Yasanın 257/1. maddesinde bahsedilen mağduriyet kavramı, sadece ekonomik bakımından uğranılan zararlar sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade ederken; kişilere haksız kazanç sağlanması, herhangi bir kişiye sağlanmış bulunan 'ekonomik anlamdaki kazanç' olarak anlaşılmalıdır. Kamunun zarara uğraması ise; madde gerekçesinde açıkça belirtildiği ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın 71. maddesinde tarif edildiği şekilde 'kamuun ekonomik anlamda bir zarara uğraması' demektir."* denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

³⁴¹ Yargıtay 4. CD.'nin 20.07.2007 tarih, E.2006/16 ve K.2007/39 sayılı Kararı. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

³⁴² Yargıtay 4. CD.'nin 19.11.2008 tarih, E.2007/3568 ve K.2008/20883 sayılı Kararı. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

³⁴³ Yargıtay CGK.'nin 17.4.2007 tarih, E. 2007/4-88, K.2007/94 sayılı Kararı'nda suçun buraya kadar incelediğimiz neticelerin tamamı hakkındaki farklı görüşlerin Yargıtay uygulamasına ne şekilde yansıdığını görmek mümkündür. Söz konusu Karar'da, *"Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce 26.02.2007 gün ve 13076-1959 sayı ile; ... Sanığın 765 sayılı TCY'nun 240. maddesine uyan eylemlerinin karşılığı 5237 sayılı Yasanın 257/1. maddesinde ifadesini bulmaktadır. ... Bu yeni hükme göre görevde yetiyi kötüye kullanma suçunun oluşması, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı*

hareket etmesi yanında ayrıca bu davranışın sonucu olarak kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması yahut kişilere haksız kazanç sağlanmasına bağlıdır. 765 sayılı TCY'nın 240. maddesinde, yasal ve idari düzenlemelerde öngörülen usul ve kurallara uymama suçun oluşması için yeterli görülürken 5237 Sayılı Yasanın 257/1. maddesi bu davranışa ilaveten yukarıda belirtilen sonuçlardan en az birinin gerçekleşmesini de ek unsur olarak şart görmektedir.

...
Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarında ... da belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCY'nın 257/1. maddesinde sözü edilen 'mağduriyet', gerekçede de işaret edildiği gibi, sadece ekonomik zarar anlamında değildir. Ekonomik zarar da söz konusu olabilmekle birlikte diğer bireysel hak ve çıkarların ihlali hallerini de kapsamaktadır.

'Kamu zararı' gerekçedeki açıklamaya göre ekonomik zarar anlamındadır.

Somut (maddi) olmalıdır. Ancak, bunun için miktarın kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, olayın özelliğine göre somut bir zararın meydana geldiği anlaşılabilirse, bu durum da kamu zararının varlığını kabul için yeterlidir. Kamu zararı kavramının ne olduğu hususunda müracaat edilebilecek ve her zaman için geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın 71. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır. Görev gereklerine her aykırı davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişli hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması gerektiği yolundaki tercihi ile bağdaşmaz.

'Haksız kazanç' ise görev gereklerine aykırı davranılmak suretiyle kişilere haksız bir yarar sağlanmasıdır. Yürürlükteki mevzuata göre bir husustan yararlanmaya hakkı olmadığı halde yararlandırılması suretiyle kişinin sağladığı kazanç biçiminde de tanımlanabilir.

Somut olayda, belediye müdürü olan sanığın bir kısım temizlik ve bakım işlerini parçalara bölerek yapma ve belediye adına bağış kabul etme biçimindeki eylemlerinin 5237 sayılı TCY'nın 257. maddesinde öngörüldüğü üzere kamu zararına yol açıp açmadığı, kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı ve kişilerin mağduriyetine neden olup olmadığı konularında, 'ihale mevzuatından da anlayan bir bilirkişi de seçilerek yeniden oluşturacak bilirkişi kurulundan görüş alınıp, tüm kanıtların birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile hüküm kurulması ..." isabetsizliğinden bozulmuştur.

Bu karara Üye C.A. tarafından;

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

Kamu zararının dar anlamda ve sadece maddi zarar olarak kabul edilmesi halinde yasalarda suç olarak tanımlandıkları halde aşağıda belirtilen fiillere (kişi mağduriyeti ve kişilere haksız kazanç sağlama unsurunu kanıtlama olanağı mümkün olmayacağı için) ekonomik zarar oluşturmadığı gerekçesiyle cezai yaptırım uygulanamayacaktır....' biçiminde karşı oy kullanılmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 04.02.2007 gün ve 143548 sayı ile; '... Mağduriyet kavramında olduğu gibi 'kamu zararı'nın da geniş yorumlanması gerekir. İhale kapalı teklif usulü yapıp üçüncü kişilerin de ihaleye katılmaları sağlanmış olsaydı daha uygun fiyatlara yapılması mümkün olabilecekti. ...

Pazarlık suretiyle parçalara bölerek ihale yapıp ihaleye girme olanağı bulunan üçüncü kişiler bu olanaktan yoksun bırakılmak suretiyle onların mağduriyetine neden olduğu anlaşılacakla 5237 Sayılı Yasanın 257/1. maddesinde düzenlenen suçun da unsurları itibarıyla olduğu açıktır.

Mahkeme zarar konusunun açıkça anlaşıldığı olayda bilirkişiye gerek görmeyerek kararını vermiştir' açıklamasıyla, özel dairenin 26.02.2007 gün ve 13076-1959 sayılı bozma kararının kaldırılarak, Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'nin 17.06.2005 gün ve 302-182 sayılı kararının onanmasına karar verilmesi itiraz yoluyla talep edilmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Kamu görevlisinin ihmali hareketi ile görevini kötüye kullanarak, kişilere haksız kazanç sağladığının kabul edilmesi için muhatabına sağladığı kazancın denetim görevini ihmal suçu kapsamı dışında kalması aranır³⁴⁴. Zira, kamu görevlisinin muhatabına denetim görevini ihmal suçu kapsamında kalan bir kazanç sağladığında 257. maddenin değil, bu suçu düzenleyen 251. maddenin uygulanması söz konusu olabilir.

Yine kamu görevlisince bir kimseye haksız kazanç sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi açısından, kendisine kazanç sağlandığı iddia edilen kişi veya kişilerin belirli veya en azından belirlenebilir olması gerektiği³⁴⁵ ifade edilmelidir.

KARAR : Ceza Genel Kurulu'nda hükümlü hakkındaki uyarlama hükmüne hasren yapılan incelemede; ...

belediyeye ait süreklilik arz eden temizlik, çim biçme gibi bir kısım işlerin zaman yönünden parçalara bölünmek suretiyle, Mali Yılı Bütçe Yasalarında izin verilen pazarlık usulünün ve açık teklif usulünün kapsamına sokulduğu,

Böylece; belediyenin ortak olduğu ... dışındaki firmaların, açık eksiltme ve pazarlık usulünde ... firması ile rekabet şanslarının kalmadığı,

Sonuç olarak, bu dönemde yapılan 13 ihaleden sadece birisinin ... dışındaki bir firma tarafından alınabildiği, diğer 12 ihalenin ise ... firması tarafından kazanıldığı,

Belirtilen durum dışında, ihalelerin yapılış sürecinde açık bir hukuka aykırılığa rastlanmadığı,

Bununla birlikte; ne kesinleşen hükme ait dosyada, ne de uyarlama yargılaması sırasında ... herhangi bir bilirkişi incelemesinin yaptırılmasına gerek görülmediği, ...

Görüş ve kanaatine ulaşılmıştır.

Ceza Genel Kurulu'nun 18.10.2005 gün ve 4. MD-96-118 sayılı kararında da belirtildiği üzere; mağduriyet kavramı; sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlar sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder. Kamunun zarara uğraması ise; madde gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi 'ekonomik bir zararı' ifade etmektedir. Kamu zararı kavramı, 5018 sayılı 'Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın' 71. maddesinde de; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanmaktadır. ... Ancak kamu zararının bulunup bulunmadığı bu şekilde belirlenirken; norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayımla da hareket edilmemelidir.

Somut olayda; 'mağduriyet' ve 'kamu zararı' hususunda şimdiye kadar yapılmış bir araştırma bulunmadığına göre; söz konusu ihalelerle ilgili olarak 'mağduriyet' veya 'kamu zararı' meydana gelip gelmediğinin, özel dairenin de kabul ettiği gibi ancak bilirkişi incelemesi sonunda ortaya çıkabileceğinde kuşku yoktur. ...

Bu nedenlerle, özel daire kararı isabetli bulunduğundan, itirazın reddine karar verilmelidir." denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

³⁴⁴ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5017; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 944.

³⁴⁵ **GÖKCAN**, s. 92.

Ayrıca, belirtmelidir ki, maddede “*haksız*” kazançtan söz edilmesinden de anlaşılacağı üzere kişilere sağlanan kazanç haksız değilse, kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu işlediğinin söylenmesi de mümkün olamayacaktır.

Bu başlıkta son olarak 19 Şubat 2010 tarih ve 27790 sayılı RG’da yayımlanan 8 Aralık 2010 tarih ve 6068 sayılı “*Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile TCK’nın 257. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen “*kişilere haksız kazanç sağlama*” hususu yönünden gerçekleştirilen değişikliğe değinmek gerekmektedir.

6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi³⁴⁶ uyarınca “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan ‘kazanc’ ibareleri ‘menfaat’, ... şeklinde değiştirilmiştir.*”

Söz konusu değişiklik madde gerekçesinde³⁴⁷ “... *Bu suretle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu bakımından kişilere sağlananın sadece ‘ekonomik’ bir kazanç olarak algılanmasının önüne geçilecek ve görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaatin sağlanması halinde de, bu suç oluşacaktır*” denilmekle gerekçelendirilmiştir. Buna göre, kanun koyucu TCK’nın 257. maddesinin ilk şeklinde yer alan “*kazanc*” ifadesini “*menfaat*” şeklinde değiştirerek, kamu görevlisince kişilere sağlanan ekonomik

³⁴⁶ 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi şu şekildedir: “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan ‘kazanc’ ibareleri ‘menfaat’, birinci fıkrasında yer alan ‘bir yıldan üç yıla kadar’ ibaresi ‘altı aydan iki yıla kadar’, ikinci fıkrasında yer alan ‘altı aydan iki yıla kadar’ ibaresi ‘üç aydan bir yıla kadar’ ve üçüncü fıkrasında yer alan ‘birinci fıkra hükmüne göre’ ibaresi ‘bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile’ şeklinde değiştirilmiştir.*”

³⁴⁷ Gerekçe için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss565.pdf> 5, Son erişim tarihi: 29.12.2010.

yararların yanı sıra ekonomik nitelikte olmayan yararların da görevi kötüye kullanma suçu kapsamınmda değerlendirilmesi yönündeki iradesini ortaya koymuştur.

Öte yandan, ileride yeri geldiğinde değinileceği üzere³⁴⁸ TCK'nın 257. maddesinin üçüncü fıkrasında kullanılan “*çıkar*” kavramının da ekonomik ve başkaca her türlü menfaate işaret ettiği hakkında öğreti ve uygulamada görüş birliği sağlanmış, ayrıca kanun koyucu tarafından da maddenin değişiklikten önceki şeklinin gerekçesinde³⁴⁹ “*kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktası bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak*” değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalarla görevi kötüye kullanma suçunun bu şekli ile irtikap suçu arasındaki ilişkiden söz edilerek fıkra da yer alan “*çıkar*” kavramının irtikap suçunda olduğu gibi ekonomik veya bu nitelikte olmayan her türlü menfaati de kapsadığı dolaylı olarak kabul edilmiştir.

Kanaatimizce bu durumda maddenin birinci ve ikinci fıkralarında “*menfaat*” kavramı kullanılırken, üçüncü fıkrasında ise aynı anlama gelmek üzere “*çıkar*” kavramının kullanılması en azından kanun dili açısından doğru görünmemektedir. Kaldı ki, bu durumun öğreti ve uygulayıcılar açısından normun tutarlı gerekçelerle yorumlanmasını güçleştireceği de öngörülebilir.

Değişikliğin en çok dikkat çeken sonucu ise madde hükmünde “*menfaat*” kavramının kullanılmasının benimsenmesiyle görevi kötüye kullanma suçunun kapsamının da genişletilmiş olmasıdır. Daha önce ifade edildiği üzere, görevi kötüye kullanma suçu 5237 sayılı Kanunda yeniden yapılandırılırken suç tipinde “*kişilerin*

³⁴⁸ Bu konuda bkz. “*Netice*” başlığı altındaki “*TCK Madde 257/3 Açısından*” alt başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁴⁹ Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

mağduriyetine” veya *“kamunun zararına”* neden olma; *“kişilere haksız bir kazanç sağlama”* hususlarının öngörülmesiyle, 765 sayılı Kanun zamanında suçun kanunilik ilkesini ihlal ettiği yönünde sıklıkla dile getirilen eleştiriler bir ölçüde giderilmişti³⁵⁰. Gerçekten de maddede söz konusu hususların öngörülmesiyle görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu haline getirilmiş olup, kamu görevlisinin bu sonuçları doğurmayan hareketleri görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğinden suçun kapsamı daraltılmış ve dolayısıyla sınırları da daha belirli hale getirilmiştir.

Oysa buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yalnızca kişilere sağlanan ekonomik nitelikteki yararlar işaret eden *“kazanç”* ibaresi *“menfaat”* şeklinde değiştirilerek kişilere sağlanan ekonomik nitelikte olmayan yararların da görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kabul edilmesi ile failin hareketinin görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirilebilecek sonuçlarının ve dolayısıyla da suçun kapsamı genişletilmiş ve böylece TCK’nın 257. maddesinin ilk şeklinde suçun kapsamı daraltılmak suretiyle kanunilik ilkesine uygunluk anlamında sağlanan fayda azaltılmıştır.

Bu çerçevede kanaatimizce, yapılan değişiklik sonucunda hem madde hükmünde bir kavram kargaşası yaratılması hem de suç tipinin arz ettiği özellik dolayısıyla kanunilik ilkesine uygunluk bakımından mümkün olduğunca dar ve

³⁵⁰ Görevi kötüye kullanma suçunda *“kişilerin mağduriyetine neden olma”*nın aranmasının *“mağduriyet”* kavramının kapsamının geniş ve sınırlarının da belirsiz oluşu dolayısıyla suçun kapsamının daraltılarak sınırlarının belirli hale getirilmesine elverişliliğinin tereddüt yarattığı hakkında bkz. *“Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma”* başlığı altında yapılan açıklamalar.

belirli olması gereken sınırlarının genişletilmesi karşısında düzenlemenin isabetli olduğunu söylemek de güç görünmektedir³⁵¹.

iiii. Objektif Cezalandırabilirlik Koşulu

Bu başlıkta, maddede öngörülen “*kişilerin mağduriyetine*” veya “*kamunun zararına*” neden olma; “*kişilere haksız bir kazanç sağlama*” hususlarının objektif cezalandırabilirlik koşulu³⁵² olduğu yönünde öğretide savunulan görüşün³⁵³ tartışılması amaçlanmıştır.

Cezalandırabilirlik, cezanın uygulanabilirliğini, bir başka deyişle faile fiili karşılığında ceza verme olanağını ifade eder³⁵⁴. Cezalandırabilirlikten söz edilmesi için kanun koyucu tarafından yasaklanan bir fiilin gerçekleştirilmesi yeterli bulunmayıp, failin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenlerin bulunmaması, öte yandan varsa, objektif cezalandırabilirlik koşulunun gerçekleşmesi gerekir³⁵⁵.

Objektif cezalandırabilirlik koşulu, “*suçun ihlal alanına tamamen yabancı olmakla birlikte, var olan ihlal edici bir fiilin cezalandırılmasını uygun (elverişli) hale getiren olaylar*” olarak tanımlanabilir³⁵⁶. Bir suç için objektif cezalandırabilirlik koşulu düzenlenmesi, Devletin o suç cezalandırabilme yetkisinin, buna bağlı olarak cezanın uygulanabilmesinin gelecekte ortaya çıkacak, kesin nitelik taşımayan ve

³⁵¹ TCK.’nın 257. maddesinde 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile görevi kötüye kullanma suçunda öngörülen yaptırım bakımından gerçekleştirilen değişiklik ve bu değişikliğin değerlendirilmesi hakkında bkz. “*Yaptırım*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁵² Cezalandırmanın objektif şartlarının objektif sorumluluk hipotezi olup olmadığı hakkında bkz. **ÖZEN**, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US – A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 230 vd.

³⁵³ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5016 ve 5024; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 961; **MERAN**, Zimmet - Rüşvet s. 318; **MERAN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 104; **ŞİK**, s. 138 vd.

³⁵⁴ **ANTOLISEI**, Manuale di diritto penale, Par. Gen. (1997), s. 748 vd. ile **MANTOVANI**: Diritto Penale, (1992), s. 813 vd.’den aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 415.

³⁵⁵ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 415.

³⁵⁶ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 419 - 420.

suçu oluşturan fiilin dışında kalan olaylara bağlanması³⁵⁷ sonucunu doğurur³⁵⁸. Objektif cezalandırabilirlik koşulları suçun oluşumunu etkilemezler. O halde bir suç tipi bakımından cezalandırabilirlik koşulu öngörülmüş ise, suçun tüm öğeleri gerçekleşse dahi, öngörülen koşul gerçekleşmediği takdirde, failin cezalandırılabilmesi mümkün olmaz³⁵⁹.

Objektif cezalandırabilirlik koşulları aslında kanun koyucunun suç politikası çerçevesinde suçun unsurları gerçekleştiği halde, failin eylemini cezalandırılacak ağırlıkta görmeyerek failin cezalandırılmasını bağladığı koşullar olduklarından failin lehine nitelik taşır³⁶⁰.

Suçun kurucu unsurunun objektif cezalandırabilirlik koşulundan ayrılabilmesi için kesin bir ölçüt bulunmamakla birlikte önerilen bir ölçüte göre, *“korunan varlığın ihlalini ilgilendiren ve fiilin ihlal edilişini içeren ve dolayısıyla fiilin suç haline getirilmesinin nedeni olan olaylar, kurucu unsurlar olarak kabul edilmelidir. Nitekim bunlar olmaksızın suçla ilgili tipik ihlal gerçekleşemez”*³⁶¹.

³⁵⁷ **TOROSLU**, Nevzat, “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 705 - 709. ; **TOROSLU**, Nevzat / **FEVZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2009, s. 45.

³⁵⁸ Objektif cezalandırabilirlik koşullarının, suç fiilinden nedensellik bakımından tamamen bağımsız olması zorunlu değildir. Suç normunda belirlenen hukuki emirden bağımsız olması yeterlidir. Yine, söz konusu koşulların fail ya da fail dışındaki üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi arasında fark bulunmamaktadır. **ANTOLISEI**, Manuale di diritto penale, Par. Gen., Milano, 1997, s. 753’ten aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 419.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, cezalandırabilirlik koşulundan söz edilebilmesi için şartın bizzat fail tarafından yaratılması gerekmektedir. Şart, failin dışında kalan bir organ ya da kişi tarafından gerçekleştiriliyor ve davanın açılmasını sağlıyorsa muhakeme şartıdır. **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 121.

³⁵⁹ **İÇEL** ve diğerleri, s. 12 - 13; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 121.

³⁶⁰ **İÇEL** ve diğerleri, s. 14; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 121.

³⁶¹ “Öze ilişkin - işlevsel ölçüt” hakkında bkz. **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 419. Bir başka görüşe göre, cezalandırabilirlik koşulu olan neticeleri suçun maddi unsuru olan neticelerden ayırmak için, objektifliğin zorunlu ve yeterli olup olmadığı incelenmelidir. **KUNTER**, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, 1948, s. 192, 226 ve 240’dan aktaran **KUNTER**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2498, Hukuk Fakültesi No: 562, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 50, dn. 60.

Demek ki, failin bir hususu suç fiilini gerçekleştirme şeklinin sonucu olarak kabul ederek istemesi halinde cezalandırılması söz konusu olduğunda, bu hususun suçun kurucu unsurunu oluşturduğu; objektif cezalandırabilirlik koşullarının ise failin iradesinden ve fiilinden bağımsız olarak gerçekleşmesinin söz konusu olduğu söylenebilir³⁶².

Bir başka deyişle, objektif cezalandırabilirlik koşulunun suçun maddi unsurundan ayrıldığı bir nokta kasta dahil olmamasıdır. Gerçekten de, failin cezalandırılabilmesi için somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleştiğini bilmesi gerekirken, cezalandırabilirlik koşulunun gerçekleştiğini bilmesi aranmaz³⁶³.

Ayrıca, kanunda yazılı netice failin kusurlu davranışı dolayısıyla kendisine yüklenebiliyorsa suçun maddi ögesinden, failin kanunda yazılı neticeye kusurlu hareketinin yol açması gerekli değilse objektif cezalandırabilirlik koşulundan söz edilmesi gerekir³⁶⁴.

Bu başlıkta cezalandırabilirlik koşullarının özelliklerinden çıkan bazı sonuçlara da ele almakta olduğumuz tartışmanın değerlendirilmesi bakımından faydalı olabileceğini düşünerek değinmek istemekteyiz.

Cezalandırabilirlik koşulları suçtan önce değil, suç ile aynı zamanda veya suçtan sonra ortaya çıkarlar³⁶⁵. Suçtan önceki olaylar ise, cezalandırabilirlik koşulu

³⁶² **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 418.

³⁶³ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 418; **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 559 - 562; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 197.

³⁶⁴ **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 305 - 306; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 197; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 121.

³⁶⁵ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 418; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 196. Cezalandırabilirlik koşullarının suçun tüm unsurları ile tamamlanmasından sonra söz konusu olacağı yönünde aynı görüşte **ALACAKAPTAN**, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 6.

olamazlar³⁶⁶, ancak davranışının ön şartlarını oluşturabilirler³⁶⁷. Bir suç bakımından cezalandırabilirlik koşulu öngörülmüş olsa dahi suç, söz konusu koşulun gerçekleşmesi anında veya yerinde değil suçun unsurlarının gerçekleştiği anda ve yerde işlenmiş³⁶⁸ sayılır. Ayrıca, zaman aşımının da suçun unsurlarının gerçekleşmesi ile³⁶⁹ işlemeye başladığı kabul edilmelidir³⁷⁰.

Esasen maddede öngörülen unsurların objektif cezalandırabilirlik koşulu mu yoksa netice mi olduğu tartışmasının en önemli sonuçlarından biri de objektif cezalandırabilirlik koşulu olarak nitelendirilmesi halinde görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsün mümkün olmayacağının da doğal olarak kabul edilmesidir. Nitekim, teşebbüs aşamasında kalan suçta - suçu meydana getiren irade bakımından tamamlanmış suçla tamamen aynı olmasına rağmen - normda tanımlanan suç fiili yalnızca kısmen gerçekleşmektedir³⁷¹. Oysa, cezalandırabilirlik koşulu öngörülen suçlar bakımından ortada tamamlanmış bir suç mevcut olduğundan³⁷², suça teşebbüs söz konusu değildir³⁷³.

³⁶⁶ BRICOLA Punibilit  (Condizioni obiettive di), Novissimo Digesto Italiano, Torino 1957, XIV, s. 595'den aktaran, **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 418.

³⁶⁷ MANTOVANI, Diritto Penale, Padova, (1992), s. 815'den aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 418.

Ancak,  ğretide, cezalandırabilirlik koşullarının suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun işlendiğı sırada ortaya çıktığı, söz konusu şartların suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkması halinde ise muhakeme şartının varlığından söz edilebileceğı de savunulmaktadır. **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 121.

³⁶⁸ **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 307 - 308, **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 357; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 196 vd; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 122.

³⁶⁹ **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 308; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 122.

³⁷⁰ öğretide, objektif cezalandırabilirlik koşulunun öngörüldüğü suçlarda, bu koşulun gerçekleşmesi ile suç tamamlandığından, zaman aşımı süresinin de maddi unsurun yanısıra objektif cezalandırılma koşulunun gerçekleştiğı andan itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir. **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 562.

³⁷¹ **HAFİZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 329 - 330; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 252.

³⁷² **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 417; **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 308; **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II - III, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 377 - 378.

³⁷³ Aksi yöndeki görüşe göre ise, objektif cezalandırabilirlik koşulu öngörülen suçlara da teşebbüs mümkündür. Fail, hareketi teşebbüs aşamasına kaldığında objektif cezalandırabilirlik koşulları gerçekleşmemiş ise cezalandırılmayacaktır. Ancak bu sonuç, bu nitelikteki bir suça teşebbüsün

Buraya kadar yer verilen açıklamalar ile öğretide, 257. maddede belirlenen “*kişilerin mağduriyetine*” veya “*kamunun zararına*” neden olma ya da “*kişilere haksız bir kazanç sağlama*” hususlarının görevi kötüye kullanma suçu bakımından öngörülen objektif cezalandırabilirlik koşulları olduğu yönünde ileri sürülen görüşün değerlendirilebilmesi için konunun genel çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır.

Şu noktada, bizim kanaatimiz de madde metninde sayılan söz konusu hususları, görevi kötüye kullanma suçunun neticeleri olarak kabul eden görüşlerle³⁷⁴ birleşmektedir. Zira, objektif cezalandırabilirlik koşullarının yukarıda değinilen özelliklerinin maddede öngörülen bu hususlar yönünden gerçekleştiğini söylemek güç görünmektedir. Her şeyden önce görevi kötüye kullanma suçu bakımından öngörülen, failin davranışının kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına, kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olması, suçun kurucu unsurlarından olup kanunî tipin dışında ve buna yabancı nitelikte olmadığından³⁷⁵ bu unsurların cezalandırılabilirlik koşulu olarak anılmaları da isabetli değildir.

Gerçekten de, sözü edilen unsurlar meydana gelmediği sürece görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanması da mümkün olmayacağına³⁷⁶ göre, yukarıda değinildiği üzere bu unsurların suçun tüm unsurlarının tamamlanmasından sonra söz konusu olan ve dolayısıyla suçun tamamlanmasında etkisi bulunmayıp, devletin cezalandırma yetkisini kullanabilmesi ile ilgili olan objektif cezalandırabilirlik

mümkün olamayacağı şeklinde yorumlanmaya müsait değildir. Bu görüşe göre, failin tamamlanması ile cezalandırılabilmesi birbirinden farklı olduğundan, bir suç teşebbüs aşamasında kaldığında, normda öngörülen cezalandırılabilirlik koşulları gerçekleşmiş ise failin teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmasına bir engel bulunmamaktadır. **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 122.

³⁷⁴ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 304; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 765; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 149 - 150; **GÖKCAN**, s. 82 - 83; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.7258 vd.

³⁷⁵ **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 149.

³⁷⁶ **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 149 - 150.

koşullarından ayrıldığı kabul edilmelidir. 257. maddede öngörülen bu hususlar, failin kusurlu hareketi gerçekleşmediği sürece ortaya çıkamazlar, bir başka deyişle failin hareketine bağlı ve bunun illi sonuçlarıdır³⁷⁷. Dolayısıyla bunları failin hareketi ile nedensellik bağı bulunmayan objektif cezalandırabilirlik koşulları olarak kabul edilemeyecekleri söylenebilir.

Hemen belirtilmelidir ki, aşağıda “teşebbüs” başlığı altında da değinileceği üzere, Yargıtay, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi ile kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açmasını ya da kişilere haksız kazanç sağlamasını kimi zaman görevi kötüye kullanma suçunun neticesi olarak saymak³⁷⁸ eğilimi gösterirken, genellikle bunları objektif cezalandırabilirlik koşulu olarak kabul etmek eğilimindedir³⁷⁹.

b. TCK Madde 257/3 Açısından

765 sayılı Kanun’un 212. maddesinin birinci fıkrasında yaptırım altına alınan “basit rüşvet alma” fiillerinin 257. maddenin üçüncü fıkrasında görevi kötüye

³⁷⁷ GÖKCAN, s. 82 - 83.

³⁷⁸ Yargıtay 4. CD.’nin 21.02.2007 tarih, 12835/1815 sayılı Kararı’nda, “TCY.’in 257. maddesine göre görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için eylemin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına ya da kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açmasının öngörülmesi karşısında; sanığın, Tebligat Tüzüğü’nün 28. maddesine aykırı olarak tebligat yapmış olması nedeniyle sözü edilen unsurlardan hangisinin gerçekleştiği açıklanıp tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.” denilmektedir. GÖKCAN, s. 83, dn. 91.

³⁷⁹ Yargıtay 4. CD’nin 04.02.2010 tarih, E.2009/24, K.2010/4 sayılı Kararı’nda, “Sanıkların üzerine atılı 5237 sayılı TCK’nın 257/1.maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanmak suçu failin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama suretiyle işlenebilir. Anılan suçun oluşması için ilk şart, failin kötüye kullanacağı bir görevinin olması ve bu görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi, diğer şart ise görevin gereklerine aykırı davranma sonucunda kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama hususlarının gerçekleşmesidir. Burada kişilerin mağduriyetine ve kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama unsuru, suçun objektif cezalandırılma şartıdır. Bu sonuçlar gerçekleştiğinde fail cezalandırılırken, gerçekleştirilmediğinde cezalandırılmayacaktır.” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

kullanmanın bir şekli olarak düzenlendiği³⁸⁰ görülmektedir³⁸¹. Kamu görevlisinin yapmaması gereken bir işi yapmak için çıkar elde etmesi halinde ise artık görevi kötüye kullanma suçundan değil TCK'nın 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçundan söz etmek gerekir³⁸².

Kamu görevlisinin, yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak, yapmamak zorunda olduğu şeyi ise yapmamak için kendisine veya başkasına sağladığı çıkarın ekonomik veya başkaca her türlü yarara ilişkin olması mümkündür³⁸³. O halde, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için muhatabından bir miktar para alması ile herhangi bir işini gördürmesi - örneğin her gün kendisini evinden aldırıp işyerine bıraktırması - yahut manevi nitelikteki başkaca bir yarar elde etmesi arasında görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu bakımından bir fark olduğu söylenemez. Fıkra da aranan “*çıkar sağlama*” bu yönüyle Türk Ceza Kanunu'nun 250. ve 252. maddelerinde tanımlanan yarar sağlama kavramı ile örtüşmektedir.

Hemen belirtelim ki, çıkarın kamu görevlisinden başka birine sağlanması kamu görevlisinin görevi ile bağlantılı şekilde gerçekleştiği takdirde, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilir. Aynı zamanda kamu görevlisinin gördüğü veya göreceği iş için üçüncü kişiye çıkar sağlanacağını bilmesi ve bu hususta irade sahibi olması da gerekir³⁸⁴. Öğretide bir görüşe göre, kamu görevlisine veya

³⁸⁰ TOROSLU, Nevzat, Özel Kısım, s. 307; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.760; ÇİÇEK, s. 53.

³⁸¹ Söz konusu düzenleme hakkındaki eleştiri ve değerlendirmelerimiz hakkında bkz. “*Özel Hukuk Yönünden Suçun Yapısı*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁸² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 760.

³⁸³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5032; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 958; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 762; ARSLAN, / AZİZAĞAOĞLU, s. 1053.

³⁸⁴ Gerçekten de, kamu görevlisinin bu hususta bilinç ve iradesi olmadığı takdirde üçüncü kişiye çıkar sağlanması olsa olsa nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturabilecektir. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5033; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 958.

başkasına, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle sağlanan çıkarın suç teşkil etmesi için görev gereği sağlanması gerekli olmamalıdır³⁸⁵. Çıkar sağlanması yalnızca hukuk düzeni tarafından açıkça yasaklandığında değil, buna açıkça izin verilmediğinde dahi kamu görevlisine görev gereği sağlanması gerekli olmayan bir çıkardan söz edilebilir³⁸⁶.

Öğretide görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için kamu görevlisinin gördüğü iş ile karşılığında elde ettiği çıkarın orantılı olması gerektiği yönünde görüşler de dile getirilmiştir³⁸⁷. Buna göre failin göreceği iş ile bunun karşılığında elde ettiği çıkarın orantılı olmaması halinde suç oluşmaz. Örneğin kamu görevlisinin işinin çok acil olduğunu söyleyen muhatabının evrakını hemen tamamlaması karşısında, iş sahibinin minnet duygusunun ifadesi olarak kendisine çiçek göndermesi halinde kamu görevlisinin bu davranışı ile kendisine çıkar sağladığı söylenemez. Sözü edilen oran ise fail ile muhatabı arasındaki ilişkinin boyutu, failin mevkii gibi “sosyal uygunluk ölçütlerine” göre³⁸⁸ belirlenmelidir.

Kanaatimizce failin gördüğü iş ile kendisine sağlanan yarar arasında oran bulunmasının aranması, belki kamu görevlisinin gördüğü iş karşılığında muhatabının iyiniyet ve minnettarlık göstergesi olarak kendisine verilen hediyelerden bile sorumlu tutulmasının önlenmesi bakımından elverişli olabilir. Bir başka deyişle “*oran*

³⁸⁵ Antolisei, Par. spec., II, s. 314’den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 167.

³⁸⁶ **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 167, 168.

³⁸⁷ **SOYASLAN**, Özel Hükümler, s. 528; Antolisei, Par. spec., II, s. 313 - 314; Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, Bologna 2001, s. 225; Manzini s. 224; Pagliaro, Antonio, Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano 1998, s. 171; Segreto, Antonio/De Luca, Gaetano, Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano 1999, s. 304; Venditti, “*Corruzione (Delitti di)*”, s. 757’den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 169.

³⁸⁸ **BENUSSÌ**, Carlo, Trattato di diritto penale, nParte specilae, I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali, Vol. I, Tomo I, Milano 2001, s. 440; **FIANDACA**, Giovanni//**MUSCO** Enzo, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, Bologna 2001, s. 225’den aktaran **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi KötüyeKullanma, s. 169.

aranması” ölçütü çoğu zaman sosyal ilişkilerin bir gereği olarak ortaya çıkan durumların, hayatın olagan akışına aykırı olarak kamu görevlisinin aleyhine sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanmasının engellenmesi yönünden uygun görünmektedir. Ancak bizce yine de yapılan iş ile sağlanan çıkar arasında oran aranması, kamu idaresinin disiplin içerisinde yürütülmesi yükümlülüğünün, kamu görevlisinin şahsında tezahür eden eşitlik, objektiflik gibi sonuçlarını esnetmeye elverişli görünmesi dolayısıyla tereddütle karşılanmalıdır.

Kaldı ki, malın değerinin az olması, sadece belli suçlar bakımından kanunla cezalandırabilirlik koşulu ya da cezayı azaltan bir neden olarak düzenlenebildiğinden, açık bir düzenleme olmaksızın herhangi bir suç bakımından da geçerli olacağının kabul edilmesi³⁸⁹, ceza hukukunun temelini teşkil eden kanunilik ilkesi çerçevesinde en azından tartışılabilir nitelikte görünmektedir.

Belirtilmelidir ki, iş ve çıkar arasında oran aranması ile “*çıkar sağlama*” kavramının kamu görevlisini sosyal hayattan tamamen izole edecek ve aleyhine haksız sonuçlar doğurabilecek şekilde katı yorumlanmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılabilmektedir. Bununla birlikte spekülative bir değerlendirme yapıldığında akla kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması için bir karşılık elde ettiği halde söz konusu karşılığın yeterince büyük olmamasının kamu idaresinin güvenilirliği bakımından tehlikesiz mi sayıldığı sorusu gelmektedir. Kanaatimizce bu ölçütün kullanılması her zaman doğruluğundan şüphe edilmeyecek sonuçlar doğurmayabilecektir.

765 sayılı TCK bakımından kamu görevlisinin işinin gereklerine uygun

³⁸⁹ **ŞİK**, s. 94 - 95.

davrandığı için kendisine veya başkasına çıkar sağlaması halinde hangi suçun oluşacağı hususu tartışmalı idi. Şöyle ki, mahkemelerce, muhatabın işi görüldükten sonra kamu görevlisine çıkar sağlaması halinde irtikap ve rüşvet suçlarının değil, 240. maddedeki görevi kötüye kullanma suçunun olduğu yönünde kararlar verilmekte iken³⁹⁰, öğretide³⁹¹ işin tamamlanmasından sonra kamu görevlisinin elde ettiği çıkar karşılığında kullanabileceği yetkisi bulunmadığından, bu durumun görevi kötüye kullanma suçunu değil, ancak disiplin suçunu oluşturabileceği de ileri sürülmekteydi. Oysa TCK'nın 257. maddesi ile kamu görevlisinin bu nitelikteki fiilleri madde kapsamında kabul edilerek konuya açıklık getirilmiştir³⁹².

Nitekim, 257. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “görevin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle” ifadesi karşısında, kamu görevlisinin işin yapılmasından evvel mağdurla kendisine veya başkasına çıkar sağlanması hakkında anlaşmış olabileceği gibi işin yapılmasından sonra sağlanan çıkarı da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği³⁹³ kabul edilmelidir³⁹⁴. Taraflar arasında önceden

³⁹⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 761.

³⁹¹ KAYLAN, Keskin, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc, s. 20, Son erişim tarihi: 29.10.2010.

³⁹² Madde gerekçesinde açıkça, “*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. Böylece, kamu görevlisine veya bir üçüncü kişiye işin görülmesinden sonra çıkar sağlanmasının da görevi kötüye kullanma suçu kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği açıklanmaktadır. Gerekçe için bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 1021 vd.

³⁹³ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 529; GÖKCAN, s. 117; MERAN, Zimmet - Rüşvet, s. 316; MERAN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 102; MERAN, Noterlik, s. 39.

Yargıtay CGK.'nin 30.10.2007 tarih, E. 2007/5-174 ve K. 2007/213 sayılı Kararı'nda, “*Trabzon SSK Bölge Hastanesinde göz doktoru olarak görev yapmakta olan Dr. C.K.'nın, hastane polikliniğine muayene olmak için gelen M.G.'e ameliyat olması gerektiğini söyleyip, ameliyattan sonra da M.G.'den 30.000.000 lira aldığı, M.G. ile tanık Ü.G.'ün aşamalarda değişmeyen istikrarlı ifadeleriyle kanıtlanmış ise de, bu paranın verilmesi konusunda ameliyat öncesi sanıktan gelen ve icbara dötüşen bir teklifin bulunmadığı gibi sanıkla M.G. arasında yapılmış bulunan bir rüşvet anlaşmasının varlığı da ispatlanamadığından, olayımızda irtikap ve rüşvet suçlarının oluşmadığını kabul etmek gerekmiştir. Bununla birlikte, görevi nedeniyle M.G.'ü ücretsiz olarak*

yapılan bir anlaşma bulunmamasına rağmen, görevin gereği yerine getirildikten sonra kamu görevlisine çıkar sağlanması görevi kötüye kullanma suçunu üçüncü fıkrasında düzenlenen şekli kapsamında değerlendirilebilir³⁹⁵.

Zira muhatabı söz konusu çıkarı herhangi bir kimseye değil, işini görmüş olması dolayısıyla kamu görevlisi sıfatını taşıyan kimseye veya onun belirlediği üçüncü bir kişiye temin etmektedir. Hatta bir adım ileriye giderek denilebilir ki, muhatabın işin görülmesinden sonra faile çıkar sağlamaması halinde müstakbel hakkının teslim edilmeyeceği veya işinin bozulacağına ilişkin korku duyması bile failin işin görülmesinden sonra yarar elde etmesinin görevi kötüye kullanma kapsamında kabul edilmesini gerektirir.

TCK'nın 250. maddesinde düzenlenen irtikap suçu bakımından, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak kamu görevlisine sağlanan yararın “haksız” olması aranmamakta ve buna göre kamu görevlisinin görev veya sıfatını kötüye kullanarak

ameliyat etmek zorunda olan sanığın, hiç para almaması gerekirken, müştekiden 30 milyon lirayı almış olduğunun kesinlik kazanması nedeniyle; gerek suç tarihinde geçerli mevzuata göre 765 sayılı TCY'nın 240. maddesi gerekse sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasanın 257. maddesinde tanımını bulan 'görevde yetkiyi kötüye kullanma' suçunun unsurları oluşmuştur.” denilmektedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

³⁹⁴ Aksi yöndeki görüşe göre ise fıkra metninde yer alan “veya bu nedenle” ibaresinin aksine bir sonuç doğurmaya elverişli görünmesine karşın, söz konusu ibare ile ifade edilmek istenilenin elde edilen çıkar ile görev arasında bağlantı bulunmasının gerektiğidir. Buna göre, kamu görevlisinin yaptığı işten sonra iş sahibinin kendisine verdiği hediye alması dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş sayılmayacaktır. Burada diğer koşulları varsa disiplin suçundan söz edilebilecektir. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 750; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5033; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 958.

Öğretide ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre, işin görülmesinden sonra sağlanan menfaatin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığının tespitinde ayırım yapılmalıdır. Eğer, kamu görevlisinin, yaptığı iş karşılığında muhatabından menfaat talebi olmuş ise, 257. maddenin üçüncü fıkrası kapsamında cezalandırılması gerekir. Ancak, kamu görevlisinin bu yönde herhangi bir talebi bulunmadığı halde, muhatabınca kendisine görülen işin tamamlanmasının ardından ve ileride müstakbel bir iş beklentisi olmaksızın sağlanan menfaati kabul etmesi halinde olsa olsa disiplin suçundan söz edilebilir. Bu durumda failin çıkar sağlanması yönünde bir çabası olup olmadığının tespitinde Yargıtay'ın bazı kararlarında değindiği, “sağlanan çıkarın hediye boyutunu aşır aşmadığı” ölçütünün gözetilmesi uygun olacaktır. **GÖKCEN**, s. 118.

³⁹⁵ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 308; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 761 - 762; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 167; **GÖKCEN**, s. 117.

elde ettiği yararın haklı olması³⁹⁶, söz gelimi kendi alacağı veya devlete ait bir alacak olması da irtikap suçunun oluşmasını engellememektedir³⁹⁷.

O halde 257. maddenin üçüncü fıkrası bakımından da aynı değerdendirmenin yapılması mümkündür. Gerçekten de, kanun koyucu üçüncü fıkrada belirlenen suçun oluşması bakımından, kamu görevlisinin elde edeceği çıkarın haksız olmasını aramadığına göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması karşılığında elde edeceği çıkarın haklı ya da haksız oluşunun görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi yönünden farklı olmadığı söylenebilir.

Bu bahis kapatılmadan önce çıkarın, kamu görevlisine veya bir başkasına ancak kamu görevlisinin görevine giren ve türü veya içeriği itibarıyla belli veya belirlenebilir bir iş karşılığında sağlanması halinde görevi kötüye kullanma suçunun 257. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen şeklinin oluşacağı da eklenmelidir³⁹⁸.

C. İlliyet Bağı

Kamu görevlisinin, görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle³⁹⁹ maddede öngörülen davranışı ile kanuni netice arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Nitekim, “*neden olduğu bir neticeye bağlanmış*

³⁹⁶ TOROSLU, Nevzat, Özel Kısım, s. 288.

³⁹⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 796.

³⁹⁸ MANZINI, Trattato, V, s. 204; BENUSSİ, Carlo, Trattato di diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei ufficiali, Vol. I, tomo. I, Milano 2001, s. 437 - 438; ANTOLOSEI, Par. spec., II, s. 313; SEGRETO, De Luca, Delitti dei pubblici ufficiali, s. 315’den aktaran OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 166.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, çıkarın yalnızca kamu görevlisinin belirli bir işi yapması için sağlanmış olması gerekmez. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 761. Buna göre, bir devlet dairesine sıklıkla işi düşen bir kimsenin, dairesinin personeli ile ilişkilerini sıcak tutarak işlerinin sorunsuz yürütülmesini sağlamak amacıyla, personele arada sırada çeşitli menfaatler sağlaması halinde görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğini de kabul etmek gerekir.

³⁹⁹ “*Meydana gelen neticeden sorumluluk için nedensellik bağlantısının varlığı zorunlu ise de, her zaman sorumluluğun da kabulü için yeterli değildir*” ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 1. Baskı, TBB Yayınları: 55, Şen Matbaa, Ankara Ocak 2004, s. 417 - 420.

olmadıkça, bir kimse hakkında, hiçbir sorumluluk veya tehlikelik yargısı verilmesi imkânı bulunmamaktadır."⁴⁰⁰. Buna göre, ortaya çıkan değişikliğin bir insanın davranışıyla hiçbir bağlantısı olmaması⁴⁰¹ yahut bu gerçekleşmediğinde dahi meydana gelecek bir olayın varlığından söz edilebilmesi halinde bu değişiklik veya olay hareket sahibinin eseri olarak kabul edilemez⁴⁰².

Failin davranışı ile gerçekleşen sonuç arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı hakimin mesleki tecrübesi ile somut olayın özelliklerine göre tayin edeceği bir husus olup, illiyet bağının tespiti bakımından öğretide savunulan teorilerin⁴⁰³ kullanılması dışında kesin bir yöntem de bulunmamaktadır. Nitekim, 5237 sayılı Kanun'da nedenselliğin tanımlanmasına ya da nasıl tespit edileceğine ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi, özel ya da genel hükümlerden de nedensellik teorilerinin herhangi birinin üstün tutulduğunun anlaşılması mümkün değildir⁴⁰⁴.

Görevi kötüye kullanma suçu illiyet bağı yönünden incelenirken akla gelebilecek ilk hususlardan biri, suçun 257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen şekli bakımından söz konusu olan *"ihmalin nedensel bir etkiye sahip olup*

⁴⁰⁰ **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 202.

Benzer yönde, *"dış dünyada meydana gelen değişikliğin (sonucun) bir insana bağlanabilmesi için, bu değişiklik o insanın davranışından kaynaklanmalıdır."* **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 125.

⁴⁰¹ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 125; **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 179; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 233.

⁴⁰² **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 125.

⁴⁰³ Söz konusu teoriler hakkında bkz. **DÖNMEZER / ERMAN**, I, s. 475; **İÇEL** ve diğerleri, s. 72 ve 81; **ÖZEN / HAFIZOĞULLARI**, Genel Hükümler, s. 202 vd; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 125 vd; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 233 vd; **ÖZBEK**, Nedensellik Bağı, s. 422 vd.

⁴⁰⁴ **ÖZEN / HAFIZOĞULLARI**, Genel Hükümler, s. 208.

Bir görüşe göre, illiyet bağının tespiti bakımından öne sürülen *"beşeri nedensellik anlayışı"* 5237 sayılı Kanun'un sistematığına uygun, en azından ters düşmeyecek niteliktedir. Söz konusu anlayışa göre, bir hareketin, ortaya çıkan neticenin zorunlu şartı olması ve ayrıca gerçekleştiği zamanın en ileri bilim ve tecrübesi ışığında da olağan olarak söz konusu neticeyi yaratacağının öngörülebilir olması, hareketi, neticenin nedeni haline getirir. **MANTONOVİ**, Dir., pen., s. 166 vd.'dan aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Hükümler s. 131 vd. Aynı yönde, **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 206 - 207.

Yargıtay'ın nedensellik bağının tespitinde benimsediği anlayış hakkında bkz. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 242 vd.

olmadığı”⁴⁰⁵ sorusudur. Bu soruya ilişkin öğretisel tartışmalar bulunmakla birlikte bunların tüketilmesi incelememizin sınırlarını aşacaktır. Bu yüzden, yalnızca bu fıkra da aynı zamanda zarar suçu niteliği taşıyan bir ihmal suretiyle icra suçu⁴⁰⁶ düzenlendiğinden⁴⁰⁷, artık kamu görevlisinin hareketinin fıkra da öngörülen neticelerle nedensel olması halinde illiyet bağının mevcudiyetinden söz edilebileceği belirtilmelidir.

Görevi kötüye kullanma suçu teşebbüs aşamasında kaldığında, teşebbüs edilen suçlarda henüz gerçekleşen bir netice bulunmadığından, hakim in failin davranışı ile gerçekleştirmek istediği netice arasında bağ tesis edilip edilmediğini değerlendirmesi gerekecektir⁴⁰⁸.

II. HUKUKA AYKIRILIK

Görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi için kamu görevlisinin fiilinin hukuka aykırı olması gerekir⁴⁰⁹. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi ise, hukuka uygunluk nedenleri denilen ve fiilin hukuka aykırı olmasını önleyerek hukuki anlamda meşru ve hukuka uygun olarak kabul edilmesini sağlayan nedenlerin olmaması halinde söz konusudur.

⁴⁰⁵ İhmalin nedenselliği hakkında bkz. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 210 vd; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 133 - 134.

⁴⁰⁶ İhmal suretiyle icra suçlarında nedensellik bağının açıklanmasına ilişkin görüşler ve nedensellik bağının saptanması hakkında bkz. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 244 vd.

İhmal suretiyle icra suçlarında nedensellik bağı sorunu bulunmadığı, suçun özel hukuka aykırılık ilişkisi kurulmasını gerektirdiği ve suç bakımından hukuka aykırılık sorunu bulunduğu hakkındaki görüş için ayrıca bkz. **ÖZBEK**, Nedensellik Bağı, s. 456 vd.

⁴⁰⁷ Öğretide, 765 sayılı TCK’nın 230. maddesinde yer alan görevi ihmal suçunun gerçek ihmali suç olduğu ve bu itibarla neticesi harekete bitişik olduğundan nedensellik sorunu bulunmadığı da ifade edilmiştir. Buna göre, gerçek ihmali suçlarda failin sorumluluğu bakımından diğer unsurlar gerçekleşmiş ise hareketsizliğini suç olarak düzenleyen bir tipin varlığı yeterlidir. **ÖZBEK**, Nedensellik Bağı, s. 455.

⁴⁰⁸ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 233.

⁴⁰⁹ Hukuka aykırılığın suçun özü değil, unsuru olduğu hakkında bkz. **ALACAKAPTAN**, s. 99 - 100.

Gerçekten de “*hukukun tanıdığı bir yetkinin ve yüklediği bir görevin varlığı, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin gereği, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla suçu ortadan kaldırır.*”⁴¹⁰ O halde, hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda; ceza kanunu tarafından, daha önce yasaklananın gerçekleştirilmesine veya emredilenin gerçekleştirilmemesine belli koşullar altında aynı değerdeki diğer bir norm ile izin verilerek fiilin suç olarak kabul edilmesi önlenmektedir⁴¹¹.

Aşağıda yeri geldikçe değinilecek olmakla birlikte, şimdilik genel bir ifade ile hukuk düzeni tarafından suç olarak kabul edilen fiillerin, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hukuka aykırı bulunmamasının, hukuki menfaatin yokluğu yahut üstünlüğü veya eşitliği ile açıklanabileceği belirtilmelidir⁴¹².

Hukuka uygunluk nedenlerinin görevi kötüye kullanma suçu yönünden ayrıntılı incelenmesi esnasında ayrıca tekrar edilmesine gerek bulunmadığı düşünülerek tümü bakımından geçerli olmak üzere şimdiden ifade edilmelidir ki, hukuka uygunluk nedenleri objektif etkiye sahip olduklarından var olmaları halinde fail tarafından bilinip bilinmemelerinden bağımsız olarak etkilerini gösterirler⁴¹³.

Hukuka uygunluk nedenleri genel ve özel olmak üzere iki grupta sınıflandırılabilir. Hukuka genel uygunluk nedenleri bütün suçlar bakımından varlığından söz edilebilen ortak nedenler iken hukuka özel uygunluk nedenleri

⁴¹⁰ **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 135.

⁴¹¹ **HAFIZOĞULLARI**, Ceza Normu, Gözden Geçirilmiş, Ek Konulmuş 2. Baskı, US – A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 109.vd; **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Kısım, s. 235; **ANTOLISEI** Par. Gen., s. 201’den aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 136.

⁴¹² **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Kısım, s. 235.

⁴¹³ **DÖNMEZER / ERMAN**, II, s. 21; **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 237; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 136; **GÜNGÖR**, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 63.

Aksi yöndeki görüşe göre, fail ile hukuka uygunluk nedenleri arasında subjektif nitelikte bir ilişkinin varlığı gerekir. **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 336.

Ayrıca hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hata konusunda ayrıntılı bilgi ve çeşitli görüşler hakkında bkz. **DÖNMEZER / ERMAN**, II, s. 21 vd; **GÜNGÖR**, Fiil Üzerinde Hata, s. 62 vd.

yalnızca belli suçlar bakımından geçerlidir. Ne var ki, 765 sayılı mülga TCK'da hukuka genel uygunluk nedenleri olarak kabul edildikleri anlaşılan⁴¹⁴ haller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Bölümünün 24, 25 ve 26. maddelerinde, "*Kanunun Hükmü ve Amirin Emri*", "*Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali*", "*Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası*" şeklinde "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında düzenlenmişlerdir⁴¹⁵.

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından özel hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığına gelince, öğretide "*özel hukuka aykırılık*" tan söz eden görüşlere⁴¹⁶ değinmeden bir değerlendirme yapılamaz. Bu yöndeki görüşe göre bir suç tipinde özel hukuka aykırılığa yer veren kanun koyucu, hakimın hukuka aykırılığın varlığını ayrıca tespit etmesini aramaktadır. Dolayısıyla failin kusuru hukuka özel aykırılığı da kapsamalıdır. Bir normda hukuka özel aykırılık hali

⁴¹⁴ Aksi yöndeki görüşe göre, 765 sayılı TCK'da kanun hükmünü icra, yetkili merciin emrini ifa, meşru müdafaa, zaruret hali mazeret sebepleri (kusurluluğu kaldırان sebep) olarak düzenlenmiştir. **EREM**, Faruk / **DANIŞMAN**, Ahmet / **ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Haziran 1997, s. 55 vd.

⁴¹⁵ Kanun koyucunun Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Bölümüne seçtiği "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı bu başlık altında yer verilen düzenlemelerle uyarlı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiş, ayrıca aynı bölümde hukuki nitelikleri ve sonuçları farklı düzenlemelerin ele alınması da isabetli bulunmamıştır. Gerçekten de, bu bölümde düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiilin suç sayılmasını önlemekte iken, ceza sorumluluğunu kaldırmak ile ilişkili değildirler. Ayrıca hukuka uygunluk nedenleri, suçu ortadan kaldırdığından, fiilin kusurlu olup olmadığına bakılması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenlerinin kusurluluğu ortadan kaldırان nedenlerle de benzerliği bulunmamaktadır. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 236 vd; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 176.

Benzer yönde, **ARTUK**, Mehmet Emin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler" Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 32, İstanbul Ağustos 2005, s. 2764. Aynı görüşte **TOROSLU**, Nevzat / **ERSOY**, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 10 - 11.

Kanun'da ceza sorumluluğu ile hukuka aykırılık ve uygunluğun karıştırıldığı anılan bölüm başlığı ile CMK'nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin karşılaştırılmasından da anlaşılabilir. Nitekim anılan düzenlemede, hukuka uygunluk nedeninin bulunması beraat sebebi olarak belirtilerek TCK'da bulunmayan bir terime atıfta bulunulduğu gibi, suç işleme ile hukuka uygunluk nedeni birlikte zikredilerek bir yanlışlığa da düşülmüştür. **BAYRAKTAR**, Köksal, "Yeni Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri", Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2007, s. 16.

⁴¹⁶ **DÖNMEZER / ERMAN**, II, s. 18 vd; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 252; **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 281 - 282.

öngörüldüğü halde bu gerçekleşmez ise, fiil hukuka uygun sayılır⁴¹⁷. Görevi kötüye kullanma suçunda yer alan “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle”, “görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek” ifadeleri de bu suç bakımından hukuka özel aykırılık arandığını göstermektedir. Kamu görevlisinin bu suçtan sorumlu tutulabilmesi de suça ilişkin kastı dışında söz konusu özel aykırılığı bilmesini ve bu doğrultuda hareket etmeyi istemesini gerektirir⁴¹⁸.

Oysa kimi ceza normlarında yer alan “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak”, “hukuka aykırı olarak”, “hakkı olmaksızın”, “kanuna aykırı olarak” ifadelerinin hukuka özel aykırılık teşkil ettiği şeklinde yorumlanması ile bizzat hukuka aykırılık, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel nedenler gibi düşünülmektedir. Gerçekten de, “Hukuka aykırılık, esasen beşeri fülle hukuk normu arasında bir çatışma ilişkisinin ifadesi olduğundan, mahiyetinin bir gereği olarak, çokluk kabul etmez; tektir. Öyleyse geneldir; ayrıca bir özelinin olmaması gerekir.”⁴¹⁹. O halde, görevi kötüye kullanma suçunda yer alan “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek” ve “görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek” ifadeleri de kanun koyucunun görevi kötüye kullanma suçu bakımından hukuka özel aykırılık düzenlediğine değil, hukuka özel uygunluk nedeni belirlediğine⁴²⁰ işaret eder.

Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin özellikle 5237 sayılı Kanun’un düzenlemesi karşısında görevi kötüye kullanma suçu yönünden ayrıntılı olarak

⁴¹⁷ ERMAN, Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 60’dan aktaran DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 252.

⁴¹⁸ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 125. Aynı görüşte, ŞIK, s. 130 - 131.

⁴¹⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 220.

⁴²⁰ Hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan hallerin esasen özel hukuka uygunluk nedeni olarak adlandırılabileceği yönünde aynı görüşte KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ocak 2003, s. 126.

incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yüzden, buraya kadar çizilen genel çerçeve ışığında, aşağıda hukuka genel uygunluk nedenlerinin görevi kötüye kullanma suçu için uygulanabilir olup olmadığının incelenmesine çalışılacaktır. Şimdiden belirtilmelidir ki, söz konusu nedenler incelenirken - belki de çalışmamızın sınırlarını zorlayarak bunların yapısına ilişkin ayrıntılara veya haklarındaki öğretisel tartışmalara da yer verilmesine gayret edilmesi, çalışmamızın sınırlarını ceza genel hukuku bilimi alanına da genişletmek isteğimizden değil, yalnızca incelenen suçun anlaşılmasında faydalı olacak kimi hususların eksik bırakılmaması endişemizden ileri gelmektedir.

A. Kanun Hükmünü İcra

Kanunun hükmünü yerine getiren kimse, bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanmakta olduğundan cezalandırılmayacağı da açıktır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*" hükmü bu hususu düzenlemektedir.

Kanun hükmünü yerine getiren kimsenin⁴²¹ fiilinin suç sayılmaması, kanunun hükmün yerine getirilmesi ile koruduğu değer veya menfaati, bununla çatışan değer ve menfaate üstün sayması ile açıklanabilir⁴²². Kanun hükmünü yerine getirmek esasen bu işin yapılması hususunda kişiye yüklenen bir zorunluluk, görev ve yetki

⁴²¹ Hukuka uygunluk nedenini yaratan hukuk normu aynı durumdaki her birey için belirlediği şekilde davranmak yükümlülüğü getirdiği takdirde, ilgili hukuka uygunluk nedenleri herkes için geçerlidir. Bilakis yalnızca bazı kimseler bakımından belli şekilde davranmak yükümlülüğünden söz ediliyor ise bu halde sadece sözü edilen kimselerin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaları mümkündür. **DÖNMEZER / ERMAN**, II, s. 83 - 84; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 138; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 260; **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 128.

⁴²² **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 235.

çerçevesinde gerçekleştiğinden bir hakkın kullanılmasından farklılık arz eder⁴²³.

Kanunun emrini yerine getirmek, kanunun görev yüklediği diğer kişiler gibi kamu görevlisinin de görevi olduğuna göre, kamu görevini yerine getiren fail, söz konusu kanun hükmünden kaynaklanan görevini icra ederken, bu görev kapsamında bulunan fiilleri nedeniyle cezalandırılmaz.

Esasen 24. maddenin anılan hükmünde yer alan “*kanun*” teriminin “*hukuk normu*”nu ifade edecek şekilde anlaşılması gerekir. Önemle belirtilmelidir ki, terimin kastettiği hukuk normunun yalnızca ceza kanununda yer alması şart olmayıp, diğer kanunlarda ve hatta düzenleyici işlemlerde olması halinde dahi dikkate alınması gerekir⁴²⁴.

Öte yandan, yabancı ülke mevzuatı bu kapsamda bulunmayıp⁴²⁵, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ise⁴²⁶ Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü sınırları çerçevesinde kanun hükmü kavramı kapsamında kabul edilmelidir.

⁴²³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 509; ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 338.

⁴²⁴ DÖNMEZER / ERMAN, II, s. 83; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 239; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 510; TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 138; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 260; HAKERİ, Temel Kavramlar, s.128.

Bir başka görüşe göre, tüzük ve yönetmelikler kanuna aykırı olmadıkları sürece fiili hukuka uygun hale getirmeleri mümkündür. ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 339.

“*Kanun hükmü*” ifadesinin genelgeyi kapsar nitelikte mi kabul edileceği yoksa genelgenin yetkili merciin emri mi sayılacağı meselesi, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilememesi halinde önem arz eder. Hukuka uygunluk nedenlerinin kural olarak geniş yorumlanmaları dolayısıyla, genelgenin genel ve soyut bir hukuk kuralı olduğu dikkate alınarak, kanun hükmü kavramının genelgeyi de kapsadığı kabul edilmelidir. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 239.

⁴²⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 239. Aksi yönde görüş için Bkz. İÇEL ve diğerleri, s. 119.

Üçüncü bir görüşe göre ise, sadece Türk kanunlarının değil yabancı kanunlarında bu kapsamda olması gerekmele birlikte, Türk Ceza Kanunu’nun 19. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Türkiye’nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye’de yargılama yapılırken, Türk Kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke Kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.*” hükmü söz konusu uygulamaya cevaz vermemektedir. ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 339.

⁴²⁶ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 239.

Nitekim, Yargıtay da, bir Kararı'nda⁴²⁷ *“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 bulunmaktan ibaret eylemlerde suç öğelerinin nasıl oluştuğu ve hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi ... yasaya aykırıdır.”* demekle uluslararası sözleşmeleri hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir.

Yine, kanun hükmünü yerine getirmekle birlikte, kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi aşan kamu görevlisi hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan sınırın aşılması hakkındaki düzenlemenin uygulanacağı açıktır.

B. Amirin Emrini Yerine Getirme

Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasında⁴²⁸ amirinden aldığı emri yerine getiren bir kimsenin sorumlu olmayacağı⁴²⁹ düzenlenmiştir. Amirin

⁴²⁷ Yargıtay 4. CD.'nin 13.6.1997 tarih, 3993/4355 sayılı Kararı. Bkz. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 764, dn. 141.

⁴²⁸ 5237 sayılı Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: *“Yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”*

⁴²⁹ 5237 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda amirin emrinin yerine getiren kimsenin durumu ile ilgili düzenlemeler karşısında, amirin emrini yerine getirmenin hukuki niteliği öğretilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinin gerekçesinde amirin emrini yerine getirmenin bir sorumsuzluk nedeni olduğu dile getirilmiştir. Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 342 - 343. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi hükmünde de kanuna aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi *“kusurun bulunmaması”* gerekçesiyle kusurluluğu kaldıran nedenlerden sayılmıştır. Öğretilde kimi yazarlarca, bu hususa iştirak etmişlerdir. **EREM / DANIŞMAN / ARTUK**, s. 555; **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 129; **KOPARAN**, M Reşat, “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, TBB Dergisi, Y. 19, S. 64, Ankara Mayıs - Haziran 2006, s. 340. Aksi yöndeki görüşe göre, suç genel teorisinde sorumsuzluk nedenleri; nedensellik bağıını kesen,

emrini yerine getiren memurun durumunun incelenmesi için emrin niteliği de dikkate alınmalıdır. Şöyle ki; amirin emrinin yerine getirilmesinde suç oluşmadığının kabulü bakımından, emri verenin mevzuata göre yetkili olması; emri alan memurun emri yerine getirmek konusunda görev ve yetkisinin bulunması; emri yerine getirmenin zorunlu olması; emrin kanunen belirlenen şekil şartlarına uygun olması gerekmektedir. Kanun'un söz konusu hükmünün uygulanabilmesi için emri alanın, kendisine emri veren kimse ile arasında kamu hukuku kaynaklı bir amir - memur yahut üst - ast ilişkisi bulunması ve söz konusu emrin meşru olması gerektiği⁴³⁰ de açıktır.

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından ise, kamu görevlisinin, amirinden aldığı emre uygun davranmak suretiyle görevini kötüye kullanacak olması halinde bu emre uymak zorunluluğu bulunmadığından, bu nedenin kendisine uygulanması söz konusu olamaz⁴³¹. Nitekim, Anayasa'nın 137. maddesi⁴³² ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 11. maddesi⁴³³ uyarınca, emri alan memur, bunun, Anayasa,

hukuka aykırılık ile kusurluluğu ve isnat yeteneğini kaldıran, ayrıca koşulları bulunduğu Devletin cezalandırma hakkından vazgeçmesini ifade etmek üzere kullanılan nedenler olup, söz konusu nedenler kendilerine bağlanan hüküm ve neticeler farklılık gösteren ayrı ceza hukuku müesseseleridir. Buna göre genel ile özelin açıklanamayacağı kuralı karşısında amirin emrinin yerine getirilmesinin sorumsuzluk nedeni olarak kabulü mümkün görünmemektedir. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 240. Aynı yönde, **DONAY**, s. 38 - 39.

Başka bir görüşe göre ise amirin emrini yerine getirme yalnızca hukuka aykırı emirle sınırlı olmak üzere bir tür kusuru kaldıran hal olarak kabul edilmeye müsaittir. **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 340.

⁴³⁰ MANTOVANI, Dir. Pen., s. 223'ten aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 139; **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 241 - 242; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 261 - 262.

⁴³¹ **ERMAN / ÖZEK**, s. 214.

⁴³² Anayasa'nın 137. maddesi şu şekildedir: “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

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

⁴³³ 657 sayılı Kanun'un 11. maddesi şu şekildedir: “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.

kanun, tüzük veya yönetmelik hükümlerine aykırı olduğunu anlarsa emri yerine getirmeksizin durumu emri veren amirine bildirir. Buna karşın emri veren amir emrin yerine getirilmesi hususunda diretir ve yazı ile de tekrarlarsa söz konusu emrin, konusu suç teşkil etmemek kaydıyla yerine getirilmesi gerekir⁴³⁴. Anayasa'nın 137. maddesinin üçüncü ve TCK'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bağlayıcı gayrimeşru emirler, bu kurala istisna olarak gösterilebilir. Kendisine verilen emrin meşruluğu üzerinde herhangi bir değerlendirme yapılması kanunen engellenen durumlarda, kamu görevlisi emrin yerine getirilmesinden sorumlu tutulamaz⁴³⁵.

Amirin, kamu görevlisinin görevin gereğine aykırı davranmasını gerektiren emri ise kanunsuz emirdir. Dolayısıyla, kanunsuz emrin yerine getirilmesi halinde herhangi başka bir suç oluşmasa bile, kamu zararı veya kişilerin mağduriyetine yol açılır veya kişilere haksız kazanç sağlanırsa emrin konusunun suç teşkil ettiği söylenebilecektir⁴³⁶. O halde, Anayasa'nın 137. maddesinin ikinci fıkrası ile TCK'nın 24. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, konusu suç teşkil eden emir hiçbir

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

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

⁴³⁴ Yargıtay konusu suç teşkil etmemek kaydıyla hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin görevi kötüye kullanma teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Örneğin Yargıtay 4. CD.'nin 20.12.2004 tarih, 13005/12407 sayılı Kararı'nda, "Suç tarihinde belediye yazı işleri müdürü vekili olan sanığın, kendisinden yapılması istenilen atama işlemlerinin yasa ve genelgelere aykırı olduğunu emri verene 21.9.2001 günlü yazı ile bildirdiği ancak diğer sanığın 'atamaların yapılmasına dair tüm sorumluluğu üstleniyorum' biçimindeki yazılı emri üzerine dava konusu işlemlerin yapıldığının anlaşılması karşısında, atama işlemlerinin konusu itibariyle suç oluşturup oluşturmadığı ve ne suretle 647 sayılı Devlet Memurları Yasasının 11/3 maddesi kapsamında değerlendirildiği açıklanıp tartışılmadan yetersiz gerekçeyle hüküm (TCK m. 240) kurulması, yasaya aykırıdır." denilmektedir. **GÖKCAN**, s. 141 - 142.

⁴³⁵ Kanun'un emrin denetlenmesini engelleyebilmesi imkanı ve olgusu karşısında, artık emrin ifasından değil, kanun hükmünün icrasından söz edilebileceği yönündeki görüş için bkz. **BAYRAKTAR**, s. 18.

⁴³⁶ **ERMAN / ÖZEK**, s.137; **GÖKCAN**, s. 142.

surette yerine getirilemeyeceğine göre⁴³⁷, bu nitelikteki emre dayanarak görevinin gereklerine aykırı davranan kamu görevlisi, suçtan sorumlu tutulacaktır⁴³⁸.

Buradan hareketle, konusu suç teşkil eden emri yerine getirmeyen kamu görevlisi bakımından, görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı⁴³⁹ söylenmelidir⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Yargıtay 4. CD.'nin 10.03.2008 tarih, E.2007/9828, K.2008/2538 sayılı Kararı'nda, "Sanıklar G.D, S.F., İ.K., H.K., K.Ö., E.Ç. ve O.K.'ın, C. Savcısı olan sanık Bünyamin tarafından düzenlenen 43 adet takipsizlik kararlarını 2002 yılı Nisan ayında yazılmış olmalarına rağmen 2001 yılı Aralık ayında karara çıkmış gibi mağdurlara tebliğ ederek, tebliğ - tebellüğ belgelerini düzenledikleri anlaşıldığından; Anayasasının 137. maddesinde düzenlenen 'konusu suç teşkil eden emir; hiçbir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz' hükmü karşısında sanıkların eylemlerinin 765 sayılı TCY'nin 64. maddesi aracılığı ile 240, 80. maddelerine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden," denilmektedir. Kararı aktaran, YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 7411.

Yargıtay 4. CD.'nin 9.5.2002 tarih, 4421/8282 sayılı Kararı'nda, "C.Y. Yasasının 138, 140. maddelerinde öngörülen zorunlu müdafilik hizmetlerini yürütme işinin barolara ve barolar aracılığıyla da avukatlara yüklenen yasal bir görev olması, görevleri 1136 sayılı Yasanın 95. maddesinde gösterilen baro yönetim kurullarının belirtilen müdafilik hizmetlerini durdurma yetkilerinin bulunmaması, aksine yasalarla verilen görevleri yerine getirmek ve mesleki görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemekle yükümlü bulunmaları karşısında Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu'nun 25.6.1999 gün ve 999/46 sayı ile aldığı '... kolluk aşamasında CMUK. gereği zorunlu müdafilik hizmetinin durdurulması' kararının yasalara aykırı oluşu nedeniyle baro mensuplarına uyma zorunluluğu getirmeyeceği ve öte yandan 1136 sayılı Yasanın 62. maddesi uyarınca, yasalarla avukatlara verilen görevlerin yapılmamasına yönelik emirlerin suç oluşturmaması nedeniyle Anayasa'nın 137/2. madde ve fıkrası gereği kanunsuz emre uyanların sorumluluktan kurtulamayacağı da gözetilerek, baro tarafından görevlendirildikleri dosya içerisinde bulunan 1999 yılı Temmuz - Eylül aylarına ilişkin nöbet listelerinden anlaşılan sanıkların zorunlu müdafilik görevlerine yasal olmayan gerekçelerle yapmamaları biçimindeki eylemlerinin 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 62. maddesi göndermesiyle TCY'nin 230. maddesinde yazılı suçu oluşturacağı düşünülmeyen eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle beraat hükümleri kurulması yasaya aykırı görüldüğünden hükümlerin bozulmasına karar verildi." denilmektedir. GÖKCAN, s. 143 - 144.

⁴³⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 764; OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 153 - 154. Bu yönde, Danıştay 1. Daire'nin 24.01.2006 tarih, E.2005/1377, K.2006/83 sayılı Kararı için bkz. OKUYUCU ERGÜN, Görevi Kötüye Kullanma, s. 154.

⁴³⁹ Yargıtay 4. CD.'nin 6.6.2000 tarih, 3658/4897 sayılı Kararı'nda, "Nüfus memuru olan sanığın, amiri olan müdürü tarafından kendisine havale edilen mağdurun dilekçesini, mevzuat gereği yetkisiz üçüncü şahıslara nüfus kayıtlarının verilemeyeceği nedeniyle buruşturup çöpe atarak yasal olmayan emri yerine getirmemekten ibaret eyleminin disiplin suçunu oluşturacağı gözetilmeden, hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır." denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

⁴⁴⁰ Öğretide kamu görevlisinin, amiri tarafından verilen emri mevzuata aykırı olmadığı halde öyle olduğunu zannederek yerine getirmemesinin görevin ihmalini oluşturabileceği de ileri sürülmüştür. DÖNMEZER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 144.

C. Meşru Müdafaa ve Zorunluluk Hali

Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesi meşru müdafaa ve zorunluluk halini düzenlemektedir⁴⁴¹. Failin fiilinin maddenin birinci fıkrasında yer alan⁴⁴² meşru müdafaa hükmü çerçevesinde kabul edilebilmesi bakımından uğradığı haksız saldırı ve gerçekleştirdiği savunmanın belli şartları taşıması gerektiği kabul edilir. Çalışmamızın kapsamını aşacağından söz konusu şartlar ayrıntılı olarak incelenmeyecektir⁴⁴³. Bununla birlikte, konu bütünlüğünü sağlamak bakımından kısaca, failin meşru müdafaa halinden yararlanması için kendisine veya üçüncü kişiye karşı fiilen mevcut bir saldırının olması; bu saldırının da hakka⁴⁴⁴ yönelmiş ve haksız olması gerektiği; failin buna karşı gerçekleştirdiği savunmanın da zorunlu ve saldırı ile orantılı olması gerektiği⁴⁴⁵ belirtilmelidir.

Buna göre, kamu görevlisinin meşru müdafaanın değinilen şartlarını sağlaması görevi kötüye kullanma suçu bakımından mümkün görünmediğinden, bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru müdafaadan yararlanabilmesinin de söz konusu olamayacağı söylenebilir.

25. maddenin ikinci fıkrasında⁴⁴⁶ zorunluluk haline yer verilerek faile içinde

⁴⁴¹ Meşru müdafaa hali 5237 sayılı Kanun'da “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” den sayılmış olmasına karşın, madde gerekçesinde isabetli şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak zikredilmiştir.

⁴⁴² 5237 sayılı Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*”

⁴⁴³ Meşru savunmanın şartları hakkında bkz. **ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Nisan 1995, s. 71 vd.

⁴⁴⁴ Meşru müdafaanın mal varlığına ilişkin haklara yapılan saldırıları da kapsamı hakkındaki tartışmalar ve değerlendirme için bkz. **TANER**, Tahir, “Meşru Müdafaanın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Müdafaa”, Ebûl’ula Mardin’e Armağan, T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s. 631 vd.

⁴⁴⁵ **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 243 vd.

⁴⁴⁶ 5237 sayılı Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Gerek kendisine gerek*

bulunduğu durum dolayısıyla fiilinden ötürü ceza verilmeyeceği⁴⁴⁷ düzenlenmiştir.

Zorunluluk hali, Türk Ceza Kanunu'nda “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*”den sayılarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde ise “*Kusurluluğu Kaldıran Neden*” olarak zikredilince, öğretide hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler dile getirilmiştir⁴⁴⁸. 5237 sayılı Kanun'un sistematigi tek başına bu konuda bir sonuca ulaşmaya elverişli görünmemektedir. Kanun'da zorunluluk halinin düzenlendiği başlığın yahut madde gerekçesinde de bu hususun tevsik edilmesinin ancak kanun koyucunun konuyu ele alışını yansıttığı söylenebilir. Hele ki madde gerekçesinin

başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

⁴⁴⁷ Zorunluluk halinde failin neden cezalandırılmadığı hakkında dile getirilen farklı görüşler hakkında bkz. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 246 - 247; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 149 - 150.

Bizce, bu görüşlerden konuyu, değerler çatışması temelinde üstün olan değer korunmasının tercih edilmesi fikri ile açıklayan görüş tercih edilebilir görünmektedir.

⁴⁴⁸ TCK'nın 25. maddesinde düzenlenen zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan görüşe göre, kanun koyucunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde sanığın beraatine hükmedileceğini düzenlemesine karşın, 223 maddenin üçüncü fıkrasının (b) ve (c) bendlerinde zorunluluk hali - ve bu arada bağlayıcı gayri meşru emrin yerine getirilmesinin ve meşru savunmada sınırın aşılmasının - kusurun bulunmaması nedeni kabul edilerek ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerektiğini düzenlemesi söz konusu hukuki kurumların niteliğini değiştirmez. Ancak, uygulama açısından zorlama bir sonuç doğurur. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, s. 237 ve 247; **BAYRAKTAR**, s. 19; **DONAY**, s. 41. Benzer yönde **HAFIZOĞULLARI**, Zeki / **ÖZEN**, Muharrem, “Hırsızlık”, GÜHFD, C. XII, S. 1 - 2, Ankara Haziran - Aralık 2008, s. 781.

Öğretide, 2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun hukuka aykırılığı ortadan kaldıran zorunluluk halinin tanımını esas almasına karşın, aynı tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ise, zorunluluk halini kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak nitelendirildiğine de işaret edilmektedir. **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 149 - 150, dn. 2; Benzer yönde **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 356; **YILDIZ**, Ali Kemal, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 51.

Aksi yöndeki görüşe göre zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret sebebidir. Buna göre, failin işlediği fiilin haksız niteliği devam etmekle birlikte failin fiil üzerindeki irade yeteneği etkilendiğinden veya tamamen yok olduğundan kendisine ceza verilmemektedir. **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 533; **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 378 vd; **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 210. (Ancak yazar eserinde daha sonra failin ızdırdar halinde işlediği fiilin hukuka aykırı olmadığını da belirtmektedir. Aynı yer, s. 221); **KOPARAN**, s. 344; **İNCİ**, Zekiye Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması (TCK m.27)”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 37, Eylül 2009, Seçkin Yayıncılık, s. 118.

kanun metnine dahil olmadığı ve aynı başlıkta hukuka uygunluk nedeni olduğu tartışmasız olan meşru müdafaa'nın da düzenlendiği dikkate alınır⁴⁴⁹, bunların tek başlarına zorunluluk halinin niteliğini belirleyeceği söylenemez.

Öte yandan, CMK'nın 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca uygulayıcıların, zorunluluk halinin varlığında, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında olması gereken şekilde failin beraatine değil, kusuru bulunmadığı gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına hükmedecek olmaları, zorunluluk halinin, hukuki niteliği değişmediği halde, fiilen kusurluluğu kaldıran neden olarak uygulanmasını gerektirmektedir⁴⁵⁰.

Failin zorunluluk halinden yararlanabilmesi de belli şartların varlığına bağlanmıştır. Söz konusu şartların incelenmesi de çalışmamızın kapsamını aşacağından yalnızca çok genel olarak, failin zorunluluk halinden yararlanması için ortada kişinin kendisine veya başkasına yönelmiş, ağır ve muhakkak tehlike durumunun varlığını; failin bu tehlikeye bilerek sebep olmamasının; failin fiilinin başka surette korunma olanağının bulunmaması yönünden zorunlu olmasının; kişinin tehlikeye karşı koyma ödevinin bulunmamasının ve korunma fiilinin tehlike ile orantılı olmasının arandığını⁴⁵¹ belirtmekle yetineceğiz.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili bakımından zorunluluk halinin

⁴⁴⁹ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 322.

⁴⁵⁰ Öğretide de, TCK'daki zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni niteliğinde olmasına karşın, fiili durumda uygulamasının farklı olacağına dikkat çekilmiştir. Bkz. "Ancak, bugün, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 25/2, 28 maddeleri hükmü ve CMK'un 223/3,b maddesi hükmü karşısında, istenemezlik ilkesinin, artık akademik olarak tartışılmasının, uygulamada manevi cebirle ilgilendirilerek kusurluluğu kaldıran bir neden olarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu düşünüyoruz." HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'Inesibiligita)" <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/istenemezlik.pdf>, Son erişim tarihi: 04.10.2010.

⁴⁵¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 248 vd.

gerçekleşmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Şöyle ki, kamu görevlisinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yöneltilen saldırıyı bertaraf etmek amacıyla görevinin gereklerine aykırı davranması gerekebilir. Örneğin, sıradaki daha az acil hastasını bekleten doktor, bu esnada ateşli silahla yaralandığından hayati tehlikesi bulunan başka bir hastaya acil müdahalede bulunuyor ise⁴⁵² diğer koşulları da sağlaması durumunda kamu görevlisinin zorunluluk haline ilişkin düzenlemeden yararlandırılması gerekir.

D. Hakkın İcrası ve İlginin Rızası

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 26. maddesinin birinci fıkrasında “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilemez.*” hükmüne yer verilmiştir. Hakkın icrasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, hukuk düzeninin belirli yetkiler tanıdığı bir kimsenin yararına, buna ters düşen menfaatlere nazaran üstünlük tanınmasından kaynaklanır⁴⁵³.

Failin sözü edilen hakkının yalnızca ceza hukukundan kaynaklanması gerekmeyip, hukuk normunun yanı sıra mahkeme kararı, idari tasarruf, bir özel hukuk işlemi yahut hukuken düzenlenmiş ve tanınmış olmak koşuluyla⁴⁵⁴ bir mesleğin icrasından dahi kaynaklanması mümkündür⁴⁵⁵.

İncelenen görevi kötüye kullanma suçu bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanılabilmesi fiilen mümkün görünmemektedir. Gerçekten de, hakkın kullanılması niteliğini haiz olduğu kabul edilebilecek örnekler

⁴⁵² GÖKCAN, s. 144.

⁴⁵³ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 155.

⁴⁵⁴ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 251.

⁴⁵⁵ ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 385.

kamu görevlisinin görevini ilgilendirmeyen durumlar için söz konusu olabilir. Bir başka deyişle kamu görevlisinin görevini yerine getirirken kullandığı yetkiler kendisi için hak olarak nitelendirilmeye müsait olmayıp kanundan kaynaklanan zorunluluk dolayısıyla kullanıldıklarından, kanun hükmünü icra niteliğinde bulunurlar⁴⁵⁶.

Anılan 26. maddenin ikinci fıkrasında⁴⁵⁷ ise hak sahibinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak belirlenmiştir. Hak sahibinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesini “*devletin bir ceza tehdidi ile müdahalesini haklı gösteren sosyal bir zararın bulunmayışı*”⁴⁵⁸ ile açıklamak mümkündür. Bir başka deyişle mağdurun geçerli rızasının mevcut olması halinde ortada Devletin hukuken korumasına layık bir değer veya menfaat bulunmamaktadır⁴⁵⁹.

765 sayılı TCK bakımından, suçun mağduru kamu idaresi olarak kabul edildiğinden rızanın hukuka uygunluk nedeni olamayacağı açıkça belirtilmekte idi. Zira, kamu idaresinin kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasına rıza göstermek şeklinde bir yetkiyi bünyesinde barındırdığı kabul edilemez⁴⁶⁰.

TCK’da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna gelince şöyle düşünülebilir; birey kendisi ile ilgili bir yarardan vazgeçmeye muktedir iken, iradesiyle toplumsal bir yarardan vazgeçilmesi hususunda bir sonuç yaratamayacağından, bir hukuki varlığın korunması bakımından devletin yararı mevcut olduğunda, ilgilinin rızası sınırsız etkiye sahip değildir⁴⁶¹. Nitekim 26.

⁴⁵⁶ GÖKCAN, s. 146.

⁴⁵⁷ 5237 sayılı TCK’nın 26. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”

⁴⁵⁸ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 160.

⁴⁵⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s.235.

⁴⁶⁰ DÖNMEZER / ERMAN, II, s. 74 – 75; ERMAN / ÖZEK, s. 214 - 215.

⁴⁶¹ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 161.

maddenin ikinci fıkrasında da sözü edilen rızanın ancak kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hak sahibinin göstereceği rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi bakımından geçerli bir rıza⁴⁶² olması da şarttır.

O halde devlete, kamu idaresine veya adliyeye karşı suçlar gibi doğrudan devlete ait menfaatlere yönelen suçlar ile topluma yönelen suçlar bakımından serbestçe tasarruf edilebilen bir haktan söz edilemeyeceğinden, rızanın hukuka uygunluk nedeni yaratabileceği de düşünülemez⁴⁶³. Buna göre kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan sayılan görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevlisinin, ilgilinin rızasının varlığından bahisle hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması söz konusu olmamalıdır⁴⁶⁴.

Öte yandan, öğretide görevi kötüye kullanma suçu ile korunan değer içerisinde kamu idaresinin kanuna uygun işleyişi ile kamu görevlisinin görevini yerine getirirken idareye ve kişilere zarar vermemesinin, mağduriyete yol açmamasının bulunduğu, dolayısıyla suçun kişi hakları ve kamu idaresinin yararını kapsar şekilde iki konulu bir suç olduğunun da savunulduğu daha önce⁴⁶⁵ belirtilmişti. Bu görüşün bir sonucu olarak, konuya ilişkin görüşümüze aksi yönde olmak üzere, kamu görevlisinin görevine aykırı hareketi ile bir kimsenin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkına onun rızası ile müdahale ettiğinde, bu hukuka

⁴⁶² Rızanın geçerli kabul edilmesi bakımından rızanın ait olduğu kimsenin suçun mağduru olması ve rızanın suçun işlenmesinden önce veya en geç o esnada verilmiş olması aranmaktadır. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 252; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 304 vd; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 367 vd; **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 149.

⁴⁶³ **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 366; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 306; **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 152; **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 161.

⁴⁶⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 764; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 154 - 155.

⁴⁶⁵ Bu konuda ayrıca bkz. “*Hukuki Konu*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

uygunluk nedeninden yararlanabileceği de ileri sürülmüştür⁴⁶⁶.

III. MANEVİ UNSUR

Failin fiiline iradesinin eklenmesi, bir başka deyişle fiilin iradi olması gerekliliği suçun manevi unsurunu teşkil eder⁴⁶⁷. Manevi unsur, doğal bir davranış, psikolojik bir olgu olup, bu niteliği itibarıyla suçun maddi unsuruna eklenir⁴⁶⁸.

Suçun manevi unsuru - failin icrai veya ihmali hareketinin bilinçli ve iradi olmasını zorunlu kıldığından - kast ve taksir olmak üzere iki şekilde görülebilmektedir⁴⁶⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin “Kast” başlıklı birinci fıkrasında kast, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁷⁰. Anılan kavram İCK'nın 43. maddesinde de⁴⁷¹; “*icra yahut ihmalin neticesi olan ve kanunun suçun varlığını bağladığı zararlı ve tehlikeli netice, bizzat icra veya ihmalinin sonucu olarak fail tarafından istenmiş veya öngörülmüş olduğu zaman suç kasıtlıdır*” denilmek suretiyle tanımlanmıştır. TCK'nın “Taksir” başlıklı 22. maddesinin ikinci fıkrasında “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun Kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanan taksir ise kısaca failin istediği bir davranışının istemediği neticesinden sorumlu

⁴⁶⁶ GÖKCAN, s. 145.

⁴⁶⁷ ANTOLOSEI, La volonta' nel reato, La rivista penale, Roma 1932, s. 233; ID. Manuela, PG., s. 319 vd; BETTİOL, Diritto penale, s. 367; MAGGIORE, Diritto penale, I, s. 239 vd; ID, La volonta' nella teoria del reato omissivo, Scritti in memoria di P. Rossi, 1932'den aktaran HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 264.

⁴⁶⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 265.

⁴⁶⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 265.

⁴⁷⁰ Kast kavramı, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmamış, kusurluluğa ilişkin 45. maddenin birinci fıkrasında da “*Cürümde kasdın bulunmaması cezaı kaldırır.*” denilmekle yetinilmiştir.

⁴⁷¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 276.

tutulmasıdır⁴⁷².

5237 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” hükmü ile 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” hükmünden de anlaşılacağı üzere suçun oluştuğundan söz edilmesi bakımından esas olan kastın varlığıdır⁴⁷³. Bir kimsenin taksirle işlediği bir fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kanunda bu durumun açıkça belirtilmesi gerekir.

Oysa, 257. maddede kamu görevlisinin taksirli hareketinden dolayı da görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde görevi kötüye kullanma suçu kastla işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kastın “*bilmek*” ve “*istemek*” olmak üzere iki unsuru bulunur⁴⁷⁴. Bilmek, unsuru yönünden belirtilmelidir ki, her fiil, kendisini nitelendiren özellikleri sayesinde diğer hukuka aykırılıklardan ve suçlardan ayırd edilebildiğinden, failde suç kastının varlığından söz edebilmek için fiilin söz konusu özelliklerini bilmesi aranmalıdır. Kanun koyucu tarafından konulan tipik modelin, fail tarafından bilinmesi zorunlu olan unsurlar bakımından, “*nihai belirleyici*” olduğunu söylemek

⁴⁷² HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 286.

⁴⁷³ Yargıtay CGK. kastın varlığının tespitinde istikrarlı şekilde “*failin iç dünyasını ilgilendiren kast, failin olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışları ölçü alınarak*” ölçütünü kullanmaktadır. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 357.

Bkz. Yargıtay CGK’nin 29.06.1999 tarih, E.1/155, K.178 sayılı Kararı. Aktaran KABAN, Mater / AŞANER, Halim / ÖZCAN, Güven / YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (1996 – 2001), Ankara 2001, s. 50.

⁴⁷⁴ Aksi yöndeki görüşe göre, istemek kastın unsurunu oluşturmaz. Buna göre bir kimse fiilin sonuçlarını öngördüğü takdirde, gerçekleştirmelerini istememesinin bir önemi bulunmaz. Bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 233.

mümkündür⁴⁷⁵. Fail, kanunun suç saydığı fiili bilmelidir⁴⁷⁶.

O halde, kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabilmesi için, kendisi, mağdur, hareketin zamanı, yeri, konusu, kullanılan araç ve buna ilişkin diğer hususlar ile fiilin icra edilme biçimine ilişkin kanunda belirlenen özellikleri ve netice ile illiyet bağı⁴⁷⁷ bilmelidir. Ayrıca burada genel olarak ifade edelim ki, herhangi bir suçta failin suç yönünden belirlenen ağırlatıcı sebepleri de bilmesi gerekirken⁴⁷⁸, hafifletici nedenler ile muhakeme şartlarının veya suç tipinde bulunmayan başkaca hususların da fail tarafından bilinip bilinmemesi kastının tespitinde etkili değildir⁴⁷⁹.

Kastın diğer unsuru olan istemek, tamamen failin “içsel/dahil” bir fiili olduğundan, kararın yanı sıra bunun gerçekleştirilmesine yönelik “*şuurlu bir itkinin*” varlığı da gereklidir⁴⁸⁰. İsteme, failin bildiği unsurlar bakımından aranır. Bir başka deyişle failin ancak bildiğini isteyebileceğinden bu iki unsur örtüşmelidir⁴⁸¹. Failin kastı da bilme ve isteme unsurlarının gerçekleşmesiyle oluşur. Buna göre, yukarıda failin bilmesi gerektiği sayılan unsurların ayrıca fail tarafından istenmesi de kastından söz edilebilmesi için gereklidir. Failin saiki ise, kastının belirlenmesinde

⁴⁷⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 281.

⁴⁷⁶ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 277 - 281.

⁴⁷⁷ Aksi yöndeki görüşe göre fail tarafından illiyet bağının bilinmesine gerek bulunmamaktadır. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT s. 384; ÖZEN, Mustafa, “5237 Sayılı YTCK’nda Kast Kavramı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2009, s. 1259.

⁴⁷⁸ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 277 vd; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 227 vd. Kastın değerlendirilmesinde fiilin “*hukuka aykırılığının bilinmesi*” ile “*antisosyal niteliğinin bilinmemesi*” hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 281 - 282.

⁴⁷⁹ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 342; ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 278 - 279; ÖZGENÇ, Ceza Hukuku, s. 231 - 232; BAKICI, s. 336.

⁴⁸⁰ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 277.

⁴⁸¹ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 342 - 343.

önem taşımaz⁴⁸².

765 sayılı mülga TCK döneminde 230. madde yönünden genel kastın varlığı aranırken⁴⁸³, 240. madde yönünden suçun genel kastla⁴⁸⁴ mı yoksa özel kastla⁴⁸⁵ mı işlendiği hususu öğretide tartışmalı idi⁴⁸⁶. Yargıtay uygulaması da buna paralel olarak görevi ihmal suçu yönünden çelişki göstermezken, görevi kötüye kullanma

⁴⁸² Failin suç işleme kastının varlığından söz edilebilmesi için kanunda belirlenen haller dışında saikinin bir etkisi yoktur. **DEMİRBAŞ**, s. 343.

Ancak, Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Yargıtay CGK'nin 12.11.1996 tarih, E.8/206 ve K.215 sayılı Kararı'nda, "Sanık, suça konu tabancayı, geçici ve kısa bir süre ile muhafaza etmek üzere, beşeri duygularla kabul edip, çok kısa bir süre üzerinde tutmuştur. Sanıkta sahiplenme (temellük) ve taşıma kastı bulunmadığından üzerine yüklenen suç oluşmamıştır." denilmektedir. Aktaran **KABAN / AŞANER / GÜVEN / YALVAÇ**, s. 53 vd.

⁴⁸³ "Sadece selbi durumun mevcudiyeti kâfi değildir. Bunun selbî bir fiil şeklinde tecelli eden 'ihmal kasdı'nın sübutuna da ihtiyaç vardır." **EREM**, Devlet İdaresi, s. 54; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 327; Aynı yönde, **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 413.

"Vazifeyi ihmal kasdı suçlardandır. ... Buradaki kast; memurun, kanunen yapmakla mükellef bulunduğu bir işi makbul bir sebebe müstenit olmaksızın yapmamak veya geciktirmek şuur ve iradesinden ibarettir." **KIYAK / ÇAĞLAYAN / ŞENEL**, s. 88. Aynı yönde, **DÖNMEZER**, Sulhi, "İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıtas", **İÜHFM**, C. XI, S. 1- 2, 1945, s. 231 - 232.

⁴⁸⁴ "Kanunun suç olarak tanımladığı maddi fiilin salt bilinmiş ve istenmiş olması halinde; kast, genel kasttır." **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 284.

Suçun genel kastla işlenebileceği yönünde bkz. **KUNTER**, Mahkeme İçtihatları, s. 395; **EREM**, Devlet İdaresi, s. 50; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 322; **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 408; **ERMAN / ÖZEK**, s. 215. **DURMUŞ**, s. 1551.

⁴⁸⁵ "Kanunun, genel kast yanında, suçun oluşması için, ayrıca failin belli bir amaç uğruna hareket etmesini emretmesi halinde; kast, özel kasttır." **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 284. Aynı yönde, Gallo, Dolo (Dir. Pen.), *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, s.794'den aktaran **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 188.

Suçta özel kastı arayan görüşe göre; "Failde, memuriyete taallük eden yetkileri kendisine veya başkalarına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar husule getirmek saikiyle işlemek kastı bulunması icab eder. Bu itibarla bizce bir ihmal veya vazifeye ait selâhiyetlerin kötüye kullanılması şuur ve bu maksat ve saik ile fiil meydana getirilirse kötüye kullanma suçu gerçekleşmiş olur." **DÖNMEZER**, Ceza Hukuku Dersleri, s. 149 - 150. **DÖNMEZER**, Sulhi, İhmal ve Suistimal Suçları, **İÜHFM**, C. XI, S. 1- 2, 1945, s. 231 - 232. Aynı görüşte **KIYAK / ÇAĞLAYAN / ŞENEL**, s. 138.

⁴⁸⁶ Öğretide 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde yer alan suç ile 230. maddesinde yer alan suçun ayrılabilmesi bakımından görevi kötüye kullanma suçunun özel kast gerektirecek şekilde düzenlenmesi gerektiği dile getirilmekte idi. Nitekim 2001 Tasarısının 488. maddesinde de suç özel kastı içerecek şekilde düzenlenmişti. Ancak söz konusu öneri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında esas alınmamıştır. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 763. 765 sayılı TCK'daki uygulamadan ayrılarak 2001 tasarısında failin görevini yerine getirmek için verilen yetkisini, amacı dışında kullanmasının yanısıra kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek kastı ile hareket etmesinin aranması ile özel kasta yer verildiği yönünde aynı görüşte **KATOĞLU**, Tuğrul, "2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Bazı Gözlemler", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul Haziran 2004, s. 524.

1997 Tasarısında ilgili hüküm için aynı yönde bkz. **TEZCAN**, s. 677 - 678.

suçu yönünden kesin bir sonuca varmaya elverişli görünmemekte idi⁴⁸⁷. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için genel kastı yeterli gördüğünü ortaya koyan kararları⁴⁸⁸ bulunurken, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında, failin özel kastının arandığı görülmektedir⁴⁸⁹.

5237 sayılı Kanun bakımından ise baskın görüş⁴⁹⁰ suçun genel kastla işlenebileceği yönündedir. Gerçekten de, Kanun'un 257. maddesinde sadece maddi

⁴⁸⁷ Nitekim Yargıtay CGK, Yargıtay 4. CD.'nin bir kararını incelerken; Daire'nin görevi kötüye kullanma ve keyfi muamele suçları yönünden suçun manevi unsurunun genel kast olduğu yönündeki düşüncesinin öğreti ile Yargıtay CGK. uygulaması ile de tevsik edildiği yönündeki değerlendirmesini eleştirerek, bu suçlar yönünden genel kastı yeterli gören görüşün tek doğru görüş olmadığını kaydetmektedir. Yargıtay CGK.'nin sözü edilen, 3.10.2006 tarih, E.2006/4-196, K.2006/204 sayılı Kararı'nda, "*Yüksek 4. Ceza Dairesi ısrarla bu suçların ancak genel kasıtlı işlenebileceğini, doktrindeki görüşlerinde aynı doğrultuda olduğunu, bunun Ceza Genel Kurulunun kararlarında da benimsendiğini öne sürmüştür. Yüksek 4. Ceza Dairesinin bu suçların sadece genel kasıtlı işlenebileceği görüşü takdirlerindendir. Buna saygı duyulur. Ama doktrinin, Ceza Genel Kurulu kararlarının aynı doğrultuda olduğu görüşüne katılmamız mümkün değil. Şöyle ki; doktrinde ve birçok Ceza Genel Kurul kararında bu suçların (görevde keyfi muamele, görevi kötüye kullanma) oluşması için genel kastın yanında, özel kastı da aramaktadırlar. İşte tüm bu ayrıntılarla Yüksek 4. Ceza Dairesinin bu suçlardan sadece genel kastı yeterli gören ve direnme kararında benimsenen görüşün tek doğru görüş olmadığını, bunun tartışmalı olduğunu belirtmek istedik.*" denilmektedir. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

⁴⁸⁸ Yargıtay 4. C.D.'nin 3.3.2002 tarih 29413/2439 sayılı Kararı'nda, "*Tarım Kredi Kooperatifi müdür vekili sanığın, satış belgelerinde kooperatif üyesi yakınan teslim edilmiş gibi gösterilmesine karşın, onun istihkakından kooperatif ortağı olmayan üçüncü kişilere gübre verme ya da verdirme eyleminin, TCY. 240. maddesine uyduğu gözetilmeden, genel kastla işlenebilen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunda özel kasta ağırlık veren yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi,*" denilmektedir. **EROL**, Haydar, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle, Yayın Matbaacılık, 2005, s. 1220.

Öte yandan, Yargıtay 4. CD.'nin görevi kötüye kullanma suçunun oluşması bakımından özel kastın aranması gerektiğini kabul ettiği şeklinde yorumlanmaya müsait kararları da bulunmaktadır. Örneğe, Yargıtay 4. CD.'nin, 19.04.2001 tarih, E.2000/4 ve K.2001/13 sayılı Kararı'nda, "*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 kullanmak suçunun manevi ögesinin oluşmadığı kanısına varılmıştır.*" denilmektedir. **DURMUŞ**, s. 1543.

⁴⁸⁹ Yargıtay, CGK'nin 02.03.1992 tarih, E.1992/9-38 ve K.1992/61 sayılı Kararı'nda, "*Eyüp Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanesi Müdür Yardımcısı olan sanığın, Satım Yönetmeliğine aykırı olsa da, 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 görevini kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Çünkü eyleminde, bu suçun özel kast unsuru bulunmamaktadır. Saptanan oluşturma göre, görevi savsama suçundan cezalandırılması gerekir.*" denilmektedir. **SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 2444.

⁴⁹⁰ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 762; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5034 vd; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 959 vd; **PARLAR/HATİPOĞLU**, s. 3636 - 3637; **GÖKCAN**, s. 101, 112 ve 120; **ÇİÇEK**, s. 45, 51 ve 55; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 156.

failin bilinçli ve iradi olması yeterli görülürken⁴⁹¹, suçun varlığı bakımından failin özel bir amaçla hareket etmesinin aranmaması karşısında⁴⁹², görevi kötüye kullanma suçunun genel kastla işlenebileceğinin kabulü gerekir.

Suç bakımından tartışmalı olabilecek bir nokta ise failin kastının Kanun'da öngörülen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma, kendisine ya da başkasına haksız kazanç sağlama sonuçlarını kapsayıp kapsamayacağına ilişkindir. Sayılan hususları suçun objektif cezalandırabilirlik koşulu sayan görüşlere⁴⁹³ göre, failin kastının bunları kapsamaması gerekmez⁴⁹⁴. Aksinin kabulü failin özel kastının aranması anlamına gelir ki, görevi kötüye kullanma suçu bakımından bunun kabulü mümkün değildir.

Oysa bizce, öngörülen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma, kişilere haksız bir kazanç sağlama hususları görevi kötüye kullanma suçunun

⁴⁹¹ Yargıtay 4.CD.'nin 04.02.2010 tarih, E.2009/31, K.2010/2 sayılı Kararı'nda, "Ne var ki; sanığa yüklenen görevi savsama suçu, yasada ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, kamu görevlisinin görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi ya da geciktirmesi suretiyle oluşur. Suçun manevi unsuru kast olup, 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde açıklandığı biçimiyle kast, suçun tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir. Fail bilerek ve isteyerek görevini savsamalı, ayrıca bilme ve isteme iradesinin varlığı hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde kanıtlanmalıdır ... Açıklanan nedenlere ve yapılan tespitlere göre; ... 28.1.2008, 18.3.2008 ve 28.3.2008 tarihli yazıları, yıkım kararlarının yerine getirilmemesine yönelik istek ve irade ile imzalamadığına ilişkin somut iddianın kanıtlanmamış bulunması karşısında manevi öğesi oluşmayan görevi savsama suçundan sanığın beraatine dair karar vermek gerekmiştir" denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

⁴⁹² Bkz. 484 ve 485 numaralı dipnotlar.

Yargıtay 4. CD.'nin 07.11.2007 tarih, E.2006/3758, K.2007/8999 sayılı Kararı'nda, "Belediye Başkanı, Belediye Fen İşleri Müdürü ve Zabıta Müdürü vekili olan sanıkların, katılanın başvurularına rağmen 1580 sayılı Yasanın 15 ve 3194 Sayılı Yasanın 32. maddelerinden kaynaklanan ruhsatsız yapılmakta olan inşaatı mühürlemek suretiyle durdurmayarak görevlerinin gereğini ve denetim sorumluluğunu yerine getirmekte savsama gösterdikleri gözetilmeden; 5237 sayılı Yasanın 7/2, 5252 Sayılı Yasanın 9/3. madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 Sayılı TCY'lerin ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak sanıklar yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması yerine genel kastla işlenen bu suçta özel kasta ağırlık verilerek yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi," denilmektedir. Aktaran, **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 421 - 422.

⁴⁹³ Bu konuda bkz. "Netice" başlığı altında yer alan "Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulu" alt başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁹⁴ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5036; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 960 - 961; **ŞİK**, s. 126.

neticeleri olduklarından, suçun maddî unsuruna dâhildirler, dolayısıyla suçun tamamlanması için bunların gerçekleşmesi, failin sorumlu tutulabilmesi için de kastının bunları kapsaması gerekir⁴⁹⁵. Bu neticelerin fail tarafından istenmesinin failin özel kastını ortaya koyduğunun kabul edilmesi halinde suçun tamamlanması bakımından gerçekleşmeleri aranmayacaktır. Ancak, failin söz konusu sonuçları gerçekleştirmek amacıyla görevinin gereklerine aykırı davranmasının suçun tamamlanması için yeterli olacağını kabul etmek kanun hükmü karşısında doğru görünmemektedir.

O halde, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. maddenin birinci fıkrası bakımından failin, görevin gereklerine aykırı hareket ettiğini ve bu suretle bir kişinin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olduğunu veya kişilere haksız kazanç sağladığını bilmesi ve istemesi failin kastını oluşturur. Buna göre, kamu görevlisinin, hareketinin görevi ile ilgili olmadığı veya görevinin sınırları içinde kaldığı veya kamu zararına veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olmadığı inancı ile hareket etmesi halinde görevini kötüye kullanma kastının bulunmadığı kabul edilmelidir⁴⁹⁶.

Görevi ihmal hareketle kötüye kullanma suçu bakımından⁴⁹⁷, failin kastının belirlenmesinde de, görevi yapmama konusunda irade ve bilincinin bulunup

⁴⁹⁵ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 762 - 763; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3636; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 155.

⁴⁹⁶ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 304.

⁴⁹⁷ İhmalî suçlar bakımından failin kastının belirlenmesinde failin suçun objektif unsurlarını bildiği halde bilerek ve isteyerek hareketsiz kalması yahut bir şey yapmama hususunda karar alması aranır. Öte yandan, faili bir şey yapma konusunda herhangi bir karar almamasının da kastını ortaya koyabileceği düşünülebilir. Öğretide durumun bilinmesinin failin kastının varlığının kabulünde yeterli olduğu ifade edilmiştir. **KEYMAN**, Selahattin, “Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu”, Genel ve Soyut Hareket Kavramı Suçun İşlenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler (Prof.Dr. Fadıl Hakkı Sur’un Anısına Armağan), Ankara, 1983, s. 457’den aktaran **HAKERİ**, İhmal, s. 237.

bulunmadığı araştırılmalıdır⁴⁹⁸. Ayrıca, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız kazanç sağlama bilinç ve iradesi de failin kastının varlığı için gereklidir⁴⁹⁹. Buna göre, failin işin görevinin gereği olmadığı veya kanunda sayılan sonuçlara neden olmayacağı yolundaki inancı⁵⁰⁰ kastının da bulunmadığı sonucunu doğurur ve görevini bilmeme veya yanlış bilmesi gibi nedenlerden kaynaklanan fiilinin suçu oluşturmaya elverişli bulunmadığı söylenebilir⁵⁰¹. Öğretide, failin görevini bilmediği veya yanlış bildiği iddiasının nasıl kanıtlanacağı meselesine ilişkin olarak, objektif ölçütler esas alınarak fail ile aynı durumdaki bir kamu görevlisinin somut olayda nasıl hareket edeceğinin değerlendirilmesi suretiyle sonuca ulaşılması gerektiği⁵⁰² ifade edilmiştir.

257. maddenin üçüncü fıkrası bakımından, görevinin gereklerine uygun davranması / davrandığı için kendisine veya başkasına çıkar sağlamak bilinç ve iradesi⁵⁰³ kamu görevlisinin kastını oluşturur.

Son olarak belirtelim ki, 257. maddede görevi kötüye kullanma suçunun yalnızca doğrudan kastla⁵⁰⁴ işlenmesinin mümkün görüldüğüne işaret eden bir

⁴⁹⁸ **GÖKCAN**, s. 113.

Yargıtay CGK.'nin 07.02.2006 tarih, E. 2005/4-163, K. 2006/14 sayılı Kararı'nda, "Somut olayda infaza verilen hükmün, CYUY.da yer alan kurallara ve yerleşmiş yargısal kararlardaki uygulamalara aykırı olarak, yanlışta yol açabilecek şekilde yazıldığı ve bu nedenle infaz aşamasında birden çok C.savcısı tarafından düzenlenen müddetnamenin her birinde hatanın yanlışlığı artırır düzeyde sürdürüldüğü anlaşılmaktadır. Sanık da aynı yanlışlığa düşmüş ve önceden düzenlenmiş olanları hatasız kabul ederek hatalı müddetname düzenlemiştir. Sanığın anılan yanlışlığını görevi savsama kastı ile bağdaştırmak mümkün görülmemekte bu nedenle suçun manevi unsurunun oluşmadığını kabullenmek gerekmektedir." denilmektedir. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

⁴⁹⁹ **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 163.

⁵⁰⁰ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 307.

⁵⁰¹ **GÖKCAN**, s. 112 - 113.

⁵⁰² **ŞAHİN**, Cumhur, Türk Hukukunda Memurluk Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1987, s. 84'den aktaran ve aynı görüşte **GÖKCAN**, s. 113.

⁵⁰³ **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 169.

⁵⁰⁴ Doğrudan kast, failde gerçekleştirmek istediği asıl netice bakımından bulunan kasttır. **ALACAKAPTAN**, s. 157; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 354.

düzenleme de bulunmadığından - örneğin hükümde “*bilerek*” ifadesi kullanılmadığından - doğrudan kast dışında olası kastla⁵⁰⁵ işlenmesi teorik olarak mümkündür⁵⁰⁶. Kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek, görevi kötüye kullanma suçunun kanuni neticelerini gerçekleştirmeyi istiyor ve bu neticelere yol açacağını da biliyor ise, doğrudan kast ile hareket ettiği söylenebilir. Ancak, kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı hareketinin doğuracağı sonuçları sadece öngörebiliyor ise, bu kez dolaylı kast ile hareket ettiği söylenebilir.

⁵⁰⁵ Olası kast, failde olası veya sadece mümkün olarak görülen sonuçlar yönünden bulunan kasttır. **ALACAKAPTAN**, s. 157; **DÖNMEZER / ERMAN**, II, s. 234. **DEMİRBAŞ**, Ceza hukuku, s. 354;

⁵⁰⁶ Bazı yazarlara göre, suçun olası kastla işlenmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, suçun niteliği dolayısıyla bu şekilde gerçekleşmesi güç görünmektedir. **GÖKCAN**, s. 102; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3636.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

1. TCK Madde 257/1 ve 257/ 2 Açısından

765 sayılı TCK'nın 240. maddesinde bir tehlike suçu olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun, failin suça elverişli şekilde başlaması halinde zaten suçu tamamlamış olması da gerekeceğinden⁵⁰⁷, teşebbüse elverişli görülmemekteydi. Ancak somut durumların sonsuz çeşitlilik göstermesi karşısında ve icra hareketleri kısımlara ayrılabilirdiği sürece suça teşebbüsün⁵⁰⁸ söz konusu olabileceği⁵⁰⁹ kabul edilmekte idi. 230. maddede yer alan görevi ihmal suçu bakımından ise suçun, neticesi harekete bitişik suç niteliğinde olması dolayısıyla teşebbüse elverişli olmadığı⁵¹⁰ ifade edilmekte idi⁵¹¹.

⁵⁰⁷ CİHAN, s. 189.

⁵⁰⁸ Teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan teoriler hakkında ayrıntılı bilgi ve bu teorilere ilişkin değerlendirme için bkz. SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul 1994, s. 48 - 139.

⁵⁰⁹ ERMAN / ÖZEK, s. 213 - 214; CİHAN, s. 189; DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 274; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 173; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5037, dn. 526; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 961; dn. 487; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 765.

⁵¹⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5037; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 961; HAKERİ, İhmal, s. 262; MALKOÇ / GÜLER, II, s. 1743; Bu tür suçlarda kanunda belirtilen hareketi yapmayarak hareketsiz kalan kimse, bir anlamda kanunun yasak saydığı neticeyi gerçekleştirdiğinden suçu da tamamlamış olmaktadır. Dolayısıyla, görevi ihmal suçuna teşebbüs de mümkün değildir. ERMAN / ÖZEK, s. 162; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 201; DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 274. HAKERİ, saf ihmali suçlardan saydığı, TCK m. 257/2 deki görevi ihmal suçunun da aynı nedenle teşebbüse müsait olmadığını belirtmektedir. HAKERİ, Temel Kavramlar, s. 264 - 265.

⁵¹¹ Aksi yöndeki görüşlere göre, fail hareketsizliğini ortadan kaldırmadığı veya buna devam ettiği

TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrası bakımından daha önce de ifade edildiği üzere, suçun oluşması için kamu görevlisinin salt norma aykırı davranışı yeterli görülmeyle, davranışının maddede öngörülen neticeleri doğurması da aranmıştır⁵¹². Böylece zarar suçu haline getirilen görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanma anı da söz konusu sonuçların ortaya çıktığı an olarak kabul edileceğinden⁵¹³, teşebbüse elverişli hale geldiği de söylenebilecektir⁵¹⁴.

Nitekim, 5237 sayılı Kanun'un 35. maddesi⁵¹⁵ uyarınca fail elverişli hareketlerle suçun icrasına başlamış olmakla birlikte elinde olmayan nedenlerle fiilini tamamlayamamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve failin teşebbüsten sorumlu tutulacağı söylenebilir. Buna göre, TCK'da zarar suçu haline getirilen görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsün de mümkün olması gerekir. O halde, kamu görevlisinin suça konu davranışları, maddede öngörülen neticeler gerçekleşmeden önce ortaya çıkarsa görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilebilecektir⁵¹⁶. Failin görevinin gereğine aykırı hareketinin maddede belirtilen sonuçları doğurmaya elverişli olması gerektiği ise

sürece ihmali suça teşebbüs kural olarak mümkün olmalıdır. Bkz. **SOYASLAN**, Doğan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, Kazancı Hukuk Yayınları No: 131, Ankara 1994, s. 200; **HAKERİ**, İhmal, s. 264; **EREM / DANIŞMAN / ARTUK**, s. 310.

Ayrıca kimi yazarlarca da, saf ihmali suçlarda, failin yapması gereken hareketin süresini belirleyen bir kıstas bulunmadığından ihmal ile oluşan suça teşebbüsün mümkün olmayacağı savunulurken, işin yapılması bakımından öngörülen bir sürenin mevcut olması halinde teşebbüsün mümkün olabileceği belirtmektedirler. **İÇEL** ve diğerleri, s. 352.

⁵¹² Bu konuda bkz. "Netice" başlığı altında yer alan "5237 Sayılı TCK Bakımından Durum" alt başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵¹³ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 304; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 765; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3638; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 153.

⁵¹⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 765.

⁵¹⁵ 5237 sayılı Kanun'un 35. maddesi şu şekildedir: "(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

⁵¹⁶ **GÖKCAN**, s. 122; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3637 - 3638; **ÇİÇEK**, s. 45; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 153.

izah varestedir.

Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, Yargıtay'ın sayılan hususların suçun unsuru olduğu yönünde kararları da bulunmakla⁵¹⁷ birlikte, eğiliminin ağırlıklı olarak maddede sayılan bu hususların objektif cezalandırabilirlik koşulu olduğu yönünde belirmesi⁵¹⁸, Yüksek Mahkemece görevi kötüye kullanma suçuna iştirakın mümkün olmadığı yönünde kararlar verilmesine yol açmaktadır⁵¹⁹. Nitekim, 257. madde bakımından kamu görevlisinin hareketi sonucunda ortaya çıkan kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma yahut kişilere haksız kazanç sağlama hususlarının objektif cezalandırabilirlik koşullarından sayılması durumunda⁵²⁰, bu kabulün doğal bir sonucu olarak görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmelidir⁵²¹.

⁵¹⁷ Bu yönde Yargıtay Kararı için bkz. 423 numaralı dipnot

⁵¹⁸ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 765.

⁵¹⁹ Yargıtay 4. CD.'nin 1.05.2008 tarih, E.2007/21, K. 2008/10 sayılı Kararı'nda, "... Sanığın eyleminin hukuka aykırı olduğu kabul edilse dahi, 257. maddenin öngördüğü mağduriyet, kamu zararı ya da kişilere haksız kazanç sağlama hususları gerçekleşmediğinden sanığın cezalandırılması olanağı yoktur. Zira bu üç unsur görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun neticesi olmayıp objektif cezalandırma koşuludur. Objektif cezalandırma koşulu öngörülen suçlarda teşebbüsten söz edilemez. Görevin gereklerine aykırı hareket edildiği ya da görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterildiği anda suç bütün unsurlarıyla tamamlanmış olacağından, cezalandırılabilme koşullarının varlığı halinde ancak faile ceza verilebilecektir. Aksi takdirde objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edilen hususlar suçun ögesi sayılmadığından bunların gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs nedeniyle cezalandırma olanağı bulunmayacaktır. Tersî düşünülürse, görevin gereklerine aykırı hareket eden her kamu görevlisinin teşebbüs nedeniyle cezalandırılması sonucu doğacaktır ki, bu husus 765 sayılı Kanunun aksine, kamu zararına, kişi mağduriyetine ya da kişilere haksız kazanç sağlama hususlarına önem atfeden yeni düzenlemeyi işlevsiz kılacaktır." denilmektedir.

Aynı yönde bkz. Yargıtay 4.CD.'nin 17.4.2008 tarih, E.2007/27, K.2008/8 sayılı Kararı. **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 7313 - 7314; Yine Yargıtay 4.CD.'nin 1.5.2008 tarih, E.2007/21, K.2008/10 ve sayılı Kararı. Bkz. **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 7411 - 7412.

Bu yönde ayrıca bkz. 373 numaralı dipnot.

⁵²⁰ Bu yöndeki görüşler için bkz. "Netice" başlığı altında yer alan "Objektif Cezalandırabilirlik Koşulu" alt başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵²¹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5036 - 5037; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 961; **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 329; **MERAN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 104 - 105; **ŞİK**, s. 138 vd.

Cezalandırabilirlik koşulunu içeren suçlarda, söz konusu koşul gerçekleşmedikçe faile ceza verilemez. Dolayısıyla, cezalandırabilirlik koşulu içeren suçlara teşebbüs mümkün değildir. MASSARI, Eduardo, Le Dottrine Generale del Diritto Penale, Napoli 1930, s. 183; BATTAGLINI, Gulio, Diritto Penale, Parte generale, Padova 1949, s. 438; PAGLIARO, Antonio,

Maddede sayılan bu hususların objektif cezalandırabilirlik koşulu olduğu yönündeki görüş çerçevesinde, bu koşulu içeren görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilirse, suçun serbest hareketli olması karşısında yargıcın hüküm kurarken hangi sonucu dikkate alarak teşebbüsü tespit edeceği hususunun şüpheden ari kılınamayacağı⁵²² da belirtilmiştir.

Oysa bu değerlendirmeye katılmak bizce mümkün görünmemektedir. Zira, kamu görevlisinin hareketinin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını tayin etmekle yükümlü yargıç, hareketin hangi sonuca yol açacağını değil bizzat hareketin icrasına başlanılıp başlanılmadığını⁵²³ ve hareketin elverişliliğini irdelleyecektir. Herhangi bir suça teşebbüsün irdelenmesinde kuşkusuz mağdurun konumundan⁵²⁴, fiilin gerçekleştiği şartlara kadar somut olayın tüm şartları dikkate alınmak suretiyle⁵²⁵ ex ante bir değerlendirme⁵²⁶ yapılır⁵²⁷. Dolayısıyla, maddede sayılan hususların hangisi bakımından teşebbüsün araştırılacağıının bilinmememesinin yargı kararının şüpheyeye yer

Principi di Diritto, Parte Generale, Milano 2000, s. 524; SCARANO, Luigi II, Tentativo, Napoli 1952, s. 234, 235; KUNTER, Nurullah, “Tipicità e punibilità come elementi legali del reato”, Riv. Pen. 1950, s. 360; BELTRANI, Sergio, Il Delitto Tentato, PG. E. PS., Cedam 2003, s. 81, 82’den aktaran **AKSOY İPEKÇİOĞLU**, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 2009, s. 189.

⁵²² **ŞİK**, s. 139 - 140.

⁵²³ Nitekim, Kanun’un teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinde “doğrudan doğruya icraya başlama” ifadesinin benimsenmesinden failin işlemek istediği suç tipiyle “belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması” ile suçun icrasına başlandığının kabul edileceği anlaşılmaktadır. **BALCI**, Şakir, “Suça (Cürme) Teşebbüsün Eski ve Yeni Ceza Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı İncelenmesi” Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, C. 3, S. 25, İstanbul Ocak 2005, s.119.

⁵²⁴ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 417.

⁵²⁵ **HAFIZOĞULLARI /ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 335 vd; **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 430.

⁵²⁶ “...bir hareketin tipik neticeyi meydana getirme imkanına sahip olup olmadığı hususu araştırılırken, hareketin ortaya çıktığı anda bilinebilen vakıalar, tecrübi bilgiler açısından bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu durum ex-ante bir tahminin varlığını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu tahmini yapan kişi yani hakim, kendini hareketin başlangıç anına geri götürecektir ve o an bilinebilen olaylara göre hareketin tehlikeli ya da tehlikesiz olduğu hükmünü verecektir. Bu değerlendirmede olay sonrası (ex-post) ortaya çıkan hususlar gözönünde tutulmayacaktır.” **SÖZÜER**, s. 150. Aynı yönde, **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 430; **SOYASLAN**, Teşebbüs Suçu, s. 99 vd.

⁵²⁷ Yargıtay CGK.’nin 4.6.1990 tarih, 5-101/156 sayılı Kararı’nda, “Fail tarafından kullanılan vasıtanın, (neticeyi gerçekleştirmeye) kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığını tespit için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır.” denilmektedir. **ÖZGENÇ**, Ceza Hukuku, s. 430.

bırakmayacak nitelikte olması gerektiği hususuna aykırı sonuçlar doğuracağını öne sürmek de teşebbüs kurumunun doğası⁵²⁸ karşısında anlamlı değildir.

Suçun 257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ihmalî hareketle işlenen haline karşılık gelen 765 sayılı TCK'nın 230. maddesi bakımından öğretide baskın görüşün görevi ihmal suçunun neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan teşebbüse müsait olmadığı yönünde olduğunu yukarıda belirtilmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinin ikinci fıkrası bakımından ise suç ihmal veya geciktirmenin gerçekleştiği anda tamamlanmaz. Bilakis suç, maddede öngörülen neticelerin oluşması ile tamamlanır. Ortada ihmal suretiyle işlenen bir icra suçu⁵²⁹ olduğundan suça teşebbüs de mümkündür⁵³⁰. Buna göre, kamu görevlisinin ihmal veya gecikme göstermesine rağmen, maddede öngörülen neticeler ortaya çıkmadığında, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

2. TCK Madde 257/3 Açısından

Görevi kötüye kullanma suçunun 257. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen bu şeklinin, kamu görevlisi ile muhatabı arasında çıkar sağlanması

⁵²⁸ "... tamamlanmış suça cezalandırılabilirlik içeriğini kazandıran iradi hareketin objektif uygunluğuna bağlı olarak, suç konusu üzerinde gerçekleşen tipik neticenin hukuki yararı ihlal etmesi, suça teşebbüste de yine aynı nitelikteki hareketin, tipik neticenin oluşması imkanına sahip olması biçiminde, hukuki yararı ihlal etmiş olmaktadır." **SÖZÜER**, s. 148.

⁵²⁹ Failin, kanunda öngörülen ve kendisinin de gerçekleşmesini istediği neticeye hareketsiz kalarak neden olması "ihmal suretiyle icra (garantörsel ihmalî suç)"u meydana getirmektedir. **HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2003, s. 108 - 109.

İhmal suretiyle işlenen icra suçları teşebbüse müsaittir. Bu tür suçlarda suç yolunun oluşumuna ihmal ile başlanmakta olup, söz konusu ihlal bir müdahale ile durdurulana kadar belli süre devam etmelidir. Bu tür suçlarda failin sonuca ulaşabilmesi bakımından, negatif nitelikte bir harekette bulunması gerekir. Böylece fail gerçekleştirdiği ihmal ile suçun gerçekleştiği süreci başlatmış olur. Sürecin failin iradesi dışında bir nedenle kesilmemesi halinde suç gerçekleşeceğine göre, bundan önceki ihmal aşamasında failin iradesi haricinde bir nedenle icra suretiyle ihmal suçunun teşebbüs aşamasında kalabilir. **AKSOY İPEKÇİOĞLU**, s. 191.

⁵³⁰ **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 307; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 162 - 163. Aksi yöndeki görüş için bkz. 570 ve 571 numaralı dipnotlar.

hususunda anlaşılması ile tamamlandığı söylenemez. Aksine, suçun kamu görevlisi tarafından görevinin gereklerine uygun hareket etmek için veya uygun hareket ettiği için kişilerden çıkar sağlanması anında tamamlandığı kabul edilmelidir⁵³¹.

Kanun koyucu, rüşvet veya irtikap suçlarında aradığı “*vaat*” veya “*anlaşma*” koşulundan bir adım ileriye gittiği görevi kötüye kullanma suçunda, failin mağdurdan çıkar elde edemediği, ancak bu hususta kendisine vaatte bulunduğu veya bu konuda taraflar arasında antlaşmaya varıldığı anda eylemin ancak teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir⁵³².

Teşebbüs başlığında son olarak gönüllü vazgeçmeden söz edilmelidir. Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesinde⁵³³ düzenlenen gönüllü vazgeçme müessesesi karşısında kamu görevlisi görevi kötüye kullanma suçunun icra hareketlerini tamamlamadan vazgeçer veya neticenin gerçekleşmesini önlerse hakkında teşebbüs hükümleri dahi uygulanmayacaktır⁵³⁴. Bu durumda fail suçu işlemeye başlamasına rağmen bundan vazgeçtiği için bu yönde gösterdiği irade kanun koyucu tarafından

⁵³¹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 5037; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 961; **GÖKCEN**, s. 123; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3638; **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 308.

⁵³² **GÖKCEN**, s. 118.

Bir başka görüşe göre ise, suç çıkarın sağlanmasıyla tamamlandığından “*işin yapılmasından önce çıkarın sağlanması yönünde bir anlaşma varsa, zaten tamamlanmış rüşvet suçu, anlaşma girişimi varsa rüşvete teşebbüs; kamu görevlisinin bu yönde bir zorlaması ya da aldatma girişimi varsa da irtikap suçu oluşacaktır. Bu bakımdan, fıkra açısından teorik olarak teşebbüs hükümleri uygulanabilirse de; bu çoğu durumda fiilen mümkün gözükmemektedir.*” Ancak işin yapılmasından sonra çıkar sağlanması yönünde karşılıklı rızayla anlaşılmasına karşın çıkarın elde edilememesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 765. Aynı yönde **BEKTAŞ**, s. 70.

⁵³³ 5237 sayılı Kanun’un 36. maddesi şu şekildedir: “(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

⁵³⁴ Gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemede, esasen etkin pişmanlık ile vazgeçmenin birbirine karıştırıldığı hakkındaki eleştiri için bkz. **YALÇIN SANCAR**, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller (13 Ocak 2005 – 5 Nisan 2005) 6, 25 Şubat 2005, 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s. 203.

ödüllendirilmektedir⁵³⁵. Ancak failin o ana kadar gerçekleştirdiği davranışları başlı başına bir suç oluşturunorsa, o suçtan cezalandırılacağı açıktır.

Gönüllü vazgeçmede icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçme ipotezi suçun icra veya ihmâl / ihmâl suretiyle icra suçu oluşuna göre olumlu veya olumsuz nitelik gösterebilir⁵³⁶. Nitekim kamu görevlisinin görevi icrai hareketiyle kötüye kullanma suçundan gönüllü vazgeçmesi “suç faaliyetlerinin sonuçlandırılmaması” şeklinde olumsuz nitelikte ortaya çıkarken, ihmâl suretiyle işlenen görevi kötüye kullanma suçu yönünden failin gönüllü vazgeçmesi olumlu nitelikte hareketini gerektirir. O halde, failin gerçekleştirmedini gerçekleştirmesi gerekir. Öğretide, suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi ipotezinin ise her zaman olumlu nitelik taşıdığı belirtilmektedir⁵³⁷.

B. İştirak

İştirak, bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suçun birden fazla kimse tarafından işbirliği içinde gerçekleştirildiğinde⁵³⁸ ortaya çıkan hukuki durumdur. Türk Ceza Kanunu’nun 37. maddesi⁵³⁹ uyarınca suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler suçun faili olarak sorumludurlar. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçunu birden fazla kamu görevlisinin birlikte işlemesi söz konusu ise, iştirak edenlerden değil, müşterek faillerden söz etmek

⁵³⁵ TOROSLU, Haluk, “Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme”, Haluk Konuralp Anısına Armağan 2, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 1174.

⁵³⁶ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 267; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 129 - 130 ve 153; TOROSLU, Haluk, s. 1185 - 1186.

⁵³⁷ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 267; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 153; TOROSLU, Haluk, s. 1190; BALCI, s. 121.

⁵³⁸ TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 272; HAKERİ, Temel Kavramlar, s. 274.

⁵³⁹ 5237 sayılı Kanun’un 37. maddesi şu şekildedir: “(1) Suçun Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır”.

gerekir.

5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinin⁵⁴⁰ birinci ve üçüncü fıkraları uyarınca bir kimsenin bir suça iştirakinden söz edebilmek için fiilin kasten işlenmiş olması ve söz konusu suçun en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekmektedir.

Öte yandan görevi kötüye kullanma suçu özgü suç niteliğinde olduğundan, bu suça iştirak de özellik gösterir. Anılan 40. maddenin ikinci fıkrasında özgü suçlar bakımından özel faillik niteliği taşımayan kimselerin ancak belli şekillerde sorumlu tutulabilecekleri⁵⁴¹ düzenlenmiştir. Buna göre kamu görevlisi olmayan bir kimsenin görevi kötüye kullanma suçuna ancak azmettiren⁵⁴² yahut yardım eden⁵⁴³ sıfatıyla katılması mümkün olabilir⁵⁴⁴. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin görevi kötüye kullanma suçuna bu şekilde azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak ettiğinin

⁵⁴⁰ 5237 sayılı Kanun'un 40. maddesi şu şekildedir: “(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) 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.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

⁵⁴¹ Ancak, öğretide failin bizzat gerçekleştirmesi öngörülen suçlar dışında özgü suça ilişkin tipik davranışın mutlak surette özel faillik niteliğini taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesinin şart olmadığı ve dolayısıyla tipik davranışın kamu görevlisi olmayan fail tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu kişilerin yalnızca azmettiren yahut yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmasının uygun olmadığı da belirtilmiştir. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 477; **OKUYUCU ERGÜN**; Zimmet Suçu, s. 133; **OKUYUCU ERGÜN**, Görevi Kötüye Kullanma, s. 143.

⁵⁴² Azmettirme, “kişiye suç işleme kararı verdirerek suç işletmektir.” Suç işleyen bir kimsede esasen bu yönde herhangi bir niyet mevcut değilken, bu kimse azmettirenin etkisi ile suç işlemektedir. **ÖZBEK**, s. 479 - 480. Aynı yönde **HAKERİ**, Temel Kavramlar, 297; **ÖZEN**, Mustafa, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 20, S. 71, Ankara, Temmuz - Ağustos 2007, s. 246; **PARLAR**, Ali / **HATİPOĞLU**, Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'Na Göre Suçlarda Teşebbüs-İştirak - içtima ve Yaptırımlar, 1. Bası, Kazancı, İstanbul Nisan 2005, s. 149.

⁵⁴³ Yardım etme ise, “asli iştirakin dışında kalan fakat suçun meydana gelmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketler” şeklinde tanımlanabilir. **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 299; **PARLAR** / **HATİPOĞLU**, Teşebbüs, s. 171

⁵⁴⁴ 765 sayılı TCK bakımından kamu görevlisinin görevini kötüye kullanma suretiyle başkasına haksız menfaat sağladığı takdirde menfaati edinen kimsenin de fiile iştirak etmiş olacağı belirtilmiştir. **ERMAN** / **ÖZEK**, s. 215.

kabulü için bu kimsenin suçun failinin özel faillik sıfatını da bilmesi⁵⁴⁵ gerekir⁵⁴⁶.

Bu başlıkta görevi ihmalen kötüye kullanma suçuna ihmali hareketle azmettirme ya da yardım etmenin mümkün olup olmadığı meselesine de değinmek istemekteyiz. Öğretide ağırlıklı görüş herhangi bir ihmale “*aktif azmettirme*”nin mümkün olduğu, ancak yalnızca ihmalin azmettirme için yeterli bulunmadığı⁵⁴⁷ şeklindedir. Buna göre ihmal suretiyle azmettirme, Kanun’un azmettirme bakımından öngördüğü koşulları taşımaz⁵⁴⁸. Ayrıca bir kimseyi ihmali hareketler sergileyerek suç işlemek hususunda ikna etmenin olanaklı olduğunu düşünmek olağan hayat tecrübesinin zorlanması anlamına gelir. Dolayısıyla ihmal suretiyle azmettirme mümkün değildir⁵⁴⁹.

İhmali davranışla yardım hususunda ise görüşler farklılaşmaktadır. Bazı görüşlere göre bir suçun işlenmesine ihmal suretiyle yardım edilmesi mümkün değil iken⁵⁵⁰ ağırlıklı görüşe göre bu yolla suça iştirak mümkündür⁵⁵¹. Buradan hareketle incelenen suç bakımından da konunun bu çerçevede değerlendirilebileceği belirtilmelidir.

⁵⁴⁵ Bkz. Yargıtay CGK.’nin, 21.2.1944 tarih, E.1944/32, K.1944/23 Sayılı Kararı. Zikreden EREM, Türk Ceza Hukuku, 8. Bası, Ankara 1968, s. 403’dan aktaran **CİHAN**, s. 189.

⁵⁴⁶ **CİHAN**, s. 189; **SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 2436. ; **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 501. Bir görüşe göre, TCK’nın 38. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.*” hükmü, kamu görevlisi amirin yetkisini kötüye kullanarak astını azmettirmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında eksiktir ve söz konusu hükme bu yönde bir ekleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. **ÖZEN**, Mustafa, İştirak, s. 247.

⁵⁴⁷ LK-ROXIN, &26, kn. 61; KÜHL, s. 774; SCHÖNKE / SCHRÖDER-CRAMER, &26 kn. 5; LK-JESCHECK, &13, kn. 56’dan aktaran, **HAKERİ**, İhmal, s. 290; **İÇEL** ve diğerleri, s. 401; **ÖZGENÇ / SAHİN**, s. 351.

⁵⁴⁸ BUSSE, s. 139’dan aktaran **HAKERİ**, İhmal, s. 290.

⁵⁴⁹ **HAKERİ**, İhmal, s. 290.

⁵⁵⁰ KAUFMANN, 291vd, GRÜNWALD, GA, 1959, 115 vd, STRATENWERTH, 3.B., 289 - 290’dan aktaran **HAKERİ**, İhmal, s. 291; **ÖNDER**, Genel Hükümler, s. 485.

⁵⁵¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve bu kabulün şartları hakkında bkz. **HAKERİ**, İhmal, s. 291 - 292.

Görevi kötüye kullanma suçuna iştirak konusunun özellik gösterdiği bir diğer nokta da üçüncü fıkra bakımından çıkar teklifinin iş sahibinden gelmesidir. Öğretide, bu fıkra da sözü edilen çıkar sağlama hususunda herhangi bir beklentisi bulunmayan kamu görevlisine teklifin iş sahibinden gelmesi halinde bu kimsenin azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği⁵⁵² ifade edilmiştir. Bir diğer görüşe göre⁵⁵³ ise, 257. maddedeki suç, çıkarı sağlayan ile kendisine çıkar sağlananın karşılıklı fail olmaları öngörülerek düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, çıkar sağlayanın durumu iştirak hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecek olmakla birlikte kamu görevlisine çıkar sağlayan kimsenin işin usulünce ve zamanda yapılmamasını önlemek kaygısıyla bu yönde hareket ettiği dikkate alındığında, çıkar sağlayan kimsenin suça iştirak ettiğinin değil suçtan mağdur olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi halde, suçun ortaya çıkartılması da güçleşeceğinden, menfaat sağlayanın suça iştirak ettiği söylenecek olsa bile suçla mücadele politikası gereğince, kanun koyucunun, menfaat sağlayan bakımından bir tür “*cezalandırılmayan iştirak*” halini benimsediği kabul edilmelidir.

Kanatımızca, kamu görevlisinin bu yönde bir teklifi ya da muhatabını işinin yapılması hususunda kaygı duymaya sevk eden hal ve tavırları dahi bulunmuyor iken çıkar sağlamayı teklif eden muhatap, kamu görevlisinde olmadığı halde bu yönde bir beklenti yaratabilmekte veya var olan niyeti güçlendirebilmektedir. Bu husus dikkate alındığında artık muhatabın, suça katkısının niteliğine göre azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğini görmezden gelmek doğru görünmemektedir. Bu durumdaki muhatabın yukarıda değinilen bir tür cezalandırılmayan iştirak halinden yararlandırılması adaletin tesisinde tereddüte yol

⁵⁵² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 761. Aynı görüşte ŞIK, s. 143.

⁵⁵³ GÖKCAN, s. 121.

açar niteliktedir.

Öte yandan, adaletin tesisi bakımından oluşan tereddütün önlenmesini teminen yapılacak bir tercihin, suçun ortaya çıkarılmasını zora sokacağı da yadsınabilir değildir. Gerçekten de, 765 sayılı TCK'da basit rüşvet alma ve verme suçları birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiş olup, hem rüşvet alan hem de veren ayrı ayrı etkin pişmanlıktan yararlanabilmekte idi. Mevcut düzenleme karşısında, kamu görevlisine çıkar sağlanması teklifi muhatabından geldiğinde, olsa olsa çıkar sağlamayı teklif edenin azmettiren veya yardım eden olup olmadığı tartışılabilir. Bu durumda, suçun ortaya çıkması halinde kendisi de cezalandırılacağına göre, hayatın olağan akışı, çıkar teklif edenin suçu ihbar etmesinin beklenmemesi gerektiğini ortaya koyar⁵⁵⁴. O halde aslında düzenlemenin fiili sonuçları, gerekçelendirilmesinde atıf yapılan yolsuzlukla mücadeleye uygun düşmemektedir.

C. İçtima

İçtima müessesesi kapsamında cezaların içtimai ve suçların içtimai ile görünüşte içtima hallerinden söz edilir.

Cezaların içtimai halinde *“her biri bağımsızlığını koruyan ayrı suçlar vardır ve burada birleşen, suçlar değil, suçlara ait cezalardır”*⁵⁵⁵. Suçların içtimai ise, bir kimsenin ceza kanununu birden fazla kez ihlal etmesi halinde ve bu itibarla birden fazla suçun faili olmasına rağmen tek bir kez cezalandırılması halinde meydana gelmektedir⁵⁵⁶. Buna göre suçların içtimai, failin birden fazla fiili ile kanunun aynı

⁵⁵⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 761. Düzenlemenin yolsuzlukla mücadelede isabetli olmadığı hakkında ayrıca bkz. *“Özel Hukuk Yönünden Suçun Yapısı”* başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁵⁵ YALÇIN SANCAR, Zincirleme Suç, s. 246.

⁵⁵⁶ FROSALI: Consorso di reati, Novissimo digesto italiano, Vol. III, 1959, s. 1046; PAGLIARO: Consorso di reati, Enciclopedia del diritto, Vol. VIII, 1961, s. 600 vd.'dan aktaran TOROSLU,

hükmünü birden fazla ihlal etmesi yahut bir fiil ile kanunun birden çok hükmünü ihlal etmesiyle söz konusu olabilir. Görünüşte içtimada ise, birden fazla norm aynı fiille ilgili görünmesine karşın, bunlardan sadece biri uygulanabilmektedir⁵⁵⁷. Bu başlıkta öncelikle görünüşte içtima hallerinden özel - genel norm ve asli - tali norm ilişkisi incelenecek, daha sonra görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde suçların içtimai hallerinden olan bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima bakımından özellik arz eden durumların incelenmesine çalışılacaktır.

1. Özel Norm - Genel Norm İlişkisi

Özel norm - genel norm ilişkisi, bir normun diğer bir normda belirlenen suça ilişkin özelliklerin yanı sıra kapsadığı normda bulunmayan başka özellikleri de içermesi halinde söz konusu olur⁵⁵⁸. Bu ilişki var olduğunda özel norm, genel norma nazaran üstün tutularak öncelikle uygulanır. Bir başka deyişle bu ilişki içerisinde özel normun genel normu itmesi hali söz konusudur⁵⁵⁹.

Daha önce ifade edildiği ve “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere görevi kötüye kullanma suçu, genel ve tamamlayıcı nitelikte bir normdur. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma teşkil eden fiil, kamu görevlisinin filleri ile gerçekleştirilebilen özel nitelikteki başka bir suçun kapsamında bulunuyorsa, özel hükmün cezasının az olması halinde dahi, 257. madde yerine, özel norm öncelikli olarak uygulanır⁵⁶⁰.

Nevzat, Genel Kısım, s. 310; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 375; YALÇIN SANCAR, Zincirleme Suç, s. 246.

⁵⁵⁷ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 484; ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 505.

⁵⁵⁸ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 505.

⁵⁵⁹ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 505.

⁵⁶⁰ ÖNDER, Özel Hükümler, s. 217; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5037 - 5038; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 962.

Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu, hem görevi kötüye kullanma unsurunu hem de görevi kötüye kullanma suçuna nazaran, başkaca unsurları içerdiğinden, bu iki suç arasında özel - genel norm ilişkinin bulunduğu söylenebilir. Aynı şekilde, Kanun'un 251. maddesinde düzenlenen denetim görevinin ihmali suçu oluştuğunda fail, 257. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ihmal suretiyle görevi kötüye kullanmasından ötürü cezalandırılmaz⁵⁶¹. Maddenin üçüncü fıkrası ile Kanun'un 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçu ve ayrıca 250. maddesinde düzenlenen irtikap suçu arasında⁵⁶² da bu tür bir ilişki bulunmaktadır. Taraflar arasında işin yapılmasından önce gerçekleştirilen karşılıklı bir anlaşmanın bulunması halinde, özel normun önceliği gereğince, failin görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. maddenin üçüncü fıkrasından değil, buna nazaran özel nitelikte bulunan rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddeden cezalandırılacağı⁵⁶³; kamu görevlisinin muhatabını 250. maddeyi oluşturacak şekilde icbar veya ikna etmesi ya da muhatabının hatasından yararlanması halinde de artık irtikap suçundan sorumlu tutulacağı⁵⁶⁴ söylenebilir⁵⁶⁵.

TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 765 - 766; **TOROSLU**, Nevzat, Özel Kısım, s. 302; **CİHAN**, s. 189 - 190; **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 275; **EREM**, Hususi Hükümler, s. 321; **EREM**, Ümanist Doktrin, III, s. 406 - 407; **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3638 - 3639; **MERAN**, Zimmet ve Rüşvet, s. 330.

⁵⁶¹ Yargıtay 4. CD.'nin 4.12.1997 tarih, 96/51/10052 sayılı Kararı'nda, "*Nöbetçi hekim olan sanığın, inşaattan düşmesi sonucu hastaneye kaldırılan kişinin kuşkulu ölüm olayını C. Savcılığına bildirmemekten ibaret eyleminin; suç araştırılarak, kamu adına kovuşturmayı gerektiriyorsa T.C. Yasasının 235. maddesindeki, gerektirmiyorsa aynı yasanın 230. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, aynı yasanın 240/2. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması yasaya aykırıdır.*" denilmektedir. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 766.

⁵⁶² Aksi yöndeki görüşe göre, 257. madde ile 250. madde arasında asli - tali norm ilişkisi mevcuttur. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 485 - 486.

⁵⁶³ **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, s. 586; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 766; **GÖKCAN**, s. 124.

⁵⁶⁴ **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 766.

⁵⁶⁵ Öğretide bir görüşe göre, görevi kötüye kullanma suçu ile TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçu arasında bu tür bir ilişki söz konusudur. Bu görüşün savunucuları tarafından işkence suçunun kamu yönetiminde disiplin sağlama amacı da dahil olmak üzere birden çok hukuki konusu olduğu kabulüyle, iki suç karşılaştığında görevi kötüye kullanma suçunun uygulanmayacağı savunulmuştur. Şöyle ki, şüpheliyi sorguya çekmek ile görevli bir polis memuru, sorgu esnasında, şüpheliye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal

2. Asli Norm - Tali Norm İlişkisi

Tali norm, asli normun uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda uygulanır⁵⁶⁶. Yukarıda değinilen özel norm - genel norm ilişkisinde her iki normun ortak noktası korudukları hukuki yararın aynı olmasıdır. Eğer iki norm arasında bu tür bir ilişki yoksa bu durumda asli norm - tali norm ilişkisi söz konusu olabilir⁵⁶⁷. Asli norm - tali norm ilişkisinde, asli norm varken tali normun uygulanamaması “yardımcı normun sonralığı ilkesi” olarak adlandırılmaktadır⁵⁶⁸.

Örneğin 5237 sayılı Kanun’un “*Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme*” başlıklı 298. maddesi, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. maddesi ile karşı karşıya gelirse 257. madde yerine asli norm olan 298. maddeyi uygulamak gerekir. Nitekim, 257. maddenin koruduğu hukuki yarar ile 298. maddenin koruduğu hukuki yarar farklı olduğundan, aralarında özel - genel norm ilişkisi kurulamayacak olmakla birlikte, bu iki norm arasında asli norm - tali norm ilişkisi bulunur⁵⁶⁹.

765 sayılı Kanun döneminde bu husus Yargıtay uygulaması ile de tevsik edilmiş bulunmakta idi. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir Kararı’nda⁵⁷⁰, “İki

yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştirmesi halinde, göreve ilişkin yetki ve kuralları aşarak, muhatabının mağduriyetine de yol açmış olur. Ancak, bu durumda kamu görevlisi, görevi kötüye kullanma suçundan değil, işkence suçundan sorumlu tutulur. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 240 ve 258 - 259.

⁵⁶⁶ **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 506.

⁵⁶⁷ **CİHAN**, s. 190; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku, s. 485.

⁵⁶⁸ **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 301; **İÇEL** ve diğerleri, s. 459; **DEMİRBAŞ**, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 275.

⁵⁶⁹ **GÖKCAN**, s. 127.

Ancak, Bir görüntü göre, zarar suçu ile tehlike suçunun karşılaşması halinde zarar suçu asli norm kabul edilmelidir. **ÖNDER**, Genel Hükümler, s. 455. Bu durumda 5237 sayılı Kanun’da zarar suçu haline getirilen görevi kötüye kullanma suçunun karşısında tali norm durumunda bulunduğu diğer norm tehlike suçunu düzenlemekte ise, görevi kötüye kullanma suçu öncelikle uygulanır.

⁵⁷⁰ Yargıtay CGK.’nin, 14.2.1983 tarih ve 6-471/46 sayılı Kararı. Zikreden, **GÜNDEL**, Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları, Ankara 2002, s. 222.’den aktaran **GÖKCAN**, s. 127.

yasal hüküm arasında genellik - özellik ilişkisinin ve ilkesinin (il principio di spetialite) bulunması için, aynı hukuksal varlık ya da yararı yahut da değeri korumaları, bir başka deyişle hukuksal konularında özdeşlik ve birlik bulunması zorunludur. ... o yüzden TCY'nın 339 vd. maddeleriyle 240. maddesi arasında özel - genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu hükümler arasında ancak, temel hüküm - ikincil (yardımcı) hüküm ilişkisi ve ilkesi (il principio di sussidiarieta) bulunabilir. ... Sergilenen bu nedenlerle sanığın eylemi, (765 sayılı) TCY'nın 340. maddesi aracılığıyla 347. maddesine uygun bulunmaktadır.” demekle özel norm - genel norm ilişkisini görevi kötüye kullanma suçu yönünden ele alarak, ortak hukuksal yararın bulunması gerektiğine dikkat çekmektedir.

3. Bileşik Suç

Türk Ceza Kanunu'nun 42. maddesi⁵⁷¹ gereğince, biri diğerinin unsurunu⁵⁷² veya ağırlaştırıcı nedenini⁵⁷³ oluşturması nedeniyle tek fiil sayılan suçlara bileşik suç

⁵⁷¹ 5237 sayılı Kanun'un 42. maddesi şu şekildedir: “(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”

⁵⁷² Örneğin TCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçu, Kanun'un 106. maddesinde düzenlenen tehdit veya 108. maddesinde düzenlenen cebir ile 141. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçlarını bünyesinde barındırmaktadır. **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 311; **HAKERİ**, Temel Kavramlar, s. 306; **PARLAR / HATİPOĞLU**, Teşebbüs, s. 260.

⁵⁷³ Bileşik suçun ikinci haline örnek olarak da 5560 sayılı Kanun ile değişmesinden önce Kanun'un 142. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen bina içerisinde hırsızlık suçu verilebilir. Esasen Kanun'un 116. maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçu hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. **TOROSLU**, Nevzat, Genel Kısım, s. 311 - 312; **PARLAR / HATİPOĞLU**, Teşebbüs, s. 260. Ancak, maddeye 5560 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkra “Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz.” hükmü ile Kanun artık bu suçları bileşik suç saymamaktadır. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 378. Böylelikle bu hükümle faile bir fiilden dolayı iki ceza verilmesine yol açıldığı ve bu hususun Anayasaya aykırılık teşkil ettiği hakkında ayrıca bkz. **FEVZİOĞLU**, Metin / **GÜNGÖR**, Devrim, “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142 - 4”, AÜHF, C. 56, S. 1, Ankara 2007, s. 142 - 143. Makaleye <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2007-56-01/AUHF-2007-56-01-feyzioglu-gungor.pdf> adresinde de ulaşılabilmektedir. Son erişim tarihi: 29.10.2010.

Aksi yöndeki görüşe göre, bu durumda konut dokunulmazlığının ihlali ile hırsızlık suçunun ayrı

denilmektedir.

Bu hüküm gereğince artık iki ayrı suçun varlığından söz edilmez, fail unsur veya ağırlaştırıcı nedeni barındıran suçtan dolayı sorumlu tutulur. Ancak elbette bir suçun icrası amacıyla başka bir suçun işlenmesi hali bileşik suçu oluşturmayacak ve fail her iki suçtan ötürü cezalandırılacaktır. Örneğin failin cinsel saldırı suçunu işlemek maksadıyla ve sahibinin rızası bulunmadığı halde bir konuta girmesi, o failin bir yandan cinsel saldırı suçundan ve diğer yandan da konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu tutulması sonucunu doğurur⁵⁷⁴.

Bileşik suç ile ilgili olarak başka bir örnek vermek gerekirse, TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu⁵⁷⁵ bakımından maddenin üçüncü fıkrasının (d) bendinde suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi ağırlatıcı neden olarak sayılmıştır. Yargıtay'ın 765 sayılı TCK zamanında kişinin gözaltına alınmasına karşın durumun Cumhuriyet Savcısına bildirilmeyerek 19 saat gözaltında tutulması fiilinin⁵⁷⁶ görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmekte idi. Ancak öğretide, artık CMK

ayrı cezalandırılacağını söylemek, maddede yer alan “*ıçtım hüğümleri uygulanmaz*” ifadesinin yanlış yorumu neden olmasından kaynaklanır ve ıçtım kurumu ile bağıdaşmaz. **DONAY**, s. 69.

⁵⁷⁴ **PARLAR / HATİPOĞLU**, Teşebbüs, s. 261.

⁵⁷⁵ 5237 sayılı Kanun'un 109. maddesinin ilgili hüğümleri şu şekildedir. “(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.....

(3) Bu suçun;....

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.”

⁵⁷⁶ Yargıtay'ın 4. CD.'nin 26.6.2006 tarih, 4685/12986 sayılı Kararı'nda, “Başkomiser olan sanık İsmail'in, polis memuru olan öbür sanıkların, fuhuş yapıldığı ihbar edilen ve mağdure ile Ali A. isimli kişinin bulunduğu eve giderek, geceleyin arama yapıp, mağdurenin raporunun alınması ve kimliği olmayan öbür kişiye de kimlik tespitinin yapılması için, C. Savcısına bilgi vermeden Emiyet Müdürlüğüne götürüp 19 saat gözaltında tutarak işlemleri tamamlandıktan sonra, serbest bırakmak suretiyle yükletilen suçları işledikleri anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY.larının ilgili hüğümlerinin karşılaştırılarak, sanıklar yararına olan yasa hüğümleri saptanarak, sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir.” denilmektedir. Kararı aktaran **GÖKCAN**, s. 129

uyarınca gözaltı kararının yalnızca Cumhuriyet Savcısı tarafından verilebilmesi karşısında bu tür durumlarda TCK'nın 109. maddesinin uygulanmasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir⁵⁷⁷.

4. Fikri İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesi⁵⁷⁸ uyarınca, fail tek fiili ile birden çok hükmü ihlal etmesi ve dolayısıyla farklı suçların ortaya çıkması⁵⁷⁹ halinde meydana gelen suçlardan en ağır cezayı gerektireninden cezalandırılır. Bu durum "*fikri içtima*" olarak adlandırılmaktadır.

Failin, fiilinin birden fazla suç meydana getirmesine karşın, bir kez cezalandırılmasının nedeni, "*hukuk düzenine karşı gelmek, sosyal barışı bozmak konusundaki iradesinin tek olmasıdır.*"⁵⁸⁰. Bir başka deyişle ortada birden fazla gerçek anlamda suç bulunmakla birlikte bunlar kanun koyucunun tercihinin sonucunda farazi olarak bir araya getirilmekte ve buna göre bir kez cezalandırılmaktadır⁵⁸¹.

Genel hüküm - özel hüküm ilişkisi bulunduğu zaman özel hüküm uygulanacağından, fikri içtima söz konusu olmayacaktır⁵⁸². Bu yüzden, görevi

⁵⁷⁷ GÖKCAN, s. 129. Bir kimsenin yasalara aykırı olarak gözaltında tutulmasının özgürlüğü sınırlama suçunu oluşturacağı hakkında bkz. Yargıtay 4. CD.'nin 19.04.2006 tarih, E.2004/21680, K.2006/9696 sayılı Kararı. Kararın tamamı için bkz. Kazancı İçtihat Sitesi, <http://www.kazanci.com.tr>, Son erişim tarihi: 11.11.2010.

⁵⁷⁸ 5237 sayılı Kanun'un 44. maddesi şu şekildedir: "(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağırceza gerektiren suçtan dolayı cealandırılır."

⁵⁷⁹ DÖNMEZER / ERMAN, II, s. 376 vd; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 379; YALÇIN SANCAR, Zincirleme Suç, s. 246.

⁵⁸⁰ DÖNMEZER / ERMAN, II, s. 382; TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 319. Fikri içtimada failin tek suçtan dolayı sorumlu tutulmasının nedenini açıklayan görüşler için bkz. ÖZEN, Mustafa, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 20, S. 73, Kasım - Aralık 2007, s. 135 vd.

⁵⁸¹ ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 521; HAKERİ, Temel Kavramlar, s. 318.

⁵⁸² Örneğin, 765 sayılı TCK'nın 186. maddesinde düzenlenen memurların mahkûm ve tutuklular

kötüye kullanma suçu bakımından fikri içtimadan söz etmek zor görünmektedir. Akla görevi ihmal suretiyle kötüye kullanma ile 5237 sayılı Kanun'un 260. maddesinde düzenlenen görevi terk suçu arasında fikri içtima ilişkisi doğup doğmadığı gelebilir ise de, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira, kamu görevlisinin işi terk etmesi, yürütülen kamu görevinde sürekliliği aksatacak nitelikte ise görevi terk suçundan söz edilebilecek iken, bu nitelikte bulunmayan terkin görevin ihmal suretiyle kötüye kullanılması suçunu oluşturabileceği kabul edilmelidir⁵⁸³.

5. Zincirleme Suç

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin⁵⁸⁴ birinci fıkrasında zincirleme suç⁵⁸⁵ *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hümedilir.”* denilerek tanıtılmış, hükmün ikinci fıkrasında da *“Aynı suçun birden fazla kişiye*

hakkında keyfi muamele yapmaları veya şiddet kullanmaları suçu, 228. maddenin birinci fıkrasında yer alan ve keyfi muameleyi düzenleyen veya 245. maddede yer alan ve kuvvet kullanmaya yetkili memurun kötü muamelesini düzenleyen maddelere göre, özel hüküm niteliğinde olduğundan, 186. maddede sayılan suç ile anılan diğer suçlar arasında fikri içtima kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. **ÜZÜLMEZ**, s. 1720.

⁵⁸³ NUHOĞLU, Ayşe, İÜHFM 2000, s. 42'den aktaran **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s. 832.

Aksi yöndeki görüşe göre, örneğin, bir işi derhal yapması istenen kamu görevlisinin, görev yerini terk etmesi halinde, aynı terk etme ile kamu görevlisinin bir yandan Kanun'un 260. maddesinde düzenlenen görevi terk suçunu, diğer yandan amirin emrini yerine getirmeyerek görevi ihmal suretiyle kötüye kullanma suçunu gerçekleştirdiği düşünülebilir. Bu durumda, iki normu birden ihlal eden fail, TCK'nın 44. maddesi uyarınca Kanun'da cezası daha ağır olarak düzenlenen görevi ihmal suretiyle kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır. **GÖKCAN**, s. 130.

⁵⁸⁴ 5237 sayılı Kanun'un 43. maddesi şu şekildedir: *“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hümedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

⁵⁸⁵ Zincirleme suçun hukuki niteliğini açıklayan görüşler için bkz. **YALÇIN SANCAR**, Türkan, Mütesselsil Suç, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 1995, s. 53 vd.

karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da” birinci fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

Kamu görevlisinde aynı suç işleme kararının mevcut olması halinde, farklı zamanlarda birden fazla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun da zincirleme suç oluşturması mümkündür⁵⁸⁶. Öncelikle, görevi kötüye kullanma suçunda kişilerin mağduriyeti oluşsa dahi, suçun mağduru devlet olduğuna göre, zincirleme suç bakımından aranan suçun aynı kişiye karşı işlenmesi şartı, aynı suç işleme kararının varlığı halinde gerçekleşir⁵⁸⁷.

Öte yandan, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, belli bir mağduru bulunmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gerekmesi⁵⁸⁸, görevi kötüye kullanma suç

⁵⁸⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 766; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5038; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 962; ÇİÇEK, s. 45, 51, 56. Ayrıca 765 sayılı TCK’da 240. madde bakımından da aynı husus dile getirilmiştir. Bkz DEMİRBAŞ, İhmal ve Kötüye Kullanma, s. 275;

⁵⁸⁷ Yargıtay 11. CD.’nin 04.07.2007 tarih, 8032/4647 sayılı Kararı’nda, “İzmir Büyükşehir Belediyesi E... Hastanesi’nde göz doktoru olarak çalışan sanığın, Emekli Sandığı’na tabi hastalara, sağlık karnelerini alarak hastanedeki resmi işlemlerin onlara gerek olmadan yaptırmak suretiyle kolaylık sağladığı intibayı yaratıp, bu şekilde gelen bir çok hastayı, özel muayenehanesinde muayene ettikten sonra anılan hastanede gerekli kayıt işlemlerin yaptırıp ancak hastaları muayene etmeden, daha önce yaptığı özel muayene sonuçlarına göre reçetelerini düzenleyerek resmi işlemlerin onlar olmadan yaptırmaktan ibaret eylemlerinin, zincirleme görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,” denilmektedir. Aktaran, ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 5149.

765 sayılı TCK bakımından da Yargıtay uygulaması görevi kötüye kullanma suçunun zincirleme biçimde işlenebileceği yönündedir. Örneğin, Yargıtay CGK.’nin 01.04.2003 tarih, E.2003/6-62, K.2003/84. sayılı Kararı’nda, “...işine son verilen personel için gönderilen ücretlerin adı geçenlere ödenmediği ve Bakanlığa iadesi gerektiği halde yasal olmayan yöntemlerle ilgisine ödenmiş gibi belgeler düzenleme, zimmet suçunun unsurlarını oluşturan mal edinme amacı olmaksızın, tahsis edildiği alan dışında harcanması ve bu durumun uzun bir süreç içinde zincirleme biçimde sürdürülmesi karşısında, bir üyenin personele ödenmeyen paraların eşya alımında kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerektiği yönündeki düşüncesinin yerinde olmadığı kararlaştırıldıktan sonra sanığın eyleminin kül halinde zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu,” denilmektedir. ÇİÇEK, s. 190.

⁵⁸⁸ Öğretide bu hususta dile getirilen bir görüşe göre, madde gerekçesinde bu duruma örnek olarak rüşvet ve çevrenin kirletilmesi suçlarının gösterilmesi isabetli değildir. Şöyle ki, “... birincisinin mağdurunun toplum, ikincisinin mağdurunun ise devlet olduğu ve her iki halde de bir rüşvet alma veya kirletme davranışı ile sadece bir rüşvet alma veya kirletme suçunun oluşacağı göz önünde bulundurulduğunda, zincirleme suçtan söz etmenin mümkün olamayacağı kolayca anlaşılır.”

bakımından bir sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla, öğretide dile getirilen, görevi kötüye kullanma suçunda da bu kapsamda zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekeceği görüşüne⁵⁸⁹ katılmak mümkün değildir. Nitekim, her şeyden önce görevi kötüye kullanma suçunun mağduru devlettir ve kamu görevlisi, tek bir kez görevi kötüye kullanma suçunu işlemişse, ortada bir suç vardır. Dolayısıyla birden fazla suçun varlığından söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç da söz konusu olamaz⁵⁹⁰.

765 sayılı TCK zamanında ihmalî suçlar bakımından müteselsillik mümkün görülmekte olup⁵⁹¹, Yargıtay uygulamasında da görevi ihmal suçunun müteselsilen işlenebildiği kabul edilmekte idi⁵⁹². 5237 sayılı Kanun'da da görevi ihmalen kötüye

TOROSLU, Nevzat, Genel Kısım, s. 317 - 318. Aynı yönde **YALÇIN SANCAR**, Zincirleme Suç, s. 256 - 257.

Bu hususta ayrıca mağdurunun belli olmayan suçlarda suçun mağdurunun belirsiz kimse veya kimseler, bir başka deyişle bir topluluk (collettivita') olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mantovani, Diritto penale, Parte Generale, s. 211.'den aktaran, **HAFIZOĞULLARI**, Zeki, "5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen 'Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükümü Uygulanır' Hükümü Hakkında", <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html>, s. 3, Son erişim tarihi: 07.11.2010. Benzer yönde "mağduru belli bir kişi olmayan suç"tan anlaşılması gerekenin toplum aleyhine değil "topluluğa karşı" işlenen suç olduğu hakkında bkz. **YALÇIN SANCAR**, Zincirleme Suç, s. 256 - 257.

İncelememiz kapsamını aşacağı düşünüldüğünden konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapılmayacak olmakla birlikte, mağduru belli bir kişi olmayan suçun toplum değil topluluğa karşı işlenen suç biçiminde anlaşılmasının uygun olacağı görüşü dikkate alınarak, kanaatimize göre bu düzenlemenin görevi kötüye kullanma suçu bakımından uygulanabilir olmadığı bir kez daha belirtilmelidir.

⁵⁸⁹ Bu görüşe göre, görevi kötüye kullanma suçunun mağduru toplumu oluşturan tüm bireyler olduğundan, esasen, bir suç işleme kararı ile aynı şahsa karşı işlenmesini aramakta iken, 43. maddenin birinci fıkrasına yapılan ekleme ile bu suçta teselsüle imkân tanınmıştır. **ŞİK**, s. 145.

Bu kapsamda dile getirilen bir diğer görüşe göre, görevi kötüye kullanma suçu kısmen 43. maddenin son cümlesini tatbikine uygundur. Şöyle ki, görevi kötüye kullanma suçu kamunun zararına neden olacak şekilde işlendiğinde söz konusu görüşün uygulanması mümkün olabileceksen, kişilerin mağduriyetine neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama sonuçlarını doğurması halinde belirli mağdurları bulunduğundan, ancak zincirleme suçun, 43. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen fikri içtima hali söz konusu olabilir. **GÖKCAN**, s. 131. Bu görüşün uzantısı olarak yazar, görevin yapılması gereken kesin sürede savsamayı oluşturan yapmama hareketinin tek bir suçu oluşturduğu, ancak savsama dolayısıyla birden fazla kimsenin zararı oluşturulmuşsa zincirleme suçun mevcudiyetinden bahsedileceğini savunmaktadır. **GÖKCAN**, s. 132.

⁵⁹⁰ **YALÇIN SANCAR**, Zincirleme Suç, s. 256, dn. 596.

⁵⁹¹ **ERMAN / ÖZEK**, s. 165., **İÇEL** ve diğerleri, s. 438; **HAKERİ**, İhmal, s. 302 vd.

⁵⁹² Yargıtay 4. CD.'nin 3.5.1994 tarih, 942/3887 sayılı Kararı'nda, "Samğin Yargıtay'dan gelen

kullanma suçu bakımından Yargıtay uygulaması aynı yönde belirmiş olup⁵⁹³, kanaatimizce de düzenlenme şekli ve zincirleme suça ilişkin 43. madde hükmü değerlendirildiğinde, görevi ihmalen kötüye kullanma suçunun zincirleme şekilde işlenmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

II. KOVUŞTURMA USULÜ

Anayasa'nın “Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler”inin arasında düzenlenen “Görev ve Sorumlulukları, Disiplin Kovuşturulmasında Güvence” başlıklı 129. maddesinin son fıkrasında⁵⁹⁴ memurlar veya diğer kamu görevlilerinin hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılabilmesi Kanunla belirlenen istisnalar dışında⁵⁹⁵ bunların bağlı olduğu idari merciin iznine bağlanmıştır.

*dosyaların esasını kapatmama, bir kısım belgeleri dosyalarına yerleştirmeme ve temyiz dilekçeleriyle ilgili işlem yapmama şeklinde aynı nitelikteki 1991-92 yılları içinde süre gelen ve bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak yasanın aynı hükmünün ihlali niteliğinde bulunduğu kabul edilen eylemleri için TCY'nin 230 ve 80. maddelerinin” uygulanması gerektiği belirtilmiştir. **MALKOÇ**, İsmail / **GÜLER**, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, C. I, Ankara, 1996, s. 607.*

⁵⁹³ Yargıtay CGK.'nin 21.02.2006 tarih, E.2005/4-165, K.2005/205154 sayılı Kararı'nda, “Sanığın görevli olduğu mahkemede hükme bağladığı 297 davanın gerekçeli kararını bu sürelerden çok sonra ve yedi ay'a varan gecikmelerle yazması nedeniyle, kanun yoluna başvurulmadan kesinleşen hükümler bakımından infaz işlemlerinde gecikme yaşandığı, kanun yoluna başvurulmuş bulunan hükümler bakımından ise yargılamanın olağandışı uzadığı anlaşılmaktadır.

*Sanığın zincirleme biçimde gerçekleştirdiği eylem, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 230/1. maddesinde öngörülen görevi savsama suçunu oluşturmaktadır. Görevin gereklerini yapmakta ihmal nedeniyle, bir yandan cezaların daha geç infaz edilmesi dolayısıyla kamunun ekonomik zarara uğramış bulunması, bir yandan da kişilere haksız kazanç sağlanması karşısında, sanığın eylemi suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 257. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen görevi savsama suçunu da oluşturmaktadır. Bu itibarla, önceki ve sonraki yasaların bütünüyle olaya uygulanması suretiyle belirlediği sonuç cezaları karşılaştırmak suretiyle 765 sayılı Yasanın daha lehe olduğunu saptayıp uygulayan Yargıtay 4. Ceza Dairesinin kararı isabetli bulunduğundan,” denilmektedir. **ÇİÇEK**, s. 301.*

⁵⁹⁴ Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.”

⁵⁹⁵ 4483 sayılı Kanun kapsamına girmeyen kamu görevlileri ve suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ZENGİN**, Raşit, Yüksek Lisans Tezi, Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usulü, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2006, s. 61 vd.

Bu doğrultuda 02 Aralık 1999 tarih ve 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” ile de memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin verilmesi esası benimsenerek, izin vermeye yetkili merciler ve bu hususta izlenecek usul⁵⁹⁶ düzenlenmiştir⁵⁹⁷. Buna göre, bir kamu görevlisinin görevi nedeniyle işlediği suçlardan yargılanabilmesi bakımından temel kural anılan Kanun’da belirlenen idari mercilerden yazılı iznin alınmasıdır⁵⁹⁸.

Anayasa’nın 129. maddesinin son fıkrasında sözü edilen istisnalardan bazıları⁵⁹⁹ ise, 4483 sayılı Kanun’da belirtilenler, diğer yasalarda ve özellikle 3628 sayılı “*Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu*”nun 17. maddesi⁶⁰⁰ ile 5271 sayılı CMK’nın 161. maddesinin beşinci

⁵⁹⁶ Memurların yargılanmasında izlenecek usul hakkında kısa bilgi için bkz. **KARAKAŞ**, Fatma, “Memur Yargılama Hukukunda Hazırlık Soruşturması ve Yargılama”, Legal Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, Kitap Matbaacılık, İstanbul Şubat 2003, s. 327 vd.

⁵⁹⁷ Memurların (kamu görevlilerinin) özel muhakeme usulüne tabi olmasının sakıncalı bulunduğu görüşü ve konuyu hakkında Anayasa Mahkemesi’nin görüşleri için bkz. **ÖZTÜRK**, Bahri, “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 1, Kalem Yayınları Matbaası, İstanbul 1978, s. 56 vd. Memurlar hakkında özel yargılama usulü ve eleştirisi hakkında ayrıca bkz. **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 94 vd; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 75 - 76; **ZENGİN**, s. 34 vd.

⁵⁹⁸ Yargıtay 4. CD.’nin 28.01.2010 tarih, E.2008/3152, K.2010/856 sayılı Kararı’nda, “*İlçe Emniyet Müdürü olan sanık H.O. hakkında görevi savsama suçu ile ilgili kamu davası açılabilmesi için, 5271 sayılı CYY.’nin 161/5. maddesi uyarınca, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının 82 ve devamı hükümlerine göre Adalet Bakanlığından soruşturma ve kovuşturma izni alınması gerektiği gözetilmeden, duruşmaya devamla hüküm kurulması, ... yasaya aykırı ve ... görüldüğünden hükmün başkaca yönleri incelenmeksizin bozulmasına,*” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁹⁹ İstisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SALİHOĞLU**, Enver / **DEMİRKEL**, Selami, (Teori ve Uygulamada) 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, 2. Baskı, Beta, İstanbul Haziran 2005, s. 20 vd.

⁶⁰⁰ 3628 sayılı Kanun’un “*Soruşturma*” başlıklı 17. maddesinin 12 Aralık 2003 tarih ve 5020 sayılı Kanun’un 12. maddesi ile değiştirilen hali şu şekildedir: “*Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz. Yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır.*”

fikrasında⁶⁰¹ yer alan hükümlerdir. Ayrıca bu istisnalara failin sıfatından kaynaklananlar da eklenmelidir⁶⁰².

Kamu görevlisinin 4483 sayılı Kanun kapsamında yargılanması⁶⁰³ bakımından⁶⁰⁴ Kanun'un 1.⁶⁰⁵ ve 2.⁶⁰⁶ maddeleri uyarınca, suçun failin görevi

3828 sayılı Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında, bu nitelikteki işlerde Cumhuriyet Savcısının izleyeceği usul ise şu şekilde belirtilmiştir: “Cumhuriyet Savcısı 17 nci maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 nci maddede sayılan mercilere bildirir.”

⁶⁰¹ 5271 sayılı CMK'nın 161. maddesinin 25 Mayıs 2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile değiştirilen beşinci fıkrası şu şekildedir: “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 amir 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, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır.”

⁶⁰² İstisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 328 vd.

⁶⁰³ Ceza Kanunu'nun kamu görevlisi olarak kabul ettiği herkesin ceza kovuşturması bakımından da mutlaka 4483 sayılı Kanun kapsamında sayılmalarının söz konusu olmadığı hakkında bkz. **ÖZEN / TOZMAN**, s. 50.

Aynı yönde, Yargıtay 4. CD.'nin, 16.06.2010 tarih, E.2010/13771, K.2010/11870 sayılı Kararı'nda, “... Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü 5584 sayılı Posta Kanunu ile 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler kapsamında faaliyet gösteren Kamu İktisadi Teşebbüsüdür. Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCY'nın 279/1. maddesi kapsamında ‘memur’ sayılmadığı için 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/b maddesindeki özel hüküm uyarınca KİT personelinin görevinden doğan suçlarından dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılması gerekmekte ise de, bu hüküm ilgili personelin 4483 sayılı Yasaya tabi olmasını sağlamamakta, görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturma hakkında 5271 sayılı CYY hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Diğer yandan, Dairemizin 5.12.2006 tarih ve 2801/17292 sayılı kararında da açıklandığı gibi, 5237 sayılı TCY'nın 6/1-c ve 5. maddeleri uyarınca, kamusal faaliyetin yürütülmesine kamu hukuku usulünce katılması dolayısıyla KİT rejimine tabi bulunan PTT Personeli kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir. Ancak, bir kişinin maddi ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılması ile, usul hukuku yönünden özel soruşturma ve kovuşturma yöntemine tabi bulunması farklı konulardır.

... 4483 sayılı Yasanın sözü edilen 2/1. madde hükümleri, Anayasanın 28/1. maddesinden aynen alınmış, fakat yalnızca Anayasa hükmündeki ‘kamu İktisadi teşebbüsleri’ sözcükleri bilinçli olarak kapsam dışında tutulmuştur. Ayrıca, TCK 6/1-c maddesinde yer alan kamu görevlisiyle ilgili tanımdan farklı olarak, 4483 sayılı Yasanın 2/1. maddesindeki düzenlemede ‘asli ve sürekli görevleri ifa etme’ ölçütü de kabul edilmiştir. ...

Açıklanan yasal gerekler karşısında, 4483 sayılı Yasada kapsamı genişleten bir düzenleme yapılmadığı sürece, önceden olduğu gibi yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürler haricinde KİT ve PTT görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri, suçlardan dolayı yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar hakkında 4483 sayılı Yasa hükümleri uygulanmayacağı gözetilmeden,” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

⁶⁰⁴ Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkanı hakkında Yargıtay Cumhuriyet Baş Savcılığınca açılan kamu davasında Yargıtay 4. CD.'nin görevsizlik kararı vermesi üzerine Başsavcılığın itirazı ile dosyayı inceleyen Yargıtay 5. CD.'nin 19.4.2002 tarih, E.2002/1-MD, K.2002/2-MD,

nedeniyle işlediği bir suç olması, ayrıca ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde işlenmemiş olması gerekir. Bu çerçevede görevi kötüye kullanma suçu da kamu

C.B.SAV. NO: 2002/1- İtiraz Sayılı Kararı'nda, ".... T.C.M.B. Mensupları 4483 sayılı yasa kapsamında değildirler. Yargıtayımızın da kabul ettiği uygulamaya ve benimsediği ölçülere göre banka personelinin yapmağa olduğu görev kamu görevi sayılabilir. Ancak görevin bu nitelikte olması, mensupları kendiliğinden ceza yargılamasına tabi memur haline getirmez. ... Değindiği üzere banka mensuplarının işleyebileceği görev suçları kısmen sayılarak gösterilmiş, sayılmayanların ise 68/II-b-2. bentteki ifade ile genel olarak belirtilmesi yoluna gidilmiştir. Yargılama usulü açısından ise 4483 sayılı Yasanın varlığı ve sistemi bilindiği halde T.C.M.B. mensupları için ayrı ve özel bir yargılama usulü düzenlenmiştir.... Zaten ceza hukuku bakımından memur sayılmayan görevlilerin memur yargılamasına tabi olamayacakları Yargıtay'ın M.M.H.K. döneminden itibaren benimsediği ve halen sürdürdüğü yerleşmiş bir uygulamasıdır. Ekleyelim ki, M.M.H.K. döneminde de T.C.M.B. Personelinin memur yargılamasına tabi olduğuna dair kararlar tesbit edilememiştir. Böylece T.C.M.B. Memurlarının işledikleri ve görevlerinden kaynaklanan suçları nedeniyle hem M.M.H.K. döneminde hem de 4483 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden sonra memur yargılamasına tabi olmadıkları görüş ve uygulaması yerleşmiş bulunmaktadır. ... özetle, ... T.C.M.B. Mensuplarının görev suçları bakımından memur yargılamasına, bir başka ifade ile 4483 sayılı Yasaya tabi olmadıkları sonucuna varılmış olmakla," denilerek, itiraz reddedilmiştir. Karar yayımlanmamıştır.

Bu noktada, çalışmamızda TCMB personelinin durumunun ayrıca ve özellikle tartışılması gibi bir amacımız bulunmadığından, konuyu bu alanda genişletmek istememekle birlikte, kamu görevlisinin belirlenmesi ve yargılama usulünün tespitindeki güçlük ve uygulamada zaman zaman görülen çelişkiye dikkat çekmek üzere, söz konusu davada görevsizlik kararının sonrasında, yargılamanın ne şekilde sonuçlandığına değinmek isteriz. Şöyle ki; Yargıtay 5. CD. dosyayı Yargıtay 4. CD.'nin görevsizlik kararına yapılan itiraz üzerine inceleyerek, söz konusu itirazı reddetmek suretiyle, TCMB personelinin yaptığı görev kamu görevi sayılsa dahi, bunun personeli kendiliğinden ceza yargılamasına tabi memur haline getirmeyeceği, kaldı ki ceza hukuku bakımından memur sayılmayan görevlilerin memur yargılamasına da tabi olamayacakları yönünde hüküm kurmuş iken, 4. CD., Ankara Asliye 11. Ceza Mahkemesi'nin, TCMB Başkanının "görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçunu işlediği sabit olduğundan eylemine uyan ve lehine olan 765 sayılı TCK nun 240/1 maddesi gereğince" cezalandırılmasına ilişkin 30.12.2005 tarih, E.2002/591, K.2005/1151 sayılı Kararını en son karar düzeltme aşamasında da 11.07.2007 tarih, E.2006/3232, K.2007/6662 sayılı Kararı ile onamıştır. Böylece Daire, TCMB Başkanını, ceza yargılaması bakımından memur kabul ederek, Başkanın görevi kötüye kullanma suçunun faili olabildiğini mümkün görmüştür.

TCMB personelinin statüsü ile ceza hukuku ve 4483 sayılı Kanun yönünden durumu hakkında bkz. UYGUN, Mehmet Şerif, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın Türk Devlet Teşkilatındaki Yeri ve Avrupa Merkez Bankası ile Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 134 vd.

⁶⁰⁵ 4483 sayılı Kanun'un 1. maddesi şu şekildedir: "Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir."

⁶⁰⁶ 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesi şu şekildedir: "Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır."

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz."

görevlileri tarafından, görevleri nedeniyle işlenebilen bir suç olup, suçla ilgili bir ağır cezayı gerektiren bir hal suçüstü hali söz konusu olamayacağından, suçun failinin kovuşturulabilmesi yönünden ana kural belirtilen iznin alınmasıdır.

4483 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükmü karşısında, Kanun'un uygulamasında benimsediği memur ve kamu görevlisi tanımının TCK'nın kamu görevlisi tanımı ile örtüşmediği anlaşılmaktadır. Zira daha önce de değinildiği üzere TCK'nın 6. maddesine göre *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir. O halde ilgili başlıkta yapılan açıklamaların yanı sıra, Türk Ceza Kanunu'nun genel kanun olmakla birlikte sonraki kanun niteliğine de sahip olduğu dikkate alınarak, 4483 sayılı Kanun'da yer alan memur tanımının, TCK'daki tanıma uygun şekilde anlaşılması gerektiği⁶⁰⁷ söylenebilir.

KİT personelinin durumu bakımından, bu yasa kapsamında izin sistemine dahil edilmelerinin istenmediği düşünülebilecektir. Zira, 4483 sayılı Kanun'un kapsamına ilişkin 2. maddesinde, benzer yönde düzenlendiği anlaşılan Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”* hükmünden farklı olarak kamu iktisadi teşebbüsleri ibaresine yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Bu duruma KİT'lerin üst yöneticileri hakkındaki 399 sayılı KHK ile 4483 sayılı Kanun'un 17. maddesinde getirilen istisnalar hariçtir. Anayasa'nın 129.

⁶⁰⁷ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / DOĞAN, s. 511.

maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakkında kanunla belirtilen istinalar dışında yetkili merciin izni ile kovuşturma açılabilmesine göre KİT personelinin de bu kapsamda olduğu ileri sürülebilir. Ancak, uygulama pratiği buna elverişli görünmemektedir⁶⁰⁸.

Burada kamu görevlisinin Cumhuriyet Savcılığı tarafından 4483 sayılı Kanun kapsamına girmediğine kanaat edilen fiili nedeniyle hakkında yapılan soruşturma sonucunda kamu davası açılır ve yargılama esnasında fiilin anılan Kanun kapsamında bulunan Görevi Kötüye Kullanma suçuna uyduğu anlaşılır ise nasıl bir yöntemin benimseneceğinin de ele alınmasında fayda görülmektedir.

Bir görüşe göre, bu tür bir durumda durma kararı verilerek kamu görevlisinin bağlı olduğu idari merciden izin talep edilmesi ve iznin verilmesi halinde yargılamaya devam edilmesi gerekir⁶⁰⁹. Bir diğer görüşe göre bir kere gerekli izin alınmadığı halde dava açılarak yargılanmaya başlandığına göre, artık açılan davaya devam edilerek hüküm kurulması Kanun'un Ceza Genel Kurulu'nun içtihatları⁶¹⁰ ile ortaya konulan “*memur hakkında gereksiz yere dava açılmasını önlemek*” amacına

⁶⁰⁸ **ÖZEN / TOZMAN**, s. 51.

Özel hukuk hükümlerine göre yürütülen kimi kamu tüzel kişilerinin kanunlarında açıkça personelinin memur yargılanma usulüne tabi tutulmayacağı düzenlenmekte olup, 4483 sayılı Kanun'un 16. maddesinde, Kanunlarında Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanmayacağı belirtildiğinde genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin düzenleme karşısında, söz konusu görevlilerin 4483 sayılı Kanun kapsamında yargılanmayacakları anlaşılmaktadır. O halde, TCK'nın 6. maddesi dolayısıyla kamu görevlisi sayılan herkes memurların yargılanması usulüne tabi olmayacaktır. Buna göre, KİT personeli kamu hizmeti gördüğünden Kanun'un kapsamının genişletilmeyerek sadece kamu görevi ifa edenlerin bu usulle yargılanması doğru görünmektedir. **ÖZEN / TOZMAN**, s. 51 - 52.

⁶⁰⁹ **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 4904; **ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 875.

⁶¹⁰ Yargıtay CGK'nın 23.2.1999 tarih, 18/31 sayılı ve 21.9.1999 tarih, 208/205 sayılı Kararlarında, “*Kaldı ki, MMHK'nın amacı, memur hakkında yerli yersiz ve gereksiz dava açılmasını önlemek, kamu görevinin aksamadan yürütülmesini sağlamaktır.*” denilmektedir. Aktaran, **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 441.

uygun olur⁶¹¹. Davaya bu şekilde devam edilmemesi ne Kanun'un amacına ne de ceza yargılamasının süreklilik ve kesintisizlik ilkelerine uygun olacaktır⁶¹². Aynı sonuca farklı bir gerekçe ile ulaşan bir diğer görüşe göre⁶¹³ ise CMK'nın 158. maddesinin son fıkrasından⁶¹⁴ hareketle 226. maddesi⁶¹⁵ uyarınca sanığa ek savunma hakkı verilerek durma kararı alınmasına gerek kalmaksızın yargılamanın

⁶¹¹ Memurun Muhakematı Kanunu'nun memur için teminat teşkil etmesi hakkında Yargıtay görüşü önceleri, görevle ilgili olmadığı halde böyle kabul edilerek, lüzumu muhakeme kararı sonrasında yargılanan memur hakkında verilen beraat kararlarını dahi bozarak yeni iddianame ile dava açılıp açılmayacağını değerlendirilmesi için dosyanın Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi yönünde idi. Yargıtay, daha sonra beraat eden sanıklar hakkında verilen lüzumu muhakeme kararını - hatta görevle ilgili olmayan bir suç ile ilgili olsa dahi - Kanun'un memur teminatı yönünde bir usul kuralı olduğu kabulüyle sonuca etkili görmemiştir. **ŞEKERCİOĞLU**, Özel Yargılama Usulleri, s. 108; **ŞEKERCİOĞLU**, Ceza Hukukumuzda Memur, s. 84.

Öğretide de, aynı yönde olmak üzere, durma ve düşme şartlarının kabul edilmesi ile yargılamanın yapılmayarak, sanığın mahkum edilmemesi istendiğine göre, sanık hakkında aleyhe karar verilecek duruma gelindiğinde, durma veya düşme kararı verilebilecek ise aleyhe kararın verilmemesinin gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, bu şartların kabul edilmesi ile sanığın beraat veya muhakemenin men'i kararı ile temize çıkmasının önlenmesi amaçlanmadığına göre, bu kez sanık hakkında lehe bir karar verilebilecek duruma gelindiğinde, durma veya düşme kararı verilmesinin şartları oluşsa dahi verilmemelidir. **KUNTER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 56.

Ancak, Yargıtay, 4. CD.'nin 27.1.2004 tarih, 27606/699 sayılı Kararı'nda, "*Sanığın iddianamede açıklanan eylemine ilişkin Malatya Valiliğince ön soruşturma izni verilmediği gözetilip, bu eylemiyle ilgili soruşturma izni alınması için CYY'nun 253. maddesi uyarınca durma kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamlı soruşturma izni verilmeyen eyleminden beraat kararı verilmesi,*" denilmekle, ilk uygulamasına paralel yönde karar vermiştir. **EROL**, s. 1225.

Ayrıca, Yargıtay 4. CD.'nin, 17.03.1997 tarih, E.1997/1580, K.1997/1856 sayılı Kararı'nda, "... *bu Vakfa müdür olarak atanmış bulunan sanığın yaptığı iş kamu görevi niteliğinde olmadığından T.C. Yasası uygulamasında memur sayılamayacağı, hakkında iddianame ile dava açılması gerektiği gözetilmeden, il idare kurulunun son soruşturmanın açılması kararı ile açılan dava üzerine duruşma yapılarak hüküm kurulması,*" denilerek, bir kimse hakkında kamu görevlisi sıfatı taşımasına rağmen izin alınarak hüküm kurulması da bozma sebebi sayılmıştır. Karar için bkz. Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Y. 21, C. XVII, S. 196/3, İstanbul Nisan 1998, s. 426.

⁶¹² **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 440.

⁶¹³ **ŞIK**, s.151.

⁶¹⁴ 5271 sayılı CMK'nın 158. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: "*Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.*"

⁶¹⁵ 5271 sayılı CMK'nın 226. maddesi şu şekildedir: "*(1) Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez.*

(2) Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır.

(3) Ek savunma verilmesini gerektiren hallerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır."

sürdürülebilmesi mümkündür⁶¹⁶. Bu görüş çerçevesinde izin ve şikayetin aynı nitelikte şartlar⁶¹⁷ olduğu kabulüyle, bir suçun kovuşturma evresine geçildikten sonra şikayete bağlı olduğunun anlaşılmasını “durma” sebebi saymayan kanun koyucunun izin bakımından da bu hususu arzu etmeyeceği dile getirilmektedir.

Bu durumda durma kararı verilmeksizin yargılamaya devam edilmesi özellikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararlarındaki ceza yargılamasının konusunun maddi vakıalarla sınırlı olduğu belirlemesi karşısında savunabilir görünür ise de kanaatimizce öncelikle bu hususun şikayet müessesesinden hareketle gerekçelendirilmesi doğru görünmemektedir.

Zira, CMK’nın 158. maddesinin son fıkrasında yer alan yürütülen bir soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçilmesinin ardından suçun şikayete bağlı suçlardan olduğunun anlaşılması durumunda, mağdur açıkça şikayetten vazgeçemedikçe yargılamaya devam olunacağına ilişkin düzenleme ile şikayet şartının uygulanışına ilişkin bir istisna getirilmiş olmaktadır⁶¹⁸. Kanun koyucu kamu

⁶¹⁶ Yargıtay CGK’nin 11.6.1996 tarih, 129/137 sayılı Kararı’nda, “3628 sayılı Yasanın 17. maddesinde sayılan suçlar nedeniyle iddianame ile açılan davaların yargılama sırasında suç niteliğinin değişmesi halinde, idare kurulundan karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, ceza davasının konusu iddianamede belirtilen maddi vakıalarla sınırlıdır. Mahkeme de iddianamede yazılı hukuki nitelendirme ile bağlı olmayıp, değişen suç niteliğine göre ek savunma hakkı tanınmak suretiyle hüküm kurulabileceğinden, dosyanın idare kuruluna gönderilmesine gerek bulunmamaktadır.” denilmektedir.

Yargıtay CGK’nin, 21.9.1999 tarih ve 208/205 sayılı Kararı’nda da, “Suç vasfının değişmesi halinde idare kurulu kararı gerekmediğine ilişkin yargı kararları, 3628 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra da geçerliliğini sürdürmektedir. Diğer bir anlatımla, 3628 sayılı Yasanın 17. maddesinde yazılı suçlar nedeniyle genel hükümlere göre açılan davada, suç niteliğinin değişmesi halinde idare kurulundan yargılamanın gerekliliği kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır. ... Öte yandan, CMUK’un 150 ve 257. maddesi uyarınca ceza davasının konusu iddianamede yazılı vakıalarla sınırlıdır, mahkeme iddianamede yazılı hukuki tavsifle bağlı değildir. ... Bu nedenle yargılamaya devam olunarak değişen suç vasfına göre sanığa ek savunma hakkı tanınmak suretiyle hüküm kurulabileceğinden,” denilmektedir. Kararları aktaran, **GÖKCAN / ARTUÇ**, s. 441 - 442.

⁶¹⁷ Şikayetin hukuki niteliği ve “muhakeme şartı” sayılmasının sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜNGÖR**, Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 27 vd.

⁶¹⁸ Söz konusu düzenlemenin eleştirisi için bkz. **GÜNGÖR**, Şikâyet, s. 32 - 33.

davası açıldıktan sonra yargılamanın devam ettirilmesini sağlamak için, genel kuraldan ayrılınması yönündeki istisnai iradesini bu hükümle açıkça ortaya koymaktadır.

Oysa bizce izin müessesesi bakımından, kanun koyucunun bu yönde bir irade göstermediği dikkate alındığında, istisna bir hükümden hareketle, ele alınan durumda durma kararı verilmeksizin davaya devam edilebileceği sonucuna ulaşılmmasının ceza muhakemesi ilkelerine uygun olmayabileceği düşünülmektedir⁶¹⁹.

Kanaatimizce madem ki, bu noktada muhakeme şartının henüz gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde “durma” kararı verilmesi gerekir, bu durumda da aynı yol izlenerek yetkili merciiden izin alınmalıdır⁶²⁰. Her ne kadar yargılamaya devam edilmesi yolunun benimsenmesine gerekçe olarak 4483 sayılı Kanun’un amacının kamu görevlisini gereksiz davalardan korumak olduğu ileri sürülmekte ise de, durma kararı verilmeyerek yargılamanın tamamlanmasının her

⁶¹⁹ İstisnai hükümler bakımından kıyas yasağı bulunduğu hakkında bkz. **CENTEL / ZAFER**, s. 46 - 47.

⁶²⁰ Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat zamanında Yargıtay’ın bu yönde kararları bulunmaktaydı. Örneğin Yargıtay CGK’nin 23.12.1991 tarih, 5-340/367 sayılı Kararı’nda, “*Bu yasaya (MMHK) göre memur olan failin 3628 sayılı yasa ile getirilen ayrıcalık dışında görevinden dolayı veya görev sırasında, bir başka deyimle görev suçu işlemesi halinde MMHK hükümleri uyarınca kovuşturma yapılması zorunludur.*

*Bu durumda 3628 sayılı yasanın 17. maddesinde sınırlı biçimde sayılı suçlar nedeniyle C. Savcısı tarafından doğrudan doğruya açılan davalarda yapılan soruşturma sonucunda suç niteliğinin değişmesi halinde gündeme gelen suç MMHK.’ya göre kovuşturulması gereken suçlardan ise, mahkemece CMUK.’un 253/4. maddesi uyarınca durma kararı verilerek gereği gibi yapılmak üzere dosya MMHK uyarınca görevli idare kuruluna gönderilmelidir.” denilmektedir. Kararı aktaran, **SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, II, s. 1899 vd.*

Yargıtay 4. CD.’nin 24.09.2007 tarih, 3145-7209 sayılı Kararı’nda, “... köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlara tecavüzleri adli makamlara bildirmemek...” eyleminden ve suçundan açılan dava sırasında ... köy tüzel kişiliğine ait taşınmazları kiraya verme ancak harcama ve gelirleri kayda geçirmeme eylemini de işlediğinin anlaşılması karşısında CYY’nin 223/8. madde ve fıkrası uyarınca durma kararı verilip, öncelikle 4483 sayılı Yasanın 3/a madde ve fıkrasına göre soruşturma izni alınıp iddianameyle dava açılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken izin almadan açılan dava sürdürülerek hükümlülük kararı verilmesi...” denilmektedir. **PARLAR / HATİPOĞLU**, s. 3645.

zaman bu amaca uygun olduğunu söylemek güç görünmektedir⁶²¹. Zira bu durumda, kamu görevlisi Kanun'un amacına uygun düşmeyen şekilde bir davayla karşı karşıya bırakıldığı gibi - belki de izin merciince izin verilmeyecek olduğu halde - yargılama devam ettirilmektedir. Bir başka deyişle, eğer gözetilen Kanun'un amacı ise, izin verilmemesi halinde - idari merci tarafından yargılanmaya müstehak görülmeyen - kamu görevlisi hakkındaki yargılamanın sona erdirilmesi bu amacı sağlar görünmektedir.

Ayrıca, ceza mahkemesinin iddianamedeki maddi vakıa ile bağlı olduğu hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte, iznin alınmamış olması halinde dahi yargılamaya devam edilmesi yönünde ileri sürülen görüşlerle, bir yandan kanun koyucunun kamu görevlisini gereksiz dava tehdidi altında kalmaktan koruma amacı gözetilirken, diğer yandan muhakeme şartı getirerek maddi gerçeğin araştırılmasını belli bir koşula bağlaması tercihinin göz ardı edilmesi en azından tutarlı değildir.

Bu başlıkta, görevli yargı yerinin belirlenmesine ilişkin olarak ifade edilmelidir ki, TCK'nın 257. maddesinin 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişmesinden önceki şeklinde kamu görevlilerinin 257. maddenin birinci ve üçüncü

⁶²¹ Danıştay 2. Dairesi tarafından 4483 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğabilecek sorunlar hakkında verilen 24.01.2000 tarihli ilke Kararları'nın 8. maddesinde "4483 sayılı Yasanın 8 inci maddesi uyarınca, soruşturma sırasında, izin verilen olay ve konudan tamamen farklı bir suç olarak nitelendirilebilecek bir eylem ortaya çıktığında bu eylem için de izin alınması gerekir. Şayet C. Başsavcılığı, soruşturma izni verilmemiş olan bir konuda Dairemize itiraz eder iken, henüz yetkili merciden soruşturma izni istemediği farklı - ayrı bir konuyu da dahil ederek, o konu hakkında da doğrudan doğruya Dairemizden soruşturma izni almaya tevessül ederse, Heyetimiz tarafından, bu ayrı - farklı olan konunun tefrik edilip yetkili merciden izin talep edilmesine karar verilecektir." denilerek her eylem için ayrıca izin alınması gerektiği ortaya konulmuştur. **BAŞKÖY**, Sabri, (4483 Sayılı) Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması İle İlgili Danıştay Kararları (Seçilmiş 525 Karar), Anıl Matbaa ve Ciltevi, Ankara 2006, s. 29 - 30.

Yüksek Mahkeme'nin bu ilke Kararı'nda, her eylem bakımından yetkili merciden izin alınması kanuni şartının tüketilmesi gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir. Bizce Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki kanaatinin konumuz bakımından dolaylı şekilde de olsa yol gösterici olabileceği düşünülmektedir.

fıkraları kapsamında bulunan fiillerinden ötürü yargılanmaları, 5235 sayılı “*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*” un 11. maddesi⁶²² uyarınca asliye ceza mahkemelerinin; ikinci fıkrası kapsamındaki fiillerinden ötürü yargılanmaları ise anılan Kanun’un 10. maddesi⁶²³ uyarınca sulh ceza mahkemelerinin görev alanına girmekte idi.

Öte yandan, aşağıda “*Yaptırım*” başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere 8 Aralık 2010 tarih ve 6068 sayılı “*Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 1. maddesi ile TCK’nın 257. maddesinin birinci fıkrasında fail hakkında öngörülen “*bir yıldan üç yıla kadar*” hapis cezası “*altı aydan iki yıla kadar*” şeklinde değiştirildiğinden, Kanun’un yürürlüğe girdiği 19 Aralık 2010 tarihinden itibaren, kamu görevlilerinin 257. maddesinin birinci fıkrası kapsamında bulunan fiillerinden ötürü yargılanmaları 5235 sayılı Kanun’un 10. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir. 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile TCK’nın 257. maddesinin ikinci fıkrasında fail hakkında öngörülen “*altı aydan iki yıla kadar*” hapis cezası da “*üç aydan bir yıla kadar*” şeklinde değiştirilmiş olmakla birlikte, söz konusu düzenleme kamu görevlilerinin bu fıkra kapsamında bulunan fiillerinden ötürü yargılanmalarında görevli yargı yerinin değişmesi sonucunu doğurmamıştır.

III. YAPTIRIM

5237 sayılı Kanun’un 257. maddesinin 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile

⁶²² 5235 sayılı Kanun’un 11. maddesi şu şekildedir: “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.*”

⁶²³ 5235 sayılı Kanun’un 10. maddesi şu şekildedir: “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.*”

değişmeden önceki halinde, görevi kötüye kullanma suçunu 257. maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen şekilde işleyen kamu görevlisinin “*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası*” ile; ikinci fıkrasında düzenlenen şekilde işleyen kamu görevlisinin ise “*altı aydan iki yıla kadar hapis cezası*” ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Daha önce de ifade edildiği üzere⁶²⁴ 765 sayılı TCK’da görevi kötüye kullanma suçunun failinin geçici veya sürekli olmak üzere memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş iken, 5237 sayılı Kanun’un sistematüğinde genel ntelikteki güvenlik tedbirlerine yer verilmesinin bir sonucu olarak⁶²⁵, Kanun’un 257. maddesinde ayrıca memuriyetten mahrumiyet cezasına yer verilmemiştir.

Buna göre, görevi kötüye kullanma suçunun faili, yargılama sonucunda kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılır ise, cezasının TCK’nın 50. maddesinin⁶²⁶ birinci

⁶²⁴ Bkz. “*Türk Ceza Hukuku Yönünden Suçun Tarihçesi*” başlığı altında yer alan “*765 Sayılı TCK Madde 228 ve 240 Yönünden*” alt başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶²⁵ Bir görüşe göre, adına güvenlik tedbiri denmiş olsa dahi, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olduklarından belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma fer’i cezadır. **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 494. Genel olarak TCK’nın düzenlemesi karşısında güvenlik tedbirlerinin fer’i ceza niteliğinin ön plana çıktığı hakkında ayrıca bkz. **ÖZBEK**, İzmir Şerhi, s. 584 - 585.

⁶²⁶ 5237 sayılı Kanun’un 50. maddesi şu şekildedir: “(1) *Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;*

a) *Adli para cezasına,*

b) *Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,*

c) *En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,*

d) *Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,*

e) *Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,*

f) *Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,*

fikrasında öngörülen adli para cezası veya seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür.

Kendisine verilecek cezanın yanısıra fail hakkında güvenlik tedbirleri de uygulanır. TCK'nın güvenlik tedbirlerini düzenleyen 53. maddesinin⁶²⁷ beşinci fıkrasında, failin birinci fıkra da sayılan hak ve yetkilerini kötüye kullanması nedeniyle mahkûm olması halinde kötüye kullandığı hak ve yetkiyi kullanmasının yasaklanmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır. O halde, görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olan fail, anılan maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen *“kamu görevinin seçilme veya atanma yoluyla üstlenilmesi”* koşulunu sağladığından, söz konusu hak ve yetkisini kötüye kullanarak işlediği bu suç dolayısıyla, ayrıca cezasının infazından sonra işlemek üzere mahkûm olduğu hapis veya para cezasının yarısından bir katına kadar kötüye kullandığı hak ve yetkisini kullanmasının yasaklanmasına karar verilir.

53. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen hak yoksunlukları hapis cezasına

çevrilebilir.”

⁶²⁷ 5237 sayılı Kanu'nun 53. maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir: *“(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin Kanuni sonucu olarak;*

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten ...;

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, Yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamaz. ...

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkra da sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlenen cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.”

mahkumiyetin kanuni sonucu olduklarından, hakim tarafından kararda belirtilmese dahi, infaz esnasında tatbik edilirler. Oysa, maddenin beşinci fıkra ile ceza mahkumiyetinin kanuni bir sonucu olarak değil, hakkın kötüye kullanılması göz önüne alınarak hakim tarafından hükmedilecek güvenlik tedbiri düzenlendiğinden⁶²⁸, bunlar hakim tarafından hükmedilmediği müddetçe, kamu görevlisi hakkında tatbik edilemezler⁶²⁹.

Ancak fail kısa süreli hapis cezasına mahkûm edilerek cezasının 51. madde⁶³⁰ uyarınca ertelenmesi durumunda, 53. maddenin dördüncü fıkrası dolayısıyla, hakkında anılan birinci fıkra belirlenen hak yoksunluğuna hükmedilmez.

CMK'nın 231. maddesinin⁶³¹ beşinci fıkrası uyarınca altıncı fıkrasında

⁶²⁸ **HAFIZOĞULLARI / ÖZEN**, Genel Hükümler, s. 498 - 499. TCK'nın 53. maddesinin beşinci fıkrasının hakim tarafından karar verilmedikçe kamu görevlisi hakkında uygulanamayacağı yönünde aynı görüşte **MERAN**, Zimmet - Rüşvet, s. 332.

⁶²⁹ Aksi yöndeki görüşe göre, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak hapis cezasına mahkûm edilmesi halinde, hakkında TCK'nın 53. maddesinin beşinci fıkrası uygulanır. Mahkûmiyetin yasal sonucu olduğundan fail hakkındaki kararda gösterilmemiş olsa dahi, infaz esnasında gözetilir. **ŞİK**, s. 152 153.

⁶³⁰ 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir: "(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;
a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,
b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,
Gerekir.

(2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.....

(8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

⁶³¹ 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir: "(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

belirtilen şartları sağlaması halinde görevi kötüye kullanma suçunu işleyen kamu görevlisi hakkında hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olduğunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir⁶³². Bu durumda, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde fail hakkında hükmolunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli ise seçenek yaptırımlara çevirilemez. Öte yandan, hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen faile denetimli serbestlik hükümleri uygulanır⁶³³.

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,
gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,
karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.”

⁶³² Yargıtay 4. CD.’nin 25.02.2008 tarih, E.2007/3330, K.2008/1828 sayılı Kararı’nda, “1) ... sanıkların, ... kooperatife ait tüm defter ve belgeleri teslim etmeme biçimindeki eylemleriyle; 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesi uyarınca kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olup olmadıkları ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayıp sağlamadıkları tartışılıp açıklanmadan yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması,

2) Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve TCY’nın 7/2. maddesi uyarınca sanık yararına olan 5728 sayılı Yasanın 652. maddesinin 1. fıkrası ile CYY’nın 231/5. maddesinde öngörülen, hükmolunan cezanın geri bırakılması sınırının iki yıla çıkarılması ve anılan yasanın 2. fıkrası ile de 231/14. maddesindeki soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suç olması koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağının tartışılması zorunluluğu,”nun bozmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.

⁶³³ Yargıtay 4. CD.’nin 18.02.2010 tarih, E.2008/29, K.2010/5 sayılı Kararı’nda, “Sanık H. Ayanoğlu’nun üzerine atılı mağdur M.İ.’a yönelik 21.8.2002 tarihli görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu sabit görülerek, eylemine uyan 765 sayılı TCY’nın 228/1 madde ve fıkrası uyarınca, sanığın geçmişi ve sosyal durumu gözetilerek takdiren 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Sanığın yargılama aşamasındaki tutum ve davranışları lehine, takdiri indirim nedeni kabul edilerek verilen cezanın 765 sayılı TCK’nın 59/2. maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirilerek 5 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Aynı yasanın 35.maddesi uyarınca sanığın 5 ay süreyle kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasıyla cezalandırılmasına,

Bu başlıkta son olarak, 19 Şubat 2010 tarih ve 27790 sayılı RG’da yayımlanan 8 Aralık 2010 tarih ve 6068 sayılı “*Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 1. maddesi⁶³⁴ ile TCK’nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda öngörülen yaptırım bakımından gerçekleştirilen değişikliğe değinmek gerekmektedir.

6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin ... birinci fıkrasında yer alan ‘bir yıldan üç yıla kadar’ ibaresi ‘altı aydan iki yıla kadar’, ikinci fıkrasında yer alan ‘altı aydan iki yıla kadar’ ibaresi ‘üç aydan bir yıla kadar’ ve üçüncü fıkrasında yer alan ‘birinci fıkra hükmüne göre’ ibaresi ‘bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile’ şeklinde değiştirilmiştir.*”⁶³⁵.

Sanığın kişilik özellikleri, geçmişi, duruşmadaki olumlu tutum ve davranışları, cezanın süresi, haksız görevlendirmenin aynı il içinde gerçekleşmesi nedeniyle maddi bir zarar meydana gelmemiş olması, gözetilerek ileride yeniden suç işlemeyeceği kanısına varıldığından hukuki sonuç doğurmaması koşuluyla 5271 sayılı CMK.nun 231/6 maddesi uyarınca hakkında verilen HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINA,
Sanığın 5271 sayılı CMK.nun 231/8 maddesi uyarınca 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmasına,
Sanığın kişiliği ve sosyal durumu gözetilerek hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulamasına takdiren yer olmadığına,
Sanığın 5271 sayılı CMK.nun 231/10 maddesi uyarınca denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği takdirde, açıklanması geri bırakılan hükmün kaldırılarak kamu davasının düşürülmesine,
Sanığın aynı Yasanın 231/11 maddesi uyarınca denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemesi halinde hükmün açıklanmasına, ...” denilmektedir. Karar yayımlanmamıştır.
Hemen belirtelim ki, söz konusu Kararın tarihi, 22.07.1010 tarih, 6008 sayılı Yasa ile CMK’nın 231. maddesinin beşinci fıkrasının (c) bendine “*Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*” hükmün eklenmesinden öncesine rastladığında, hükümde bu hususa ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

⁶³⁴ 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi şu şekildedir: “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan ‘kazanç’ ibareleri ‘menfaat’, birinci fıkrasında yer alan ‘bir yıldan üç yıla kadar’ ibaresi ‘altı aydan iki yıla kadar’, ikinci fıkrasında yer alan ‘altı aydan iki yıla kadar’ ibaresi ‘üç aydan bir yıla kadar’ ve üçüncü fıkrasında yer alan ‘birinci fıkra hükmüne göre’ ibaresi ‘bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile’ şeklinde değiştirilmiştir.*”

⁶³⁵ 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile TCK’nın 257. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “*kazanç*” ibaresinin “*menfaat*” olarak değiştirilmesine ilişkin değerlendirmemiz hakkında bkz. “*Kişilere Haksız Kazanç Sağlama*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

Bu değişiklik 6086 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde⁶³⁶ “.. pek çok ülke ceza kanunlarında genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemiştir. Yeni Türk Ceza Kanununda ise, izlenen suç siyaseti gereğince, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak, görevi kötüye kullanma suçu tanımına yer verilmiştir. Ancak, bu suç için öngörülen ceza miktarları yüksek olmuştur. Aynı Bölümde yer alan suçlar arasındaki dengeyi sağlamak için, bu suça ilişkin ceza miktarlarında indirim yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Buna karşılık, üçüncü fıkrada ise, görevi kötüye kullanma suçunun nitelikli haliyle ilgili olarak hapis cezasının miktarı aynen muhafaza edilmiş ve ayrıca, adli para cezası  ng r lm ştir.” şeklinde açıklanmıştır.

Belirtilmelidir ki, söz konusu değişikliğin sonuçları aşağıda ele alınacak olmakla birlikte, öncelikle gerekçede TCK'nın 257. maddesinin üçüncü fıkrasının “nitelikli hal” olarak nitelendirilmesine dikkat çekmek gerekmektedir. Yapılan değişiklikle fail hakkında suçun 257. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen şekli bakımından öngörülen ceza, birinci fıkrasında düzenlenen şekli bakımından öngörülen cezadan farklılaştırılmış, ayrıca ilk iki fıkradan farklı olarak bu fıkrada fail hakkında adli para cezası  ng r lm ştir.

Bu değişikliğin fıkrada görevi kötüye kullanmanın nitelikli halinin düzenlendiği düşüncesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak TCK'nın 257. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk iki fıkrasına nazaran farklı bir suç tipine yaklaştığı kabul edilmekle birlikte, esasen anılan maddenin    fıkrasında da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan farklı fiillerin düzenlendiği dikkate alındığında 257.

⁶³⁶ Gerekçe için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss565.pdf> 5, Son erişim tarihi: 29.12.2010.

maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemenin, suçun gerekçede belirtilen şekilde nitelikli halini oluşturduğunun söylenmesi güç görünmektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce 257. maddenin ilk iki fıkrası yönünden benimsenen cezanın alt ve üst sınırlarının azaltılması esasının üçüncü fıkrası yönünden fıkranın nitelikli hal teşkil ettiği kabul edilerek benimsenmemesi, düzenlemeyi en azından gerekçesi yönünden tartışılır kılmıştır.

Bu noktada suçun farklı fiillerle işlenebilen halleri bakımından öngörülen cezaların birbirlerinden bu şekilde farklılaştırılmasının ceza siyaseti yönünden isabetliliğinin de sorgulanmaya ihtiyaç gösterdiği söylenebilir.

Önemle belirtilmelidir ki, TCK'nın 257. maddesinde bu yönde değişiklik yapılmasının fail hakkında paraya çevirme, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanması yönünden yaratacağı sonuçlar da bu değişikliğin tereddütle karşılanmasına yol açar niteliktedir. Şöyle ki,

6086 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sonucunda, görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılan kamu görevlilerine, yukarıda değinilen ve TCK'nın 51. maddesinde düzenlenen "*hapis cezasının ertelenmesi*" hükümlerinin uygulanması olanağının bir ölçüde artırıldığı söylenmesi mümkündür. Gerçekten de, TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasında değişiklikten önce fail hakkında "*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası*" öngörüldüğünden faile verilen cezanın ertelenmesi her zaman mümkün değil iken, 6086 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda failin fiilinin 257. maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi durumunda, kendisine verilecek ceza "*altı aydan iki yıla kadar*" olacağından, somut ceza her zaman Kanunda erteleme hükümlerinin uygulanabilmesinde cezanın miktarı

bakımından öngörülen iki yıl ve daha az olma şartına uygun olacaktır.

Yine 6086 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sonucunda, görevi kötüye kullanma suçunun faili hakkında kendisine verilen cezanın TCK'nın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi hükümlerinin uygulama alanı da 257. maddenin birinci ve ikinci fıkrası bakımından genişletilmiştir. Gerçekten de, maddenin söz konusu değişiklikten önceki haline göre, TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargılanan failin cezası yalnızca alt sınırdan tayin edildiğinde seçenek yaptırımlara çevrilebilirken, değiştirilen hükme göre bu fıkra uyarınca cezalandırılan kamu görevlilerinin cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi olanağı artırılmıştır. TCK'nın 257. maddesinin ikinci fıkrası bakımından bu husus çok daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, söz konusu fıkranın ilk şekline göre belirlenecek olan ceza *“altı aydan iki yıla kadar”* olduğundan, her zaman seçenek yaptırımlara çevrilme bakımından aranan kısa süreli hapis cezası olma şartını sağlamazken, değişiklikten sonra fail hakkında 257. maddenin ikinci fıkrası uyarınca verilecek ceza *“üç aydan bir yıla kadar”* olacağından, somut ceza da daima bu şarta uygun olacaktır.

6086 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin en fazla dikkat çeken yönlerinden birisi de, fail hakkında *“hükmün açıklanmasının geri bırakılması”* hükümlerinin uygulanmasına ilişkindir. Her ne kadar, söz konusu değişiklikten sonra faile verilecek cezanın her zaman için hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından Kanun'da öngörülen üst sınırın altında kalacağının söylenmesi mümkün değil ise de, görevi kötüye kullanma suçundan yargılanan kamu görevlileri yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulama alanının

genişletildiği de açıktır. Nitekim, TCK’nın 257. maddesinin birinci fıkrasında fail hakkında öngörülen cezanın değişiklikten önce her zaman hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından TCK’nın 231. maddesinde aranan st sınırın altında kaldığından söz edilemezken, yapılan değişiklikle fiili TCK’nın 257. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilen failin hakkında verilecek cezanın her zaman hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması bakımından aranan süre şartına uygun olacağı söylenebilir.

Ayrıca, 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi 257. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında fail hakkında öngörülen cezalar yönünden lehe değişiklikler getirdiğinden, görevi kötüye kullanma suçundan yargılanan kamu görevlileri hakkında verilen kesinleşmemiş mahkûmiyet kararları Yüksek Mahkeme tarafından TCK’nın 7. maddesi⁶³⁷ dolayısıyla lehe hükümler yönünden incelenmek üzere bozulacağından, bu nitelikteki dosyaların süre aşımına uğramaları ihtimalinin doğması da mümkün görünmektedir.

Bu hususlar çerçevesinde, TCK’nın 257. maddesinde 6086 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile yapılan değişiklikle görevi kötüye kullanma suçundan yargılanan kamu görevlileri hakkında verilen cezaların bir anlamda örtülü olarak affedildiğini söylemek yanlış görünmemektedir.

⁶³⁷ 5237 sayılı Kanun’un 7. maddesinin ilgili hükümleri şekildedir: “(1) *İşlendiği zaman yürürlükte bulunan Kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren Kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hkmolunmuşsa infazı ve Kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.*

(2) *Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan Kanun uygulanır ve infaz olunur.*

(3) *Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*”

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Görevi genel kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte üzerinde pek çok konuda görüş ayrılıkları beliren ve gerçekten içeriği itibarıyla da tartışılmaya oldukça açık bir suç haline gelmiştir.

5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, görevi kötüye kullanma suçu hakkında oluşmuş öğreti görüşleri ve içtihat bilgisi uygulamaya yön göstermekte idi. Ancak TCK ile yapılan düzenlemede suç tipine önceden var olmayan öğelerin eklenmesi ve Kanun'un suçu doğrudan ilgilendiren genel hükümlerinde de köklü değişiklikler yapılmasının sonucunda, suç ve içerdiği öğelere ilişkin önemli bir yerleşik öğretisel ve içtihadi görüş eksikliği belirmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu genel ve tamamlayıcı niteliktedir. Kanun koyucu, kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan yetkisini kötüye kullanmak suretiyle işleyebileceği ve her zaman önceden bilinmesi mümkün olmayan yahut bilinse bile bağımsız olarak düzenlenmesi tercih edilmeyen fiillerini de yaptırım altına almak istediğinden genel nitelikte bir görevi kötüye kullanma suçu düzenlemiştir. Nitekim maddede yer alan *“kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında”* ibaresi kamu görevlisinin fiilinin özel nitelikteki kötüye kullanma suçlarından birinin kapsamında bulunmadığı durumlarda genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun uygulanacağını ifade eder. *“İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde”* ifadesi de fıkra düzenlenmiş suç tipinin, kamu görevlisinin yapmak zorunda olduğu işi yapmak için muhatabını yarar sağlamaya zorlamış olmadığı takdirde gerçekleştirilebileceğini anlatmaktadır.

Kamu görevlisi, görevini yasadan kaynaklanan zorunluluk dolayısıyla yerine

getirdiğinden, aslında görevini değil sahip bulunduğu yetkiyi kötüye kullanabilir. Kamu görevlisinin kötüye kullandığı şey kamusal güç ve yetki olduğundan, öğretide suçun “*görevde yetkiyi kötüye kullanma*” adı ile ifade edilmesi öteden beri önerilmiştir. Bu önerinin yargı kararlarında da zaman zaman dikkate alındığı görülmektedir. Ancak, suçun bu şekilde adlandırılması, uygulama ve öğretide yaygın olarak benimsenmiş de değildir.

765 sayılı Kanun’da görevi kötüye kullanma suçunun faili “*memur*” olarak belirlenmiş, ancak kavramın kapsamı üzerinde öğretide görüş birliğine varılamadığı gibi, uygulamada da memur kavramı istikrarlı şekilde ele alınmamıştır. Kavrama ilişkin belirsizliğin temelinde memur olabilmenin, esasen kendisi tartışmalardan arı olmayan “*amme vazifesi*” veya “*amme hizmeti*” görme ölçütü ile ilişkilendirilmesi yatmaktadır. Kanun koyucu memur kavramına ilişkin tartışmaları bitirebilmek için 5237 sayılı Kanun’da bunun yerine “*kamu görevlisi*” kavramını getirmiş, buna paralel olarak özgü suç olan görevi kötüye kullanma suçunun failini de kamu görevlisi olarak belirlemiştir.

Kanun’un 6. maddesinde kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kimse kamu görevlisi olarak tanımlanmış ve bu itibarla kamusal faaliyet kavramına atıfta bulunulmuştur. 5237 sayılı TCK’da düzenlenen “*kamusal faaliyet*”in 765 sayılı TCK’da “*kamu görevi*” şeklinde ifade edilen tüm faaliyetleri içerdiği kabul edilmektedir. Ayrıca, kamusal faaliyetin, “*kamu hizmeti*” şeklinde de ortaya çıkabileceği - üzerinde görüş birliği bulunmamakla birlikte - kabul edilir. Dolayısıyla “*kamu görevlisi*”nden, 765 sayılı TCK’da memur sayılanlarla birlikte bu nitelikte olmayan kamu hizmetlileri gibi pek çok kimsenin de anlaşılması

gerekmektedir. Bu yeni düzenleme, memur kavramının sınırlarının belirlenmesinde yaşanan güçlüklerin giderilmesi adına olumlu ise de, bu kez kamu görevlisi kavramının kapsamının genişliği dolayısıyla bazı yeni hukuki tartışmaların yaşanmasına neden olmuştur.

Görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusu kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir şekilde yerine getirilmesine ilişkin devlet ait menfaat olduğundan suçun pasif sujesi (mağduru) da kamu görevlisinin davranışına maruz kalan kişi olmayıp, bizzat söz konusu menfaatin sahibi olan devlettir. Bu yüzden suçun işlenmesinden menfaatleri haleldar olan kimse, suçun mağduru değil zarar göreni olarak kabul edilebilir.

Kanun'un 257. maddesinin tüm fıkralarında görevi kötüye kullanma suçunun farklı şekillerde işlenebilen halleri düzenlenmiştir. Bu üç hal bakımından da fail, kötüye kullanmayı görev alanına ilişkin konularda gerçekleştirmelidir. Nitekim failin, bu alanla ilişkili olmayan konularda görevinden kaynaklanan bir yetkisinin var olduğundan da söz edilemeyeceğinden, bu nitelikteki tasarruflarının görevi kötüye kullanma suçunun kapsamında değerlendirilemeyeceği söylenebilir. Görevin varlığı, failin yürüttüğü görevle ilgili bulunan yasadan başka yönetmelik, tüzük genelge, emir ya da talimat gibi düzenleyici işlemler dikkate alınarak araştırılmalıdır.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen şekilde, failin görevinin gereklerine aykırı hareketi suçun maddi unsurunun davranış kısmına isabet eder. Ceza hukuku yönünden kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi, kendisine kamu yararına kullanılmak üzere verilen yetkiyi *“göreviyle ve kamunun yararına olarak değil, özel menfaat güderek kötüye kullanılması”* olarak açıklanabilir. Takdir

hakkının amacı dışında kullanılması da görevi kötüye kullanma sayılır.

Kamu görevlisinin görevini ihmal etmek veya geciktirmek suretiyle kötüye kullanması maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak, 765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde düzenlenen “*görevi ihmal suçu*”na karşılık gelen düzenlemenin bu başlık altında yer alması, Türk ceza hukukunda suça ilişkin yerleşik algı ile örtüşmemiştir. Kamu görevlisinin görevini ihmal veya gecikme göstererek kötüye kullanması için yapılması hususunda yükümlülük altında bulunduğu belli bir hareketi yapmaması veya geciktirmesi gerekmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasında görevi kötüye kullanmayı, kamu görevlisinin görevine uygun davranmak için veya bu nedenle çıkar sağlaması oluşturur. Bu durumda esasen, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan “*basit rüşvet*” fiilleri yaptırım altına alınmaktadır. Bilindiği üzere, 765 sayılı TCK'da failin görevinin gereklerine aykırı davranarak bir işi yapması veya yapmaması için mağdurdan menfaat temin etmesi halinde basit rüşvet suçundan söz edilmekte idi. Kamu görevlisinin bu nitelikteki fiillerinin 5237 sayılı Kanun ile görevi kötüye kullanma suçu içerisinde düzenlenmesi yolsuzlukla mücadele politikası bakımından sorunlu görünmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen bu suç bakımından kamu görevlisine menfaat sağlayan kimse bir tür “*cezalandırılmayan iştirak hali*”nden yararlandırılmaktadır.

Öte yandan, Kanun'da basit rüşvet alma ve verme suçları birbirinden bağımsız olarak düzenlendiğinde, hem rüşvet alan hem de veren suçun faili olduğundan, her ikisi de ayrı ayrı etkin pişmanlıktan yararlanabilmekte idi. Oysa mevcut düzenleme ile kamu görevlisine çıkar sağlanması teklifi muhatabından

geldiği takdirde dahi, söz konusu muhatabın olsa olsa azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılabilir. Bu durumda, etkin pişmanlığın düzenlenmediği bu suçun ortaya çıkması halinde muhatabın kendisinin de cezalandırılacağı düşünülürse, düzenleme tercihinin suçla mücadeleye elverişli olmadığı görülür.

765 sayılı Kanun'da tehlike suçu olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu 5237 sayılı Kanun'da "*zarar suçu*" haline dönüştürülmüş ve suçta, failin kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olması, kişilere haksız kazanç sağlaması veya kendisine veya başkasına çıkar sağlaması öngörülmüştür. Bu hususlar kanunî tipin dışında ve buna yabancı nitelikte olmayıp, failin fiiline bağlı ve bunun zorunlu ve illi birer sonucudurlar. Sözü edilen hususlar, meydana gelmedikleri sürece görevi kötüye kullanma suçu gerçekleşmeyeceğinden - objektif cezalandırabilirlik koşulu oldukları da iddia edilmekle birlikte - suçun neticeleridir.

Failin kişilerin mağduriyetine yol açması, yalnızca ekonomik zararı işaret etmek üzere kullanılan bir kavram değildir. Bireyin maddi ve manevi yönden uğradığı zararlar kendisi bakımından mağduriyet yaratır. Yargıtay da kamu görevlisinin, bireylerin kişisel hakların ihlal edilmesine yol açan fiillerini bu kapsamda değerlendirmektedir.

765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde "*devlet zararı*" kavramı kullanılmış iken, 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinde "*kamu zararı*"ndan söz edilmiştir. Kamu zararı kavramı ekonomik nitelikte olması halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği kabul edilmelidir. Suçun devlete ait menfaate dokunması dolayısıyla kamu görevlisinin fiilinin, kamu idaresinin itibarının sarsılması türünden

zararlara doğal olarak sebep olacağı açıktır. Bu durumda aksi de savunulmuş olmakla birlikte, kanun koyucunun kamunun ekonomik olmayan zararlarının da bu kapsamda kabul ettiği varsayımı, kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı hareketinin kamunun zararına yol açmasının ayrıca aranmasını anlamsız kılmaktadır.

TCK'nın 257. maddesinin 19 Şubat 2010 tarih ve 27790 sayılı RG'da yayımlanan 8 Aralık 2010 tarih ve 6068 sayılı "*Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"un 1. maddesi ile değişmeden önceki şeklinde suçun neticelerinden biri olarak failin "*kişilere haksız kazanç sağlama*"sı aranmıştır. Kanun koyucunun maddenin üçüncü fıkrasında "*çıkar sağlama*" kavramını kullanırken, birinci fıkrasında "*kazanç sağlama*" kavramını kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu kabul edilirse, "*kazanç sağlama*" kavramının, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucunda ilgili kişiye sağladığı ekonomik yararları ifade ettiği ve yalnızca maddi değil manevi yararları da kapsayan "*çıkar sağlama*" kavramından bu yönüyle farklılaştırıldığı söylenebilir.

Öte yandan, 6086 sayılı Kanun ile TCK'nın 257. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen "*kazanç*" kavramı "*menfaat*" şeklinde değiştirilmiş olup, bu değişiklikle maddenin kapsamı genişletilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, değişiklik gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "*menfaat*" kavramı yalnızca ekonomik nitelikteki yararları değil bu nitelikte olmayan başkaca yararları da ifade etmek üzere kullanılmakta olup bu yönüyle "*kazanç*" kavramından daha geniş kapsamlıdır. Dolayısıyla kamu görevlisinin hareketinin görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirilebilecek sonuçlarının kapsamı genişletilerek suçun kapsamı da genişletilmiştir.

Buna göre, görevi kötüye kullanma suçunda neticeler öngörülmesinin suçun kapsamının daraltılması bakımından yerinde olduğu söylenebilir ise de, TCK'nın 257. maddesinde öngörülen *“kişilerin mağduriyetine yol açma”* ve - 6086 sayılı Kanun ile değiştirilen şekliyle - *“kişilere haksız menfaat sağlama”* neticeleri yönünden kapsamlarının genişliği dolayısıyla aynı değerlendirmenin yapılması güç olup, söz konusu neticelerin öngörülmesi suça kanunilik ilkesine ilişkin olarak yöneltile eleştirilerin giderilmesinde elverişli bir araç olarak görünmemektedir.

Görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs de mümkündür. Gerçekten de kamu görevlisinin suça konu davranışı maddede öngörülen neticelerin gerçekleşmesinden önce ortaya çıkarsa görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Görevin ihmalen kötüye kullanılması suçu da teşebbüse elverişlilik yönünden farklı değildir. Nitekim ihmale teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışılır ise de, fıkarda failin ihmal suretiyle işlediği ve aynı zamanda zarar suçu olarak düzenlenen bir icra suçu söz konusu olduğundan suç, ihmal veya geciktirmenin gerçekleştiği anda değil fıkarda öngörülen neticelerin meydana geldiği anda tamamlanır.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasında genel kast yeterlidir. Kanun'da maddi fiilin bilinçli ve iradi olması yeterli görülerek, suçun varlığı bakımından faili harekete geçiren amaca önem atfedilmemiştir. Maddede yer alan *“görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle”*, *“görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek”* ifadeleri görevi kötüye kullanma suçu bakımından hukuka özel aykırılık arandığını göstermez. Bu ifadeler kanun koyucunun görevi kötüye kullanma suçu bakımından hukuka özel aykırılık düzenlediğine değil, hukuka özel

uygunluk nedeni belirlediğine işaret eder. Aksi yönde yapılacak yorum hukuka aykırılığın kendisini, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel nedenler gibi düşünmek anlamına gelir.

Değerlendirmemizin sonuna gelindiğinde denilebilir ki, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin bu yeni düzenleme, 765 sayılı TCK'da görevi kötüye kullanmanın düzenlenişine - özellikle de Kanun'da iki genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmesine ve ayrıca kanunilik ilkesinin ihlal edilmesine - ilişkin olarak yöneltilecek eleştirileri bir ölçüde giderdiği için olumlu karşılanabilir. Ancak, düzenlemenin beraberinde getirdiği başkaca hukuki sorunlar yüzünden tenkid edilmesi kaçınılmazdır.

Çalışmamızda yapılan değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu bir yandan hükmü düzenleme tercihi, diğer yandan da hükmün gerekçesinde açıkladığı hususlarla suç hakkında yerleşik olan kabulleri göz ardı etmiş görünmektedir. Buna, genel hükümlere ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu ile gerekçesi ve bunlarla Ceza Muhakemesi Kanunu arasında çelişkiye düşmek pahasına dayattığı nitelendirmeleri de eklenince, öğreti ve uygulayıcıların içinden çıkılması güç hukuki sorunlarla baş başa kalması kaçınılmaz olmuştur.

Nitekim bu belirsizliğin bir sonucu olarak, uygulamada kimi zaman ne görevi kötüye kullanma suçunun ne de TCK'nın bu suça uygulanan genel nitelikteki kurumlarının yapılarına uygun düşen kararlar verildiği görülmektedir. Anlaşılan odur ki, suça ilişkin düzenlemenin tüm öğeleriyle açıklanabilmesi ve isabetliliğine ilişkin kesin bir yargıya varılması, suça ilişkin çözülmeyi bekleyen sorunlara cevap bulacak yerleşik öğreti ve içtihat bilgisinin oluşmasından sonra mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZOĞLU,

Muhammet

: Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada
Mağdur Kavramı, 1. Basım, Adil Yayınevi,
Yayın No: 106, Hukuk Yayınları Dizisi: 104,
Ankara 2000.

AKSOY İPEKÇİOĞLU,

Pervin

: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1. Baskı,
Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 2009.

ALACAKAPTAN, Uğur

: Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası,
Ankara 1975.

ALVAR, Cemil

: Memur Suçları ve Memur Soruşturması
Açıklamalı - İçtihatlı (Adli ve İdari), Feryal
Matbaacılık, Ankara 1996.

Anayasa Mahkemesi Resmi

İnternet Sitesi

: <http://www.anayasa.gov.tr/>

ARSLAN, Çetin /

AZİZAĞAOĞLU, Bahattin

: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Asil
Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara Kasım 2004.

ARTUÇ, Mustafa /

TAZEBAY, İlksev : Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Görevi Kapsamına Giren Suçlar, Açıklamalar- İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Güven Matbaası, Ankara 1973.

ARTUK, Mehmet Emin : “Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler” Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 32, İstanbul Ağustos 2005.

ARTUK, Mehmet Emin /

ÇINAR, Ali Rıza : “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet Emin /

GÖKCEN, Ahmet /

YENİDÜNYA Ahmet Caner : Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ARTUK, Mehmet Emin /

GÖKCEN, Ahmet /

YENİDÜNYA, Ahmet Caner : Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

ARTUK, Mehmet Emin /

GÖKCEN, Ahmet /

YENİDÜNYA, Ahmet Caner : Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Nisan 2010.

ARTUK, Mehmet Emin /

GÖKCEN, Ahmet /

YENİDÜNYA, Ahmet Caner : TCK Şerhi, Genel Hükümler (Madde 1 - 36), Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara Nisan 2009.

ARTUK, Mehmet Emin /

GÖKCEN, Ahmet /

YENİDÜNYA Ahmet Caner : TCK Şerhi Özel Hükümler, (Madde 235 - 345), Cilt 5, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Nisan 2009.

ASLAN, Onur Ender : Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2007.

ATAY, Ender Ethem : İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Ekim 2009.

AVCI, Mustafa : Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

AYDIN, Hüseyin : “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/1, Nisan 2010.

- BAKICI, Sedat** : 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Mart 2008.
- BALCI, Şakir** : “Suça (Cürme) Teşebbüsün Eski ve Yeni Ceza Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı İncelenmesi” Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Cilt 3, Sayı 25, İstanbul Ocak 2005.
- BAŞKÖY, Sabri** : (4483 Sayılı) Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması ile İlgili Danıştay Kararları (Seçilmiş 525 Karar), Anıl Matbaa ve Ciltevi, Ankara 2006.
- BAYRAKTAR, Köksal** : “Yeni Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2007.
- BEKTAŞ, Mustafa** : Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCKM 257), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

British and Irish Legal

Information Institute

İnternet Sitesi : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2004/868.html>.

CENTEL, Nur / ZAFER,

Hamide : Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul 2008.

CENTEL, Nur / ZAFER,

Hamide / ÇAKMUT, Özlem : Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta, İstanbul Ekim 2006.

CİHAN, Erol

: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2618, Hukuk Fakültesi No: 592, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü No: 13, Fakülteler Matbaası.

ÇAĞLAYAN, Muhtar

: En Son Değişiklikler ile Birlikte Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu (Madde 125 - 315), Cilt II, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları.

- ÇAĞLAYAN, Muhtar** : “Görevi Kötüye Kullanma Cürmü Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Sayı 2, 1980.
- ÇAL, Sedat** : “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt II, Vedat Yayıncılık, İstanbul Haziran 2009.
- ÇETİN, Erol** : Açıklamalı - İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2003.
- ÇİÇEK, İbrahim** : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görevi Nedeniyle Çıkar Sağlama Suçları, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayımevi, İstanbul Ocak 2008.
- Danıştay Resmi İnternet Sitesi** : <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/>
- DEMİRBAŞ, Timur** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara Kasım 2009.
- DEMİRBAŞ, Timur** : “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1 - 4, 1987.

- DERBİL**, Süheyl : İdare Hukuku (İdari Kaza - İdarî Teşkilât), Cilt 1, Recep Ulusoglu Basımevi Ankara 1940.
- DONAY**, Süheyl : Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Bası, Beta, İstanbul Eylül 2007.
- DÖNMEZER**, Sulhi : İhmal ve Suistimal Suçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XI, Sayı 1- 2, 1945.
- DÖNMEZER**, Sulhi : “İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XI, Sayı 1 - 2, 1945.
- DÖNMEZER**, Sulhi : “Memurin Muhakematı Bakımından Memur”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 9, Sayı 3 - 4, 1943.
- DÖNMEZER**, Sulhi : Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3269, Hukuk Fakültesi No: 688, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- DÖNMEZER**, Sulhi /
- ERMAN**, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt I, 14. Bası, Beta, İstanbul 1997.

- DÖNMEZER, Sulhi /** : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım,
ERMAN, Sahir Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası,
Beta, İstanbul 1999.
- DURMUŞ, Şükrü** : Görevi Genel Kötüye Kullanma Suçu, İstanbul
Barosu Dergisi, Cilt 78, Sayı 4, 2004.
- EREM, Faruk** : Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine
Cürümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yayınları No: 135, Güzel İstanbul Matbaası,
Ankara 1959.
- EREM, Faruk** : Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Mer'iyet
Kanunu, 2. Bası, Akay Kitabevi, Ankara 1948.
- EREM, Faruk** : Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt 2, 1.
Baskı, Ajans - Türk Matbaası, Ankara 1965.
- EREM, Faruk** : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku
Özel Hükümler, Cilt III, 3. Baskı, Seçkin
Kitabevi, Ankara 1985.
- EREM, Faruk** : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku
Özel Hükümler, Cilt IV, 3. Baskı, Seçkin
Kitabevi, Ankara 1985.
- EREM, Faruk /**
DANIŞMAN, Ahmet /
ARTUK, Mehmet Emin : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 14.
Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Haziran 1997.

- ERMAN**, Sahir : “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, Cilt II, Sayı 3 - 4, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947.
- ERMAN**, Sahir / **ÖZEK**, Çetin : Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202 - 281), Işık Matbaacılık, İstanbul 1992.
- EROL**, Haydar : Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle, Yayın Matbaacılık, 2005.
- ERSİN**, Halis : Temyiz Dördüncü Ceza Dairesi Emsal Kararları, Akın Matbaacılık, Ankara 1957.
- FEVZİOĞLU**, Metin / **GÜNGÖR**, Devrim : “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142 - 4”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, Ankara 2007.
- GİRİTLİ**, İsmet / **BİLGEN**, Pertev / **AKGÜNER**, Tayfun : İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Der Yayınları, Yayın No: 292, İstanbul Mayıs 2008.
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin : Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK. M. 247 - 266), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ocak 2008.

GÖKCAN, Hasan Tahsin /

ARTUÇ, Mustafa : Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri
(Memur Yargılaması) Gözden Geçirilmiş 2.
Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 2008.

GÖKCAN, Hasan Tahsin /

KAYMAZ, Seydi : Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı
İşlenen Suçlar (TCK. m. 254 - 281), Seçkin
Yayıncılık, Ankara 2004.

GÖKCEN, Ahmet : Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve
Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Dokuz
Eylül Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1989.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah

Pulat : Memurun Görevinin Kötüye Kullanılması ve
İhmali, Adalet Dergisi, Sayı 11, 1969.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah

Pulat : Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (Hususi
Kısım - Cürümler) (Madde 125 - 281), Cilt 2,
Genişletilmiş 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları,
Yayın No: 64, İstanbul.

GÖZÜBÜYÜK, Ahmet Şeref

/ TAN, Turgut : İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1,
Güncelleştirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi,
Ankara Ağustos 2008.

GREGOIRE, Roger

(Çeviren: **KIRATLI, Metin**) : “Türk Devlet Memurları Rejiminin Yapısı”, Prof. Dr. Yavuz Abadan’a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No: 280, Sevinç Matbaası, Ankara 1969.

GÜNDAY, Metin, : İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara Ekim 2004.

GÜNEY, Niyazi /

ÖZDEMİR, Kenan / BALO,

Yusuf Solmaz : Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara Kasım 2004.

GÜNGÖR, Devrim : Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

GÜNGÖR, Devrim : 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki : Ceza Normu, Gözden Geçirilmiş, Ek Konulmuş 2. Baskı, US - A Yayıncılık, Ankara 1996.

HAFIZOĞULLARI, Zeki : “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L’Inesibiligita)”
<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/istenemezlik.pdf>

HAFIZOĞULLARI, Zeki : “5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen ‘Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda da Bu Fıkra Hükümü Uygulanır’ Hükümü Hakkında”, <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html>

HAFIZOĞULLARI, Zeki /

GÜNGÖR, Devrim : “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 20, S. 69, Mart - Nisan 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki /

KETİZMEN, Muammer : “İşkence ve Eziyet Suçları”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki /

ÖZEN, Muharrem : “Hırsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1 - 2, Ankara Haziran - Aralık 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki /

ÖZEN, Muharrem : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş İşlenmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, US - A Yayıncılık, Ankara 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki /

ÖZEN, Muharrem : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US - A Yayıncılık, Ankara 2010.

HAKERİ, Hakan : Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2003.

HAKERİ, Hakan : Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2005.

İÇEL, Kayıhan / DONAY, Süheyl : Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 3. Bası, Beta, İstanbul 1999.

İÇEL, Kayıhan /

SOKULLU-AKINCI Füsün /

ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER,

Adem / MAHMUTOĞLU,

Fatih Selami / ÜNVER,

Yener : İçel Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Beta, İstanbul 2004.

İNCİ, Zekiye Özen : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması (TCK m.27)”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 37, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2009.

KABAN, Mater / AŞANER,

Halim / **ÖZCAN,** Güven /

YALVAÇ, Gürsel : Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (1996 - 2001), Ankara 2001.

KANGAL, Zeynel Temel : Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

KARAHANOĞULLARI,

Onur : Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara Şubat 2002.

KARAKAŞ, Fatma : “Memur Yargılama Hukukunda Hazırlık Soruşturması ve Yargılama”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Kitap Matbaacılık, İstanbul Şubat 2003.

KARATAŞ, Nazif : Görevi Kötüye Kullanma (TCK. 257), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

KATOĞLU, Tuğrul : Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ocak 2003.

KATOĞLU, Tuğrul : “2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Bazı Gözlemler”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul Haziran 2004.

- KAYLAN, Keskin** : “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc.
- Kazancı İctihat Sitesi** : <http://www.kazanci.com.tr>
- KILIÇ, Memun** : 5237 Sayılı TCK’da Rüşvet Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.
- KIRMIZIGÜL, Hüsamettin** : Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Kazancı Kitap, İstanbul 1995.
- KIYAK, Fahrettin /**
- ÇAĞLAYAN, Muhtar /**
- ŞENEL, Cebbar** : Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler - Memurin Muhakematı Kanunu, Işık Matbaacılık, Ankara 1960.
- KOCA, Mahmut /**
- ÜZÜLMEZ, İlhan** : “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, İstanbul Temmuz 2006.

- KOPARAN, M Reşat** : “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 19, Sayı 64, Ankara Mayıs - Haziran 2006.
- KUNTER, Nurullah** : “Mahkeme İçtihatları, Ceza Tatbikatında Âmme Vazifesi ve Âmme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIII, Sayı 2, 1947.
- KUNTER, Nurullah** : Mahkeme İçtihatları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XV, Sayı 1, 1949.
- KUNTER, Nurullah** : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2498, Hukuk Fakültesi No: 562, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- MAER, Lucinda** : “Misconduct In Public Office”, <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-04909.pdf>

MAHMUTOĞLU, Fatih

Selami : Dördüncü Podyum Tartışması, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yayın No: 68, Ankara Ağustos 2004.

MALKOÇ, İsmail : Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 179 - 345), Cilt 2, 3. Bası, Malkoç Yayınevi, Ankara Temmuz 2008.

MALKOÇ, İsmail / GÜLER,

Mahmut : Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, Cilt II, Ankara, 1996.

MALKOÇ, İsmail / GÜLER,

Mahmut : Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Cilt I, Ankara, 1996.

MALKOÇ, İsmail /

MALKOÇ, Aytaç : Memurlar ve Suçlar, Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Seçkin Kitabevi, Ankara Temmuz 1988.

MERAN, Necati : “Noterlik ve Görevi Kötüye Kullanma”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 134, Ankara 15 Mayıs 2007.

- MERAN, Necati** : “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 9, Ankara Mayıs 2007.
- MERAN, Necati** : Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet - Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Kamu Görevlisi Kavramı Kamu İdaresine Karşı İşlenen Diğer Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2008.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş** : “Anti - Corruption Legislation In Turkish Law”, German Law Journal, Volume 8, Number 9, 2007.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş** : “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 22, Sayı 82, Ankara Mayıs - Haziran 2009.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş** : Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008.
- ONAR, Sıddık Sami** : İdare Hukukunun Genel Esasları, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 1966.
- ONAR, Sıddık Sami** : İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- ÖNDER, Ayhan** : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II - III, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

- ÖNDER, Ayhan** : Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer** : “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 55, Şen Matbaa, Ankara Ocak 2004,
- ÖZBEK, Veli Özer** : TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gerekçeli - İtihatlı), Genel Hükümler (Madde 1 - 75), Cilt 1, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- ÖZBEK, Veli Özer /**
KANBUR, M. Nihat /
BACAKSIZ, Pınar /
DOĞAN, Koray : Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- ÖZEN, Muharrem** : Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US - A Yayıncılık, Ankara 1998.
- ÖZEN, Muharrem** : Genel Tehlike Yaratan Suçlar, US - A Yayıncılık, Ankara 2010.
- ÖZEN, Muharrem** : Hakimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 2004.

- ÖZEN**, Muharrem : Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Nisan 1995.
- ÖZEN**, Muharrem : “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Bağlamında Noterlerin Cezai Sorumluluğu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 138, Ankara 15 Mayıs 2008.
- ÖZEN**, Muharrem /
- TOZMAN**, Önder : “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 42, Sayı 4, Aralık 2009.
- ÖZEN**, Mustafa : “*Ceza Hukukunda Fikri İhtima*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 20, Sayı 73, Kasım - Aralık 2007.
- ÖZEN**, Mustafa : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 20, Sayı 71, Ankara, Temmuz - Ağustos 2007.
- ÖZEN**, Mustafa : “5237 Sayılı YTCK’nda Kast Kavramı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2009.
- ÖZENBAŞ**, Nazmiye : Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri (TCK m. 230, 240), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir Haziran 2004.

- ÖZGENÇ, İzzet** : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet** : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Yayımcı: Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ankara Ocak 2006.
- ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur** : “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı 1 - 2, Haziran - Aralık 2002.
- ÖZKAN, Mustafa Şeref** : İdare Hukuku Ders Notları, Birinci Kısım, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatından No: 5, Köy Hocası Matbaası, Ankara 1935.
- ÖZTÜRK, Bahri** : “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Kalem Yayınları Matbaası, İstanbul 1978.

PARLAR, Ali /

HATİPOĞLU, Muzaffer : Açıklamalı İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Madde 223 - 345, Cilt 4, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Nisan 2008.

PARLAR, Ali /

HATİPOĞLU, Muzaffer : 5237 Sayılı TCK'Na Göre Suçlarda Teşebbüs - İştirak - İçtima ve Yaptırımlar, 1. Bası, Kazancı, İstanbul Nisan 2005.

PEKTAŞ, Alperen : Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2006.

PINAR, İbrahim : Açıklamalı 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2000.

SALİHOĞLU, Enver /

DEMİRKEL, Selami : (Teori ve Uygulamada) 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler, 2. Baskı, Beta, İstanbul Haziran 2005.

SAVAŞ, Vural /

MOLLAMAHMUTOĞLU,

Sadık : Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, Cilt 2, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mayıs 1999.

SELÇUK, Sami : Memur Yargılaması Hakkında, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği Yayınları, Yayın No: 209, İstanbul 1997.

SOYASLAN, Doğan : “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1, 1966.

SOYASLAN, Doğan : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1999.

SOYASLAN, Doğan : Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, Kazancı Hukuk Yayınları No: 131, Ankara 1994.

SÖZÜER, Adem : Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, İstanbul 1994.

ŞEKERCİOĞLU, Cengiz

Metin : Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları (Açıklamalı ve İçtihatlı), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.

ŞEKERCİOĞLU, Cengiz

Metin : Ceza Hukukumuz Yönünden Memur Kavramı (Görevi Kötüye Kullanma ve İhmal Suçları Özel Yargılama Usulleri), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 1973.

ŞIK, Hüseyin : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (MD. 257), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2008.

TANER, Tahir : “Meşru Müdafaa'nın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Müdafaa”, Ebûl'ula Mardin'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kenan Matbaası, İstanbul 1944.

TEZCAN, Durmuş : “Rüşvetin Cezalandırılması: Cezalar ve Önleyici Tedbirler”, Prof. Dr. Tufan Turhan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Yayın No. 09.1300.0000.0001BY.01.022.242, İzmir 2001.

TEZCAN, Durmuş /

ERDEM, Mustafa Ruhan /

ÖNOK, R. Murat, : Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Kasım 2008.

- TOROSLU, Haluk** : “Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme”, Haluk Konuralp Anısına Armağan 2, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- TOROSLU, Nevzat** : Ceza Hukuku Genel Kısım, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara Eylül 2010.
- TOROSLU, Nevzat** : Ceza Hukuku Özel Kısım, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara Ekim 2009.
- TOROSLU, Nevzat** : “İftira Cürmünün Hukuki Konusu” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXXVII, Sayı 1 - 4, 1980.
- TOROSLU, Nevzat** : “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008.
- TOROSLU, Nevzat /**
- ERSOY, Yüksel** : “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.
- TOROSLU, Nevzat /**
- FEVZİOĞLU, Metin** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2009.
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu** : Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara Şubat 2005.

**Türkiye Büyük Millet
Meclisi Resmi İnternet**

- Sitesi** : <http://www.tbmm.gov.tr>
- UTKU, Eray** : “Ceza Hukukunda Memur”, Adalet Dergisi, Sayı 8, Temmuz 2001.
- UYGUN, Mehmet Şerif** : Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın Türk Devlet Teşkilatındaki Yeri ve Avrupa Merkez Bankası ile Karşılaştırılması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- ÜNVER, Yener** : Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Ocak 2003.
- ÜZÜLMEZ, İlhan** : “Memurların Mahkûm ve Tutuklular Hakkında Keyfi Muamele Yapmaları veya Şiddet Kullanmaları Cürmü (TCK M. 186)”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, 1. Bası, Beta, Yayın No. 1230, Hukuk Dizisi: 504, İstanbul Mayıs 2002.
- YALÇIN SANCAR, Türkan** : Müteselsil Suç, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 1995.
- YALÇIN SANCAR, Türkan** : “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller (13 Ocak 2005 – 5 Nisan 2005) 6, 25 Şubat 2005, 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.

YALÇIN SANCAR, Türkan, : “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 20, Sayı 70, Mayıs - Haziran 2007.

YALVAÇ, Gürsel : Karşılaştırmalı - Gerekçeli, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Haziran 2008.

YARSUVAT, Duygun /

BAYRAKTAR, Köksal /

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi /

BÜLBÜL, Erdoğan /

KOCASAKAL, Ümit /

AKSOY, Eylem / **MEMİŞ**,

Pınar / **KURT**, Gülşah /

TANSUĞ, Çağla / **YILMAZ**,

Didem : “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004), Kurumsal Raporlar - Toplantılara Sunulan Raporlar - Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu - Galatasaray Üniversitesi - Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.

Yasa Hukuk İctihat ve

Mevzuat Dergisi : Yıl 21, Cilt XVII, Sayı 196/3 İstanbul Nisan 1998.

YAŞAR, Osman /

GÖKCAN, Hasan Tahsin /

ARTUÇ, Mustafa : Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Madde 257 - 345, Cilt VI, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Mart 2010.

YILDIZ, Ali Kemal : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

YILMAZ, Zekeriya : 5560 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Şubat 2007.

ZENGİN, Raşit : Yüksek Lisans Tezi, Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usulü, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2006.

ÖZET

ARTIK KİL, Sinem, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. m. 257), Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Toplumun kamusal faaliyetlerin usulüne uygun şekilde yürütüldüğüne olan inancının korunabilmesi için modern ceza kanunlarında, bu faaliyetlerin yürütümünde Devleti temsil eden kamu görevlisinin, görevinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği ve söz konusu inancı sarsacak nitelikteki fiilleri yaptırım altına alınmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" başlıklı bölümünde ve Kanun'un 257. maddesinde düzenlenen "*Görevi Kötüye Kullanma*" suçu, kamu görevinin kötüye kullanılmasını cezalandırmak üzere konulan özel nitelikteki suçlardan farklı olarak genel ve tamamlayıcı niteliktedir.

Söz konusu 257. madde ile 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun farklı maddelerinde düzenlenen, basit rüşvet alma; kişilere karşı keyfi ve sert muamele; görevi savsama ve görevi kötüye kullanma suçları aynı başlık altında birleştirilmiştir. Durum böyle ise de, esasen maddede, görevin gereklerine aykırı hareketle görevi kötüye kullanma; görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme; görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama şeklinde üç farklı suç tipinin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz.

Görevi kötüye kullanma suçunun bu şekilde yeniden yapılandırılması karşısında çalışmamızda, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da suça ilişkin olarak yer alan düzenlemeler arasındaki farklılıklar, önceki düzenlemeye ilişkin tartışmalar ve bunlara getirilen çözümler ile yürürlükteki düzenlemenin eleştiri toplayan yönleri tespit edilmeye ve bunlar hakkında değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Bu kapsamda birinci bölümde, diğer bölümlerde değinilecek hususları temellendirebilmek amacıyla görevi kötüye kullanma suçunun özel hukuk yönünden yapısı ele alınmış, ardından bugüne ışık tuttuğu için suçun tarihçesine yer verilmiştir. Bu bölümde görevi kötüye kullanma suçunun karşılaştırmalı hukuk bilgisinden de söz edilmiştir. Birinci bölümde son olarak, görevi kötüye kullanma suçunun incelenmesinde temel hususlardan olan suçun faili, mağduru, hukuki ve maddi

konusu da ele alınmıştır.

Sözü edilen hususlardan fail hakkındaki düzenleme birinci bölümün en uzun konusunu oluşturmuştur. 5237 sayılı TCK'da suçun faili kamu görevlisi olarak belirlenmiştir. Kamu görevlisi, suçun 765 sayılı mülga TCK'da faili olan memura nazaran daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Dolayısıyla, daha önce kötüye kullanma suçunun faili sayılmayan kamu hizmeti gören kişiler de bugün için görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilmektedirler.

İkinci bölüm, görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının çalışılmasına ayrılmış ve öncelikle suçun maddi unsuru, daha sonra hukuka aykırılık unsuru ve son olarak da manevi unsuru incelenmiştir. Bu bölümde görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemenin en dikkat çeken yönünün, *“kisilerin mağduriyeti”*ne veya *“kamunun zararı”*na neden olma; *“kisilere haksız kazanç sağlama”* ve *“kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama”* neticeleri eklenerek suçun zarar suçu haline getirilmesi olduğu ortaya çıkmaktadır. İkinci bölümde suça ilişkin dikkat çeken bir diğer nokta da, suçun oluşumunda genel kast yeterli görülerek, bu konuda önceden var olan çeşitli tartışmaların sona erdirildiğidir.

Çalışmanın son bölümünü oluşturan üçüncü bölümünde, öncelikle görevi kötüye kullanma suçunun özel görünüş şekillerinin, 5237 sayılı Kanun'un iştirak, içtima ve teşebbüs kurumlarında yaptığı değişiklikler çerçevesinde tartışılması amaçlanmıştır. Üçüncü bölümde ayrıca, son olarak suçun kovuşturulması usulü ve görevinden kaynaklanan yetkisini kötüye kullandığı tespit edilen failin ne şekilde cezalandırılacağı da incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

1. Görevi Kötüye Kullanma
2. Görevi İhmal
3. Kamu Görevlisi
4. Mağduriyet
5. Kamu Zararı
6. Haksız Kazanç
7. Haksız Menfaat
8. Çıkar Sağlama

ABSTRACT

ARTIK KİL, Sinem, misconduct crime in the light of 5237 numbered Turkish Penal Code (TCK article 257), Master Thesis, Ankara 2010.

In contemporary penal codes, in order to keep the faith of public that public works are carried out in accordance with procedure, when carrying out those public works, actions considered as public officials representing state abusing their authority and betraying the thrust are penalized.

“*Misconduct*” crime set forth in “*Crimes against Public Institution’s reliability and functionality*” titled chapter of 5237 numbered Turkish Penal Code and in 257 numbered article of this code is general and complementary as varying from special crimes which is put as to penalize such misconduct of public authority.

Crimes such as simple bribery, arbitrary and ill treatment to people, negligence and misconduct of duty which are set forth in said 257th article and various articles of 765 numbered cancelled Turkish Penal Code are combined under same title. Even though this is the fact, essentially it would not be a fault to say that there are three different crime types as to act contrary to the requirements of duty through misconduct; neglect or delay in achieving the requirements of duty; gain advantage for acting properly to requirements of duty.

In our study against re-configuring misconduct crime towards this way, it is sought to determine the criticised parts of applicable regulation with differences between regulations taken place in 765 numbered TCK and 5237 numbered TCK as related with such crime, discussions regarding previous regulation and resolutions brought to them and to make assessments about these cases.

Within this scope, for the purpose of grounding the further issues to be discussed in other chapters, issue on misconduct crime’s structure in terms of crime law is addressed in the first chapter and then history of that crime is taken place in order to give its light to now. Comparative law knowledge of misconduct crime is also mentioned in this chapter. Finally, in first chapter, offender and victim of the crime, legal and solid matter of the crime are also mentioned, which are one of the main issues in examining misconduct crime.

From aforementioned the issues, regulation concerning offender constituted the

longest topic of the first chapter. Offender is set forth as public official in 5237 numbered TCK. Public official is a more comprehensive concept than civil servant who was the offender according to 765 numbered cancelled TCK. Thus, the persons who were not considered as offender in the past although they were serving to public can now be the offender of misconduct crime.

Second chapter is reserved for studies on misconduct crime's components and first of all the solid component of the crime then contradiction to legislation component and finally moral component have been examined. In this chapter, the highest point of the regulation concerning misconduct crime reveals that by causing "*people's damnification*" or "*public damage*"; adding "*making improper benefit to people*" and "*gaining advantage for him/herself or a third party*", then the crime is become a damaging crime. In second chapter, another highest point concerning crime is also ordinary intent is seemed sufficient in formation of crime thus several discussions existing on this issue before are ended.

In third chapter constituting the last part of the study, first of all discussing the special appearance forms of misconduct crime within the frame of changes it did on association, session and enterprise bodies is aimed. In third chapter, ultimately the procedure of prosecuting the crime and how to penalize the offender detected that he/she abused his/her authority from his/her duty are also examined.

Key Words:

1. Misconduct
2. Negligence
3. Public Servant
4. People's Damnification
5. Public Damage
6. Improper Personal Benefit
7. Improper Advantage
8. Gaining Advantage