

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA

Yüksek Lisans Tezi

Serkan BAŞARAN

Ankara-2016

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA

Yüksek Lisans Tezi

Serkan BAŞARAN

Tez Danışmanı
Prof.Dr. Türkan Yalçın SANCAR

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Türkan Yalçın SANCAR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU.....	4
A. GENEL OLARAK	4
B. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	6
C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	10
II. MUKAYESELİ HUKUKTA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	13
III. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER.....	15
IV. SUÇUN FAİLİ	20
A. GENEL OLARAK KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI.....	20
B. ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI... ..	21
C. İDARE HUKUKU BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI	23
1. Memurlar	25
2. Diğer Kamu Görevlileri	26
D. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI.....	29
1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Memur Kavramı.....	29
2. Memur Kavramından Kamu Görevlisi Kavramına Geçiş	33
3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı.....	36
a. Genel Olarak.....	36
b. Kamusal Faaliyet.....	37

aa. Kamu Adına Yürütülen Bir Hizmetin Bulunması	39
bb. Hizmetin Kuruluşunun Yasaya ve Siyasi İradeye Dayanması.....	42
c. Kamusal Faaliyete Katılma	43
E. ÖZEL KANUNLAR BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI	47
V. SUÇUN MAĞDURU	53

İKİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

I. SUÇUN MADDİ UNSURU	55
A. HAREKET	58
1. Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etmek	58
a. Kamu Görevlisinin Gerçekleştirdiği Hareket ile Görevi Arasında Nedensellik Bağı Bulunması.....	59
b. Kamu Görevlisinin Gerçekleştirdiği Hareketin Görevinin Gereklere Aykırlık Oluşturması	62
2. Görevin Gereklere Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermek.....	67
a. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereğini Yapmakta İhmal Göstermesi	70
b. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereğini Yapmakta Gecikme Göstermesi.	73
B. KİŞİLERİN MAĞDURİYETİNE VEYA KAMUNUN ZARARINA NEDEN OLMAK YA DA KİŞİLERE HAKSIZ BİR MENFAAT SAĞLAMAK.....	76
1. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olmak.....	83
2. Kamunun Zararına Neden Olmak.....	87
3. Kişilere Haksız Bir Menfaat Sağlamak	93
II. MANEVİ UNSUR	97
A. KAST.....	97
B. KUSURLULUĞU KALDIRAN NEDENLER	101
1. Cebir.....	102

a. Maddi Cebir (Şiddet).....	103
b. Manevi Cebir (Tehdit).....	103
2. Fiil Üzerinde Hata.....	104
III. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	107
A. AMİRİN EMRİNİ İFA.....	108
B. İLGİLİNİN RIZASI.....	113
C. MEŞRU SAVUNMA	115
D. ZORUNLULUK DURUMU	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ, BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

I. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	118
A. TEŞEBBÜS	118
B. İŞTİRAK.....	123
C. İÇTİMA	127
1. Özel Norm-Genel Norm İlişkisi	128
2. Zincirleme Suç.....	129
3. Bileşik Suç	132
4. Fikri İçtima	137
II. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ.....	138
A. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ZİMMET SUÇU İLE İLİŞKİSİ.....	138

B. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN İRTİKÂP SUÇU İLE İLİŞKİSİ.....	140
C. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN RÜŞVET SUÇU İLE İLİŞKİSİ.....	141

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KOVUŞTURMA USULÜ, YAPTIRIM ve ZAMANAŞIMI

I. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN KOVUŞTURMA USULÜ .	148
A. GENEL OLARAK	148
B. 4483 SAYILI KANUN.....	151
1. 4483 Sayılı Kanun'un Kişi Bakımından Kapsamı.....	153
2. 4483 Sayılı Kanun'un Uygulanmayacağı Kişiler.....	157
3. Soruşturma İzni Süreci.....	161
C. ADLİ GÖREV	164
II. GÖREVLİ MAHKEME.....	169
III. YAPTIRIM	170
IV. ZAMANAŞIMI	171
SONUÇ.....	173
KAYNAKÇA	177
ÖZET.....	185
ABSTRACT	186

KISALTMALAR

- ABD.** : Ankara Barosu Dergisi
- AÜEHFD.** : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
- AÜHFD.** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- AÜHFM.** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- AYM.** : Anayasa Mahkemesi
- AYMKD.** : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
- bkz.** : Bakınız
- C.** : Cilt
- CD.** : Ceza Dairesi
- CHD.** : Ceza Hukuku Dergisi
- CMK.** : Ceza Muhakemesi Kanunu
- CMUK.** : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
- D.** : Daire
- Dan.** : Danıştay
- DEÜHFD.** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- DMK.** : Devlet Memurları Kanunu

- E.** : Esas
- ETCK.** : Eski Türk Ceza Kanunu
- GÜHFD.** : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- HSYK.** : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
- HMK.** : Hukuk Muhakemesi Kanunu
- İt. CK.** : İtalyan Ceza Kanunu
- İÜHFM.** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- K.** : Karar
- KHK.** : Kanun Hükmünde Kararname
- KİT.** : Kamu İktisadi Teşebbüs
- md.** : madde
- MİT.** : Milli İstihbarat Teşkilatı
- MÜHFHAD.** : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk
Araştırmaları Dergisi
- S.** : Sayı
- s.** : Sayfa
- TBBD.** : Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- THD.** : Terazi Hukuk Dergisi

- TİD.** : Türk İdare Dergisi
- TBMM.** : Türkiye Büyük Millet Meclisi
- TCK.** : Türk Ceza Kanunu
- TRT.** : Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
- vb.** : ve benzeri
- vd.** : ve devamı
- Y.** : Yıl
- Yar.** : Yargıtay
- YD.** : Yargıtay Dergisi
- YCGK.** : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
- YÖK.** : Yükseköğretim Kurumu

GİRİŞ

İnsanların bir araya gelerek oluşturdukları “devlet” yapısının işleyişi kamu görevlileri tarafından sağlanmakta, başka bir deyişle devlet, toplumsal hayatı ilgilendiren kamusal faaliyetleri, kamu görevlileri vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Bunu yaparken de kamu görevlilerine, geniş yetki ve iktidar olanağı sağlamaktadır. Kamu görevlilerinin, kamusal faaliyeti yerine getirirken belli bir disiplin altında, devletin güvenilirliği ve tarafsızlığına zarar vermeden, ilkeler doğrultusunda hareket etmeleri gerekir. Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken söz konusu ilkelere uygun davranmamaları durumunda devlet idaresi zarar görmekte ve vatandaşlarının gözünde güvenilirliğini kaybetmektedir. Devlet bu gibi durumları ceza kanununda suç olarak düzenleyerek, kamu idaresinin güvenilirliğini sağlamaya çalışır. Bu bağlamda da 5237 sayılı TCK’nın özel hükümleri içerisinde “Devlete ve Millete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmında, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” birinci bölümünde; zimmet, rüşvet, irtikâp gibi suçlara yer verilmiştir. Konumuzu oluşturan “görevi kötüye kullanma suçu” da söz konusu suçlardandır.

Görevi kötüye kullanma suçu, kendisiyle aynı bölümde düzenlenen suçlara göre genel ve tamamlayıcı düzenleme niteliğindedir. Kanunkoyucu, devlet idaresi gibi çok geniş alanda, meydana gelebilecek her somut olay için cezai norm ihdas edemeyeceğini ve cezai normların da meydana gelecek her somut olay için uygulanamayacağını öngördüğü için, genel bir düzenleme yapmıştır. Bu durum,

kamu görevlilerinin bazı eylemlerinin görevi kötüye kullanma suçunu mu, aynı kısımda yer alan diğer suçlardan birini mi yoksa disiplin suçunu mu oluşturduğu hususunda uygulamada farklı kararların verilmesine neden olmuştur.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinin ilk biçimi üç fıkradan oluşuyordu. Maddenin üçüncü fıkrasında 765 sayılı mülga TCK'nın 212. maddesindeki basit rüşvet suçuna ilişkin düzenleme yer alıyordu. Bu durum farklı suç tiplerinin aynı kanun maddesinde bulunması nedeniyle eleştiriliyordu. Çalışmamızın devam ettiği dönemde, 5237 sayılı TCK'nın 257/3. maddesi, 6352 sayılı Kanun'un 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, basit rüşvet suçu, rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddede yeniden düzenlenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili genel bilgilere yer verilerek, 765 sayılı mülga TCK ile 5237 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeler kapsamında genel olarak açıklanmış, suçun mukayeseli hukukta nasıl düzenlendiği üzerinde durulmuştur. Ayrıca suçun faili olan "*kamu görevlisi*" kavramı ile ilgili çeşitli tartışmaların bulunması nedeniyle, kamu görevlisi kavramı kapsamlı bir şekilde ele alınmış, "*suçla korunan hukuksal değer*" ve "*suçun mağduru*" açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde görevi kötüye kullanma suçunun unsurları üzerinde durulmuştur. Suçun "*maddi unsuru*" bu başlıkta ele alınmış, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız menfaat sağlamak

unsurlarının maddi unsurun “*netice*” ögesi mi, “*objektif cezalandırılabilme şartı*” mı olduğu konusundaki tartışmalara bu bölümde yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde, görevi kötüye kullanma suçunun ortaya çıkış biçimleri, görevi kötüye kullanma suçunun rüşvet, zimmet, irtikâp gibi suçlarla olan ilişkisi ele alınmış; dördüncü bölümde ise kovuşturma usulü, yaptırım ve zamanaşımı konularına yer verilerek çalışmamıza son verilmiştir. Ayrıca çalışmamız boyunca Yargıtay kararlarından faydalanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

A. GENEL OLARAK

Kamu idaresi sadece kendi iç işleyişini düzenleyen kanunlarla korunmaz, kendi iç işleyişini düzenleyen kanunların yanı sıra ceza kanunları da kamu idaresini güvence altına alır¹. İşte bu nedenle kamu idarelerinin işleyiş ve güvenilirliğini sağlamak amacıyla gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gerekse 5237 Türk Ceza Kanunu'nda çeşitli suçlara yer verilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu da kamu idaresinin işleyiş ve güvenilirliğini konu alan bir suç olup, ETCK'nın ikinci kitabında, "*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler*" babında düzenlenmişti. Bu bapta yer alan 228. maddede düzenlenen "*keyfi muamele-sert muamele*", 230. maddede düzenlenen "*görevi ihmal*" ve 240. maddede yer alan "*görevi kötüye kullanma suçu*"; TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun karşılığını oluşturur. Bu suçlarla korunan hukuksal değer devlet idaresidir².

¹ **ERMAN**, Sahir/ **ÖZEK**, Çetin, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 1982, s. 1.

² **DEMİRBAŞ**, Timur, "*TCK'de Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*", Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD. , C. 3, S. 1-4, Ankara 1988, s. 250.

ETCK'da ayrı ayrı maddelerde düzenlenen suç tipleri, TCK'nın 257. maddesinde toplu bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunkoyucuyu bu yola sevk eden düşünce, ETCK döneminde suçların ayrımı konusundaki yaşanan tereddütleri gidermektedir³. TCK'nın 257. maddesinin gerekçesinde söz konusu düzenlemeyle, ETCK'da yer alan ayırımdan vazgeçildiğine açıkça değinilmiştir⁴.

TCK'nın 257. maddesi, TCK'nın ikinci kitabının, "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" kısmında, "*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir. ETCK'dan farklı olarak suçla korunan hukuksal değer sadece devlet idaresi değil aynı zamanda vatandaşların kamusal faaliyetin eşitlik ve liyakat esaslarına göre ve adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda kamu kurumlarına duydukları inançtır⁵.

Bu genel açıklamalardan sonra gerek ETCK'da gerekse de 5237 sayılı TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçlarını inceleyeceğiz

³ **ARTUK**, M. Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 929.

⁴ Madde gerekçesi- "*Bu düzenlemeyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilen keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından vazgeçilmiştir.*"

⁵ **KOCA**, Mehmet Reis, Zimmet-İrtikâp-Rüşvet-Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2014, s. 521.

B. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

ETCK'da görevi kötüye kullanma suçu 228, 230 ve 240. maddelerde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre;

Keyfi Muamele-Sert Muamele Suçları

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

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.”

Görevi İhmal Cürmü

“Madde 230-Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama veya 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.”

Görevi Kötüye Kullanma Suçu

“Madde 240-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 oniki bin liradan altmış bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”

ETCK'nın 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen hüküm, genel ve tamamlayıcı nitelikteydi. YCGK'nın bir kararında bu husus, *“görevi kötüye kullanma niteliğini taşıyan bir fiil, kanunda başka suretle cezalandırılmadığı takdirde, genel ve tamamlayıcı hüküm niteliğindeki 240. madde kapsamına girer.”* şeklinde vurgulanmıştır⁶. ETCK'nın 240. maddesinin suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüş ve bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda *“her ne suretle olursa olsun diye genel bir ifade kullanılmış olması nedeniyle, hangi eylemin suç sayıldığıнын belli olmaması gibi bir durumun yaratıldığı düşünülemez. Çünkü burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır...”* şeklinde yorum yaparak, Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir⁷.

ETCK'nın 228. maddesinde düzenlenen *“keyfi muamele”* suçu, mehz İtalyan Ceza Kanunu'nun 175. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca suçun oluşabilmesi için memur tarafından yapılan keyfi muamelenin kanunun özel bir hükmü gereğince suç olarak öngörülmemiş bulunması gerekir. Bu noktada mehz

⁶ YCGK. , 07/ 02/ 1986 tarihli ve 431/ 2901 sayılı kararı için bkz. **ÇİÇEK**, İbrahim, Görevi Kötüye Kullanma-Görevi İhmal-Görevi Nedeniyle Çıkar Sağlama Suçları, İstanbul 2008, s. 39.

⁷ AYM. , 12/ 10/ 1965 tarihli ve 1965/ 27 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, 15/ 12/ 2013.

kanunun, mülga kanunun 240. maddesine benzer nitelikte bir düzenleme yaptığını söyleyebiliriz⁸. Böylelikle gerek 228/1. maddede yer alan “*keyfi muamele*” suçu gerekse 240. maddede düzenlenen “*görevi kötüye kullanma*” suçu aynı konuyu düzenleyen iki farklı madde olarak hukuk sistemimizde yer alıyordu⁹.

ETCK döneminde bu iki düzenleme arasındaki ayrımı yapabilmek için, “*kişisel zarar*” unsuru kullanıldı. Buna göre kişisel zarara neden olan keyfi muamelenin ETCK'nın 228/1. maddesinde düzenlenen suçu, kişisel zarara neden olmayan; ancak kamu idaresinin zarar görmesine neden olan keyfi muamelenin ise ETCK'nın 240. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu kabul edildi, uygulama bu yönde gelişti¹⁰. Yargıtay tarafından verilen bir kararda sınav kazanan mağdurun yerine başka birini işe almaktan ibaret eylemin, kişisel zarar unsurunu barındırması nedeniyle TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu belirtilmişti¹¹. Yine Yargıtay'ın bir kararında, “*ihzar müzekkeresinin infazı ile görevli olan Jandarma süvarilerinin, taş çıkartmak için ruhsatnameleri bulunmayan kişileri bir gece köy muhtarının odasında tuttuktan sonra merkeze getirmeleri*” durumunda keyfi muamele suçunun oluştuğu kabul edilmişti¹².

⁸ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 128.

⁹ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 429.

¹⁰ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 132-133; **ÖNDER**, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1984, s. 81; **ARTUK**, Mehmet Emin, V. TÜRK-ALMAN Tıp Hukuku Sempozyumu, “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”, Ankara 2008, s. 429; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 929.

¹¹ Yar. 4. CD. , 04/ 03/ 1992 tarihli ve 647/ 1682 sayılı kararı için bkz. **ÇİÇEK**, s. 40.

¹² Yar. 4. CD. , 23/ 02/ 1949 tarihli ve 1803/ 2803 sayılı kararı için bkz. **ÖNDER**, *Özel Hükümler*, s. 202.

ETCK'nın 228/2. maddesi mehzaz kanundan farklı olarak, kamu görevi ifa eden memurun görevini icra ederken uyguladığı sert muamele ile bir kişinin kanun hükmüne uymamasına neden olmasını, “*sert muamele*” suçu olarak düzenlemişti. Ancak bu suçun oluşması için memurun fiilinin başkaca herhangi bir suç oluşturmaması gerekiyordu¹³.

ETCK'nın 230. maddesinde görevi ihmal suçu düzenlenmişti. Görevi ihmal suçu genel olarak; memurun bulunduğu konum itibariyle yapmak zorunda olduğu bir işi yapmaması, mevzuata uygun bir şekilde yapmaması, süresinde yapmaması şeklinde işlenebiliyordu.

ETCK döneminde, TCK'nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu ile 240. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu arasındaki ayrımın ölçütü tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre; görevi ihmal ile görevi kötüye kullanma suçu arasındaki fark, görevi ihmal suçunda ihmali, görevi kötüye kullanma suçunda ise icraî bir hareketin bulunmasıyla açıklanabilirdi¹⁴.

Bir görüşe göre; ETCK'nın 240. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda, görevi ihmal suçundan farklı olarak genel kastın yanı sıra özel

¹³ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 136.

¹⁴ **ÖNDER**, *Özel Hükümler*, s. 190-191.

kastın da aranması gerektiği belirtilmişti¹⁵. Çünkü görevi kötüye kullanma suçu her zaman icrai bir hareketle işlenmez, bu bakımdan ilk görüşteki kıstas her iki suç arasındaki farkı açıklamak için yetersizdir¹⁶.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, görevi kötüye kullanma suçunda özel kast bulunması gerektiğini savunan görüşü benimsemiştir. Örneğin; sanığın değişik menfaat saikiyle bazı erlere kanuni izinleri dışında izin verip resmiyete koymadığı, şubelerine bildirmedeği kendi itirafı ve erlerin beyanları ile sabit olduğundan, ETCK'nın 240. maddesinin uygulanmasını¹⁷; PTT dağıtıcısı olan sanığın, tebliğ zarfını ilgililere vermeyip aynı köyden başka kişilere vermesi ve kendisine verildi şeklinde gerçeğe aykırı açıklamada bulunmasını¹⁸, görevi ihmal olarak kabul etmiştir.

C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

ETCK'dan farklı olarak, TCK'da görevi kötüye kullanma suçu birden fazla maddede değil, TCK'nın 257. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 257. maddesi

¹⁵ **DÖNMEZER**, Sulhi, “İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas”, İÜHFİM. , C. 3, S.1-2, 1945, s. 225-237, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005406/1023004943>, Erişim Tarihi: 04/06/2013. Aynı görüşte bkz. **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 271-272.

¹⁶ **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 272.

¹⁷ Yar. 4. CD. , 17/ 12/ 1981 tarihli ve 7746/ 7801 sayılı kararı için bkz. **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 272.

¹⁸ Yar. 4. CD. , 28/ 06/ 1960 tarihli ve 5396/ 6969 sayılı kararı için bkz. **ÖNDER**, *Özel Hükümler*, s.190.

kanunun ilk biçiminde üç fıkradan oluşmaktaydı. 257. maddenin üçüncü fıkrası, ETCK'nın 212. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "basit rüşvet" suçunu düzenliyordu¹⁹. Bu düzenleme birbirinden farklı nitelik taşıyan suç tiplerinin aynı maddede yer alması nedeniyle isabetli bulunmuyordu²⁰. Ancak 04/ 07/ 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 105. maddesiyle TCK'nın 257/3. maddesi yürürlükten kaldırılarak, aynı hüküm TCK'nın 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçunun içine alınmıştır.

Yapılan değişiklikten sonra, TCK'nın 257. maddesine göre;

“(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 menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası il cezalandırılır.

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

TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen suç, ETCK'nın 228 ve 240. maddelerinde düzenlenen suçlara; 257/2. maddesinde düzenlenen suç ise, ETCK'nın 230. maddesinde düzenlenen suça karşılık gelmektedir.

¹⁹ ETCK md. 212/1: “Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul dne kimseye dört yıldan on yılda kadar ağır hapis cezası verilir.”

²⁰ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBBD. , S. 82, 2009, s. 2.

TCK'nın 257. maddesiyle, ETCK'nın görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 228, 230 ve 240. maddelerindeki düzenlemeler arasında çeşitli farklar vardır:

ETCK'da düzenlenen suçların faili *memur* iken, TCK'da düzenlenen suçun faili kamu görevlisidir. Kamu görevlisi kavramı memur kavramına göre daha geniştir²¹. İki kavram arasındaki farklılara ve ilişkiye kamu görevlisi başlığı altında değinilecektir.

ETCK'da düzenlenen suçların oluşması için bir zararın meydana gelmesi aranmadığından bu suçlar tehlike suçu niteliğindedir. TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bir görüşe göre bu unsurlar, suçun maddi ögesine dahildirler ve neticeyi oluştururlar. Bu görüşü savunan yazarlara göre görevi kötüye kullanma suçu, zarar suçu niteliğindedir. Bir görüşe göre ise bu unsurlar, objektif cezalandırılabilme şartıdır. Zarar suçu nitelemesi, neticenin arandığı suçlar bakımından yapılacağından, bu unsurlar objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu olarak kabul edilemez²². Bu konudaki görüşlere ayrıntılı bir şekilde ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

²¹ **KARTAL**, Pınar Memiş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Prof. Dr. Nur. Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1378.

²² **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 204.

Sonuç olarak kanunkoyucunun 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak görevi kötüye kullanma suçunu tek bir maddede düzenlemesi, mevcut sorunların giderilmesi ve uygulama birliği sağlanması açısından yerinde olmuştur.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Mukayeseli hukukta görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak ikili bir sistem benimsenmiştir. Bazı kanunlar, görevin özel nitelikte kötüye kullanılmasını suç tipi olarak düzenlerler ve genel olarak görevi kötüye kullanma suçuna yer vermezler. Bu tür kanunlara 1810 ve 1994 Fransız, 1935 Çin, 1940 Brezilya ceza kanunları örnek gösterilebilir²³. Genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunu düzenlemeyen Fransız Ceza Kanunu, özel nitelikteki görevin kötüye kullanılması suçlarını, şahıslara ve kamuya karşı görevin kötüye kullanılması şeklinde ikiye ayırmıştır²⁴.

Bazı kanunlar ise görevin özel nitelikte kötüye kullanılmasına ilişkin cezai hükümleri düzenledikten sonra, tamamlayıcı ve genel nitelikte görevin kötüye kullanılması suçunu da düzenlerler. Bu kanunlara örnek olarak; Türkiye, Danimarka, Polonya, Romanya, İtalya, Yunanistan ceza kanunları gösterilebilir²⁵.

²³ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 185-186.

²⁴ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 931.

²⁵ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 186.

Küba, Romanya, İsveç ceza kanunları gibi bazı ceza kanunlarında görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için zarar koşulu aranır²⁶. Türkiye'deki ceza kanunu açısından zarar koşulunun aranıp aranmayacağı yönünde farklı görüşler olup, bu görüşlere ayrıntılı bir şekilde ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

Bazı ceza kanunları ise görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için özel kast unsurunu ararlar. Bu kanunlara, Avusturya, Danimarka, İtalya ve İsveçre ceza kanunları örnek gösterilebilir²⁷.

Sonuç olarak mukayeseli hukukta görevi kötüye kullanma suçunun düzenlenmesi bakımından farklı yolların benimsenmesi, belirlenen suç politikası ile ilgilidir. Kanunkoyucu her somut olay için cezai yaptırım öngören düzenlemeler yapamayacağı için bazı eylemlerin cezasız kalma riskini bertaraf etmek amacıyla, genel nitelikli hükümler koyabilir. Bu gibi düzenlemelerin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir unsuru olan, "*belirlilik*" unsurunu ihlâl ettiği ileri sürülse de bize göre görevi kötüye kullanma suçu gibi sınırları belirlenemeyen eylemleri yaptırıma bağlayan ceza normlarının genel nitelikte düzenlenmesinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından herhangi bir sakınca yoktur.

²⁶ **ŞIK**, Hüseyin, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 9.

²⁷ **ÖNDER**, *Özel Hükümler*, s. 186.

III. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Suçun hukuki konusu olarak da ifade edilen hukuksal değer, “*kanun kuralının koruduğu subjektif hak*”, “*suçun ihlal ettiği hukuk kuralının kendisi*” biçimlerinde ifade edilmiştir²⁸. Hukuksal değeri, suçun hukuki konusu olarak ifade eden bir görüşe göre; suçun hukuki konusu, işlenen suç neticesinde ihlâl edilen hukukî varlık veya menfaattir²⁹. Hukuksal değerın çeşitli fonksiyonları vardır, bunlardan birisi de hukuksal değerin suçların gruplandırılmasındaki işlevidir. Bu bağlamda da hukuksal değer ceza kanunlarının özel kısmında yer alan suçların gruplandırılmasında önemli bir ölçüttür³⁰. TCK suçları tasnif ederken, önce “*pasif süje*” kriterini kullanmış, alt ayrımlar için de “*hukuki konu*” kriterinden yararlanmıştır³¹. Bu nedenle suçun hukuki konusunun, suçların gruplandırılmasında, pasif süjeden sonra gelen önemli bir ölçüt olduğu söylenebilir.

Bir görüşe göre; hukukun emredici görevi yanında değerlendirici görevi de vardır. Ceza hukuku insan hareketini, toplumsal yaşamın gereklerine uygun olup olmadığı noktasında değerlendirerek, emredici hükümler koyar. Bu da suçun hukuki konusunun yalnızca teknik bir kriter olmadığını, suçların tasnifi ve sistemleştirilmesi açısından önemli bir prensip olduğunu gösterir³².

²⁸ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 60-61.

²⁹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007, s. 92.

³⁰ ÜNVER, s. 795.

³¹ SANCAR, Türkan Yalçın/ KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulama Çalışmaları, Ankara 2015, s. 147

³² TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 419-420.

ETCK'da suçlar, suçla korunan hukuksal değere göre sınıflandırılmışlardır³³. TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma suçunun ETCK'daki karşılığını oluşturan keyfi muamele ve sert muamele, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma suçları ETCK'nın 2. kitabının 3. babında “*Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler*” başlığı altında düzenlenmişti.

ETCK döneminde bu suçlarla korunmak istenen hukuki yararın; toplumun temel ve hayati menfaatlerinden olan ve onun en esaslı yaşama şartını teşkil eden devlet faaliyetlerinin işleme³⁴; memurların devlete göstermeleri gereken sadakat, devlet idaresine duyulan güven ve devlet idaresinin bütünlüğü³⁵; kamusal kurumların düzenli olarak işleyişi ve devlete ait menfaatler³⁶ ya da devlet idaresi³⁷ olduğu şeklinde değişik görüşler ileri sürülmüştür.

“Devlet İdaresi” kavramı; “*Devlet, birleştirici bir hükümlan kurum ve hükümet olmaktan başka, sosyal güveni ve düzeni garanti altına almaya, bireysel faaliyetleri tamamlamaya ve toplumun korunması, refahı ve gelişmesi için gerekli olan varlıkları ve hizmetleri sağlamaya yönelik somut bir faaliyette bulunduğunda ‘Devlet İdaresi’ (kamu yönetimi) ortaya çıkar³⁸.*” şeklinde tanımlanmıştır.

³³ **TOROSLU**, *Suçun Hukuki Konusu*, s. 413.

³⁴ **YARSUVAT**, Duygun, “*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri*”, İÜHF. , C. 30, S. 3-4, 1965, s. 670-671, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iufm/article/view/102300685/1023004277>, Erişim Tarihi: 15/ 06/ 2013.

³⁵ **ÖNDER**, *Özel Hükümler*, s. 81.

³⁶ **EREM**, Faruk/ **TOROSLU**, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2000, s. 143.

³⁷ **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 250.

³⁸ **EREM/ TOROSLU**, s. 143.

Öte yandan devlet idaresi kavramının dar bir anlam ifade ettiği yönünde görüşler de mevcuttur³⁹. Örneğin bir görüşe göre; *“Devlet İdaresi kavramı, iki yönden dar bir anlam ifade eder. Bunlardan birincisi, Devletin yasama, yönetme ve yargı fonksiyonlarının dışında kalan, fakat buna rağmen, bir toplumun kamusal hayatına etki yapan bazı faaliyetlerin bu kavrama ithal edilememesidir. Özellikle günümüzde, 20. yüzyılın başına kadar özel hukuk kurallarına tâbi olan bir takım kuruluşların, siyasî ve ekonomik sebeplerle kamu hukuku alanına alınması ve “Kamu İktisadî Teşekkülleri” gibi bazı kuruluşların oluşturulması, bu yapıların da korunması lüzumunu ortaya çıkarmıştır. Bundan başka toplumun kamusal hayatının gittikçe girift bir hale gelmesi, teknik anlamda devletin “idari” fonksiyonlarına girmeyen bir takım faaliyetlerin de düzenlenmesini ve cezai olarak korunmasını gerekli kılmıştır.”* Yazarlara göre, devlet idaresi kavramından aslında kamu idaresinin anlaşılması gerekir⁴⁰. Zira idare sadece devlet organlarından ibaret değildir. Devletten ayrı olarak kamu tüzel kişiliğini haiz bulunan mahalli idareler gibi bir takım idarelerin de faaliyetleri vardır. Bir görüşe göre de devlet idaresi kavramı ile kamu idaresi, kamu idaresi ile de devletin, diğer kamu tüzel kişilerinin, yasamanın ve yargının faaliyetleri anlatılmak istenmektedir.⁴¹

³⁹ *“Devlet İdaresi dar anlamıyla devletin icraya ait fonksiyonlarını yerine getiren örgütlenme ile bunun içinde yer alan memurları ve hizmetlileri ifade etmekle birlikte, TCK’nın bu bölümündeki Devlet idaresi geniş anlamda kullanılmıştır.”* Bkz. **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 250.

⁴⁰ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 1.

⁴¹ **YARSUVAT**, s. 668-669, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iufm/article/view/1023004685/1023004277>, Erişim Tarihi: 15/ 06/ 2013.

Sonuç olarak kamu idaresi kavramı devlet idaresini de içine alan, toplumun kamusal hayatını kapsayan bütün fonksiyonları ihtiva eden bir kavramdır⁴². TCK’da “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığının tercih edilmesi bu bakımdan yerinde olmuştur. Görevi kötüye kullanma suçu ile esas olarak kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin zarar görmesi önlenmek istenmektedir.

Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, görevin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır. Öyle ki; kamusal faaliyetlerin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan inancın sarsılmaması gerekir. Kamu görevlisi görevini yerine getirirken görevinin gerektirdiği yükümlülüklerle belirli ilkeler doğrultusunda uymak zorundadır. Bu ilkeler “dürüstlük”, “tarafsızlık”, “disiplin”, “sadakât” gibi ilkelerdir⁴³. Bu bölümde yer alan diğer suçlarda olduğu gibi görevi kötüye kullanma suçunda da amaç; kamu görevlilerinin bahsetmiş olduğumuz ilkeler doğrultusunda hareket ederek, kamusal faaliyetleri düzenli ve etkili bir biçimde yerine getirmeleridir⁴⁴. Kamusal faaliyetlerin yukarıda bahsetmiş olduğumuz ilkeler doğrultusunda yerine getirilmemesi hem ilgili kamu idaresinin işleyişini bozar hem de vatandaşlar tarafından kamu idaresine duyulan güven ve saygı duygusunu zedeler⁴⁵.

⁴² **ERMAN/ ÖZEK**, s. 1.

⁴³ Bu ilkeler hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. **ERMAN/ ÖZEK**, s. 2.

⁴⁴ **TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007, s. 301.

⁴⁵ **YENİDÜNYA**, A.Caner, “2004 Türk Ceza Kanunu’nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S. 5, Ocak 2005, s. 121.

Bu bilgiler ışığında görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusunun; kamu görevlilerinin kamusal faaliyetin yürütülmesi sırasında görevlerinin gerekli kıldığı yükümlüklere uygun hareket etmelerine ilişkin devlete ait menfaat ve kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun hareket ettiklerine ilişkin toplumda hâkim olan güven duygusu olduğunu söyleyebiliriz. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için idareye ya da kişilere zarar verilmesi, mağduriyete yol açılması ya da haksız menfaat sağlanması unsuru gerekli olduğundan bu suçla bireyin hakkının da korunduğu, bu nedenle de bireyin hakkının kamu idaresi ile birlikte suçla korunan hukuksal değerlerden olduğunu ileri süren görüşler vardır⁴⁶. Kanuna baktığımızda korunan hukuki değer içerisinde kamu görevlisinin görevini yaparken idareye ve kişilere zarar vermemesi, mağduriyete yol açmaması, haksız menfaat sağlamaması da yer almaktadır. Zira bize göre bu öğeler toplumda hâkim olan güven duygusunun zedelenmesine yol açmaktadır. Bu da kamu idaresinin güvenilirliği ile bireysel hakların birbiriyle sıkı bir ilişkisinin olduğunu göstermektedir.

⁴⁶ **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, M. Ruhan/ **ÖNOK**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, s. 810; **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008, s. 58; **ERMAN/ ÖZEK**, s.129.

IV. SUÇUN FAİLİ

A. GENEL OLARAK KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

TCK’de yer alan bazı suçların ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilecek olması ve bazı suçların da kamu görevlilerine karşı işlenmesinin cezayı ağırlaştırıcı neden olması, kamu görevlisi kavramının önemini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda “*kamu görevlisi*” kavramı ceza hukuku, özellikle de “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bakımından büyük bir öneme sahiptir.

Kamu görevlisi kavramı ceza hukukunu ve birçok hukuk dalını ilgilendiren öneme sahip olmakla birlikte bu kavramın ortak ve üzerinde uzlaşılan bir tanımı yoktur⁴⁷. Kanunkoyucu tarafından da tüm hukuk dalları için geçerli, ortak bir tanım yapılmamıştır. Bu da kavramın farklı hukuk dallarında farklı şekilde tanımlanmasına yol açmıştır. Birçok hukuk dalında farklı şekilde tanımlanan kamu görevlisi kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için bütüncül bir yaklaşım içerisinde, ceza hukuku bakımından kamu görevlisi kavramına değinilmeden önce Anayasa hukuku ve idare hukuku bakımından kamu görevlisi kavramları üzerinde durulmuştur.

⁴⁷ AYDIN, Hüseyin, “*Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*”, ABD. , S. 1, 2010, s.111.

B. ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

1924 Anayasası'nda kamu görevlisi, “*Memurlar*” başlığı altında Anayasanın 92, 93 ve 94. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kamu görevlisi kavramı, memur kavramı ile sınırlı bir şekilde düzenlenmiş, deyim yerindeyse kamu görevlisi kavramı memur kavramının içinde eritilmiştir⁴⁸.

1961 Anayasası, 1924 Anayasası'ndan farklı olarak Devletin yanında diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin de memurlar eliyle yürütülmesi gerektiğini düzenlemiş olsa da 1924 Anayasası'nda var olan ve tüm kamu görevlilerinin memur statüsü içinde yer alır biçimde tanımlanması devam etmiştir⁴⁹.

1982 Anayasası kamu görevlileri ile ilgili olarak daha geniş düzenlemeler getirmiştir. 1982 Anayasası kamu görevlilerini “*kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” başlığı altında Anayasanın 128 ve 129. maddelerinde düzenlemiştir. Anayasanın 128. maddesine göre; “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” Bu düzenlemeyle devletin ve kamu tüzel kişilerinin yanı sıra kamu iktisadi teşebbüslerinin de genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü

⁴⁸ KANLIGÖZ, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı” , AÜHFĐ. , C. 43, S. 1-4, 1993, s. 172.

⁴⁹ KANLIGÖZ, s. 174; AYDIN, s. 112-113.

oldukları kamu hizmetlerinin varlığı belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin memurlar dışındaki kamu görevlileri tarafından da yürütüleceği ifade edilmiştir⁵⁰.

Anayasaya göre; memur ya da diğer kamu görevlileri, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği “*asli ve sürekli*” görevleri yerine getireceklerdir.

Bir görüşe göre; genel idare esaslarından anlaşılması gereken, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleridir. “*Kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri ise, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almaktır. Belli bir idari faaliyet ya da kamu hizmeti için kamu gücü kullanılarak tek yanlı işlemler tesis ediliyor ve idari kararlar alınıyor ise, o idari faaliyet ya da kamu hizmetine genel idare esaslarının uygulandığı söylenebilir*”⁵¹.

Asli ve sürekli görev kavramı ise kamu görevlisi ile idare arasında bir sözleşme ilişkisinden ziyade statü ilişkisinin varlığını zorunlu kılan görevin, kadroya bağlanmış olması ile açıklanabilir. Bu ilişki yasama organı tarafından genel, kişilik dışı, soyut olarak çıkarılan kanunla düzenlenir⁵². Anayasa Mahkemesi’nin kamu görevlisinin asli ve sürekli görevler ifa etmesi gerekliliğine ilişkin birçok kararı mevcuttur⁵³.

⁵⁰ KANLIGÖZ, s. 175.

⁵¹ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004, s. 518.

⁵² AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 546.

⁵³ “İl genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası'nda kamu görevlisi kavramı tanımlanmamıştır. Tüm hukuk dalları için geçerli bir tanımın yapılmamış olması, çeşitli kanunlarda var olan kamu görevlisi ya da memur tanımının sadece o kanunun ilgili olduğu hukuk dalı için geçerli olması sonucunu doğurmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında tüm hukuk dalları için geçerli bir memur tanımı yapılmasından kaçınıldığına değinerek; yapılan memur tanımlarının sadece o kanunlar bakımından geçerli olduğunu, bu bakımdan da idare hukukundaki memur kavramı ile ceza hukukundaki memur kavramının farklı nitelikte olduğunu tespit etmiştir⁵⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünün kamu görevlisi tanımı için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁵.

C. İDARE HUKUKU BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı “*geniş anlamda*” kamu görevlisi ve “*dar anlamda*” kamu görevlisi olarak tanımlanmaktadır. Kamu görevlisi kavramı ister geniş anlamda ister dar anlamda kullanılsın, kamu görevlisinin mutlaka kamu kesiminde yer alan bir örgütte çalışması gerekir⁵⁶. Bu bakımdan devlet ya da kamu yönetimiyle görevli arasında, atama ya da organik ilişkiden kaynaklanan bir bağ

hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.” AYM. , 22/ 06/ 1988 tarihli ve 18/ 23 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, 15/ 12/ 2015.

⁵⁴ AYM. , 20/ 09/ 1994 tarihli ve 47/ 70 sayılı kararı için bkz. AYMKD. , S. 31, Ankara 1996, s. 435.

⁵⁵ AYDIN, s.115.

⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2009, s. 200; GÜNDAY, s. 517; KANLIGÖZ, s. 180.

bulunması gerekir⁵⁷. Böyle bir bağ olmaksızın gerçekleştirilen faaliyet, kamusal bakımdan ne kadar faydalı olursa olsun bu faaliyeti gerçekleştirenler idare hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Örneğin avukatlık hizmeti, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre, kamu hizmeti sayılsa da, bir avukat (kamu kurumunda çalışan avukatlar hariç) serbest meslek icra ettiği için idare hukuku bakımından kamu görevlisi sayılmayacaktır.

Geniş anlamda kamu görevlisi; hukuki statüsüne ve yaptığı göreve bakılmaksızın, kamu tüzel kişilerinde görev yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olan herkesi ifade etmektedir⁵⁸. Bir diğer tanıma göre geniş anlamda kamu görevlileri, çeşitli kamu kuruluşlarında çalışan ve hukuki durumları birbirinden farklı olan görevlilerdir⁵⁹. Bu bakımdan Cumhurbaşkanından, kamu işçisine kadar görev yapan herkes geniş anlamda kamu görevlisi olarak kabul edilecektir.

Dar anlamda kamu görevlisi; devletin siyasal yapısında bulunan Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar gibi görevlilerle, kamu kesiminde özel hukuk hükümlerine göre çalışanların dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmektedir⁶⁰. En dar anlamda kamu görevlisi kavramının içine ise sadece devlet memurları girer⁶¹.

⁵⁷ SELÇUK, Sami, “İdare-Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, YD. , C. 23, S. 1-2, Ocak-Nisan 1997, s. 28.

⁵⁸ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2007, s. 596.

⁵⁹ KANLIGÖZ, s. 180-181.

⁶⁰ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ KAYMAZ, Seydi, Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2004, s. 25; GÜNDAY, s. 516; KANLIGÖZ, s. 183.

⁶¹ GÖZLER, s. 596.

Anayasanın 128. maddesinde ifade edilen kamu görevlisi, dar anlamda kamu görevlisidir. Danıştay 1. Dairesi de vermiş olduğu bir kararında kamu görevlilerini dar anlamda tanımlamıştır: “...*Kamu görevlileri, hizmetin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir*⁶².”

Görüldüğü gibi gerek Anayasanın 128. maddesindeki düzenlemede, gerekse yargı kararlarında, idare hukukundaki kamu görevlisi kavramı, dar anlamda kullanılmaktadır. İdare hukuku bakımından kamu görevlisi olabilmek için kamu kesiminde çalışmak yeterli olmayıp, genel idare esaslarına göre kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yerine getirilmesi gerekir. Dar anlamda kamu görevlisi kendi içerisinde “*memurlar*” ve “*diğer kamu görevlileri*” olarak ikiye ayrılmaktadır.

1. Memurlar

Hukukumuzda memur kavramı bazı kanunlarda tanımlanmıştır. 657 sayılı DMK'nın 4. maddesinin A bendinde memurlar, “*mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen görevliler, bu kanun uygulamasında memur sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Anayasanın 128.

⁶² Dan. 1. D. , 17/ 04/ 2000 tarihli ve 29/ 59 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 20/ 07/ 2013.

maddesi her ne kadar memur veya diğerk kamu görevlisi tanımı yapmamızda bize yardımcı olsa da doğrudan memur ya da diğerk kamu görevlilerini tanımlayan bir hüküm niteliğinde değildir⁶³.

DMK'da yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere memurlar idarenin kadrolarını işgal ederek, asli ve sürekli görev yapan görevlilerdir⁶⁴.

Bir görüşe göre; idare hukuku bakımından memur; devlet ya da kamu tüzel kişiliğinde, asli ve sürekli biçimde kadrolu olarak kamu hizmetini yürüten kimsedir⁶⁵. Anayasa Mahkemesi yeminli mali müşavirlerle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında memuru dolaylı bir şekilde idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar olarak tanımlamıştır⁶⁶.

2. Diğerk Kamu Görevlileri

657 sayılı DMK'nın 1/1. maddesinde kanunun kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre; bu kanunun kapsamına giren kurumlarda asli ve sürekli kamu hizmeti ifa eden görevliler memurdur. Bu kanun kapsamına girmemekle birlikte kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevleri yerine getiren başka kamu görevlileri de vardır. Bu

⁶³ Aksi görüş için bkz. **KANLIGÖZ**, s. 188.

⁶⁴ **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 27.

⁶⁵ **SELÇUK**, s. 29.

⁶⁶ AYM. , 19/ 03/ 1987 tarihli ve 5/7 sayılı kararı için bkz. AYMKD. , S. 23, Ankara 1989, s. 133.

kamu görevlilerinden Anayasada “diğer kamu görevlileri” olarak söz edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında diğer kamu görevlilerini; “memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlardır”, şeklinde tanımlamıştır⁶⁷.

Diğer kamu görevlileri genel idare esaslarına göre asli ve sürekli kamu hizmeti ifa etmekle beraber devlet memurlarından ayrı bir personel rejimine tabidirler⁶⁸. Bu bağlamda hâkimler, savcılar, Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları, üniversite akademik personeli, Emniyet Teşkilatı mensupları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, 657 sayılı DMK’nın 1. maddesinde kendi özel kanunlarına bağlı olarak sayılan diğer kamu görevlileridir.

Diğer kamu görevlileri açısından sözleşmeli personelin hukuki durumu gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında tartışmalıdır. Bir görüşe göre; sözleşmeli personelin ifa edeceği görevler asli ve sürekli nitelikte olmayıp, bir kadroya da bağlanmamıştır. Sözleşmeli personelin idare ile olan ilişkisi genel, kişilik dışı bir yasa ile değil sözleşme ile belirlendiğinden sözleşmeli personel Anayasanın 128/1. maddesi açısından kamu görevlisi olarak kabul edilemez⁶⁹. Bir görüşe göre ise diğer kamu görevlileri kendi içerisinde geniş anlamda diğer kamu görevlileri ve dar

⁶⁷ AYM. 19/ 04/ 1988 tarihli ve E. 1987/ 16, K. 1988/ 8 sayılı kararı için bkz. AYMKD. , S. 24, Ankara 1989, s. 81.

⁶⁸ GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 26.

⁶⁹ GÜNDAY, s. 521.

anlamda diğerk kamu görevlileri olarak ikiye ayrılır. Sözleşmeli personel geniş anlamda diğerk kamu görevlilerine dâhildir⁷⁰. Zaten uygulamada sözleşme bir isimden ibaret kalmakta, ilişki bir statü ilişkisi olarak düzenlenmekte, sözleşmeli personelin memurdan ayrılan yönü ise sözleşme imzalaması olmaktadır⁷¹.

Anayasa Mahkemesi KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında; sözleşmeli personel istihdamında atamadan tamamen başka bir şekilde, görevli ile idare arasındaki ilişkinin akdi bir ilişki olmasına dikkat çekerek, sözleşmeli personeli Anayasanın 128. maddesi bakımından kamu görevlisi olarak kabul etmemiştir⁷². Danıştay ise vermiş olduğu bir kararda, 233 sayılı KHK'da sözleşmeli personel olarak nitelendirilenlerin diğerk kamu görevlileri içinde düşünülmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁷³.

Bize göre sözleşmeli personelle idare arasındaki ilişkinin kapsamının genel, kişilik dışı, nesnel bir kanun ile değil de yapılan bir idari sözleşme ile belirlenmesi, bu personelin Anayasanın 128. maddesi uyarınca kamu görevlisi sayılmasına engeldir.

⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Ankara 2007, s. 897.

⁷¹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s. 912.

⁷² AYM. , 22/ 12/ 1988 tarihli ve 5/ 55 sayılı kararı için bkz. AYMKD. , S. 24, Ankara 1989, s. 465.

⁷³ Dan. 1. D. , 16/ 12/ 1987 tarihli ve E. 1986/992, K. 1987/ 1787 için bkz. Danıştay Dergisi, S. 70-71, s. 236.

D. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Memur Kavramı

ETCK'nın 279. maddesine göre kamu personeli “*kamu görevi yapanlar*” ve “*kamu hizmeti yapanlar*” olarak ikiye ayrılmaktaydı.

Bu düzenlemeye göre;

“Ceza Kanununun tatbikatında:

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

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

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

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

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

Bu madde uyarınca kamu görevi yapanlar memur sayılmakta, kamu hizmeti yapanlar ise memur değil, kamu hizmetlisi sayılmaktaydı. ETCK uyarınca bir kamu personelinin memur sayılmasında, personelin faaliyetinin kamusal bir faaliyet olması değil, faaliyetin içinde yerine getirdiği görevin mahiyeti esas alınmaktaydı⁷⁴. Başka bir deyişle memuriyet, kamu adına yürütülen faaliyete bağlı olarak çalışma ile değil de faaliyet içinde ifa edilen görevin mahiyetine göre belirlenmekteydi⁷⁵. Ancak hangi

⁷⁴ AYDIN, s. 117.

⁷⁵ SOYASLAN, Doğan, “*Ceza Hukukunda Memur Kavramı*”, AÜHF. , C. 45, S.1-4, 1996, s. 45; GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, Ankara 2012, s. 31.

görevin kamu görevi hangi hizmetin kamu hizmeti olduğu hususunda objektif bir kıstasın bulunmaması, doktrinde değişik görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmasının yanı sıra doktrinde böyle bir ayrımı dil bilgisi bakımından problemliler olarak kabul eden görüşlerin de ortaya çıkmasına neden olmuştur⁷⁶.

Doktrinde kamu görevi- kamu hizmeti, memur-kamu hizmetlisi ayrımlarında değişik görüşlerin ortaya çıkması; ilk olarak 1930 tarihli İt. CK'dan etkilenen kanunkoyucunun, 1936 yılında ETCK'nın memuru tarif eden 279. maddesini, 3038 sayılı Kanun'la değiştirerek, İt. CK'nın 357 ve 358. maddelerinde tarif edilen “*devlet memuru*” ve “*kamu hizmetlisi*” şeklinde iki ayrı kategoriye kabul etmesinden kaynaklanmıştır⁷⁷.

Azınlıkta kalan bazı görüşlere göre; kamu görevi ile kamu hizmeti terimleri aynı şeyi ifade etmekteydi. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere kanunkoyucu kamu görevi ile kamu hizmeti kavramlarını eş anlamlı olarak kabul etseydi, aynı şeyi ifade eden iki farklı terimi ard arda bentler halinde düzenlemezdi⁷⁸.

Doktrinde bir görüşe göre; kamu hizmeti yapan kimse memur sayıldığı takdirde memur olmayan kimseler olan kamu hizmetlileri tarafından kamu idaresine karşı işlenen suçlarda cezalandırılma alanı genişleyecek, bu durum ise demokrasinin

⁷⁶ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 751.

⁷⁷ SOYASLAN, *Ceza Hukukunda Memur Kavramı*, s. 44; EVLİYAĞLU, Erkal, *Kamu Görevlileri ile İlgili Suçlar*, Ankara 2012, s. 43.

⁷⁸ SELÇUK, s. 33.

temel prensiplerinden olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecekti⁷⁹. Bir başka görüşe göre de kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki fark derece farkı olup aslında her ikisi de kamu görevinin içine girmektedir⁸⁰.

Ağırlıkta olan görüşe göre ise kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının anlamları farklıydı. Buna göre; *“Devletin herhangi bir faaliyeti, yalnızca veya daha çok kendine has hukuki bir iktidar ve yetkinin kullanılması maksadıyla örgütlendirildiği zaman kamu fonksiyonu; bu iktidar ve yetkinin kullanılması ikinci planda kaldığı zaman ise kamu hizmeti söz konusu olur⁸¹.”*

ETCK döneminde, kamu görevi-kamu hizmeti ayrımına ilişkin çeşitli görüş ve teoriler mevcuttur⁸². Bu görüşlerden *“gaye teorisine”* göre; devlet tarafından ifa edilmek zorunda olan, devletin asıl gayelerine ilişkin olan, imtiyaz yoluyla özel şahıslara devredilemeyecek olan faaliyetler kamu görevidir. Bu faaliyetlerin devletçe yapılması zorunlu olup, kamu hukuku kurallarına göre oluşturulan iradenin kullanılıp örgütlenmesini gerektirir. Kamu hizmeti ise devletin ikincil nitelikte, esaslı olmayan gayelerinin elde edilmesine yönelik faaliyetleridir⁸³. Gaye teorisi, modern devletlerin

⁷⁹ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 481.

⁸⁰ **SOYASLAN**, *Ceza Hukukunda Memur Kavramı*, s. 49.

⁸¹ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 482.

⁸² Bu görüşler hakkında bkz. **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 34-35; **EVLİYAĞLU**, s. 43-45.

⁸³ **SELÇUK**, s. 35; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s.752; **GÖKCAN/ ARTUÇ**, s. 31.

gittikçe genişleyen fonksiyonları karşısında hangi görevlerin birincil, hangilerinin ikincil görevler olduğunun belirlenmesindeki güçlük nedeniyle eleştirilmektedir⁸⁴.

Bize göre devletin hangi faaliyetlerinin esaslı faaliyetler, hangi faaliyetlerinin tali faaliyetler olduğunun tespitindeki güçlük nedeniyle salt bu teoriden yola çıkarak memur ile kamu hizmetlisini birbirinden ayırmak mümkün değildir.

Yargıtay'ın ETCK döneminde vermiş olduğu kararlarında gaye teorisine üstünlük tanıdığı görülmektedir. Yargıtay'a göre; *“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. Amme vazifesi devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı zaruri oluşu yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise devlet tarafından ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için kendi sahasına alır. Devletin faraza eğitim, sağlık, ulaştırma ve posta ve telgraf bakımlarından sarf ettiği faaliyetler amme vazifesi zümresine dâhildir. Devletin amme hizmetine misal olarak yetimlere, fakirlere yardım için vücuda getirdiği teşkilat, resmi iş bulma teşkilatı, tımarhaneler ve talebe yurtları gösterilebilir⁸⁵.”*

⁸⁴ SOYASLAN, *Ceza Hukukunda Memur Kavramı*, s. 47; GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 38; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 31.

⁸⁵ Yar. 4. CD. , 04/ 03/ 1947 tarihli ve 173/116 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 39.

Ancak daha sonraları YCGK tarafından verilen bir kararda, Yargıtay doktrinde dile getirilen; *“memur; Devlete ait hukuki bir iktidar ve selahiyeti kullanarak hukuki tasarruf veya fiilin icrasını gerçekleştirenlerle, bu hukuki tasarruf ve fiilin icrasına amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım edenlerdir. İcra ettikleri faaliyet bu nitelikte olmayan kimseleri memur saymak mümkün değildir⁸⁶.”* görüşünü benimseyerek, yapmış olduğu memur tanımı ile kamu görevi kavramını açıklığa kavuşturmuş ve bu konuda istikrar sağlanmıştır. Yargıtay bu görüşü diğer kararlarında da sürdürmüştür⁸⁷.

Görüldüğü üzere ETCK döneminde kamu görevi-kamu hizmeti ayrımı yapıldığından, memur kavramının tanımlanması için öncelikle yürütülen faaliyetin kamu görevi mi yoksa kamu hizmeti mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Böyle bir belirlemenin yapılması ise her zaman kolay olmayabilir. Bu konudaki açıklamalarımıza bir alt başlıkta yer vereceğiz.

2. Memur Kavramından Kamu Görevlisi Kavramına Geçiş

ETCK döneminde kamu görevlisi-kamu hizmetlisi ayrımının yapılmış olması, aynı faaliyete farklı pozisyonlarda katılan kişilerin devlet idaresine karşı gerçekleştirdikleri eylemler bakımından cezai anlamda farklı müeyyidelerle cezalandırılmalarına neden oluyordu.

⁸⁶ YCGK. , 25/ 11/ 1985 tarihli ve 410/ 595 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 40.

⁸⁷ YCGK. , 26/ 01/ 2002 tarihli ve 279/ 406 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 40.

Bu durum TCK'nın 279. maddesinde memur-kamu hizmetlisi ayrımı yapılmasına rağmen, mehzaz kanun olan İt. CK'daki gibi zimmet, rüşvet vb. suçların memurun yanı sıra kamu hizmeti ile görevli kimseler tarafından da işlenebileceğine dair düzenlemenin yapılmamış olmasından kaynaklanmaktaydı⁸⁸.

Örneğin yönetim ve idari kadrolarda görev yapanlar memur, yardımcı kadrolarda bulunanlar ise kamu hizmetlisi olarak kabul edilmekteydi. Yargıtay'ın uygulamalarına göre adliye odacısı⁸⁹, kaloriferci⁹⁰, okul hademesi⁹¹, belediye itfaiye eri, şoför gibi hizmetlilerin hukuksal tasarruf ve eylemde bulunmaları söz konusu olmadığından yaptıkları iş kamu görevi olarak kabul edilmemekte ve bu hizmetliler ceza hukuku bakımından memur sayılmamaktaydı⁹². Ancak Yargıtay'ın kamu hizmetlisinin bir kamu görevinde istihdam edilmesi durumunda faaliyetinin kamu görevi olduğu gerekçesiyle kamu hizmetlisini memur olarak kabul eden kararları mevcuttu. Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda, itfaiye eri kadrosunda bulunan sanığın belediye zabıta memuru olarak resmen görevlendirilmesi durumunda memurlar hakkındaki ağırlaştırıcı sebeplerin itfaiye eri bakımından da uygulanacağı kabul edilmiştir⁹³.

⁸⁸ **EVLİYAĞLU**, s. 51.

⁸⁹ Yar. 4. CD. , 21/ 09/ 1989 tarihli ve 4894/ 5355 sayılı kararı için bkz. **ÇETİN**, Erol, Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2003, s. 49.

⁹⁰ Yar. 4. CD. , 29/ 01/ 1985 tarihli ve 24/ 330 sayılı kararı için bkz. **ÇETİN**, Ankara 2003, s. 49.

⁹¹ Yar. 4. CD. , 18/ 09/ 1991 tarihli ve 3753/ 4966 sayılı kararı için bkz. **ÇETİN**, Ankara 2003, s. 49.

⁹² **ÇETİN**, Ankara 2003, s. 49.

⁹³ Yar. 4. CD. , 20/ 03/ 2003 tarihli ve 27222/ 1081 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 32.

Aynı hizmeti gerçekleştiren görevlilerin bir kısmının kamu idaresine karşı suçlar işleyebileceğinin; ancak diğer görevlilerin hukuksal tasarruf ve eylemde bulunmaları söz konusu olmadığından kamu idaresine karşı suçlar işleyemeyeceğinin kabulü, çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktaydı. Kanunkoyucu bu noktadaki çelişkiyi gidermek için kamu hizmeti görevlilerinin de tıpkı memurlar gibi kamu idaresine karşı suçlar işleyebileceğini öngörerek özel kanunlarla bazı kamu hizmeti görevlilerinin “*devlet memuru sayılacağına*” ya da “*memur gibi cezalandırılacağına*” ilişkin düzenlemeler getirmişti. Örneğin KİT personelinin görevlerini yerine getirirken işledikleri suçlarda memur gibi cezalandırılacağı düzenlenmişti⁹⁴.

Bize göre, memur-kamu hizmetlisi şeklinde bir ayırım yapmaktansa kamusal alanda faaliyet gösteren bütün personeli kapsayan bir terimin kullanılması daha isabetli olurdu. Zira 1982 Anayasası'nın kamu görevlilerini tanımlayan 128. maddesinde, memurun yanı sıra diğer kamu görevlilerinin de kamu görevlisi olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla her memur kamu görevlisidir; ancak her kamu görevlisi memur değildir. ETCK'daki memur tanımının sakıncalarını gören kanunkoyucu TCK ile memuru da kapsayan “*kamu görevlisi*” kavramını kabul etmiş ve ETCK dönemindeki çelişkiyi ortadan kaldırmaya çalışmıştır.

⁹⁴ GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 33; EVLİYAĞLU, s. 43.

3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı

a. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesinde "*kamu görevlisi*" tanımlanmıştır. Bu tanıma göre: "*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" anlaşılır.

Madde gerekçesinde, ETCK dönemindeki tartışmalara yol açan sakıncaları gidermek amacıyla kamu görevlisi tanımına yer verildiğine değinilmiştir. Yeni kanun uyarınca ETCK döneminde memur olarak kabul edilmeyen odacı, kaloriferci gibi yardımcı hizmetler sınıfı personeli de kamu görevlisi sayılacak ve kamu idaresine karşı işlenen suçların faili olabilecektir.

TCK bakımından kişinin kamu görevlisi olması açısından aranan tek koşul, ETCK'daki gibi yapılan işin kamu görevi ya da kamu hizmeti olması değil yapılan işin "*kamusal faaliyet*" olmasıdır⁹⁵.

TCK'daki "*kamu görevlisi*" kavramını tanımlayabilmemiz için öncelikle kamusal faaliyetin ne anlama geldiğini açıklamamız gerekmektedir. Çünkü kamu görevlisi "*kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kişidir.*" Buna göre; bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için ilk olarak bir kamusal

⁹⁵ KOCA, s. 3.

faaliyetin varlığı, sonrasında ise o kişinin kamusal faaliyete herhangi bir suretle katılması gerekmektedir.

b. Kamusal Faaliyet

TCK kamu görevlisi kavramını tanımlarken, ETCK'nın aksine kamu personelinin faaliyet içerisindeki fonksiyonunu değil, yürütülen faaliyetin niteliğini yani objektif unsuru esas almıştır. O halde kamusal faaliyetin tanımı ve kapsamı kamu görevlisi kavramı açısından önemlidir.

Kamusal faaliyet, kanunun gerekçesinde, *“Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.”* şeklinde tanımlanmıştır.

“Kamusal faaliyet” idare hukukunda kullanılan bir kavram değildir. İdare hukukunda *“kamu fonksiyonu”*, *“kamu hizmeti”*, *“kamuya yararlı hizmet”* gibi kavramlar kullanılmaktadır. Bu bakımdan kamusal faaliyet kavramını idarenin etkinliklerini ifade eden bu kavramlar çerçevesinde açıklamaya çalışacağız.

Bir görüşe göre; faaliyet bir fonksiyonu ifade etmektedir⁹⁶. Kamusal faaliyet devlet tarafından ya da devletin verdiği yetki ile kurulan diğer kamu kuruluşları tarafından kamu adına yürütülen fonksiyonları ifade eder⁹⁷. Kamu adına yürütülen

⁹⁶ GÜNDAY, s. 18.

⁹⁷ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 37.

fonksiyonların tanımlanmasında ise ETCK döneminde dile getirilen bir görüş önem arz etmektedir. Bu görüşe göre; *“Devletin herhangi bir faaliyeti, yalnızca veya daha çok kendine has hukuki bir iktidar ve yetkinin kullanılması maksadıyla örgütlendirildiği zaman kamu fonksiyonu; bu iktidar ve yetkinin kullanılması ikinci planda kaldığı zaman ise kamu hizmeti söz konusu olur⁹⁸.”*

Bu tanım gereğince kamu fonksiyonunun kamusal faaliyet sayılmasında bir engel yoktur. Çünkü kamu otoritesine ait bir iktidar ve yetkinin kullanılması söz konusudur ve bu kimseler kamu görevlisidir. Ancak ETCK’den farklı olarak sadece kamu görevi değil, kamu hizmeti yerine getirenlerin de kamu görevlisi sayılması gerekecektir. Çünkü kanunun gerekçesine bakıldığında ETCK’deki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanımın tasarı metninden çıkarılarak, memur kavramını da kapsayan kamu görevlisi tanımına yer verildiği ifade edilmiştir. Buna göre ETCK dönemindeki memur tanımına uymayan, ancak kamusal faaliyete katkıda bulunan kimseler de kamu görevlisi sayılacaktır⁹⁹.

Bazı yazarlar, kamusal faaliyetin ETCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemdeki hâkim anlayış ve Yargıtay kararlarına göre belirlenebileceğini savunarak, yalnızca kamu görevini kamusal faaliyet olarak kabul etmişlerdir¹⁰⁰. Oysa kamusal faaliyetin bu kapsamda ele alınmasının kamu görevlisi kavramının kapsamını daraltacağı

⁹⁸ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 482.

⁹⁹ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 798.

¹⁰⁰ **TOROSLU**, *Özel Kısım*, s. 273-274.

açıktır. Bu durum ise kamu görevlisi kavramını genişletmeyi ilke edinen kanunun amacına aykırıdır.

Bazı yazarlara göre; *“Toplumdaki bütün bireyler adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanılabilmesi için, kamu faaliyetinin yürütümüne kamu hukuku usulüne Anayasa’daki ifadeyle “genel idare esaslarına göre” iştirak etmek gerekir... Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Ama her kamu görevlisi memur değildir¹⁰¹ ...”*

Sonuç olarak kamusal faaliyet kavramı ETCK dönemindeki kamu görevi kavramını ve kamu hizmeti kavramını da içine alan geniş bir kavramdır ve kanuna göre çeşitli unsurları içermesi gerekir.

aa. Kamu Adına Yürütülen Bir Hizmetin Bulunması

Kamusal faaliyetten söz edilebilmesi için kamu adına yürütülen bir hizmetin varlığı şarttır. Kamu adına yürütülen hizmet denildiğinde ise *“kamu hizmeti”* kavramı akla gelmekte ve kamusal faaliyet daha çok kamu hizmeti kavramı ile özdeşleştirilmektedir.

¹⁰¹ ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, *“Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”*, GÜHFD. , Mayıs 2004, s. 191.

Maddi açıdan baktığımızda kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyettir¹⁰². Bu tanım uyarınca “*kamuya yararlı olan*” ve özel hukuk hükümleri uyarınca özel kişilerce yürütülen hizmetler de kamu hizmetidir. Örneğin bir taksi veya dolmuş şoförünün faaliyeti geniş anlamda kamu hizmetidir; ancak hizmetin yürütülmesi özel kişilerce gerçekleştirildiği için bu hizmetin ceza hukuku bakımından kamusal faaliyet; hizmeti yerine getirenlerin ise kamu görevlisi sayılmasına imkân yoktur¹⁰³. Bu bakımdan kamusal faaliyetin tespiti için kamu hizmeti ile kamuya yararlı bulunan faaliyetlerin ayrımını yapmak gerekir.

Bir görüşe göre; kamu hizmeti, siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altındaki özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir¹⁰⁴.

Benzer bir başka görüşe göre; kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içerisinde yürütülen etkinliklerdir¹⁰⁵.

¹⁰² GÜNDAY, s. 294.

¹⁰³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 799.

¹⁰⁴ GÜNDAY, s. 296.

¹⁰⁵ GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2008, s. 955.

Bir diğere göre; kamu hizmeti, yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altındaki özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir¹⁰⁶.

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere dar ve teknik anlamda kamu hizmetinin çeşitli koşulları vardır. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz geniş anlamda kamu hizmetlerinin içerisinde yer alan “kamuya yararlı faaliyetler” dar anlamda kamu hizmeti değildir. Kamu hizmetinin dar olarak yapılan tanımı uyarınca bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun sadece kamuya yararlı olması yeterli değildir. Bu bilgiler ışığında ceza hukuku bakımından kamusal faaliyet kavramından asıl olarak dar anlamda kamu hizmetlerinin anlaşılması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Kanunun gerekçesinde “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Her ne kadar idare hukukunda kamu hizmetinin üstlenilmesi usulleri arasında ihale diye bir yöntem olmasa da bununla bir kamu hizmetinin ruhsat, müşterek emanet, yap-işlet-devret, imtiyaz gibi yöntemlerle özel hukuk gerçek/tüzel kişiliği tarafından yürütülmesi durumunda bu kimselerin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmayacakları anlaşılmalıdır¹⁰⁷.

¹⁰⁶ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 469.

¹⁰⁷ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 753; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 800; EVLİAYOĞLU, s. 84.

Dar anlamda kamu hizmeti kavramı kamusal faaliyet kavramının yalnızca bir kısmını oluşturur. Cumhurbaşkanlığı, yasama organı, yargı organı, Milli Güvenlik Kurulu gibi merkezi idarenin başkent teşkilatına yardımcı kuruluşlar ile merkezi ve mahalli idarelerin, faaliyetlerini, devletin temel ve asli fonksiyonları olarak toplum adına yürüttüklerini düşünürsek, bu erklerin faaliyetleri de geniş anlamda kamu hizmetine dâhil olan kamusal faaliyetlerdir¹⁰⁸.

Sonuç olarak kamu adına yürütülen hizmetin varlığını, idari fonksiyon bakımından dar ve teknik anlamda kamu hizmeti ile merkezi idare, yasama organı, yargı organı, merkezi idarenin başkent teşkilatına yardımcı kuruluşlar, mahalli idareler, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ve bağımsız idari otoritelerin faaliyetleri oluşturmaktadır.

bb. Hizmetin Kuruluşunun Yasaya ve Siyasi İradeye Dayanması

Madde gerekçesine göre “*kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.*” Bu tanım uyarınca kamu adına yürütülen bir hizmetin kamusal faaliyet sayılması için iki koşul gereklidir:

İlk olarak hizmetin kuruluşunun Anayasanın veya kanunun verdiği yetkiye dayanması, sonrasında ise hizmetin kuruluşunda Anayasanın veya kanunun verdiği yetki ve usuller çerçevesinde alınmış olan bir siyasal kararın bulunması gerekir. Bu

¹⁰⁸ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 46.

bakımdan kooperatifler gibi hizmetin kuruluşunun kanuna dayandığı, ancak kuruluşunun vatandaşlar tarafından gerçekleştirilip siyasi iradeye dayanmadığı yapıların faaliyetleri kamusal faaliyet değildir¹⁰⁹.

Siyasal karar denince akla sadece yasama organı olan TBMM gelmemelidir. Çünkü devletin kendisi zaten bir siyasal kuruluştur¹¹⁰. Ayrıca madde gerekçesinde siyasal kararın kanunla belirlenmesinden değil, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş usullere göre verilmesinden söz edilmiştir. Bu bakımdan kendisi zaten siyasal bir kuruluş olan devletin diğer organları da devlete ait iktidar yetkisini kullanabildiğinden bu organların kararları da siyasal karardır. Bu anlamda Anayasa veya kanunda kuruluşu düzenlenmiş olan bir kamusal faaliyet hakkında Bakanlar Kurulunun çıkaracağı bir yönetmelik de il özel idaresi genel kurulunun alacağı bir karar da siyasal karar olacaktır¹¹¹.

c. Kamusal Faaliyete Katılma

TCK'ya göre kamu görevlisi *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme¹¹² yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde ise kamusal faaliyete katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının; bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmadığından bahsedilmiştir.

¹⁰⁹ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 47.

¹¹⁰ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 47.

¹¹¹ AYDIN, s. 121.

¹¹² Milletvekili, belediye başkanı, muhtar, il genel meclisi üyeleri v.s.

Gerek kanundaki tanım gerekse gerekçede yer alan ifadelere baktığımızda, “*kamusal faaliyete katılma*” unsurunun atama ve seçilme gibi usullerin dışında herhangi bir suretle katılma şeklinde çok geniş bir biçimde düzenlendiği ortaya çıkmaktadır. Kamusal faaliyete katılmayı sadece lâfzî olarak ele alırsak bu durumda devlet ile yahut kamu idaresiyle herhangi bir hukuksal ilişki içerisinde olan ve kamusal faaliyetle bağlantı kuran herkes kamu görevlisi sayılmalıdır. Oysa kanunun amacı kamusal faaliyetle temas içerisinde olan herkesin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi değildir. Dolayısıyla kamusal faaliyete herhangi bir suretle katılmanın sınırlandırılması gereklidir.

Kamusal faaliyete herhangi bir suretle katılmadan söz edilebilmesi için bu katılmanın atama ve seçilme gibi usuller dışında kamu hukuku usullerine yani “*genel idare esaslarına*” uygun bir şekilde gerçekleşmesi gerekir¹¹³. Kamusal faaliyete katılma ile devlete ait hukuki iktidar ve yetki az ya da çok kullanılmalıdır¹¹⁴.

Kamusal faaliyete katılmada kamu hukuku usullerinin uygulanması ile devlet ve kamu görevlisi arasındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olması karıştırılmamalıdır. Bu noktada kamu işçilerinin durumu önem taşımaktadır. İşçiler, İş Kanunu’na göre istihdam edilmelerine karşın devletle aralarındaki ilişki genel idare esasları çerçevesinde kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü işçi kamu idaresinin talimatları ile kamu hizmetini yürütmekte, iştirak ettiği kamusal faaliyette az da olsa

¹¹³ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2006, s. 99.

¹¹⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 99.

kamu gücünü kullanmaktadır¹¹⁵. Ancak belediyede belirli bir iş veya hizmetin görülmesi amacıyla iş akdiyle çalıştırılan geçici işçiler kamusal faaliyete genel idare esaslarına göre kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak etmediklerinden kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceklerdir. Yargıtay bir kararında, belediyede geçici işçi olarak istihdam edilen su tahakkuk işinde görevlendirilen sanığın görevi kötüye kullanma suçuyla yargılandığı davada, mahkemenin sanığın kamu görevlisi olmaması nedeniyle verdiği beraat kararını yerinde görmüştür¹¹⁶.

Kamusal faaliyete atama, seçilme ya da genel idare esaslarına uygun bir şekilde iştirak etmiş kişinin, bu faaliyete sürekli, süreli ya da geçici olarak katılmasının önemi yoktur. Dolayısıyla idare hukuku bakımından kamu görevlisinden farklı olarak ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olmak için faaliyetin bir kadroya bağlı olarak gerçekleştirilmesi yani asli ve sürekli bir faaliyet olması şart değildir¹¹⁷. Hatta madde gerekçesine göre bu faaliyete katılan kişilerin para veya sair bir maddi menfaat almaları da şart değildir¹¹⁸.

Diğer taraftan bir kamu görevini geçici olarak ihdas eden kişilerle devlet arasında kanunlar vasıtasıyla “*özel bir kamu hukuku*” ilişkisi kurularak bu kişilerin kamusal faaliyete katılmaları sağlanmıştır¹¹⁹. Ancak bireyin kamu görevini yerine

¹¹⁵ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 50.

¹¹⁶ Yar. 4. CD. , 11/ 05/ 2011 tarihli ve E. 2009/ 8147, K. 2011/ 6686 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 54.

¹¹⁷ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 800.

¹¹⁸ ERMAN/ ÖZEK, s. 483; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 99.

¹¹⁹ GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 38.

getirmesinin yükümlülük ya da müsaade şeklinde de olsa şahsileştirilmesi gerekir. Örneğin tanık, bilirkişi, tercüman, avukat gibi kişiler CMK, HMK gibi kanunlarda belirlenen usuller çerçevesinde görevlendirildiğinde ya da suçüstü halinde kanunun verdiği yetkiyle faili yakalayan herhangi bir kişi¹²⁰ kamu görevlisi olmaktadır¹²¹.

Eğer bir kamu görevinin yerine getirilmesi, yükümlülük ya da müsaade şeklinde vatandaşların geneline yönelikse, bu durumda bireyin bu görevin yerine getirilmesine iştirak etmesi kamusal faaliyet değildir, dolayısıyla bu bireyler de kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Örneğin suçu ihbar eden kimsenin, suçu ihbar etmesi ya da nüfus kanunu gereğince doğum beyanı yapılması durumunda bu kişiler kamusal faaliyete iştirak etmiş sayılmazlar¹²².

Son olarak idari bir sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesi üçüncü kişilere devredilmişse artık hizmeti gören özel kişi ile idare arasında organik bir bağ bulunmamakta hizmet gören özel kişi, kamu güç ve yetkisini kullanamamaktadır. Bu nedenle idari bir sözleşme sonrasında hizmet gören kimsenin kamu hukuku usullerine göre kamusal faaliyete iştirak etmesi söz konusu değildir¹²³.

¹²⁰ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 494.

¹²¹ **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 38; **GÖKCAN/ ARTUÇ**, 52.

¹²² **GÖKCAN/ KAYMAZ**, s. 38.

¹²³ **GÖKCAN/ ARTUÇ**, s. 50-51.

E. ÖZEL KANUNLAR BAKIMINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

ETCK döneminde sadece kamu görevini yerine getirenlerin memur sayılması nedeniyle kamu kuruluşlarında görev yapan kamu hizmetlilerinin memurlar tarafından işlenen suçların faili olamayacakları sonucu ortaya çıkmaktaydı.

Bu sakıncanın giderilmesi için bazı personelin, çalıştıkları kuruluşların, kuruluş kanunları uyarınca “*memur sayılacakları*”, “*memur gibi cezalandırılacakları*” gibi düzenlemelere yer verilmişti. Kendi kuruluş kanunlarında bu tür özel hükümlerin bulunduğu personelle ilgili doktrinde iki görüş vardır:

İlk görüş uyarınca; TCK'nın 5. maddesinde yer alan “*Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*” hükmü doğrultusunda, genel hükümler arasında düzenlenen kamu görevlisi tanımı ceza sorumluluğunu düzenleyen özel ceza kanunları bakımından da geçerlidir. Bu durumda kuruluş kanunlarında yer alan kuruluş personelinin memur sayılacağı ya da memur gibi cezalandırılacağına ilişkin hükümler artık geçersizdir. Ancak bu noktada 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi önem taşımaktadır. Bu madde uyarınca “*Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere (genel hükümler) aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar geçerlidir.*” Bu tarihe kadar özel bir düzenlemeye gidilmemişse, TCK'nın 5. maddesi doğrultusunda özel kanunlarda

yer alan “*memur sayılır*”, “*memur gibi cezalandırılır*” şeklindeki hükümler geçersiz olacaktır¹²⁴.

Diğer bir görüşe göre; kuruluş kanunlarında yer alan “*memur sayılır*”, “*memur gibi cezalandırılır*”, biçimindeki ifadeler geçerliliğini korumaktadır. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 3/1. maddesi uyarınca “*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.*” Bu hüküm doğrultusunda TCK’nın 6/1-c maddesinin gerekçesi göz önüne alındığında bu kimseler kamu görevlisi gibi sorumlu tutulmalıdır, yani yapılan göndermeler geçerliliğini korumaktadır¹²⁵.

Bazı yazarlara göre; özel kanunlarda TCK’daki kamu görevlisi kavramını değiştiren yeni bir kamu görevlisi tanımı yapılmadığı ve bu personelin memur gibi cezalandırılacağı ya da memur sayılacağı düzenlendiği için, Yürürlük Kanununun geçici 1. maddesine aykırılık söz konusu değildir¹²⁶.

Yargıtay kooperatiflerle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında, özel kanunlarında “*devlet memuru*” gibi cezalandırılacağı belirtilen kimseleri bunların

¹²⁴ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 803; EVLİYAOĞLU, s. 86.

¹²⁵ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 755; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 58-59.

¹²⁶ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 59.

TCK'nın 6. maddesindeki tanım içine girip girmediklerine bakmaksızın, Yürürlük Kanununun 3/1. maddesi uyarınca kamu görevlisi olarak saymıştır¹²⁷.

Bu husustaki kanaatimizi açıklamadan önce belirtelim ki 23/ 01/ 2008 tarihli ve 5728 sayılı “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” hükümleri uyarınca bazı özel kanunlarda yapılan değişiklikler ile bazı kurumlarda çalışan personelin, birtakım suçlar bakımından kamu görevlisi sayıldığı, kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı ya da TCK uygulaması bakımından kamu görevlisi sayıldığı açıkça düzenlenmiştir¹²⁸. Bu düzenlemeler 31/ 12/ 2008 tarihinden önce yapıldığı için bu personelin cezalandırma açısından kamu görevlisi olarak kabul edilmesi iki görüş açısından da kaçınılmazdır.

Bize göre TCK'da yer alan kamu görevlisi tanımındaki kamusal faaliyet unsuru bu sorunun çözümünde bize yardımcı olacaktır. ETCK döneminde kendi kuruluş kanununda, personelinin memur sayılması gerektiği ya da memur gibi cezalandırılması gerektiği düzenlenen kuruluşların kamusal faaliyet gerçekleştirdiklerini söyleyebiliyorsak, bu durumda böyle bir tartışma içine girmeden, kamusal faaliyete iştirak eden herkes kamu görevlisi olacağından, bu

¹²⁷ Yar. 5. CD. , 24/ 09/ 2007 tarihli ve 7962/ 6671 sayılı kararı için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 802.

¹²⁸ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 62/3'te yer alan “*Devlet memurları gibi ceza görürler.*” ibaresi “*kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*” şeklinde değiştirilmiştir. Yine aynı değişiklikler için bkz. Noterlik Kanunu md.151, Grev ve Lokavt Kanunu md. 69, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu md. 76, Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun md. 7, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun md. 23. Daha fazla bilgi için bkz. **AYDIN**, s.123-126.

personeli gerek kendisinin işlediği suçlar gerekse kendisine karşı işlenen suçlar yönünden kamu görevlisi saymak gerekecektir.

Doktrindeki bu iki görüş kooperatifler, özel güvenlik hizmeti veren kuruluşlar gibi kamusal faaliyet yürütmeyen fakat kanununda özel hüküm bulunan kuruluşlar bakımından önem arz etmektedir. Eğer kamusal faaliyet yürütmeyen kuruluşların kanunlarında memur gibi cezalandırılırlar ya da memur sayılırlar biçiminde özel düzenlemeler varsa 5728 sayılı “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile gerekli bir takım değişiklikler yapılmamış bile olsa Yürürlük Kanunu md. 3 dikkate alındığında, bu tür personel ceza sorumluluğu bakımından kamu görevlisi sayılmalıdır. Bu kanunlarda farklı bir kamu görevlisi tanımı yapılmadığı için Yürürlük Kanununun geçici 1. maddesine aykırılık da söz konusu olmayacaktır¹²⁹. Bu durumda söz konusu kişiler kamusal faaliyet yürütmedikleri ve fakat kanunda bulunan özel hüküm gereği kendi işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi kabul edildikleri için, kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından TCK uygulamasında kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceklerdir. Ancak 23/ 01/ 2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun'la 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 23. maddesi değiştirilerek, özel güvenlik görevlilerinin kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları ve özel güvenlik görevlilerine karşı suç işleyenlerin kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacakları düzenlenmiştir¹³⁰.

¹²⁹ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 62.

¹³⁰ 5188 sayılı Kanun md. 23-“*Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*

Özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır.”

Kamusal faaliyet yürütmeyen bazı kuruluşların kanunlarında “*Kurumun malları devlet malı sayılır.*” veya “*Kurumun mallarını zimmete geçirenler veya kötüye kullananlar devlet mallarına karşı suç işleyenler gibi cezalandırılır.*” şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır. Devlet malına karşı suç işlenmesi devlete ait bir malı zimmete geçirmek ya da görevi kötüye kullanma niteliğindeki eylemlerde bulunmak mıdır? Ancak konumuz olan görevi kötüye kullanma suçu, devlet malına karşı işlenen suçlardan değil, kamu idaresinin güvenilirliğine karşı işlenen suçlardandır ve bu suçun faili sadece kamu görevlisi olabilir. Bu kuruluşların kamusal faaliyette bulunmadıklarını da düşünürsek, personeli kamu görevlisi değildir; bu bağlamda “*devlet malı gibi sayılma*” ifadesinin yanı sıra “*kamu görevlisi gibi cezalandırılma*” şeklinde bir düzenlemenin de yapılması durumunda fail görevi kötüye kullanma suçu gibi suçlardan sorumlu olabilecektir¹³¹.

Bu başlıkla ilgili açıklamalarımızı bitirmeden önce KİT'lere değinmek yerinde olacaktır. Bazı yazarlara göre; KİT'lerin kamu kurumu olarak kabul edilmesinde ölçüt, sermayesinin Devlete ait olması değildir. Bu teşekküllere kamu kurumu niteliği kazandıran ölçüt; yürüttükleri faaliyetin iktisadi ve ticarî alana müdahale mahiyetinde olması ve faaliyetlerinin de sadece özel hukuk hükümlerine tabi olmamasıdır. Bu teşebbüslerin genel müdür, yönetim kurulu üyeleri gibi personeli de kamu hukuku usûlüne göre tayin edilmektedir. Bu teşebbüslerle hizmetten yararlananlar arasındaki ilişki her ne kadar bir özel hukuk ilişkisi olsa da

¹³¹ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 62-63. Benzer düzenleme için bkz. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu md. 76-“*Odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar.*”

teşebbüslerin iç işleyişi kamu hukuku usullerine tabidir. KİT'lerin yönetiminde genel idarî usûller uygulanmaktadır. Nitekim Anayasada da KİT'lerin işleyişi bakımından genel idare esaslarının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle KİT'in işleyişine kamu hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes kamu görevlisidir. KİT personelinin gerek üretim süreci içindeki statülerinde, gerek teşebbüs ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde tamamen özel hukuk hükümlerinin geçerli olması söz konusu kurumların kamusal özelliğini ortadan kaldırmadığı için, KİT'lerin yürüttükleri hizmetin kamusal faaliyet olması nedeniyle, istihdam ettikleri personelin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekecektir.¹³²

399 sayılı KHK'nın md. 11/b uyarınca:

“Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli;

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

KİT'lerde çalışan memurlar, kadro karşılığı sözleşmeli olanlar, işçiler kamusal faaliyete kamu hukuku usulünce iştirak ettikleri için kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bir kararına göre, *“Posta dağıtıcısı olan sanığın posta gönderileri ile ilgili olarak 399 sayılı yasa gücünde kararnamenin 11/b maddesi ve Tebligat Yasası kapsamındaki görevini yapması nedeniyle de 7201 sayılı*

¹³² GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 215; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 107.

Tebliğat Yasasının 52, 57 maddeleri uyarınca 765 sayılı TCY uygulamasında "memur" sayılarak memur gibi cezalandırılması gerektiği gibi 5237 sayılı TCY. nin 5,6/c maddeleri gereği "kamusal faaliyete" katılması dolayısıyla kamu görevli olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹³³.” Bu karara göre de KİT’lerin faaliyeti bir kamusal faaliyettir, bu faaliyete iştirak edenler ise kamu görevlisidir.

V. SUÇUN MAĞDURU

Ceza hukuku bakımından, suçun mağduru ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlâl edilen, yani suçun konusunu oluşturan hukukî varlık ya da menfaatin sahibidir¹³⁴. Suçun mağduru aynı zamanda suçtan zarar görendir; ancak suçtan zarar gören kavramı, suçun mağdurunu da kapsayan daha geniş bir kavramdır.

Bir görüşe göre; her suçun ilk ve zorunlu mağduru devlettir¹³⁵. Her suç dolaylı da olsa, kamusal düzeni sağlamak için kurallar koyan devletin, kuralları koyarken gözettiği kamusal menfaati ihlâl etmektedir. Devlet de bu menfaatin sahibi olarak her suçun devamlı pasif süjesidir. Ancak suçun mağduru denilince suçtan doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi, topluluk veya devlet anlaşılmalıdır¹³⁶. Bu

¹³³ Yar. 4. CD. , 04/ 12/ 2004 tarihli ve 2081/17292 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 12/ 11/ 2013.

¹³⁴ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 95.

¹³⁵ **DEMİRBAŞ**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2007, s. 489.

¹³⁶ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 96.

bağlamda görevi kötüye kullanma suçu ile kamu idaresine ait hak ve menfaatler korunduğu, suçun mağduru kamu idaresidir¹³⁷.

Diğer bir görüşe göre; devletin ve tüzel kişilerin bir suçun mağduru değil, suçtan zarar göreni olabilecekleri; bu bağlamda “görevi kötüye kullanma” suçu gibi kamu idaresine karşı işlenen suçlarda, mağdurun devlet ya da kamu idaresi değil, toplumu oluşturan herkes olduğu kabul edilmektedir¹³⁸.

Bize göre, toplumu oluşturan herkes, suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği için, görevi kötüye kullanma suçunun mağdurunun “kamu idaresi” olduğunu kabul etmek gerekir.

¹³⁷ **SUCUOĞLU**, Arif Naci, Ceza Hukuku'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 28-29.

¹³⁸ **GÖKCAN**, s. 60; **MALKOÇ**, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2008, s. 2324.

İKİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

I. SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun maddi unsuru; hareket, netice ve hareketle netice arasındaki nedensellik bağından oluşmaktadır. Hareket geniş anlamda gerek kişinin iç dünyasına gerekse kişinin dış dünyasına ilişkin davranışlardan oluşur. Ancak ceza hukuku bakımından hareket sadece dış dünyada açığa çıkan insan davranışdır. Bu nedenle tamamen insanın iç dünyasına ilişkin davranışlar herhangi bir suçun konusunu oluşturmaz¹³⁹. Dış dünyada meydana gelen hareketler hem icrai hem de ihmali nitelikte olabilir. Bu hareketlerin dış dünyaya yansması sonucunda dış dünyada meydana getirdiği ve hukuk düzeninin cezai sonuçlar bağladığı değişiklik ise neticeyi oluşturmaktadır. Son olarak da bir suçun oluşması için hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulması gerekir. Meydana gelen netice ceza hukuku bakımından yaptırıma bağlanan hareketin neticesi olmalıdır.

Görevi kötüye kullanma suçunun hareket unsurunu, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması ya da görevinin gereklerini yerine getirmede ihmali veya gecikme göstermesi oluşturur. Kanunkoyucunun, görevi kötüye kullanma

¹³⁹ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 147; TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 113.

suçu açısından, birden çok hareket öngörmesi nedeniyle, görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketli suçlardandır¹⁴⁰. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kanunda belirtilen koşulların ortaya çıkmasına neden olması durumunda TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen suç; görevinin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstermek suretiyle kanunda belirtilen koşulların ortaya çıkmasına neden olması durumunda ise TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen suç oluşmaktadır. Her iki fıkradaki suçun oluşabilmesi için de kamu görevlisinin görev alanına giren bir hususta hareket etmesi gerekir. Kamu görevlisinin görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuat incelenerek, her somut olay açısından kamu görevlisinin kendisine çizilen görev ve yetkilerini aşıp aşmadığı saptanacaktır¹⁴¹.

Kamu görevlisinin yetkilerini aşması, yetkilerini kullanmaması, yaptığı işlemlerin şekil şartlarını yerine getirmemesi, işlemler için gerekli ön şartları dikkate almaması; görev gereği eli altında kullanılan araç ve eşyaları, paraları usulsüz veya amaç dışında kullanması gibi eylemler görevi kötüye kullanma suçunun hareket unsurunu meydana getirebilecektir¹⁴². Yapılan bir tanıma göre görevi kötüye kullanma, *“kamu görevlisinin görevini kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslardan başka surette ifa etmesidir”¹⁴³.*

¹⁴⁰ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 149.

¹⁴¹ ÇİÇEK, s. 34.

¹⁴² MALKOÇ, s. 2326.

¹⁴³ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 935.

Söz konusu icrai ve ihmali hareketler sonucunda “*kamu zararına*” ya da “*kişilerin mağduriyetine*” neden olunması veya “*kişilere haksız menfaat sağlanması*” durumunun, suçun unsuru olan netice mi yoksa objektif cezalandırılma şartı mı olduğu konusundaki tartışmalara daha sonraki başlıklarda değinilecektir.

Bu bölümle ilgili ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce görevi kötüye kullanma suçunun tali-tamamlayıcı norm özelliğinden de bahsetmemiz gerekir. Gerekçede de belirtildiği üzere kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ya da görevi ile ilgili ihmal veya gecikme göstermesi sonucunda başka suçlar oluşmuşsa, kamu görevlisi bu suça istinaden cezalandırılacaktır. Maddede “*daha ağır bir suça vücut vermedikçe*” denmediği için, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek özel bir hükmün konusu yapılmışsa, o düzenlemeye ilişkin yaptırımın görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin yaptırımdan daha ağır veya daha hafif olup olmadığına bakılmaksızın özel hüküm uygulanacaktır¹⁴⁴.

Görevi kötüye kullanma suçunun hareket unsurunu, görevin gereklerine aykırı hareket etmek ve görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek şeklinde ele alacağız.

¹⁴⁴ **PARLAR**, Ali/ **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. IV, Ankara 2008, s. 3625.

A. HAREKET

1. Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etmek

TCK'nın 257/1. maddesi uyarınca;

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi altı aydan iki yıla kadar, hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu düzenleme, ETCK'nın 240. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu ile 228. maddesinde düzenlenen keyfi muamele suçunun karşılığını oluşturmaktadır.

Söz konusu fıkra da belirtilen *“görevinin gereklerine aykırı hareket etmek”* icrai bir hareketi gerektirdiğinden, birinci fıkradaki suçun icrai hareketle işlenebileceğini söylemek yanlış bir değerlendirme olmaz. Maddenin ikinci fıkrasındaki suç ise ihmali hareketle işlenebilir. Böylece kanunkoyucu ETCK dönemindeki görevi ihmal-görevi kötüye kullanma suçu ayrımını da terk etmiştir.

Görevin gereklerine aykırı hareket etmek YCGK'nın vermiş olduğu bir kararda; *“memurun kendisine görevi nedeni ile tanınan güç ve yetki sınırlarını aşacak şekilde hareket etmesi, görevini yaparken kanunun öngördüğü usul-şekil gibi formalitelere uymayarak yetkisini aşması, kanunun öngördüğü takdir hakkını amacı*

dışında kullanması yahut üstlerinin kanuna aykırı nitelikteki emirlerini yerine getirmesi halleri” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁵.

Görevin gereklerine aykırılık, “*kamu görevlisine kamunun yararına kullanılması için verilen yetkinin, kamu görevlisi tarafından göreviyle ve kamunun yararına olarak değil, özel menfaat güdülerek kötüye kullanılması*” olarak da tanımlanmaktadır¹⁴⁶.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşıldığı üzere, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğini kabul edebilmek için öncelikle kamu görevlisinin gerçekleştirdiği hareket ile görevi arasında nedensellik bağı bulunması ve kamu görevlisinin gerçekleştirdiği hareketin çeşitli mevzuatlarla çizilmiş olan sınırlara aykırılık teşkil etmesi gerekir.

a. Kamu Görevlisinin Gerçekleştirdiği Hareket ile Görevi Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görev alanına giren bir iş veya fiilin bulunması gerekir. Failin gerçekleştirdiği hareket ile görevi arasında bir nedensellik bağı yoksa, hukuken sahip olunmayan bir görevin veya yetkinin iyiye ya da kötüye kullanılması söz konusu olamayacağından, görevi

¹⁴⁵ YCGK. , 06/ 11/ 1961 tarihli ve 113/ 119 sayılı kararı için bkz. **ÇİÇEK**, s. 39.

¹⁴⁶ **KARTAL**, s. 1382.

kötüye kullanma suçu oluşmaz¹⁴⁷. Gerçekten de görevi kötüye kullanma suçunun ön şartı olarak failin yapmadığı veya geciktirdiği işlemin kendi görevine giren, görevi itibariyle yapmak veya geciktirmemekle yükümlü bulunduğu bir işlem olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Kamu görevlisinin görevinin kapsamını sadece kamu görevlisiyle kamu idaresi arasındaki ilişkiden yola çıkarak değil; dar anlamda kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemlerle belirlemek gerekir¹⁴⁹. Bir kamu görevlisinin söz konusu idari işlemlerle belirlenen görev alanına ilişkin tasarruflarda bulunmayıp başka bir kamu görevlisinin görev alanına giren tasarruflarda bulunması durumunda görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz; ancak TCK'nın 262. maddesinde düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ya da disiplin suçu oluşabilir¹⁵⁰.

YCGK vermiş olduğu bir kararda bu durumu şu şekilde değerlendirmiştir:
“...Bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışı disiplin cezasını gerektirebilirse de görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü

¹⁴⁷ GÖKCAN, s. 63-64; OKUYUCU ERGÜN, s. 7-8.

¹⁴⁸ ERMAN/ ÖZEK, s. 61.

¹⁴⁹ ERMAN/ ÖZEK, s. 156.

¹⁵⁰ ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 934.

hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemeyecektir...¹⁵¹”

YCGK vermiş olduğu bir kararda, yürütülen bir soruşturmaya müdahale eden ağır ceza mahkemesi üyesi olan sanığın, suç tarihi itibarıyla nöbetçi sulh ceza mahkemesi hâkimliği görevinin bulunmaması, dolayısıyla söz konusu soruşturma işlemleriyle ilgili olarak herhangi bir görevinin ve yetkisinin bulunmaması ve olaya ilişkin yargılamaya da katılmamış olması nedeniyle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağını belirtmiştir¹⁵². Başka bir kararında ise; kamu görevlisi olan sanığa, tevdi edilen bir görev olmadığı için görevi kötüye kullanma suçunun oluşmadığını belirtmiştir¹⁵³

¹⁵¹ YCGK. , 09/ 07/ 2013 tarihli ve E. 2012/ 5-1339, K. 2013/ 347 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi 08/ 12/ 2013.

¹⁵² YCGK. , 26/ 02/ 2013 tarihli ve E. 2012-425, K. 2013/ 67 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, 15/ 12/ 2013.

¹⁵³ “Görevi kötüye kullanma suçunda uyumsuzluk, suç tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı müsteşarı olan sanığın bu suçu işleyip, işlemediğinin belirlenmesine ilişkindir. Katılan, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Eğitim Bakanı imzalı üçlü kararname ile başka bir göreve atanmak üzere Milli Eğitim Müdürlüğünden alındığını, Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün kararı ile katılanın Çıracılık ve Yaygın Eğitim Genel Müdürlüğü Ankara Yaygın eğitim Enstitüsü sınıf öğretmenliğine atandığını, kararnamenin iptali istemiyle açılan davayı inceleyen İdare Mahkemesince davanın kabulüne, katılanın Milli Eğitim Müdürlüğünden alınmasına ilişkin kararnamenin iptaline karar verildiği belirtilmiştir. Mağdurun gerek alındığı gerekse atandığı görevler, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Yasanın 2. maddesi uyarınca müşterek kararname ile atanmayı gerektiren görevlerdendir. Üçlü imzayı gerektiren müşterek kararnamelerin, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından önce incelenerek ve yapılan denetim sonucu hukuka uygunluğu saptanarak imzalandığı ve ardından Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girdiği nazara alındığında, sanık müsteşarın bu kararnamenin hazırlanmasında icrai bir görevi bulunmamaktadır. Yargılamaya konu atama işleminde, icrai hareketlerin, imza yetkisi bulunanlarca yapılabileceği açıktır. Kararname taslağında sanığın imzası bulunmamakla birlikte, sanığın müsteşarı bulunduğu Milli Eğitim Bakanlığında hazırlanması suç teorisi yönünden icrai hareket niteliğinde değil, hazırlık hareketi mahiyetinde bir eylemdir. Zira işleme hayatiyet kazandıracak olan üçlü imza gerçekleşmedikçe önceki hazırlığın ihlal ettiği bir hukuki yarardan söz edilemeyecek, hazırlık hareketi mahiyeti arz eden bu davranış görevde yetkiyi kötüye kullanma yönünden bir yaptırımı gerektirmeyecektir. Bu nedenle, Özel Dairece sanığın görevi kötüye kullanma suçundan beraatine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” YCGK. , 26/ 06/ 2012 tarihli ve E. 2012/4-265, K. 2012/ 246 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 15/ 12/ 2013. Aynı nitelikte YCGK. , 26/ 02/ 2013 tarihli ve E. 2012/4-425, K. 2013/ 67 sayılı kararı için bkz. KOCA, s. 572-575.

b. Kamu Görevlisinin Gerçekleştirdiği Hareketin Görevinin Gereklere Aykırılık Oluşturması

Kamu görevlisinin görev alanına giren hususta gerçekleştirdiği hareketin görevin gereklere aykırılık oluşturması gerekir. Görevin gereklere aykırılık; kamu görevlisinin içerisinde bulunduğu kamusal faaliyetle ilgili olarak kullanmak durumunda olduğu ve görevin yapılması için verilen yetkiyi görevin gereklere uygun olmayacak şekilde yerine getirmesidir¹⁵⁴. Esasen görev, kamu görevlisine çeşitli mevzuat kapsamında kamu otoritesi tarafından verilmiş yetki aracılığıyla yerine getirildiği için, kötüye kullanılan şey görev değil, görevin sağlamış olduğu yetkidir¹⁵⁵. Yargıtay 5. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda: *“Görevi Kötüye Kullanma suçunda, kötüye kullanılan bizzat görev değil kamu görevlisinin sahip olduğu yetkidir. Kamu görevlisinin kendi görev alanına giren yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle mevzuat ve etik kuralların öngördüğü usul ve esaslardan farklı bir biçimde yapması görevde yetkinin kötüye kullanılmasıdır.”* diyerek bu hususa vurgu yapmıştır¹⁵⁶.

Kamu görevlisinin görevinin gereklere nelerden ibaret olduğu, yürüttüğü kamusal faaliyete ilişkin kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemlerle belirlenebileceği gibi bu tür düzenleyici işlemlerin dışında idari usul ve

¹⁵⁴ GÖKCAN, s. 66.

¹⁵⁵ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 194.

¹⁵⁶ Yar. 5. CD. , 23/ 02/ 2007 tarihli ve 8/ 2 sayılı kararı için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 812.

geleneklerle de belirlenebilir¹⁵⁷. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için de kamu görevlisinin kapsamı bu şekilde belirlenmiş olan görevinin gereklerine aykırı davranması gerekir.

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan yetkiyi kötüye kullanması ile kamu görevlisi sıfatını kötüye kullanmasının birbirine karıştırılmaması gerekir. Zira kanunkoyucu görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevlisinin, kamu görevlisi sıfatını kötüye kullanmasını suç olarak düzenlememiş sadece görevin gereklerine aykırı hareketleri suç kapsamına almıştır. Bu bağlamda kamu görevlisi sıfatının kötüye kullanılması, kamu görevlisinin görev alanına giren konular dışında kalan hususlara ilişkindir. YCGK vermiş olduğu bir kararda bu hususa değinerek *“Muhtar olan sanığın, memuriyet unvan ve nüfuzunu kötüye kullanarak, görevine girmedığı hâlde, Arsa Ofisine ait taşınmazı başkasına kullandırması, muhtarlık sıfatının kötüye kullanılmasıdır. TCY.240. maddesinde görevin kötüye kullanılması cezalandırılmış, sıfatın kötüye kullanılması müeyyide altına alınmamıştır.”* şeklinde karar vermiştir¹⁵⁸. Kamu görevlisinin, kamu görevlisi sıfatını kötüye kullandığı bu gibi durumlarda görevi kötüye kullanma suçu oluşmasa da TCK'nın 255. maddesinde düzenlenen nüfuz ticareti suçu gibi başkaca suçlar oluşabilir ya da söz konusu hareket disiplin hukukunu ilgilendiren bir boyutta kalabilir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ ERMAN/ ÖZEK, s. 158; GÖKCAN, s. 66; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, s. 935.

¹⁵⁸ PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 3625

¹⁵⁹ ERMAN/ ÖZEK, s. 209-210.

Uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan “görevin gereklerine aykırı hareket etmek” olarak kabul edilebilecek davranışlar şu şekildedir¹⁶⁰:

- Görev nedeniyle kullanılan yetkilerin aşılması.
- Düzenleyici işlemlerle ya da idari usul ve geleneklerle belirlenen usul ve şekle uyulmaması.
- Takdir yetkisinin açıkça amaca aykırı kullanılması.
- Yargı kararlarına uyulmaması.
- Görevin gerektirdiği ön koşullara uyulmaması.
- Görev sebebiyle kullanılması gerekli eşyanın usulsüz olarak kullanılması.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinin ceza hukukunu mu yoksa disiplin hukukunu mu ilgilendirdiğinin tespiti konumuz açısından son derece önemlidir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi sonucunda kanunda öngörülen “kişilerin mağduriyeti”, “kamunun zararı” ya da “kişilere haksız menfaat sağlanması” söz konusu olmamışsa, kamu görevlisinin hareketi disiplin hukukunu ilgilendirir. Buna rağmen bazı durumlarda disiplin hukukunu ilgilendiren hareketlerden sonra da kanunda yer alan koşullar gerçekleşmiş olabilir¹⁶¹. Bu nedenle sadece hareketlerin meydana getirdiği sonuç merkeze alınarak bir eylemin disiplin hukukunu mu yoksa ceza hukukunu mu ilgilendirdiğini söyleyemeyiz. Bu bakımdan da öncelikle “Ceza Hukuku” ve “Disiplin Hukuku” arasındaki ilişkiyi ve farklılığı ortaya koymak gerekir.

¹⁶⁰ GÖKCAN, s. 67; MALKOÇ, s. 2326.

¹⁶¹ GÖKCAN, s. 77-78.

Disiplin hukuku kamu hizmetinin usul ve yasaya uygun yürütülebilmesi için, ilgili kamu kuruluşunun çalışanını bağlayıcı niteliktedir ve kurumun iç işleyiş düzenini korumayı amaçlar. Buna karşın ceza hukuku genel toplumsal düzeni korumayı ve sağlamayı hedefler. Bu bağlamda da kamu görevlisinin salt bağlı olduğu idari yapı ile olan ilişkisinden doğan yükümlülükler ya da meslek etiğine aykırı davranışlarda bulunması disiplin hukukunu ilgilendiren bir durum olup görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz¹⁶². Örneğin bir memurun işe gelmemesi veya görev yerini terk etmesi daha çok kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kurumun işleyişini bozduğu için disiplin hukukunu ilgilendirir; ancak avukatın müvekkiline ait duruşmaya özürsüz katılmaması kamu düzenini bozduğu için ceza hukukunu ilgilendirir¹⁶³.

Bununla birlikte YCGK vermiş olduğu bir kararda Cumhuriyet Savcısı olan sanığın, tutuklunun yakınıyla restoranda yemek yiyip konuşması ve ona avukat tavsiye etmesi eyleminde, “...Sanık bu aşamada, görevinin gerektirdiği davranış biçimlerini terk etmiş, görevi adalete hizmet etmek olan bir kamu görevlisinin olmazsa olmaz ilkeleri arasında sayılan bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, eşitlik ve dürüstlük gibi evrensel etik kuralları hiç sayarak savcılık görevinin gereklerine aykırı davranmıştır. Nitekim sanığın bu davranışı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası’nda da hakimlik ve savcılık görevinin gereklerine aykırı görülerek disiplin cezasına bağlanmıştır. Tüm bu nedenlerle, sanık S...Ü..’in anılan eyleminin Cumhuriyet Savcısının yerine getirdiği kamu görevi ile

¹⁶² PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 3625; GÖKCAN, s. 66.

¹⁶³ GÖKCAN, s. 79.

bağdaşmadığı rahatlıkla ifade edilebilir...” şeklinde tespit edilerek, meslek etiği ilkelerine uyulmaması durumunda da bu suçun işlenebileceğine karar verilmiştir¹⁶⁴.

Bize göre YCGK'nın vermiş olduğu karar yerinde olmamıştır. Çünkü kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ettiğinden söz edebilmek için yukarıda da açıklandığı gibi kamu görevlisinin görevinin gereklerinin nelerden ibaret olduğu, yürüttüğü kamusal faaliyete ilişkin kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemlerle belirlenebileceği gibi bu tür düzenleyici işlemlerin dışında idari usul ve geleneklerle belirlenebilir. Ayrıca sanık söz konusu eylemi görevinden doğan yetkiyi kötüye kullanarak değil, kamu görevlisi sıfatını kötüye kullanarak gerçekleştirmiştir. YCGK'nın söz konusu kararında belirttiği gibi meslek etiği kurallarına aykırılığın görevin gereklerine aykırı hareket kapsamında değerlendirilmesi durumunda disiplin hukukunun alanı daralacak ve disiplin hukukunu ilgilendirmesi gereken kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine aykırı nitelikteki davranışları görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir. Söz konusu karardaki¹⁶⁵ çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerin görüşüne göre; *“...Sanık Cumhuriyet Savcısı avukat tavsiye ederken görev alanına giren bir yetki kullanmadığı gibi bu konuda herhangi bir tasarrufta da bulunmamıştır. Burada nüfuz kullanıldığını dahi söylemek zordur... Kanımızca C.Savcısı, sanığın tutuklunun yakınıyla restoranda yemek yiyip konuşması ve ona avukat tavsiye etmesi ile saygınlık, güven duygusunu sarsması, görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı*

¹⁶⁴ YCGK. , 20/ 11/ 2007 tarihli, E. 2007/ 5-83, K. 2007/ 244 sayılı kararı için bkz. **MERAN**, Necati, Zimmet ve 3. Yargı Paketindeki En Son Değişiklikleriyle Rüşvet-İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2012, s. 397-409.

¹⁶⁵ Bkz. Dipnot 164'de yer alan YCGK. , 20/ 11/ 2007 tarihli ve E. 2007/5-83, K. 2007/ 244 sayılı kararı.

*kanısını uyandırması nedeniyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 62, 65/a, 68. maddelerine uyan **disiplin cezasını gerektirir nitelikteki fiilleri işlemiş olmaktadır.***”

Kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevinde sahip olduğu takdir yetkisini kötüye kullanması durumunda da görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Kamu görevlisi takdir yetkisine sahip olduğu işlemlerde bu yetkisini kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde objektif, tarafsız şekilde kullanılmalıdır. Bununla birlikte kamu görevlisinin görev gereği sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken yanılması her zaman mümkündür. Ancak yanılma durumunu görevin gereklerine aykırı hareket etmek olarak kabul edersek, maksada uygun davranma konusunda kamu görevlilerinin çekingen davranmaları, idarenin eylem ve işlemlerinin seri bir şekilde yürüyememesi tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle salt takdir yetkisinde yanılma, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz; ancak takdir yetkisinin açık bir şekilde amaca aykırı olarak bir takım kişisel hırs ve duygulara dayanarak kötüye kullanılması görevin gereklerine aykırı hareket etmek anlamına geleceğinden görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturacaktır¹⁶⁶.

2. Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermek

TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca;

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat,

¹⁶⁶ GÖKCAN, s. 68.

sağlayan kamu görevlisi üç aydan bir yıla kadar, hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu düzenleme ETCK'nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunun karşılığını oluşturmaktadır.

Kamu görevlisinin görevinin gerekliliklerini yerine getirmemesi ya da geç yerine getirmesi durumunda ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Yargıtay kararlarına göre de görevi yapmama veya geciktirme hareketi ihmali nitelikte yani yapmama şeklinde bir davranışla işlenmekte, yetkiyi kötüye kullanma suçu ise icrai bir davranışla işlenmektedir¹⁶⁷. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, *“Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı bir biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur.”* şeklinde tespitte bulunarak, söz konusu ayrımı dikkate almıştır¹⁶⁸.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği hareketle görevi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ayrıca görevi gereği belli bir davranışta bulunma yükümlüğünü ihmal etmeli ya da yükümlülüğünü yerine geç getirmelidir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerinin ne olduğuna ilişkin yukarıdaki başlıkta yaptığımız açıklamalar bu fıkra

¹⁶⁷ YCGK. , 18/ 10/ 2005 tarihli ve 96/118 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 106.

¹⁶⁸ Yar. 4. CD. , 25/ 01/ 1996 tarihli ve 7876/ 591 sayılı kararı için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 942.

için de geçerlidir. Dolayısıyla kamu görevlisinin ihmal ettiği veya geciktirerek yaptığı işin görevine ilişkin olmaması durumunda TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen suç oluşmaz¹⁶⁹.

Ayrıca yine yukarıdaki başlık altında açıklandığı gibi kamu görevlisinin yerine getirmesi gereken görev, bir kamu görevi olmayıp da salt idare ile arasındaki ilişkinin bir gereği ise ve kamu görevlisi bu şekilde davranmayıp kurum düzen ve disiplinini bozucu davranışlarda bulunursa bu fıkradaki suç oluşmayıp disiplin suçu söz konusu olur. Yargıtay kararlarına göre, sağlık ocağı hekimi olan sanığın arandığında o anda bulunamamaktan ibaret eylemi¹⁷⁰, İlçe Sağlık Grup Başkanvekili olan sanığın, özürsüz olarak 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı törenine katılmama ve çelengini memurla gönderme biçimindeki eylemi¹⁷¹, nöbetçi tutanak kâtibinin özürsüz olarak göreve gelmemekten ibaret eylemi¹⁷², görevi ihmal niteliğinde olmayıp disiplin soruşturmasını gerektirir.

Sonuç olarak TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin sınırları çeşitli mevzuatlarla veya idari usullerle çizilmiş olan görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi gerekir.

¹⁶⁹ **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 943.

¹⁷⁰ Yar. 4. CD. , 27/ 05/ 2002 tarihli ve 6968/ 9427 sayılı kararı için bkz. **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3635; **GÖKCAN**, s. 106.

¹⁷¹ Yar. 4. CD. , 05/ 06/ 2002 tarihli ve 8553/ 10478 sayılı kararı için bkz. **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3635; **GÖKCAN**, s. 106.

¹⁷² Yar. 4. CD. , 28/ 10/ 1997 tarihli ve 8775/ 9096 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 106.

a. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereğini Yapmakta İhmal Göstermesi

Kamu görevlisinin görevinin gereklerini bilerek ve isteyerek yapmaması ihmaldir. “Görevin gereklerini yapmama” kavramı ETCK’nın 230. maddesinde yer alan “görevini yapmaktan savaşıma” kavramı ile aynı anlamdadır¹⁷³.

İhmal, “göreve giren bir işin yapılması gerektiği bilindiği halde söz konusu görevi hiç yapmamak ya da gereken ölçüde yapmamak şeklindeki pasif davranışlardır. Kamu görevlisi o suç bakımından hareketsiz kalmaktadır¹⁷⁴.” Bu bağlamda, Yargıtay 4. Ceza Dairesi’ne göre, “Alacaklı vekili olan sanığın, Asliye Hukuk Mahkemesince verilen görevsizlik kararı üzerine 10 günlük yasal süre içinde görevli Asliye Ticaret Mahkemesine başvurmamak suretiyle davanın açılmamış sayılmasına yol açarak, katılanların mağduriyetine neden olma biçimindeki eylemi¹⁷⁵”, “Köy muhtarı olan sanığın köy gelir ve giderlerini düzgün bir şekilde deftere kaydetmeyip, borçları zamanında ödemeyerek, gecikme faizine yol açarak kamu idaresini zarara uğratması eylemi¹⁷⁶”, görevi ihmal kapsamına girer.

¹⁷³ GÖKCAN, s. 107.

¹⁷⁴ MALKOÇ, s. 2334.

¹⁷⁵ Yar. 4. CD. , 01/ 11/ 2007 tarihli ve 3895/ 8653 sayılı kararı için bkz. YALVAÇ, Gürsel, Karşılaştırmalı Gerekeçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, s. 1437.

¹⁷⁶ Yar. 4. CD. , 01/ 11/ 2006 tarihli ve 7913/ 15671 sayılı kararı için bkz. YALVAÇ, s. 1450.

Kamu görevlisinin görevini belirli bir biçimde yerine getirmesi gerekirken, görevini başka bir şekilde yerine getirmesi durumunda TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen suç mu yoksa 257/2. maddesinde düzenlenen suç mu oluşur¹⁷⁷?

Bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Kamu görevlisi görev gereği yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte bu işlemin yapılması için gerekli olan yöntemi uygulamamışsa ve icrai bir hareket gerçekleştirmemişse, bu durumda görevi kötüye kullanma suçu ihmali davranışla işlenmiştir; ancak kamu görevlisi görev gereği yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte bu işlemin yapılması için gerekli olan yöntemi icrai hareketlerle uygulamamışsa görevi kötüye kullanma suçu icrai davranışla işlenmiştir¹⁷⁸. Nitekim, Yargıtay uygulamasında da bu ikili ayırım kabul edilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, “*PTT Başmüdürlüğünde gişe memuru olan sanığın, yönteme aykırı bir biçimde APS gönderisini kontrol etmeden kabul etmekten ibaret eyleminin TCY'nın 230. maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan aynı yasanın 240/2. maddesiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır*¹⁷⁹.” şeklinde karar vererek, söz konusu işlemi gerekli yöntemi uygulamayarak gerçekleştiren kamu görevlisinin aktif bir davranışı söz konusu olmadığı için görevi kötüye kullanma suçunun ihmali davranışla işlendiğini kabul etmiştir. Ancak Yargıtay 4. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir başka kararda “*Sanığın*

¹⁷⁷ Söz konusu ayırımın zorluğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **ERMAN/ ÖZEK**, s. 213-214.

¹⁷⁸ **GÖKCAN**, s. 107; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 823-824.

¹⁷⁹ Yar. 4. CD. , 22/ 02/ 2005 tarihli ve 13734/ 1280 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 107.

tebliği, muhatab yerine aynı çatı altında oturmayan yakınına yapması biçimindeki aktif eyleminin TCY'nin 240/1. maddesine uyduğu gözetilmeden aynı yasanın 230/1. maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır¹⁸⁰.” tespitinde bulunarak, kamu görevlisinin, kamu görevini yapması gereken yöntemin dışında icrai hareketlerle gerçekleştirmesi durumunda görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketle işlendiği sonucuna varmıştır.

Kamu görevlisinin yapmakla zorunlu olduğu görev kendisiyle ya da akrabasıyla ilgili olan işlere ilişkinse, görevin yerine getirilmemesi durumunda yine ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Çünkü suçun koruduğu hukuksal yarar kamu idaresine duyulan güvendir. Buna rağmen Yargıtay bazı eski tarihli kararlarında kendisi ve yakınları aleyhinde görevi gereği işlem tesis etmeyen kamu görevlisinin eylemini suç kabul etmemekteydi. Bu husus Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda; *“Hiçbir memur için baba ve kardeşinin suçları itibariyle muamele yapmak vazife ve selahiyetinin mutasavver olamayacağı gözetilmeden (Babasına ait arazi etrafında yaş orman ağaçları ile çevrili bulunduğunu gördüğü halde hadiseyi bir tutanakla yetkili merciye bildirmemek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan sanık) hakkında mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur¹⁸¹.*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak Yargıtay son zamanlarda vermiş olduğu kararlarda bu görüşünü değiştirmiştir¹⁸². Aksi halde örneğin bir trafik polisinin kırmızı ışıkta geçen birinci derece yakınları aleyhinde yine orman

¹⁸⁰ Yar. 4. CD. , 27/ 03/ 2001 tarihli ve 2710/ 3202 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 108.

¹⁸¹ Yar. 4. CD. , 25/ 05/ 1949 tarihli ve 6664/ 7985 sayılı kararı için bkz. **YAVUZ**, Nihat, “*Memurluk Görevinin İhmâl ve Suiistimali Suçlarında Memurun Kendi Aleyhine Muamele Yapma Meselesi*”, ABD. , S. 6, 1979, s. 1125

¹⁸² Yar. 4. CD. , 06/ 11/ 1997 tarihli ve 9115/ 9567 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 70.

muhafaza memurunun ormanda ağaç kesen birinci derece yakınları aleyhinde görevi gereği işlem tesis edemeyeceğinin kabulü, görevi kötüye kullanma suçunun özüne aykırı bir durum ortaya çıkarır¹⁸³.

b. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereğini Yapmakta Gecikme Göstermesi

Kamu görevlisinin görevinin gereğini yapmakta gecikme göstermesi ETCK'nın 230. maddesinde düzenlenen suçta yer alan "*görevini yapmakta gecikme gösteren*" ifadesini karşılamaktadır¹⁸⁴. Görevin gereğini yapmakta gecikme, kamu görevlisinin görevi zamanında yapmamasıdır¹⁸⁵.

Kamu görevlisinin görevinin gereğini yapmakta gecikme göstermesinin, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilmesi için söz konusu görevin belirli bir sürede yerine getirilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunması gerekir. Bu süre, mevzuatla belirlenebileceği gibi mevzuatta bir sürenin belirlenmediği durumlarda; görevle ilgili kurallar, idari düzenlemeler, geleneklerle belirlenen süre ya da söz konusu görevin yerine getirilebileceği makul süredir¹⁸⁶. Sonuç olarak mevzuat ya da amirin emrinde görevin yerine getirilmesi gereken süre kesin olarak belirlenmiş

¹⁸³ GÖKCAN, s. 70.

¹⁸⁴ GÖKCAN, s. 108.

¹⁸⁵ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 182.

¹⁸⁶ ERMAN/ ÖZEK, s. 158; OKUYUCU ERGÜN, s. 23.

olmasa da, görevin niteliği ve somut olayın özelliklerine göre bu suçun oluştuğu söylenebilir¹⁸⁷.

Yargıtay kararlarına göre makul süre, “ *kabul edilebilir süredir*”¹⁸⁸. Makul sürenin belirlenmesinde bazı düzenlemelerden hareket edilebilir. Örneğin 5271 sayılı CMK’nın ilgili hükümleri uyarınca iddianamenin sanığa duruşma gününden en az bir hafta önce tebliğ edilmesi gerekir. Ancak bu açık düzenlemeye rağmen kasıtlı bir şekilde duruşma gününden iki gün önce iddianamenin tebliğe çıkarılması durumunda görevin gereklerinin yerine getirilmesinde gecikme gösterilmiştir. Aynı şekilde görevin yerine getirilmesi için makul sürenin belirlenmesinde kamu görevlisinin diğer görevlerinin sayısı ve yoğunluğunun, söz konusu göreve dair birtakım özel durumların da dikkate alınması gerekir¹⁸⁹.

Bazı durumlarda kamu görevlisi mevzuata göre ya da yukarıda anlatılan şekillerde belirlenmiş olan sürelerde çeşitli işlemler yapmakla birlikte, sonucu sağlayan etkin işlemler zamanında gerçekleştiremeyebilir. Bu gibi durumlarda da kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta gecikme gösterdiği kabul edilir¹⁹⁰.

Yargıtay kararlarına göre; icra müdürü olan sanığın yönergeyle, yerine getirilmesi istenilen tapu kayıtları üzerinde haciz işlemini 4 ay sonra yaparak

¹⁸⁷ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 823.

¹⁸⁸ Yar. 4. CD. , 19 /06/ 2000 tarihli ve 2778/ 5353 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN, s. 110.

¹⁸⁹ GÖKCAN, s. 110.

¹⁹⁰ MALKOÇ, s. 2335.

görevini savsaması¹⁹¹; Çukobirlik avukatı olan sanığın açılması gereken davayı kabul edilebilir süre içinde açmaması, ayrıca O. Ticaret mahkemesinin... sayılı dosyasında kurum aleyhine verilen kararı temyiz etmesi için dosya kendisine gönderildiği halde bu işlemi de yapmaması¹⁹²; başkomiser olan sanığın disiplin soruşturması yapmak için 11/ 04/ 2001 tarihinde görevlendirildiği halde, soruşturma dosyasını ilgili Teftiş Kurulu'na 10/ 07/ 2002 tarihinde sunmak suretiyle, yapılacak işin özelliğine göre soruşturmayı makul süre içerisinde tamamlamayarak disiplin soruşturmasının zamanaşımına uğramasına neden olması¹⁹³; Cumhuriyet Savcısının dönem içinde sorumlu olduğu dosyalardan 87 adet soruşturma evrakında 2 aydan 2 yıl 1 aya varan sürelerle hiçbir işlem yapmaması¹⁹⁴; belediye başkanı olan sanığın, yakınana verilen 1/ 18 oranındaki maaş kesme cezasının idare mahkemesince iptal edilmesine karşın, kesilen para cezasının iadesi için katılanın yaptığı başvuruyu bir yıldan fazla süre geçmesine karşın yerine getirmemesi¹⁹⁵; doktor olan sanığın acil servise müracaat eden katılanın kusmalarının olduğunun kendisine bildirilmesine karşın, hastaneye gitmeyip, nöbetçi doktordan bazı işlemleri yapmasını istemesi sonucunda hastanın başka hastaneye sevk edilmesi zorunluluğunun doğması¹⁹⁶

¹⁹¹ Yar. 4. CD. , 28/ 05/ 2002 tarihli ve 7492/ 9487 sayılı kararı için bkz. **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3633.

¹⁹² Yar. 4. CD. , 19/ 06/ 2000 tarihli ve 2788/ 5353 sayılı kararı için bkz. **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3634.

¹⁹³ Yar. 4. CD. , 25/ 04/2007 tarihli ve 1995/ 3943 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 111.

¹⁹⁴ YCGK. , 13/ 03/ 2012 tarihli ve 201/87 sayılı kararı için bkz. **ALBAYRAK**, Mustafa, Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Öz Kitap, Ankara 2012, s. 807-808.

¹⁹⁵ Yar. 4. CD. , 21/ 06/ 2006 tarihli ve 7681/ 12909 sayılı kararı için bkz. **YALVAÇ**, s. 1450.

¹⁹⁶ Yar. 4. CD. , 22/ 02/ 2011 tarihli ve E. 2009/ 547, K. 2011/ 2152 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 596.

eylemleri kamu görevlisinin görevini yapmakta gecikme göstermesine örnek teşkil eder.

B. KİŞİLERİN MAĞDURİYETİNE VEYA KAMUNUN ZARARINA NEDEN OLMAK YA DA KİŞİLERE HAKSIZ BİR MENFAAT SAĞLAMAK

TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmesi ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi sonucunda kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olması ya da kişiler haksız bir menfaat sağlaması gerekir. 5237 sayılı TCK, ETCK'dan farklı olarak görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için kamu görevlisinin icrai veya ihmali hareketlerini yeterli görmemiş, bu hareketlerin yanı sıra belli sonuçların ortaya çıkmasını aramıştır¹⁹⁷.

Madde gerekçesinde bu sonuçlar özet olarak, *“Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşınması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturulabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da*

¹⁹⁷ OKUYUCU ERGÜN, s. 11.

kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.” şeklinde ifade edilmiştir¹⁹⁸.

Bu üç unsurun görevi kötüye kullanma suçunun neticesi mi yoksa, objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu konusu tartışmalıdır.

Objektif cezalandırılabilme şartları, bir tanıma göre; *“Suç tipinin dışında bulunan, failin hareketinin hukuka aykırılığına bir etkisi olmayan, kusurluluğun kapsamı içinde bulunması aranmayan, failin tipiklikte hareketi ile nedensellik bağı içinde bulunmayıp, başkası tarafından gerçekleştirilen şartlardır¹⁹⁹.”*

Objektif cezalandırılabilme şartları, suç oluşturan eylemle doğrudan doğruya ilişkili bulunmalarına rağmen, hukuka aykırılık ve kusurluluk kavramı içine girmeyen olgulardır²⁰⁰. Bu nedenle cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi tipe uygun ve kusurlu bir hareketi hukuka aykırı hale getirmez, sadece tipe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı hareketi cezalandırılabilir hale getirir; devlet, tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareketin cezalandırılması için, objektif şartın gerçekleşmesini bekler²⁰¹. Bu şartların gerçekleşmesi için kamu görevlisinin kasıtlı veya taksirli bir davranışta bulunması gerekmez²⁰². Ayrıca objektif

¹⁹⁸ MERAN, s. 415.

¹⁹⁹ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1989, s. 420.

²⁰⁰ İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Ankara 2013, s. 16.

²⁰¹ ÖNDER, Genel Hükümler, s. 420.

²⁰² GÖKCAN, s. 80-81.

cezalandırılabilme şartları, suçun unsurlarının dışında kalan, kişisel cezasızlık nedenleri, kovuşturma koşulları gibi koşullardan da farklıdır²⁰³.

Objektif cezalandırılabilme şartları doktrinde, suçun bütün unsurları ile tamam olmasından sonra söz konusu olan ve suçtan dolayı failin ceza görmesine imkân veren hususlar²⁰⁴, suç tipinin dışında bulunan, failin hareketinin hukuka aykırılığına bir etkisi olmayan, kusurluluğun kapsamı içinde bulunması aranmayan, failin tipiklikte belirtilen hareketiyle nedensellik bağı içinde bulunmayıp, başkası tarafından gerçekleştirilen şartlar²⁰⁵, olarak tanımlanmıştır.

Bir görüşe göre; cezalandırılabilme şartları, cezalandırılmayı sınırlandıran nedenler olduğundan bunların gerçekleşmesinde failin kusurunun bulunması gerekmez. Hata, kusurluluğu etkileyen bir neden olduğundan, kusurun aranmadığı objektif cezalandırılabilme şartlarında failin hataya düşmesi önemsizdir²⁰⁶. Kanunda yazılı olan netice, ancak failin kusurlu bir davranışı ile bu sonuca yol açması halinde ona yüklenebiliyorsa, unsurdan; buna karşılık, failin neticeye kusurlu bir şekilde yol açmış olması gereği aranmıyorsa, cezalandırılabilme şartının varlığından söz edilir²⁰⁷.

²⁰³ Objektif cezalandırılabilme şartları ile suçun unsurlarının dışında kalan diğer koşullar arasındaki farklar için bkz. **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 16-20.

²⁰⁴ **DÖNMEZER**, Sulhi/ **ERMAN**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1994, s. 316.

²⁰⁵ **ÖNDER**, *Genel Hükümler*, s. 419.

²⁰⁶ **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 21.

²⁰⁷ **DEMİRBAŞ**, *Genel Hükümler*, s. 190.

Objektif cezalandırılabilme şartları faile değil fiile ilişkindir²⁰⁸. Bu şartların olduğu suçlarda, suçun işlendiği yer ve zamanaşımı gibi hususlar objektif şartın gerçekleştiği yer ve zamana göre değil, suçun unsurlarının gerçekleştiği yer ve zamana göre belirlenir²⁰⁹. Bu konudaki farklı görüşlere ilerleyen başlıklarda değinilecektir.

Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlar, iştirak halinde işlendiğinde, asli fail bakımından gerçekleşmeyen şart, unsurlar tamam olsa dahi, diğer şerikler bakımından da gerçekleşmemiş kabul edilir ve diğer şerikler cezalandırılmaz. Yani objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi, suç ortaklarının tümü bakımından önemlidir²¹⁰. Objektif cezalandırılabilme şartı bu özelliği ile kişisel cezasızlık nedenlerinden ayrılır²¹¹.

Bazı yazarlara göre, TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu açısından kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız menfaat sağlama unsurları bu özellikleri taşıyan objektif cezalandırılabilme şartıdır²¹². Bu görüşü savunan yazarlara göre, eğer söz konusu unsurlar birer netice olarak kabul edilirse, bu durumda kamu görevlisinin görevinin

²⁰⁸ **ÖZBEK**, Veli Özer/ **KANBUR**, M. Nihat/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 420.

²⁰⁹ **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 22.

²¹⁰ **İÇEL**, *Genel Hükümler*, s. 21.

²¹¹ **ÖNDER**, *Genel Hükümler*, s. 422.

²¹² **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 930; **MERAN**, s. 417; **KARTAL**, s. 1388; **ŞİK**, Hüseyin/ **BOZDAĞ**, Ahmet, "Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Teşebbüs Meselesi", *Legal Hukuk Dergisi*, , C. IX, S. 108, 2011, s. 4753.

gereklerine aykırı hareketi sonucunda söz konusu unsurların ortaya çıkmadığı her durumda görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır²¹³. Oysa söz konusu unsurlar objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, hareket unsuru gerçekleşikten sonra bu unsurlar ortaya çıkmamışsa mesele disiplin hukuku hükümlerine göre çözümlenmelidir²¹⁴.

Diğer bir görüşe göre ise, kanunda sayılan bu unsurlar objektif cezalandırılabilme şartı olmayıp, maddi unsurun neticesini oluştururlar²¹⁵. Objektif cezalandırılabilme şartı, kanuni tipe yabancı ve kanuni tipin dışında bir unsur olup, görevin gereklerine aykırılık sonucunda kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açılmış ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmış olması, kanuni tipe yabancı ve kanuni tipin dışında bir unsur olmadığından bu üç unsur da suçun kurucu unsurlarındandır. Bu bakımdan görevi kötüye kullanma suçu görevin gereklerine aykırı harekette bulunulması ile değil, bu hareket sonucunda kişiler yönünden bir mağduriyet veya kamu zararının doğmuş olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması ile tamamlanır²¹⁶.

Bir görüşe göre; fail kusurlu bir hareketle meydana gelen sonuca sebebiyet verdiği zaman netice faile yüklenebiliyor ve fail o neticeden sorumlu tutulabiliyorsa, bir unsur söz konusudur. Başka bir ifadeyle kusurlu bir hareketle aralarında

²¹³ **MERAN**, s. 417.

²¹⁴ **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, s. 930.

²¹⁵ **GÖKÇAN**, s. 82-83; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 814; **KOCA**, s. 557; **OKUYUCU ERGÜN**, s. 11; **ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)", GÜHFD. , C. XVI, S. 1, 2012 s. 199.

²¹⁶ **TOROSLU**, *Özel Kısım*, s. 304

nedensellik bağı kurulabilen neticeler suçun ögesidir, yani unsurdur. Bu bağlamda da görevi kötüye kullanma suçu açısından söz konusu unsurlar kamu görevlisinin hareketi sonucu nedensellik bağı içinde ortaya çıktığı için, suçun hukuki neticesini oluştururlar²¹⁷.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda söz konusu unsurları bazen objektif cezalandırılabilme şartı bazen de suçun maddi unsuru olarak kabul etmiştir. Örneğin Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında “... Somut olayda T.C.Y. ’nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun bireyin mağduriyetine ilişkin objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmediği açıktır...” şeklinde yaptığı yorumla, söz konusu unsurları objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmiştir²¹⁸.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir başka kararında ise, “... TCY’nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikmeyle beraber, “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama” öğelerinin gerçekleşmesi zorunlu olduğu gibi...” şeklinde yorum yaparak, söz konusu unsurları, suçun maddi unsurunun bir parçası, ögesi olarak kabul etmiştir²¹⁹.

²¹⁷ GÖKCAN, s. 82-83; KOCA, s. 557.

²¹⁸ Yar. 4. CD. , 13/ 07/ 2011 tarihli ve E. 2010/ 4734, K. 2011/ 12553 sayılı kararı için bkz. KOCA, s. 556. YCGK. , 01/ 05/ 2007 tarihli ve E. 2007/ 11-59, K. 2007/ 105 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 05/ 01/ 2014. Benzer nitelikte, Yar. 4. CD. , 01/ 11/ 2010 tarihli ve E. 2008/ 10504, K. 2010/6305 sayılı kararı için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 200.

²¹⁹ Yar. 4. CD. , 31/ 05/ 2011 tarihli ve E. 2009/ 8888, K. 2011/ 7298 sayılı kararı için bkz. KOCA, s. 556. Benzer nitelikte, Yar.4. CD. , 07/ 03/ 2007 tarihli ve 13212/ 2230 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN, s. 83. Yar. 4. CD. , 07/ 04/ 2010 tarihli ve E. 2008/ 10504, K. 2010/ 6305 sayılı kararı için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 200.

Yargıtay her ne kadar bazı kararlarında söz konusu unsurları öge olarak kabul etse de aynı kararlarında bu unsurlardan birinin oluşmaması durumunda suçun oluşmayacağını kabul ederek, objektif cezalandırılabilme şartlarına işaret etmektedir. Yargıtay bu unsurları netice olarak kabul etseydi, elverişli hareketler sonucu netice meydana gelmediği için, failin en azından teşebbüsten sorumlu tutulması gerekirdi²²⁰. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda “...bu üç öğeden birinin gerçekleşmemesi halinde yasa ve yönetime aykırılık da olsa eylem suç teşkil etmez, ancak bir disiplin kovuşturmasının konusu olabilir.” şeklinde yaptığı yorumla, söz konusu unsurlardan öge olarak bahsetse de, bunların oluşmaması durumunda suçun oluşmayacağını söyleyerek, aslında bu unsurların birer netice değil objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu kabul etmiştir²²¹.

Sonuç olarak kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama kavramlarının netice mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı oldukları hususu açısından yukarıda özetini verdiğimiz düzenlemenin gerekçesi son derece önemlidir.

Kanunkoyucu, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen madde ile kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olan her hareketini cezai yaptırım altına almak istememiştir. Görevin gereklerine aykırı davranış; ancak kanunda yer alan unsurlar gerçekleştiği zaman suç siyasetini ilgilendirecek, bu unsurları oluşturmayan

²²⁰ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 814-815.

²²¹ Yar. 4. CD. , 01/ 05/ 2007 tarihli ve 2782/ 4086 sayılı kararı için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 814. Benzer nitelikte YCGK. , 01/ 04/ 2008 tarihli ve E. 2007/4-229, K. 2008/ 229 sayılı kararı için bkz. ŞIK/ BOZDAĞ, s. 4753.

davranışlar ise disiplin hukukunun sınırları içinde kalacaktır. Bu unsurların netice olarak kabul edilmeleri durumunda ise, görevin gereklerine aykırı her hareket sonucunda, neticeler gerçekleşmese bile kamu görevlisi en azından teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Bu durum ise sınırları belirlenemeyecek bir şekilde görevin gereklerine aykırı her davranışın suç siyasetinin alanına girmesine, disiplin hukukunun alanının ise daralmasına neden olacaktır. Oysa kanunkoyucunun öngördüğü düzenlemeden bu sonucun çıkarılması mümkün değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerle söz konusu unsurlar birer objektif cezalandırılabilme şartıdır.

TCK'nın 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun oluşması bakımından yukarıdaki sayılan objektif cezalandırılabilme koşullarından en az birisinin gerçekleşmesi yeterlidir²²². Ancak ortaya çıkan mağduriyet, kamu zararı ya da haksız menfaatin miktar ve yoğunluk derecesi, TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın tayininde gözetilmelidir²²³.

1. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olmak

Kanun metninde yer alan mağduriyet kavramı sadece ekonomik anlamda uğranılan maddi zarar anlamına gelmemektedir. Kanundaki mağduriyet kavramından kişinin malvarlığı hakkının veya medeni, siyasi, sosyal haklar gibi haklarının ihlâl

²²² Aynı yönde YCGK. , 17/ 04/ 2007 tarihli ve E. 2007/4-88, K. 2007/94 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 558.

²²³ **GÖKCAN**, s. 86.

edilmesi anlaşılmalıdır²²⁴. Mağduriyetin oluşabilmesi için kişisel hak ihlâlinin hukuka aykırı bir biçimde gerçekleşmiş olması gerekir²²⁵. YCGK bir kararında bu hususu şöyle dile getirmiştir: “*mağduriyet kavramı, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlâlini doğuran her türlü davranışı ifade eder*²²⁶.” Bu husus madde gerekçesinde “*...Mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabii tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı hâlde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir.*” şeklinde belirtilmiştir.

Kanun metninde “*kişilerin mağduriyeti*” ifadesine yer verildiği için kişi kavramına hem gerçek hem de tüzel kişiler dâhildir. Bu bağlamda kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi sonucunda bir dernek, vakıf veya ticari şirket zarara uğratılmışsa, “*mağduriyet*” oluşmuştur²²⁷.

²²⁴ **KÖPRÜLÜ**, Timuçin, Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı, Ankara 2015, s. 321; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 816; **KOCA**, s. 559; **OKUYUCU ERGÜN**, s. 12.

²²⁵ **GÖKCAN**, s. 86.

²²⁶ YCGK. , 18/ 10/ 2005 tarihli ve E. 2005/4-96, K. 2005/ 118 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 11/ 01/ 2014. Benzer nitelikte, YCGK. , 06/ 12/ 2005 tarihli ve 110/ 159 sayılı kararı için bkz. **ARTUK**, s. 443.

²²⁷ **GÖKCAN**, s. 86. Aksi görüş için bkz. **MALKOÇ**, s. 2328.

Mağduriyet kişilerin manevi bakımdan uğradığı zararı da ifade etmektedir. Örneğin kamu görevlisinin, görevinin gereğine aykırı bir hareketle, bir öğrencinin özel araştırma veya eğitim yapma hakkını engellemesi olayında, her ne kadar mali açıdan bir mağduriyet doğmasa da kişinin elde edeceği sıfat ile edineceği bilgi ve becerilerden yoksun kalmasına yani manevi açıdan zarara uğramasına yol açıldığı için mağduriyet unsuru oluşmuştur²²⁸.

Kişilerin mağduriyetine neden olmak, uygulamada en çok, verilen yargı kararlarının idare tarafından hiç uygulanmaması ya da şeklen uygulanması şeklinde görülmektedir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bir kararında, sanığın idare mahkemesi tarafından verilen bir kararı kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 günlük sürede uygulamayıp, vatandaş lehine olan kararı tesis etmemesinin, TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu belirtilmiştir²²⁹.

Kamu görevlisi mahkeme kararına uymuş gibi görünmekle beraber, mahkeme kararına uymayan ve kararı etkisiz bırakan bir işlem tesis etmişse bu durumda da mağduriyet unsuru oluşur. Örneğin, mahkeme kararı ile görevine iade edilen ve göreve başlatılan kişinin aynı gün geçici görevle bir başka ilçede süresiz olarak görevlendirilmesi durumunda, mahkeme kararı sonucunda yeni bir işlem yapılmışsa da mahkeme kararı esas olarak uygulanmamıştır ve mağduriyet oluşmuştur²³⁰. Nitekim YCGK'nın verdiği bir karara göre: “...Katılanın atama işlemleri ile ilgili

²²⁸ MALKOÇ, s. 2328.

²²⁹ Yar. 4. CD. , 07/ 05/ 2007 tarihli ve 1048/ 4294 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN, s. 192.

²³⁰ OKUYUCU ERGÜN, s. 26. Benzer nitelikte Yargıtay kararları için bkz. GÖKCAN, s. 198-257.

olarak verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının uygulanarak görevine başlatılma tarihinden 4 ay 8 gün, iptal kararından ise 2 ay 13 gün sonra koşullarda herhangi bir değişiklik olmamasına karşın, Lice ilçesine atanmasında yargı kararlarının şeklen uygulanarak, sonuçlarının etkisiz hale getirilmesinin amaçlandığı ve bu işlemle katılanın maddi ve manevi bakımdan zarara uğratıldığı saptandığından... olayda kişilerin mağduriyetine neden olma ögesi gerçekleşmiş bulunduğundan eylem 5237 sayılı Yasanın 257/1. maddesi kapsamında da suç oluşturmaktadır²³¹.’’

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, evinden telefonla talimat vererek, görevine gitmeyen ve hastanın ölümüne sebebiyet veren doktorun²³²; müvekkili adına ortaklığın giderilmesi davası açan ve dava konusu ile ilgili olarak yapılan açık artırma usulü satışta, çekişmeli taşınmazı satın alan avukatın²³³, kişilerin mağduriyetine neden olduğunu kabul etmiştir.

Kanunun gerekçesine göre haklı bir işin görülmesinden sonra, kişilerden yarar sağlanması durumunda da “*mağduriyet*” unsuru oluşmaktadır. Bu durum madde gerekçesinde: “*Haklı olan bir 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*

²³¹ YCGK. , 09/ 05/ 2006 tarihli ve E. 2006/ 4-116, K. 2006/ 138 sayılı kararı için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 817.

²³² Yar. 4. CD. , 14/ 02/ 2012 tarihli ve E. 2011/ 3195, K. 2012/ 2667 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 560.

²³³ Yar. 5. CD. , 25/ 03/ 2013 tarihli ve E. 2012/ 5827, K. 2013/ 2178 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 562.

gibi durumlarda, kişiler hakkın teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görünüşte rızaya dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısıyla, burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak daha sonra da değinileceği üzere 6352 sayılı Kanun'la TCK'nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılması nedeniyle, haklı bir işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması durumunda görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır²³⁴.

2. Kamunun Zararına Neden Olmak

Maddede kullanılan “*kamu zararı*” ibaresi belirsiz ve geniş bir kavram olduğu için eleştirilmiştir²³⁵. Bir görüşe göre; bu kavramdan kamu idaresinin zararı²³⁶; bir başka görüşe göre, kamu hizmeti yürüten tüm kuruluşların zararı anlaşılmalıdır²³⁷.

Kamu idaresinin zararı, devlet zararını da kapsayan geniş bir kavramdır. ETCK'nın 230/2. maddesinde devletin zarara uğraması ile ilgili olarak bir düzenlemeye yer verilmişti. Doktrin ve uygulamadaki ağırlıklı görüşe göre, devletin genel bütçesinden gereksiz harcama yapılmasını gerektiren olaylar devlete ait zararı ifade etmekteydi. Bütçesi TBMM tarafından kabul edilmeyen kamu kurumlarının

²³⁴ Bu konu hakkındaki geniş açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, s.144-146.

²³⁵ OKUYUCU ERGÜN, s. 13.

²³⁶ GÖKCAN, s. 92

²³⁷ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 818.

zarara uğratılması devlet zararı olarak kabul edilmemektedir²³⁸. Yargıtay bir kararında, köy tüzel kişiliğine ait zarar devlet zararı sayılmayacağından, ETCK'nın 230/2. maddesi uyarınca cezada artırım yapılmasını kanuna aykırı bulunmuştu²³⁹.

Kamu zararı kavramından sadece ekonomik yani maddi zararlar mı yoksa maddi zararların yanı sıra kamu düzeninin bozulmuş olması, kamu menfaatine halel gelmesi de anlaşılacak mıdır?

Bir görüşe göre; kanunun gerekçesinde yer alan “*kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olunması*” ifadesi, zararlardan sadece birisini ifade eder. Kamu zararı, mutlaka ekonomik ve doğrudan bir zarar olmayıp, kamu idaresinin güvenilirliği sadece ekonomik zararın olduğu durumlarda bozulmaz. Bu nedenle kamu zararı kavramından sadece ekonomik zararın anlaşılması gerekir²⁴⁰.

Başka bir görüş ile düzenlemenin gerekçesinde öncelikle kamunun ekonomik bakımdan zarara uğramasından, daha sonra ise görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla kamu açısından bir zararın meydana gelmiş olmasından bahsedilerek, gerekçenin kendi içinde çeliştiği; ekonomik bir zarara yol açmasa bile, kamu idaresinin işleyişindeki aksama ve düzensizliğin de kamu güvenini zedeleyeceği,

²³⁸ **ERMAN/ ÖZEK**, s. 166. Devlet zararının geniş olarak yorumlanması, kamu tüzel kişilerinin zararlarının da bu kapsamda değerlendirilmesine ilişkin aksi görüş için bkz. **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 263.

²³⁹ **GÖKCAN**, 93.

²⁴⁰ **MALKOÇ**, s. 2330-2331.

kamunun zararından, kamunun yoksun kaldığı ortak yararın anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır²⁴¹.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre ise kamu zararı kavramından, ekonomik zarar anlaşılmalıdır²⁴². Bu görüşe göre, kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı her davranışının doğal sonucu olarak, kamu hizmeti aksatılmaktadır. Bu bağlamda sadece devletin itibarının zarar görmesi kamu zararı olarak kabul edilemez²⁴³. Kamunun malvarlığına ilişkin olmayan, yani manevi nitelikteki zararların tespitinin güçlüğü de ortadadır²⁴⁴.

Kamu zararı kavramı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre kamu zararı: "*Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.*" Ayrıca bu maddede kamu zararının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler de belirtilmiştir²⁴⁵.

²⁴¹ **MERAN**, s. 418. Aynı görüşte **SUCUOĞLU**, s. 59.

²⁴² **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3628; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 938; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 818; **KARTAL**, s. 1384; **KOCA**, 563; **ŞİK**, s. 21.

²⁴³ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 818

²⁴⁴ **OKUYUCU ERGÜN**, s. 13.

²⁴⁵ *Kamu zararı*

Madde 71- (Değişik birinci fıkrası: 25/ 4/ 2007-5628/ 4 md.) Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

Yargıtay, kamu zararı kavramının ekonomik zarar olduğunu, bu zararın da 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesine göre anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. YCGK'nın verdiği bir karara göre; *"...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'nun" 71. maddesinde de; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda kamu zararının bulunup bulunmadığı, her somut olayda hakim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alındığında, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak kamu zararının bulunup bulunmadığı bu şekilde belirlenirken; norma aykırı*

e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılması,

f) (Mülga:22 /12/ 2005-5436/ 10 md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

(Değişik üçüncü fıkra: 22/ 12/ 2005-5436/ 10 md.) Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

(Değişik son fıkra: 25 /4/ 2007-5628/ 4 md.) Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayımla da hareket edilmemelidir²⁴⁶.”

ETCK döneminde de Yargıtay devletin uğraması gereken zararın, maddi zarar olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda “*mevkufun kaçması, Devlet bakımından maddi bir zarar sayılamaz*” şeklinde karar vermiştir²⁴⁷.

Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere; görevi kötüye kullanmak suçu açısından oluşması gereken kamu zararı, ekonomik nitelikte bir zarar olup, kamuya duyulan güvenin sarsılması kamu zararı kapsamında değildir. Bununla birlikte YCGK önüne gelen bir olayda, “... *Görevinin gereklerine aykırı hareket eden sanık A...Y... , aynı zamanda yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vermiş ve yargı erkinde kuşku ve güvensiz bir ortamın oluşmasına zemin hazırlayarak kamunun zarar görmesine neden olmuştur... sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 257/1. maddesindeki `görevde yetkiyi kötüye kullanma` suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir²⁴⁸.*” şeklinde verdiği kararlar daha önceki kararlarıyla çelişmiştir.

²⁴⁶ YCGK. , 17/ 04/ 2007 tarihli ve E. 2007/4-88, K. 2007/ 94 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 22/ 01/ 2014. Benzer nitelikte YCGK. , 18/ 10/ 2005 tarihli ve E. 2005/ 4-96, K. 2005/ 118 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 564. Benzer nitelikte kararlar için bkz. **GÖKCAN**, s. 153-175.

²⁴⁷ Yar. 4. CD. , 06/ 06/ 1950 tarihli ve 6613/ 7388 sayılı kararı için bkz. **DEMİRBAŞ**, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 264.

²⁴⁸ YCGK. , 22/ 01/ 2008 tarihli ve E. 2007/5-101, K. 2008/3 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 27/ 01/ 2014.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, lise müdürü olan sanığın okulda ücretsiz ders verecek öğretmen varken dışarıdan ücretli öğretmen görevlendirmesinde kamunun zararını kabul etmesine karşın²⁴⁹, usul hatalarından dolayı Yargıtay'da bozulan kararların neden olacağı yargılama masraflarının yargılama işi yapanları baskı altına almamak için kamu zararı olarak kabul edilmemesi gerektiğine²⁵⁰ karar vermiştir.

Kamu zararının net ve belli bir rakam olarak tespiti zorunlu değildir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda, zararın miktarı net olarak tespit edilemese de suçun oluştuğunu kabul etmiştir²⁵¹.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucunda, yapmış olduğu kamu harcamasının, kamu yararı bulunan bir kamu hizmetinde kullanılması durumunda, kanunda sayılan objektif cezalandırılabilme koşulları oluşmamışsa, suç oluşmayacaktır. Yargıtay'ın verdiği bir kararda, belediye başkanının geçici işçi olarak görev yapan şahsı, gece bekçisi yapması eyleminde ne gibi bir kamu zararının, kişilerin mağduriyetinin, kişilere haksız menfaat sağlamanın oluştuğu açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesinin yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir²⁵².

Kamu kurumlarında sıkça görülen bir diğer husus, kamu görevlilerinin kendilerine harcama yetkisi veren kalemlerden birindeki parayı diğer bir kalemlerle

²⁴⁹ Yar. 4.CD. , 06/ 10/ 2004 tarihli ve 9300/ 9635 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 96.

²⁵⁰ Yar. 4.CD. , 02/ 02/ 2006 tarihli ve 34/ 6 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 96-97.

²⁵¹ Yar. 4.CD. , 18/ 06/ 2007 tarihli ve 2616/ 5715 sayılı kararı için bkz. **YALVAÇ**, s. 1437.

²⁵² Yar 4. CD. , 05/ 12/ 2006 tarihli ve 11046/ 17224 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 97.

ilgili olarak harcamasıdır. Bu durumda her ne kadar yapılan harcama usulsüz de olsa, kamu zararının bulunmaması nedeniyle suç oluşmayacaktır²⁵³.

Sonuç olarak, görevi kötüye kullanma suçu açısından kamunun uğraması gereken zarar, ekonomik zarar olup; kamunun gerçek anlamda bir zarara uğraması gereklidir ve gerçekleşmemiş bir zarar tehlikesinin bulunması, kamu zararı kapsamında değerlendirilemez²⁵⁴. Ayrıca zararın miktarının kesin ve net olarak tespit edilmesine gerek yoktur.

3. Kişilere Haksız Bir Menfaat Sağlamak

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK'nın 257. maddesinin ilk biçiminde, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek suretiyle, kişilere haksız kazanç sağlama durumu suçun oluşacağı düzenlenmekteydi. Kazanç kavramı, ekonomik anlamda maddi çıkar ve yarar sağlama, kazanılan şey anlamına gelmektedir²⁵⁵. Kanun gerekçesinde “...Örneğin kişi, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı halde, yararlandırılmış olabilir. Kişiye belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşımadığı halde, bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel üzerinde, plan tekniğine ve

²⁵³ Aynı doğrultuda Yar. 4. CD. , 10/ 04/ 2007 tarihli ve 2250/ 3248 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 98.

²⁵⁴ **KÖPRÜLÜ**, s. 321.

²⁵⁵ **GÖKCAN**, s. 90.

imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkân sağlanmış olabilir.” şeklinde örnekler verilerek, haksız kazanç kavramının ekonomik çıkar anlamına geldiğine vurgu yapılmıştır.

Doktrinde ise haksız kazanç kavramının sadece ekonomik, maddi çıkar olarak anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar²⁵⁶ olduğu gibi; bu kavramın kişilerin mağduriyeti kavramıyla aynı şekilde, geniş olarak yorumlanması, bu bağlamda da maddi sonuçları olmasa bile her türlü haksız menfaatin, haksız kazanç olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunuyordu²⁵⁷.

Yargıtay’ın verdiği kararlarda ise haksız kazanç kavramı genel olarak, sadece ekonomik ve maddi çıkar anlamında kullanılmaktaydı²⁵⁸. Örneğin YCGK bir kararında, “... *Haksız kazancı her türlü yarar olarak kabul ettiğimiz takdirde cezanın yasallık ilkesine uymayan genişletici yorumu yapmış olacağız. Üzerinde durulacak kazanç bize göre de ekonomik yarar olmalıdır. Kamu görevlisi için asıl tehlike parasal yarardır. Her türlü avantajın kazanç olduğunu kabul ettiğimiz takdirde, bunun saptanmasında zorluklar da ortaya çıkacaktır*²⁵⁹.” şeklinde yorum yapmıştır.

²⁵⁶ **GÖKCAN**, s. 90-91; **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3631; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 820; **KARATAŞ**, Nazif, Görevi Kötüye Kullanma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 97.

²⁵⁷ **MALKOÇ**, s. 2330; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 940.

²⁵⁸ Haksız kazanç kavramını, ekonomik yarardan daha geniş yorumlayan Yar. 4. CD. , 20/ 09/ 2007 tarihli ve 16/39 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 91

²⁵⁹ YCGK. , 20/ 11/ 2007 tarihli ve E. 2007/5-83, K. 2007/ 244 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 05/ 02/ 2014.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin diğ er bir kararında; “*kiş iye haksız kazanç sağ lamasına yönelik ilgilinin malvarlığ ında bir artış meydana gelmediğ i... bunun ise haksız kazanç sayılmayacağı...*” belirtilmiştir²⁶⁰.

Sağ lanan yararın ekonomik yarar olmadığı durumlarda görevi kötüye kullanma suçunun oluş up oluş mayacağı yönündeki tereddütleri gidermek amacıyla kanunkoyucu tarafından 6086 sayılı Kanun'la kanun metninde yer alan “*kazanç*” ibaresi, “*menfaat*” olarak değ iştirilmiştir. Böylelikle ekonomik anlamda kazanç sağ lanmasının²⁶¹ yanı sıra; jandarma karakol komutan yardımcısı olan sanığın, silahla tehdit suçundan dolayı yapılan başvuru üzerine, suça konu tüfeğ e el koyduktan sonra gereğ i için C. Savcılığ ına göndermesi gerekirken, tarafların barış tığı gerekçesiyle silahı geri vermesi²⁶², sınavda geç er notu alamayan bir öğrencinin öğretmeni tarafından geçirilmesi ve silah taşı ma ruhsatı alma hakkına sahip olmayan bir kiş iye silah ruhsatı verilmesi²⁶³, imara kapalı yerlerde iş galci olarak bulunan konutlara su, kanalizasyon gibi hizmetlerin götürülmesi²⁶⁴, örneklerinde olduğ u gibi kiş ilere ekonomik bir kazanç sağ lanmamış olsa bile haksız menfaat sağ landığı için görevi kötüye kullanma suçunun oluş uacağı na kuş ku yoktur.

²⁶⁰ Yar. 4. CD. , 20/ 09/ 2007 tarihli ve E. 2006/ 16, K. 2007/ 39 sayılı kararı için bkz. Kazancı İç tihat Veri Bankası, Eriş im Tarihi: 05/ 02/ 2014.

²⁶¹ “... Sanığın Siirt Barosu Başkanı olarak görev yaptığı dönemde, aynı baroya kayıtlı olan oğ lu avukat R. Ö'yi, diğ er avukatlardan daha çok olmak üzere yüzde iki kez zorunlu müdafii olarak görevlendirerek; oğ luna haksız kazanç sağ lamasına karş ın, müdafilik görevlerini emek ve mesai harcayarak yerine getirdiğ inden söz edilerek beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” Yar. 4. CD. , 11/ 03/ 2010 tarihli ve E. 2009/ 20568, K. 2010/ 3981 sayılı kararı için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 201.

²⁶² MERAN, s. 421

²⁶³ KOCA, s. 568-569.

²⁶⁴ KÖPRÜLÜ, s. 321.

YCGK'nın verdiği bir kararda haksız menfaat kavramı, “...*Kişilere haksız kazanç sağlanmasını da içine alan kişilere haksız menfaat sağlanması, kişilere hukuka aykırı olarak maddi ya da manevi yarar sağlanmasıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır²⁶⁵.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket ederek ya da görevlerini yapmakta gecikme veya ihmal göstererek kişilere sağladığı menfaat haksız bir menfaat değilse, kişilerin mağduriyeti ya da kamunun zararı da gerçekleşmediyse görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz²⁶⁶.

Kişilere haksız menfaat sağlama eylemi, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun ya da aykırı davranması için yapılan rüşvet anlaşmasına dayanıyorsa, bu durumda görevi kötüye kullanma suçu değil rüşvet suçu olacaktır²⁶⁷. Ayrıca haksız menfaat sağlanan kişinin gerçek ya da tüzel kişi olmasının bir önemi yoktur; belirlenebilir bir kişinin olması yeterlidir²⁶⁸.

²⁶⁵ YCGK. , 26/ 02/ 2013 tarihli ve E. 2012/ 4-425, K. 2013/ 67 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 572-575.

²⁶⁶ **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3631; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, s. 941; **KOCA**, s. 570; aksi görüş için bkz. **OKUYUCU ERGÜN**, s. 14.

²⁶⁷ **GÖKCAN**, s. 92.

²⁶⁸ **GÖKCAN**, s. 92.

II. MANEVİ UNSUR

A. KAST

TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen suçlardan olup, bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmal suretiyle gerçekleşen görevi kötüye kullanma suçunda da ihmali davranışın kasten gerçekleştirilmesi gerekir.

TCK'nın 21. maddesine göre kast, “*Suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” Bu bağlamda görevi kötüye kullanma suçu bakımından kastın varlığından söz edebilmek için, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davrandığı ya da görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal veya gecikme gösterdiği bilinç ve iradesine sahip olması gerekir²⁶⁹. Buna karşı kamu görevlisinin söz konusu davranışları sonucunda kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına ya da kişilere haksız menfaat sağlamak bilinç ve iradesine sahip bulunması gerekmemektedir. Zira yukarıdaki bölümde de anlatıldığı üzere söz konusu unsurlar görevi kötüye kullanma suçunun maddi öğeleri olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarıdır. Failin kusurluluğunun cezalandırılabilme şartına yönelik olması aranmayacağından, failde kast veya taksir düzeyinde kusurluluğun bulunmasına gerek yoktur²⁷⁰.

²⁶⁹ OKUYUCU ERGÜN, s. 17.

²⁷⁰ ÖNDER, *Genel Hükümler*, s. 422.

Kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamak unsurlarını objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değil, netice olarak kabul eden görüşlere göre ise, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak ya da görevinin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstererek söz konusu neticelerin meydana geleceğini de bilmesi ve istemesi gereklidir²⁷¹.

Yargıtay da söz konusu unsurların objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu kabul etmesine rağmen vermiş olduğu bir kararda kamu görevlisinin kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olacağı veya kişilere haksız bir menfaat sağlamış olacağı kastıyla hareket etmesinin şart olduğuna vurgu yaparak, söz konusu unsurların objektif cezalandırılma şartı olduğuna ilişkin kararları ile çelişmiştir²⁷².

Görevi kötüye kullanma suçu bakımından, kamu görevlisi genel kast kuralları uyarınca, suçun kurucu unsurlarını bilerek ve isteyerek hareket etmelidir²⁷³. Yaptığı hareketin görevi ile ilgili olmadığı veya görevinin sınırları içinde kaldığı inancı ile hareket eden kamu görevlisinin, görevi kötüye kullanma kastı ile hareket ettiği söylenemez²⁷⁴. Görevi kötüye kullanma suçu bakımından, genel kast yeterli olup, özel kast aranmaz. Özel kast, failin suç teşkil eden hareketinin yanında başkaca bir

²⁷¹ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 829; **TOROSLU**, *Özel Kısım*, s. 304. **OKUYUCU ERGÜN**, s. 17.

²⁷² **YCGK.**, 18/ 03/ 2008 tarihli ve E. 2007/4-89, K. 2008/54 sayılı kararı için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 830.

²⁷³ **OKUYUCU ERGÜN**, s. 18.

²⁷⁴ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 304.

amaçla hareket etmesinin de aranmasıdır²⁷⁵. Görevi kötüye kullanma suçu bakımından maddede belirtilen hareketler suçu meydana getirecek seçimlik hareketler olup, özel kastı ifade etmezler²⁷⁶. ETCK döneminde görevi kötüye kullanma suçu bakımından, görevi ihmal suçundan farklı olarak, özel kastın aranması gerektiğine dair görüşler mevcuttu²⁷⁷. Yargıtay kararlarında da görevi kötüye kullanma suçu açısından genel kastın yeterli olduğu, failin özel kast ya da saikle hareket etmesinin gerekmediği belirtilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında, “Görevi kötüye kullanma suretiyle keyfi davranma suçu genel kastla işlenen bir suç olup, suçun oluşması için saikin bir önemi olmadığı gibi özel kastı da aranmaz²⁷⁸...” yorumunda bulunmuştur. YCGK vermiş olduğu bir kararda can güvenliği tehlikede olan kişilere silah taşıma izni verme yetkisi bulunan valinin, silah ruhsatı talebinde bulunanların istekleri halinde, bu ilin gelişimi için kurulmuş bulunan anonim şirketine, belirli bir miktar parayı borç olarak verebilecekleri hususunu duyurması şeklinde gelişen olayda, şirketin niteliğine ve içinde bulunduğu durumdan kurtarılmaya çalışılmasına dayanarak, “güdülen amaç” göz önünde bulundurulduğunda kastın gerçekleşmediği yönünde karar vermiştir²⁷⁹. Yargıtay’ın söz konusu kararı eleştiriye açıktır. Zira söz konusu kararda Yargıtay manevi unsuru değerlendirirken kamu görevlisinin kastında ziyade

²⁷⁵ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 244.

²⁷⁶ MALKOÇ, s. 2332.

²⁷⁷ DÖNMEZER, “Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kistas”, s. 231.

²⁷⁸ Yar. 4. CD. , 25/ 05/ 2006 tarihli ve 9/ 13 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN, s. 102

²⁷⁹ YCGK. , 31/ 01/ 2006 tarihli ve 2005/4-118 esas, 2006/ 9 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 25/ 02/ 2014.

taşıdığı saiki esas almıştır. Oysa kanunda görevi kötüye kullanma suçunun oluşması bakımından kamu görevlisinin belli bir saikle hareket etmesi aranmamıştır.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerini bilmemesi, yanlış bilmesi veya unutkanlık göstermesi durumlarında ihmal kastı olmadığı için görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz. Yargıtay kararlarına göre; mahkeme yazmanı olan sanığın, unutarak duruşma tutanaklarını imzalamamaktan ibaret eyleminde²⁸⁰, ordu PTT'sinde muhabere memuru olan sanığın cevap ücretini kasaya yatırmasına rağmen cevaplı şerhini telgrafa yazmamaktan ibaret eyleminde²⁸¹, sanık gardiyanın görevi sırasında uyumasıyla oluşan eyleminde²⁸² suç işleme kastı yoktur.

Uygulamada iş yoğunluğu nedeniyle görevinin gereklerini yerine getirmeyen ya da ihmal veya gecikme gösteren kamu görevlisinin suç işleme kastının bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak iş yoğunluğunun söz konusu olduğu durumlarda kamu görevlisinin kastının bulunmadığından söz edilebilmesi için objektif olarak kamu görevlisinin durumu araştırılmalı, aynı hâl ve şartlardaki bir başka kamu görevlisinin davranışı ve yapılan işin özellikleri gözetilmelidir²⁸³. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında söz konusu kriterleri esas almaktadır.

²⁸⁰ Yar. 4. CD. , 09/ 12/ 1996 tarihli ve 8307/9340 sayılı kararı için bkz. **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3637.

²⁸¹ Yar. 4. CD. , 17/ 03/ 2003 tarihli ve 18204/799 sayılı kararı için bkz. **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3637.

²⁸² Yar. 4. CD. , 28/ 10/ 1986 tarihli ve 6737/ 7829 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 113.

²⁸³ **GÖKCAN**, s. 113.

Nitekim YCGK, C. Savcısı olarak görev yapmakta olan sanığın 526 adet soruşturma evrakını işlemsiz bıraktığı eylemle ilgili olarak vermiş olduğu kararda, “Benzer iş yüküne sahip adliyelere göre C. Savcısı sayısının az oluşu, kâtip sayısının yetersizliği, adliye binasındaki fiziki yetersizlikler, iki cumhuriyet savcısının dokuz metrekairelik odada birlikte oturması...”²⁸⁴” gibi kriterleri esas alarak, görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun oluşmadığını kabul etmiştir. Ancak YCGK başka bir kararında C. Savcısı olarak görev yapmakta olan sanığın 87 adet soruşturma evrakına 2 aydan 2 yıl 1 aya varan sürelerle hiçbir işlem yapmamasıyla ilgili olarak, “soruşturma evraklarının bir kısmının bir yılı, bir kısmının ise iki yılı aşan sürede işlemsiz kalması karşısında, iş yoğunluğu mazeretine dayalı savunma, makul ve hayatın olağan akışına uygun değildir”²⁸⁵.” tespitinde bulunarak, görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleştiğini kabul etmiştir.

B. KUSURLULUĞU KALDIRAN NEDENLER

Ceza hukuku kusur temeline dayandığından, gerçekleştirilen hareketin faile ait olmasını engelleyen durumlar söz konusu olduğunda, failin kusurluluğu, dolayısıyla da cezai sorumluluğu ortadan kalkacaktır²⁸⁶. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler gerçekleştiğinde, suç etkilenecek ortadan kalkmakta, fail de bu nedenle cezalandırılmamaktadır.²⁸⁷

²⁸⁴ YCGK. , 16/ 06/ 2009 tarihli ve 108/ 160 sayılı kararı için bkz. **ALBAYRAK**, s. 815.

²⁸⁵ YCGK. , 23/ 03/ 2010 tarihli ve 255/ 55 sayılı kararı için bkz. **ALBAYRAK**, s. 810.

²⁸⁶ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 212; **DEMİRBAŞ**, *Genel Hükümler*, s. 382.

²⁸⁷ **SANCAR/KÖPRÜLÜ**, s. 301.

Kusurluluğu kaldıran nedenler; kaza ve tesadüf, mücbir sebep, cebir (maddi ve manevi), fiil üzerinde hata ve sapmadır. Biz konumuzla yakından ilgili olması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçu açısından, sadece cebir (maddi-manevi) ve fiil üzerinde hata konuları üzerinde duracağız²⁸⁸.

1. Cebir

Kusurluluğu kaldıran nedenlerden biri olan cebir, TCK'nın 28. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit”

“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kişiye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”

Bir suçun işlenmesi amacıyla, bir kimsenin maddi veya manevi cebir kullanılarak, iradesi yok edilmek suretiyle, soyut bir araç durumuna getirilmesi durumunda, cebre maruz kalan kişinin suç işlemek konusunda hiçbir iradesi bulunmaz. Bu durumda suçun asıl faili cebri uygulayan kişidir²⁸⁹. Cebir, maddi cebir (şiddet) ve manevi cebir (tehdit) olarak ikiye ayrılır.

²⁸⁸ Kusurluluğu kaldıran nedenler hakkında geniş açıklamalar için bkz. **SANCAR/ KÖPRÜLÜ**, s. 301-308.

²⁸⁹ **ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE**, s. 392.

a. Maddi Cebir (Şiddet)

Maddi cebirde, karşı konulamaz fiziki bir güç söz konusu olup, bir kimse başka bir kimse tarafından, fiziki güç kullanılarak, suç işlemeye zorlanmaktadır. Suç işlemeye zorlanan kimse hareket etmemekte, ancak cebri yapan kişi tarafından hareket ettirilmekte olup, cebri yapanın aleti konumundadır²⁹⁰. Maddi cebirde, basit bir zorlama değil, cebre uğrayan kişinin karşı koyamayacağı, seçme imkânının olmadığı, iradesinin tam olarak etkilendiği bir zorlama söz konusudur²⁹¹.

Görevi kötüye kullanma suçunda, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesini ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesini sağlamak için başka bir kimse tarafından maddi cebire uğraması mümkündür. Örneğin bir öğrencinin, öğretmeninden sınav notunu yükseltmesini istemesi, ancak öğretmenin bunu kabul etmemesi üzerine, silah zoruyla, ders notunun yükselmesini sağlaması durumunda, öğrenci hem cebir (TCK md. 108) hem de işlediği görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olur.

b. Manevi Cebir (Tehdit)

Manevi cebirde, kişi gelecekte meydana gelebilecek ağır ve muhakkak bir zarar tehlikesi altında, kendisine işletilmek istenen suçu işlemektedir. Maddi cebirde, kişi o anda hissettiği bir şiddetle karşı karşıya iken tehditte ileride meydana

²⁹⁰ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 302; TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 214.

²⁹¹ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 302-303; DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 386.

geleceğinden korkulan bir tehlike vardır²⁹². Maddi cebirde failin iradesi tamamen yok olmuş olup, hareketin faile olduğu söylenemez; ancak tehditte zorlanmış da olsa bir irade vardır ve hareket faile aittir²⁹³. TCK’da tehdidin hangi durumlarda “*muhakkak ve ağır*” olduğu hususunda, zorunluluk durumunda olduğu gibi çeşitli şartların gerçekleşmesi aranmadığı için, somut olayın özelliğine göre tehdidin ne zaman “*muhakkak ve ağır*” olduğu ve kusurluluğu ortadan kaldırdığı hususlarını hâkim takdir edecektir²⁹⁴.

Görevi kötüye kullanma suçu açısından örneğin; mahkeme kararını uygulamakla görevli kamu görevlisine, kararı uygulaması durumunda kendisinin ve ailesinin öldürüleceğinin söylenmesi üzerine, mahkeme kararının uygulanmaması durumunda, kamu görevlisi manevi cebre maruz kalmıştır.

2. Fiil Üzerinde Hata

TCK’nın 30/1. maddesine göre,

“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”

Suç teşkil eden fiilin kurucu unsurları üzerinde yapılan hata esaslı hatadır²⁹⁵.

Suçun kurucu unsurları, kastın da konusunu oluşturdukları için, kurucu unsurlar

²⁹² SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 303.

²⁹³ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 215.

²⁹⁴ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 303.

²⁹⁵ GÜNGÖR, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 54.

üzerinde yapılan kaçınılmaz esaslı hata kastı ortadan kaldırır. TCK'nın 30/1. maddesine göre; suç teşkil eden fiilin bilinmesi zorunlu kurucu unsurları maddi nitelikte veya normatif nitelikte olabilir. Bu durumda da normatif nitelikteki unsurların düzenlendiği ceza normu dışındaki normların fail tarafından bilinmemesinin ceza sorumluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı hususu karşımıza çıkar. Fail, ceza normu dışında bir normu yanlış bilmesi veya bilmemesi sonucunda ceza normu tarafından yasaklanandan farklı bir fiil gerçekleştirdiği inancıyla hareket ediyorsa, kural üzerinde yapılan hata fiil üzerinde hataya dönüşür, failin kastı ortadan kalkar. Örneğin; Medeni Kanun hükümlerine göre verilen “*ayrılık kararı*”, evliliği sona erdirmemesine rağmen, kişi evliliğin sona erdiğini düşünerek, yeniden başkasıyla evlenirse, TCK'nın 230. maddesinde düzenlen “*Birden Çok Evlilik*” suçunu işleme kastıyla hareket etmiş olmaz²⁹⁶.

Bu bilgiler ışığında görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevlisinin görevinin gereklerinin ne olduğunu düzenleyen ceza normu dışındaki normlar ve görevi kötüye kullanma suçuna vücut veren fiilin normatif unsurları üzerinde hataya düşerek görevinin gereklerine aykırı hareket etmediği inancıyla hareket ettiği durumlarda, hata kastı ortadan kaldıracaktır ve suç oluşmayacaktır²⁹⁷. Failin, görevini yerine getirdiği zannıyla yaptığı bir işlemin, görevinin gereklerine aykırı olduğunu bilmemesi durumunda, eyleminden sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır²⁹⁸.

²⁹⁶ GÜNGÖR, s. 115.

²⁹⁷ GÜNGÖR, s. 115.

²⁹⁸ ERMAN/ ÖZEK, s. 138.

Örneğin; kurum için gönderilen ödeneği, yetkili merciden izin almaksızın kurumun bir başka ödenek kaleminde bulunan ihtiyacı için mevzuata aykırı olarak harcayan ve bu yönde bir zarara yol açan kamu görevlisinin bu eyleminde, ödeneğin harcanması konusunda kendisine verilen görev gereği sadece kurumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ve inancıyla hareket ettiğinden ve kuruma hiçbir zarar verme niyetinde olmadığından, esaslı hatanın oluştuğu kabul edilmelidir²⁹⁹.

Görevi kötüye kullanma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçlardan olduğu düşünüldüğünde, özgü suçların suç olma özelliğini doğrudan failin niteliği belirlediğinden kamu görevlisi olduğu hususunda hataya düşen kişi de hatasından yararlanır; çünkü bu hata da fiil üzerinde hatadır³⁰⁰.

Şahısta hata, iradenin oluşumunu etkilemediği, sadece gerçekleşme sürecini etkilediği için kastı etkilemez³⁰¹. Şahısta hatanın esaslı sayılmamasının nedeni, suçun kime karşı işlendiğinin bir önemi olmamasından kaynaklanır³⁰². Örneğin; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi sonucunda, A kişisini mağdur ettiğini düşünürken B kişisini mağdur etmesi durumunda, yapılan hata şahısta hatadır ve kastı etkilemez.

²⁹⁹ SUCUOĞLU, s. 80.

³⁰⁰ GÜNGÖR, s. 117; OKUYUCU ERGÜN, s. 21.

³⁰¹ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 234.

³⁰² GÜNGÖR, s. 75.

III. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka aykırılık, belli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık ve fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişki anlamına gelmektedir³⁰³. Fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişme varsa hukuka aykırılıktan söz edilir. Hukuk düzeni, ceza hukukunu da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Nitekim ceza hukuku kişinin dış dünyaya yansımış iradesiyle ilgilenirken, hukuk düzeni ceza hukukunu da kapsayan objektif bir durumu ifade etmektedir³⁰⁴. Yine bir başka görüşe göre; hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiilin, sadece ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişme ve çatışma halinde bulunmasıdır³⁰⁵.

Biz konumuz gereği hukuka aykırılığın, bütün hukuk düzeni bakımından mı yoksa sadece ceza hukuku bakımından mı hüküm ifade ettiği hususundaki tartışmalara girmeden, konuyu sadece ceza hukuku bakımından ele alacağız³⁰⁶.

Suç tipleri hukuka aykırılığa karine teşkil ederler; bu nedenle suç tiplerinde hukuka aykırılığı belirtmeye dair bir açıklama yer almasa da suç tipinin kendisi hukuka aykırılığa delalet eder³⁰⁷. Ancak hukukun tanıdığı bir yetkinin veya yüklediği

³⁰³ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 255.

³⁰⁴ KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 19.

³⁰⁵ DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 2, İstanbul 1981, s. 2.

³⁰⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KATOĞLU, s. 21-36.

³⁰⁷ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 243.

bir ödevin söz konusu olduğu durumlarda, hukukun kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin gereği olarak, hukuka aykırılık ortadan kalkabilir ve fiil hukuka uygun hale gelebilir³⁰⁸. Hukuka aykırı bir eylem somut olaydaki özel nedenlerle hukuken hoş görülebilir veya yapılması emredilmiş olabilir. Bu durumda hukuka aykırılık ortadan kalkar ve hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olur³⁰⁹.

TCK'nın ikinci bölümünde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında hem hukuka uygunluk nedenleri hem de ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bir arada düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan zorunluluk durumu ve amirin emrinin hukuka uygunluk nedenlerinden mi yoksa kusurluluğa etki eden ve mazeret sebebi teşkil eden nedenlerden mi oldukları hususu ise tartışmalıdır. Biz görevi kötüye kullanma suçu ile bağlantılı olduğu için, amirin emrini ifa, ilgilinin rızası, meşru savunma ve zorunluluk durumunu ele alacağız.

A. AMİRİN EMRİNİ İFA

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi hiyerarşik yapı içerisindeki üstün, asta verdiği emirlerin yerine getirilmesiyle sağlanır³¹⁰. Kural olarak ast, amirinin verdiği emri yerine getirmek durumundadır. Amirin emri Anayasanın 137 ve TCK'nın 24. maddesinde düzenlenmiştir.

³⁰⁸ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 135.

³⁰⁹ **BEKTAŞ**, Mustafa, *Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK md. 257)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 54.

³¹⁰ **KARATAŞ**, s. 107.

Anayasanın 137. maddesine göre;

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

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

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

TCK'nın 24. maddesine göre;

“(1) Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

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

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

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

ETCK'nın 49/1. maddesinde, amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenleri arasında düzenlenmişken, kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere amirin emrinin yerine getirilmesi TCK'da bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu durumun hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler de vardır³¹¹.

Amirin emrinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için, emri veren ile emri alan arasında ast-üst ilişkisi bulunması; bir başka deyişle emri verenin yetkili, emir

³¹¹ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 138; DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 252.

verilenin ise bu emri yerine getirmeye yetkili olması gerekir. Verilen konuda yetkisi olmayan bir kamu görevlisinin verilen emri yerine getirmesi durumunda, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu gündeme gelebilecektir³¹². Verilen emrin kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerde öngörülen şekil ve içerik şartlarını taşıması ve uyulmasının zorunlu olması gerekir³¹³. Bütün bu özellikler verilen emrin bağlayıcı nitelik taşımasının sonucudur³¹⁴.

Kamu görevlisi, görevi uyarınca kendisine verilen emrin, öncelikle yukarıda anlatılan bağlayıcı nitelikler taşıyıp taşımadığını araştıracaktır. Yapmış olduğu araştırma çerçevesinde, söz konusu emrin biçimsel ve içerik yönünden uyulması zorunlu bulunan, hukuka uygun bir emir olduğu kanaatine varırsa ve emri yerine getirirse, sorumluluğu kalkacağı için, verilen emrin yerine getirilmesi sonucunda TCK'nın 257. maddesinde yer alan objektif şartlar gerçekleşse dahi suç oluşmaz³¹⁵.

Kamu görevlisine verilen emir biçimsel veya içerik yönünden hukuka aykırı; ancak suç değilse, bu emri yerine getiren kamu görevlisi sorumluluktan kurtulamaz. Anayasanın 137. maddesinde de belirtildiği üzere, böyle bir durumda kamu görevlisi emrin hukuka aykırı olduğunu emri verene bildirir ve emrin yazılı olarak verilmesi durumunda, emri yerine getirirse sorumluluktan kurtulur, görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olmaz³¹⁶.

³¹² SUCUOĞLU, s. 84.

³¹³ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 140.

³¹⁴ DÖNMEZER/ ERMAN, *Genel Kısım*, C. 2, s. 104.

³¹⁵ GÖKCAN, s. 140-141.

³¹⁶ DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 255.

Hukuka aykırı bir emri yerine getirmeyen, kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu işlediği söylenemez. Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında, “*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 eylemini oluşturacağı gözetilmeden, hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır*³¹⁷.” yorumunda bulunmuştur.

Emrin konusu suç teşkil ediyorsa hiçbir suretle yerine getirilmemelidir. Suç teşkil eden emri alan ast, üstü tarafından bu emir yazılı olarak verildikten sonra dahi emri uygularsa sorumluluktan kurtulamayacaktır. Örneğin atamaya yetkili amirin yazılı veya sözlü emriyle mahkeme kararını uygulamayan kamu görevlisi açısından eylem görevi kötüye kullanma suçunu teşkil edecektir³¹⁸. Mahkemenin verdiği yürütmeyi durdurma kararı ile eski görevine iade edilen genel müdürün, bakanın yazılı emriyle geçici olarak başka göreve atanmasına ilişkin olayda YCGK, “*...Yargı kararlarını hiçe sayan bir tutum ile uygulanmaz hale getirecek şekilde konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirmiş ve bu keyfî hareketiyle ilgili kişinin hakkını ihlal ederek onun zarara uğramasına neden olmuştur. Sanığın sabit olan bu eylemi görevde keyfî davranmak suçuna uymakta olup, TCY'nun 228. maddesi uyarınca cezalandırılmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetlidir.*³¹⁹” şeklinde karar vermiştir.

³¹⁷ Yar. 4. CD. , 06/ 06/ 2000 tarihli ve 3658/ 4897 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 141.

³¹⁸ **GÖKCAN**, s. 142.

³¹⁹ YCGK. , 11/ 02/ 2003 tarihli ve 63/ 37 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 143.

ETCK döneminde, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, Diyarbakır Barosu'nun zorunlu müdafilik görevinin durdurulması kararı alması üzerine, bu karara uyarak kolluk makamlarınca bildirilmesine karşın göreve gelmeyen avukatların, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca yasalarla avukatlara verilen görevlerin yapılmamasına yönelik emirlerin suç oluşturması nedeniyle, görevi savsama suçunu işlediklerine karar vermiştir³²⁰.

TCK'nın 24/4. maddesinde de düzenlendiği üzere, verilen emrin hukuka uygunluğunun denetlenemediği yüksek disiplin kurallarının ve bağlayıcı gayri meşru emirlerin geçerli olduğu askerlik hizmeti veya önleyici kolluk hizmetlerinde sorumluluk emri verene aittir³²¹. Kural olarak yüksek disiplin kurallarının geçerli olduğu bu tür mesleklerde dahi verilen emrin suç teşkil etmesi durumunda emri yerine getiren sorumluluktan kurtulmayacaktır. Ancak Askeri Ceza Kanunu'nun 41/2. maddesinde yer alan istisnai düzenlemeye göre, "*Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.*" Bu bakımdan emir suç teşkil etse bile uygulayan sorumlu olmayacaktır. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, adli ve askeri bir suç işlemek maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik emirlerin uygulanması durumunda emri uygulayan açısından cezai sorumluluk doğacaktır.

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 2/B bendinde, değişiklikten önce yer alan hükme göre; "*Polisin göreceği vazifelerde salâhiyetli âmirden verilecek*

³²⁰ Yar. 4. CD. , 09/ 05/ 2002 tarihli ve 4421/ 8282 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 143-144.

³²¹ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 140.

emirlerde Memurin Kanununun 40. maddesi hükmü cari değildir.” Bu hüküm uygulamada, polisin suç teşkil eden emirleri yerine getirme konusunda bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı tartışmalarına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi hükmün, suç teşkil eden emirlerin uygulanmasına neden olacak şekilde yorumlanabileceğini göz önünde tutarak, iptaline karar vermiştir³²².

B. İLGİLİNİN RIZASI

TCK'nın 26/2. maddesine göre,

“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Her özgür bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan rıza da bireyin bu hakkına dayanır³²³.

ETCK döneminde genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmeyen rıza, TCK'da genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir³²⁴. Bununla birlikte hukuka aykırılığı bertaraf eden rızanın etkisi sınırsız değildir. Korunmasında devletin bir menfaati olduğu durumlarda, mağdurun rızası toplum yönünden ortaya çıkacak yararı ve dolayısıyla fiilin anti sosyal özelliğini bertaraf etmez³²⁵. Ayrıca

³²² AYM. , 08/ 07/ 1963 tarihli ve 204/ 179 sayılı kararı için bkz. **DÖNMEZER/ ERMAN**, *Genel Kısım*, C. 2, s. 118-119.

³²³ **ŞAHİN**, Meral Ekici, *Rıza*, İstanbul 2012, s. 55.

³²⁴ **KARATAŞ**, s. 112.

³²⁵ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 161.

kanuni düzenlemeye göre, kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edemeyeceği hukuksal değerlere gösterdiği rıza da geçerli değildir.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi için, suçla korunan hukuksal yararın kişiye ait olması gerekli olup, suçla korunan hukuksal yararın devlet veya toplumu ilgilendirmesi durumunda, mağdurun rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira kanun maddesinde de kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklarda gösterdiği rızanın hukuka uygunluğu kabul edilmiştir. Bu nedenle devlete ait bir menfaatin, “kamu idaresinin güvenilirliğinin ve işleyişinin” ihlal edildiği, mağdurun kamu idaresi olduğu, görevi kötüye kullanma suçunda, mağduriyete uğrayan kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir³²⁶.

Bir görüşe göre; TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu bir zarar suçu niteliğinde olduğundan, suçla korunmak istenen hukuksal yarar, kamu idaresinin güvenilirliğinin ve işleyişinin yanı sıra kişisel hakları da kapsamaktadır. Bu nedenle kamu görevlisinin bir kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği hakkına ilgilinin rızası ile görevine aykırı bir şekilde müdahale etmesi sonucunda, kamunun zararına neden olunmaması ya da kişilere haksız menfaat sağlanmaması koşuluyla rızaya dayalı hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını kabul etmek gerekir. Örneğin, bir yol çalışması sırasında kamulaştırma kararı alınmadan, arsa sahibinin rızası ile bir kısım arsayı yola katma

³²⁶ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 161; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 830.

emri veren belediye başkanının eylemi, rızanın söz konusu olması nedeniyle suç oluşturmayacaktır³²⁷.

Bununla birlikte suçla korunan hukuksal değeri bireysel olan ve bireysel olmayan hukuksal değer olarak ayıran görüşe göre; rızanın hukuka uygunluk etkisi yaratabilmesi için, mağdurun mutlak suretle rıza gösterebileceği hakların bulunması gerektiği; ancak toplum veya devletin haklarını ihlal eden suçlarda ferdin subjektif bir hakkının bulunmaması dolayısıyla, mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı kabul edilir³²⁸.

C. MEŞRU SAVUNMA

Meşru savunma TCK'nın 25/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiilerden dolayı faile ceza verilmez.”

Görevin gereklerinin yerine getirilmesi durumunda, kendisine yönelmiş olan bir saldırıyı orantılı biçimde defeden kamu görevlisinin meşru savunmadan yararlanabileceği hususunda görüşler ileri sürülse de³²⁹, görevi kötüye kullanma suçu açısından meşru savunma koşullarının oluşması uygulamada zordur.

³²⁷ GÖKCAN, s. 145.

³²⁸ ÜNVER, s. 975.

³²⁹ GÖKCAN, s. 144.

D. ZORUNLULUK DURUMU

Zorunluluk durumu TCK'nın 25/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Gerek kendisine gerek 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 fillerden dolayı faile ceza verilmez.”

TCK'da yer alan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden zorunluluk durumu, uygulama olanağı az olmakla birlikte görevi kötüye kullanma suçu açısından da geçerli olabilir. Örneğin, hayati tehlikesi bulunan acil bir hastanın tedavisiyle meşgul olan hekimin, muayene için hastanede olan diğer hastaları bekletmesi durumunda olduğu gibi zorunluluk durumunun söz konusu olduğu zamanlarda görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz³³⁰.

Yukarıda anlatılan hukuka uygunluk nedenleri dışında, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, ETCK döneminde verdiği bir kararda, kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak uluslararası bir sözleşmeyi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak burada, TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan hakkın kullanılması söz konusudur. Bu maddeye göre; *“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”* Bu bağlamda hukuk düzenince tanınan bir hakkın kullanılması durumunda, hak sahibi cezalandırılmaz³³¹.

³³⁰ GÖKCAN, s. 144.

³³¹ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 188.

Bu karara göre, “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 aykırıdır³³².”

³³² Yar. 4. CD. , 13/ 06/ 2006 tarihli ve 3993/ 4355 sayılı karar için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 830.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BIÇIMLERİ,

BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

I. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BIÇIMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, bir suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini ya da neticeyi tamamlayamamasıdır³³³.

TCK'nın 35. maddesine göre;

“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

Bir suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını değerlendirebilmek için suç yolunun tamamlanma anının tespiti önemli olduğundan, görevi kötüye kullanma suçu açısından da teşebbüs ile ilgili olarak bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle suç yolunun tamamlanma anının tespit edilmesi son derece önemlidir. Çünkü

³³³ DEMİRBAŞ, *Genel Hükümler*, s. 399.

teşebbüs halinde kalan suç ile tamamlanmış suç arasındaki ayırım suç yolunun tamamlanma anı ile belirlenebilir³³⁴.

Suç yolu düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşur. Suç yolundaki ilk aşama olan düşünce ve karar aşaması, henüz suçun icrası başlamadığından ve eyleme dönüşmemiş bir düşünce cezalandırılmayacağından³³⁵, ceza hukukunun faaliyet alanı dışında kalır. Bu nedenle teşebbüsün söz konusu olması için en azından icrai hareketlere başlanması gerekir³³⁶.

Neticeye göre suçlar, “sırf hareket suçları” ve “neticeli suçlar” olarak ikiye ayrılır³³⁷. Sırf hareket suçlarında icrai ya da ihmali bir hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır. Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için hareketin dışında ayrı bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Neticeli suçlarda ise, hareketin dışında ayrı bir sonucun ortaya çıkması gerekir. Sırf hareket suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün değildir; ancak hareket bir oluşum sürecine sahipse ve parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür³³⁸.

TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda; kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmak, kişilere haksız bir menfaat sağlama unsurları netice olarak kabul edilirse, suç bu unsurlardan birinin

³³⁴ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 249-250.

³³⁵ **SANCAR/ KÖPRÜLÜ**, s. 361.

³³⁶ **İPEKÇİOĞLU**, Pervin Aksoy, *Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs*, Ankara 2009, s. 19-21.

³³⁷ **DEMİRBAŞ**, *Genel Hükümler*, s. 220.

³³⁸ **TOROSLU**, *Genel Kısım*, s. 271.

gerçekleşmesiyle tamamlanacakken; objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi ile suç tamamlanmış olacaktır.

Söz konusu unsurlar netice olarak kabul edilirse, kamu görevlisinin icrai ya da ihmali hareketleri sonucunda, bu unsurlar ortaya çıkmamışsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır³³⁹. Ancak söz konusu unsurlar objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, söz konusu unsurlar suçun maddi ögesine dâhil olmadıklarından, kamu görevlisinin hareket unsurunu gerçekleştirmesi ile suç tamamlanacağı için görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün olmayacaktır³⁴⁰.

Bir görüşe göre; objektif cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlara da teşebbüs mümkün olabilir. Bu noktada görevi kötüye kullanma suçu gibi sırf hareket suçlarında teşebbüs, görevin gereklerine aykırı davranışın icrasının tamamlanmasına kadar söz konusu olabilir³⁴¹. Yani kamu görevlisinin gerçekleştirdiği hareket teşebbüs aşamasında kalmış ancak cezalandırılabilme şartları da gerçekleşmişse teşebbüs söz konusu olabilir³⁴².

³³⁹ **TOROSLU**, *Özel Kısım*, s. 304; **GÖKCAN**, s. 122; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 831; **OKUYUCU ERGÜN**, s. 15.

³⁴⁰ **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, s. 948; **MERAN**, s. 424-425; **İPEKÇİOĞLU**, s. 189.

³⁴¹ **ÜZÜLMEZ**, s. 211.

³⁴² **ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE**, s. 421.

Ancak bize göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışının icrasının tamamlanamaması ve aynı zamanda da objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi aynı anda gerçekleşemeyeceğinden TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün değildir.

Bununla birlikte TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır.

Bir görüşe göre; ihmali hareketle işlenen suçlarda hareket neticeye bitişik olduğu için söz konusu hareketin gerçekleşmesiyle suç tamamlanacağından bu suçlara teşebbüs mümkün değildir³⁴³. Buna göre; *“İhmali suçlarda kanunun yapılmasını emrettiği hareket ya yapılmıştır ve bu halde ihmali suç zaten yoktur, ya da yapılmamıştır ve bu durumda suç tamamlanmamıştır. Bu iki ihtimalden öncesinin ise hukuken önemi yoktur. Diğer bir deyişle, yapmama safhasından önceki durumları cezalandırmak, kastın soyut olarak cezalandırılması demek olur ki, bu kabul edilemez³⁴⁴.”* Örneğin, bir ceza mahkemesi kâtibi, hakkında tahliye kararı verilen bir tutuklunun bu tahliye kararını kişisel ihtiraslarını tatmin gayesiyle iki gün ihmal etmesi durumunda kanunun kendisine verdiği görevi yerine getirmemekle, suç unsuru içeren fiili tamamlamıştır³⁴⁵.

³⁴³ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 270; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 438.

³⁴⁴ DEMİRBAŞ, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 274.

³⁴⁵ DEMİRBAŞ, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 275.

Bir başka görüşe göre; kamu görevlisinin görevi gereği yapmak durumunda olduğu işlemi yapmamayı tercih etmesi ve bu süreçte görevin gereğinin yapılması gereken makul süre içinde diğer bir görevlinin göreve gelerek söz konusu işlemi yapması durumunda olduğu gibi ihmali hareketle işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre de burada failin kastını belirleme sorunu ortaya çıkmakta bu nedenle ihmal suretiyle işlenen görevi kötüye kullanma suçlarına teşebbüs mümkün olmamaktadır³⁴⁶.

Sonuç olarak TCK'nın 257. maddesinde yer alan kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmak ya kişilere haksız menfaat sağlama unsurlarını objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz için, gerek TCK'nın 257/1 gerekse 257/2. maddesinde düzenlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir³⁴⁷. Yargıtay uygulamasına göre de söz konusu suç teşebbüse elverişli değildir³⁴⁸.

Ayrıca söz konusu unsurlar netice olarak kabul edilirse ve bu neticeler gerçekleşmediği zaman suçun teşebbüs aşamasında kalacağı düşünülürse, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı her hareketinden en azından teşebbüsten sorumlu tutulmasını gerekir. Oysa madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kanunkoyucunun amacı, kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı her davranışını cezai yaptırıma bağlamak değildir³⁴⁹. YCGK vermiş olduğu bir kararda, *"...Yukarıda belirtilen üç cezalandırma koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle yasa*

³⁴⁶ GÖKCAN, s. 123.

³⁴⁷ ALBAYRAK, s. 830.

³⁴⁸ Yar. 4. CD. , 20/09/ 2007 tarihli ve 16/ 39 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN, s. 175-182.

³⁴⁹ ŞIK/ BOZDAĞ, s. 4760.

veya yönetmeliğe uymayan kamu görevlisinin eylemi cezasız mı kalacak diye bir soru sorulabilir. Bu takdirde kamu idaresinin, görevliye (sen kimseyi mağdur etmedin, bana maddi zarar vermedin, haksız kazanç da sağlamadın, ancak benim yasalarım ya da düzenlemelerime uymadın) diyerek, disiplin cezası ile cezalandırılması mümkün olabilecektir³⁵⁰.” tespitinde bulunmuştur.

B. İŞTİRAK

Kural olarak ceza kanunlarında düzenlenen suç tipleri bir kişi tarafından ihlal edilecek eylemlere göre belirlenmiştir. Ancak bazen aynı suçlar, birden fazla kişi tarafından ortak hareket edilmek suretiyle işlenebilir. Bu durumu ifade eden ceza hukuku kurumuna ise iştirak denir. İştirak kurumu, bir suçu birlikte işlemek amacıyla bir araya gelip, değişik davranışlar sergileyen kişilerin cezai sorumluluklarını düzenler³⁵¹. Yalnız bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan suçlara, “*tek failli suçlar*³⁵²”; şahısların çokluğunun, kanuni tip tarafından kurucu unsur olarak kabul edildiği suçlara, “*çok failli suçlar*³⁵³” denir. Hem tek failli suçlara hem de çok failli suçlara iştirak mümkündür. İştirak kurumu, TCK’nın 37. maddesinde düzenlenmiştir.

TCK’nın 37/1. maddesine göre;

“*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*”

³⁵⁰ YCGK. , 20/ 07/ 2007 tarihli ve 83/ 244 sayılı kararı için bkz. **KOCA**, s. 641

³⁵¹ **AYDIN**, Devrim, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Ankara 2009, s. 24.

³⁵² **SANCAR/ KÖPRÜLÜ**, s. 433.

³⁵³ **SANCAR/ KÖPRÜLÜ**, s. 434.

Görevi kötüye kullanma suçu gibi belli bir sığata sahip kişiler tarafından işlenebilen özgü suçlara iştirak ise TCK'nın 40/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “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.” Bu durum kanun gerekçesinde, “Özel faillik niteliğinin arandığı suçlarda, ancak bu niteliğe sahip kişiler fail olabilir. Örneğin zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, özgü suça iştirak etmeleri halinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur.” şeklinde ifade edilmiştir. Gerek kanun maddesi gerekse kanun gerekçesi eleştiriye son derece açıktır. Fiil üzerinde egemenlik esas alınacaksa, bu sonuç tutarlı değildir³⁵⁴. Özgü suçlarda, suçun işlenişine belli niteliklere sahip olan bir kişinin katılması gerekse de tipik davranışı mutlaka, bu kişinin yapması şart değildir³⁵⁵. Bu nedenle, kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan bir kişi ile kamu görevlisinin, TCK'nın 37/1. maddesi uyarınca, fiil üzerinde müşterek egemenlik kurarak, asli fail olmaları mümkündür. Örneğin; kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket ederek, kişilerin mağdur olmasına neden olması için kamu görevlisiyle, müşterek hâkimiyet şeklinde, iştirak halinde eylemlerde bulunan; ancak kamu görevlisi olmayan kişinin TCK'nın 37/1. maddesi uyarınca kamu görevlisi ile birlikte asli fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Ancak bunun için suça iştirak eden kişilerin kamu görevlisi failin kamu görevlisi sıfatını taşıdığını biliyor olmaları gerekir³⁵⁶.

³⁵⁴ AYDIN, Devrim, s. 273.

³⁵⁵ SANCAR/ KÖPRÜLÜ, s. 442.

³⁵⁶ DEMİRBAŞ, Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, s.276; GÖKCAN, s. 121.

Kamu görevi birden fazla kamu görevlisi tarafından ifa edilecekse, görevin gereklerine aykırı harekette bulunan bütün kamu görevlileri TCK'nın 37/1. maddesine göre asli fail olarak sorumludur. Bu gibi durumlarda müşterek faillik için kamu görevlilerinin fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları gerekir³⁵⁷. Örneğin belediye encümeni tarafından alınan bir kararla kanuna aykırı bir işlem tesis edilmişse bu durumda belediye başkanı da dâhil bütün encümen üyeleri müşterek fail olarak görevi kötüye kullanma suçunun failidir³⁵⁸.

TCK'nın 40/1 ve 40/3 maddelerine göre;

“(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.

(3)Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, genel iştirak kuralları uyarınca, suça iştirakten sorumlu tutulabilmek için söz konusu suçun kasten işlenmiş olması ve suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir. İştirak birlikte suç işleme iradesinin bir sonucu olduğu için; ancak kasten işlenebilen suçlarda söz konusudur. Teşebbüsün cezalandırılabilir fiilin sınırını oluşturması nedeniyle, iştirakten sorumluluğun söz konusu olabilmesi için asgari şart, teşebbüs halinde kalmış bir suçun bulunmasıdır³⁵⁹. Görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün olmadığından, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketinin ya da

³⁵⁷ ÜZÜLMEZ, s. 212.

³⁵⁸ PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 3638; GÖKCAN, s. 120.

³⁵⁹ TOROSLU, Genel Kısım, s. 283.

görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya geciktirme göstermesinin tamamlanmasına iştirak mümkündür.

Başka bir kimseyi üzerinde etkinlik kurmak suretiyle suç işlemekte araç olarak kullanan kişi dolayısıyla faildir³⁶⁰. Dolayısıyla faillik TCK'nın 37/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bir kişinin kamu görevlisini yanıltarak kamu görevinin gereklerini yerine getirmesini engellemesi ya da gecikerek yerine getirmesini sağlaması durumunda dolayısıyla faillikten söz edilebilir. Bu durumda kamu görevlisi suç kastı taşımadığından sorumlu olmayacakken, araç olarak kullanan kişi sorumlu olacaktır. Ancak kamu görevlisinin yanıltıldığı hususların görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesine etkisi olmayan hususlara ilişkin olmaması gerekir³⁶¹. Örneğin bir vatandaşın, muhtarı esaslı hususlarda yanılgıya düşürerek, getirdiği gerçek dışı aile nüfus durumuna ilişkin belgeyi tasdik ettirmesinde, muhtar fiili hataya düşürülmüştür. Burada muhtarın ihmali olmakla birlikte kastı bulunmadığından cezalandırılması mümkün değildir; ancak yanıltan kişi dolayısıyla faillik yoluyla sorumlu tutulabilir³⁶².

ETCK'nın 212. maddesinde düzenlenen basit rüşvet suçu, TCK'nın 257/3. maddesinde görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen maddenin içerisinde düzenlenmişti. Kanunkoyucu tarafından TCK'nın 257/3. maddesi, 6352 sayılı Kanununun 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılarak, basit rüşvet niteliğindeki

³⁶⁰ ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 499.

³⁶¹ MALKOÇ, s. 2337.

³⁶² DEMİRBAŞ, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 276.

eylemler rüşvet suçunun düzenlendiği 252. maddede düzenlenmiştir. Böylelikle TCK'nın 257/3. maddesi yürürlükteyken tartışma konusu olan çıkar sağlama teklifinin vatandaştan gelmesi durumunda, vatandaşın azmettiren olarak mı sorumlu tutulacağı³⁶³, yoksa vatandaş açısından “*cezalandırılmayan iştirak*” halinin mi bulunduğu³⁶⁴ yönündeki tartışmalar da son bulmuştur. Bu gibi durumlarda vatandaş asli fail olarak TCK'nın 252. maddesine göre sorumlu olacaktır.

C. İÇTİMA

İçtima; toplanma, birleşme, bir araya gelme, gibi anlamlara gelir³⁶⁵. Kural olarak, ceza kanununun ihlâli sayısınca suç oluşur ve bu suçlar ile ilgili hükümlerde öngörülen cezalar faile ayrı ayrı verilir. Bu durumda “*gerçek içtima*” söz konusudur. Ceza kanununun birden çok ihlal edildiği durumlarda bazen birden çok ihlâl tek suç sayılır ve faile tek ceza verilir. İşte bu durumda “*suçların içtimai*” söz konusu olur³⁶⁶. “*Suçların içtimai*”, birden çok suç işleyen kimsenin, işlediği suç sayısı kadar cezalandırılması ilkesinin istisnasını oluşturur ve aynı fail tarafından işlenmiş birden çok suç bulunmasına rağmen, faile tek ceza verilir³⁶⁷. Cezaların içtimanda ise, her

³⁶³ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 825.

³⁶⁴ GÖKCAN, s. 121.

³⁶⁵ İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, Ankara 1972, s. 11.

³⁶⁶ TOROSLU, *Genel Kısım*, s. 310; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s. 515.

³⁶⁷ SANCAR, Türkan Yalçın, “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç*”, TBBD. , S. 70, 2007, s. 246.

biri varlığını koruyan, ayrı suçlar söz konusudur ve failin cezasının ne şekilde belirleneceği sorunu vardır³⁶⁸.

Suçların içtimaı müessesesi TCK'nın genel hükümler kitabının beşinci bölümünde sırasıyla; bileşik suç (md. 42), zincirleme suç (md. 43) ve fikrî içtima (md. 44) olarak düzenlenmiştir. Ayrıca genel norm-özel norm ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda da görünüşte içtima kavramı karşımıza çıkar. Biz söz konusu düzenlemeleri görevi kötüye kullanma suçu bakımından alt başlıklarda inceleyeceğiz.

1. Özel Norm-Genel Norm İlişkisi

Aynı fiile görünüşte uygulanabilir durumda olan hukuk kurallarından bir tanesi diğer hukuk kuralında yer alan unsurları taşımasının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri ihtiva ediyorsa, özel norm-genel norm ilişkisi söz konusu olur. Bu durumda sadece özel normun uygulanması ile yetinilir³⁶⁹. Görevi kötüye kullanma suçu TCK'da tali, yani tamamlayıcı nitelikte bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği maddede yer alan *“kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında”* ifadesinden anlaşılmaktadır. Böylelikle, kanunkoyucu görevi kötüye kullanma suçu açısından özel normun önceliği kuralını benimsemiştir³⁷⁰. Bu doğrultuda görevi kötüye kullanma suçu ile zimmet, irtikâp,

³⁶⁸ SANCAR, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, s. 246.

³⁶⁹ İÇEL, *Suçların İçtimaı*, s. 173.

³⁷⁰ GÖKCAN, s. 124.

rüşvet, denetim görevinin ihmali gibi suçlar arasında özel norm-genel norm ilişkisi mevcuttur³⁷¹. Özel norm-genel norm ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda fikrî içtima kuralları tartışma konusu yapılmadan, ceza miktarının az ya da çok olduğuna bakılmaksızın sadece özel norm uygulanacaktır³⁷².

Ayrıca bir norm sarih veya zımnî bir şekilde, başka bir normun uygulanması için, o normun gerisine çekilirse, bu norma “yardımcı norm” denir³⁷³. Bu kavrama göre; genel nitelikteki hükümler, “yardımcı normun sonralığı” ilkesi gereğince, özel nitelikteki hükümlerin bulunduğu durumlarda uygulanmayacaktır³⁷⁴.

2. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca;

“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kimse olmayan suçlarda da aynı 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 hükmü uygulanmaz.”

³⁷¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 832.

³⁷² MERAN, s. 425. Bu doğrultuda Yar. 4. CD. , 04/ 12/ 1997 tarihli ve 9651/10052 sayılı kararı için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 832.

³⁷³ İÇEL, s. 175.

³⁷⁴ GÖKCAN, s. 124; DEMİRBAŞ, *Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, s. 275.

Zincirleme suçun oluşabilmesi için çeşitli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartların en önemlisi, failin “*aynı suç işleme kararı*” ile hareket etmesidir. Bu şart zincirleme suçu yapısal olarak, cezaların içtimaından ayıran, sübjektif bir şarttır³⁷⁵. Bir görüşe göre; aynı suç işleme kararının tayininde, suçların işleniş şekillerindeki benzerlik, suçların işlenme zamanları ve yerleri arasındaki ilişki gibi kriterlerden yararlanılabilir³⁷⁶. YCGK'nın bir kararına göre; aynı suç işleme kararının varlığı, her olayda suçun islenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, eylemlerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, eylemler arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir³⁷⁷.

Aynı suç işleme kararının bulunması koşuluyla birden fazla kez işlenen görevi kötüye kullanma suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçların aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. Ancak görevi kötüye kullanma suçunda ortada bireysel mağduriyet bulunsa bile, suç “*kamu idaresine*” karşı işlendiği için, kamu idaresine karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen birden çok görevi kötüye kullanma suçu varsa, zincirleme suç oluşur³⁷⁸.

³⁷⁵ SANCAR, Türkan Yalçın, Mütessesil Suç, Ankara 1995, s. 86-87.

³⁷⁶ İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 139.

³⁷⁷ YCGK. , 01/ 06/ 1999 tarihli ve E. 1999/6-122, K. 1999/ 145 sayılı kararı için bkz. ŞİK, s. 88

³⁷⁸ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 833.

Suçun hareket unsurunu oluşturan davranışların birden çok olması zincirleme suça vücut vermez³⁷⁹. Ancak bunun için gerçekleştirilen davranışların aynı hedefe yönelmesi ve zaman aralığının kısa olması gerekir³⁸⁰. Örneğin, kamu görevlisinin, kısa zaman aralığında ve aynı hedefe yönelik olarak, birden çok kez görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda kamu zararı meydana gelmişse, burada zincirleme suçtan değil tek suçtan söz edilir. Nitekim Yargıtay ETCK döneminde vermiş olduğu bir kararda, olayda zincirleme suç koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılmasına vurgu yapmıştır³⁸¹.

Aynı suçun, tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesi TCK'nın 43/2. maddesinde düzenlenmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunun mağdurunun kamu idaresi olması nedeniyle; tek bir hareketle birden fazla kamu idaresinin zarara uğratılması durumunda, TCK'nın 43/2. maddesinde düzenlenen zincirleme suç oluşacaktır. Bu nedenle TCK'nın 43/2. maddesinin, görevi kötüye kullanma suçu açısından uygulanması zordur.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin kararına konu olan olayda, il daimi encümen kararı ile birden fazla kum ocağı işleticisinin ruhsat başvurusunun mevzuata aykırı olarak kabul edilmesi durumunda, encümene başkanlık eden vali yardımcısının

³⁷⁹ **SANCAR**, *Müteselsil Suç*, s. 63-64; **İÇEL**, *Suçların İctimai*, s. 111.

³⁸⁰ **SANCAR**, *Müteselsil Suç*, s. 64.

³⁸¹ "Sanığın birden çok görevi savsama ve görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma eylemlerini, zaman aralıkları da gözetilerek, aynı kararlar ile işleyip işlemediği ve TCY'nin 80. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan aynı yasanın 230/2(iki defa), 240/2(üç defa) uygulanması yasaya aykırıdır." Yar. 4. CD. , 30/ 05/ 1996 tarihli ve 3215/ 5035 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 131.

eylemini zincirleme bir şekilde işlediğine karar vermiştir³⁸². Yine bir görüşe göre; alınan bir imar planı kararıyla birden fazla kişinin mağdur olması durumunda da TCK'nın 43/2. maddesi söz konusu olur³⁸³. Ancak gerek söz konusu karar gerekse söz konusu görüş eleştiriye açıktır. Çünkü görevi kötüye kullanma suçunun pasif süjesi kamu idaresidir, bahsi geçen olaylarda mağdur olan birden çok kamu idaresi bulunmadığı için zincirleme görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz.

Kamu görevlisinin aynı konuda da olsa değişik zamanlardaki görevinin gereklerine aykırı davranışı veya görevinin gereklerini yapmakta ihmal ya da gecikme göstermesi durumlarında, farklı kişiler mağdur olmuş ise artık gerçek içtima kuralları uygulanacaktır³⁸⁴. Örneğin köy muhtarı olan sanığın Köy Kanunu uyarınca zorunlu işleri yerine getirmeyen köylüler aleyhine, kanundaki yöntemlere uymadan ceza ihbarnamesi düzenlemesi durumunda her ceza ihbarnamesi ayrı bir suç oluşturacağından zincirleme suç oluşmaz gerçek içtima kuralları uygulanır³⁸⁵.

3. Bileşik Suç

Bileşik suç TCK'nın 42. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla dolayısıyla, tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

³⁸² Yar. 4. CD. , 17/ 10/ 2002 tarihli ve E. 2001/ 38, K. 2002/ 35 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 131.

³⁸³ **GÖKCAN**, s. 132.

³⁸⁴ **GÖKCAN**, s. 132; **ÜZÜLMEZ**, s. 214.

³⁸⁵ Yar. 4.CD. , 22/ 09/ 2004 tarihli ve 8800/9035 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 132.

Görevi kötüye kullanma suçu, başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmuşsa, bu durumda bileşik suç hükümleri uyarınca, görevi kötüye kullanma suçu değil, görevi kötüye kullanma suçunun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olduğu suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin kamu görevlisinin hukuka aykırı bir şekilde arama yapması durumunda TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁸⁶.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (md. 109/3-d) ve konut dokunulmazlığının ihlâli suçlarında (md. 119/1-d) kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması, suçun ağırlaştırıcı hali olarak düzenlenmiştir. Bu tip suçlar doktrinde gerçek olmayan görev suçları olarak adlandırılmaktadır. Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya konut dokunulmazlığının ihlâli suçlarını işleyen kamu görevlisi hakkında, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Örneğin bir polis memuru suç şüphesi altında bulunduğunu düşündüğü kişiyi C. Savcısına bilgi vermeksizin yakalayıp karakola götürür ve karakolda tutarsa, kamu görevinin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olur³⁸⁷. Aynı şekilde, TCK'nın 294. maddesinde düzenlenen “*Kaçmaya İmkân Sağlama*” suçunun, tutuklu veya hükümlünün muhafazası veya nakli ile görevli kişiler tarafından işlenmesi durumu ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Aynı durum TCK'nın 297/3. maddesi için de geçerlidir³⁸⁸.

³⁸⁶ KARATAŞ, s. 130.

³⁸⁷ GÖKCAN, s. 129.

³⁸⁸ TCK md. 297/3, “*Birinci ve ikinci fıkrada tanımlanan suçların hükümlü ve tutukluların muhafazasıyla görevli kişiler tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.*”

Kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirmemesi ya da görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal veya gecikme göstermesi sonucunda bir kişi ölmüş ya da yaralanmış olabilir. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere görevin kötüye kullanılması sonucunda bir kişi ölmüş ya da yaralanmışsa, görevi kötüye kullanma suçunun yanı sıra, TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da TCK'nın 88. maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu da oluşur. Ancak kamu görevlisi görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Kamu görevlisinin görevi gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu bir icrai veya ihmali hareketi yerine getirmemiş olması, TCK'nın 83 ve 88. maddelerinde düzenlenen suçların unsuru olduğundan bileşik suç hükümleri uygulanmalıdır³⁸⁹. Ancak bazı görüşlere göre; bu durumda kamu görevlisinin sorumluluğu fikri içtima kurallarına göre belirlenmelidir³⁹⁰.

Buna göre sağlık, itfaiye, emniyet, jandarma görevlisi gibi vatandaşların sağlığını ve onlara karşı yönelebilecek zararlı neticeleri önlemekle yükümlü, yasal garantörlük altındaki kamu görevlileri, kasten yasal yükümlülüklerini yerine getirmezlerse, meydana gelecek ölüm veya yaralama sonuçlarından TCK'nın 83/2-a ya da 88. maddesine göre sorumlu olacaklardır³⁹¹. Ancak ihmali davranışla öldürme ya da yaralama suçunun oluşması için, sadece yükümlülüğü yerine getirmemek yeterli değildir; ayrıca doğacak yaralama ve ölüm sonucunun yani neticenin de

³⁸⁹ **PARLAR/ HATİPOĞLU**, s. 3639; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 833; **MERAN**, s. 425; **GÖKCAN**, 134; **KARATAŞ**, s. 131; Aksi görüş için bkz. **MALKOÇ**, s. 2339.

³⁹⁰ **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 770.

³⁹¹ **MALKOÇ**, s. 2339; **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 833.

istenmesi gerekir. Aksi halde görevin gereğini unutma, bilmeme gibi nedenlerle ölüm ya da yaralanmaya yol açmışsa bu durumda taksirle öldürme ya da taksirle yaralama gündeme gelecektir³⁹².

Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında, “...Tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı davranış kasta veya taksire dayalı olabilir. Hekimlerin tıp bilimi ve mesleğinin icrası sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları nedeniyle tedavi kusuruna yol açmaları taksirli sorumluluğa neden olur. Dolayısıyla, taksire dayalı bir tıbbi kusurla hastaya zarar veren hekimin eyleminin, kasıtlı bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması mümkün olmayacağından, eylemin taksirle ölüme veya yaralamaya neden olma suçunu oluşturacağı düşünülmelidir... Tıbbi kusur teşkil eden davranışın özen yükümlülüğüne aykırı şekilde bilgi eksikliği veya beceri hatasına dayanmayıp, hekimin bilinçli bir tercihi olması durumunda manevi unsurun kasta dayandığı düşünülür. Bu takdirde hastasına zarar veren veya ölümüne yol açan kamu görevlisi hekimin eylemi bir taraftan TCK'nın 257. maddesini ihlal ederken, diğer yandan kasten öldürme veya yaralama suçlarına ilişkin ceza normları ihlal edilmiş olur. Bu normlar çatışmasında, yardımcı norm olan TCK'nın 257. maddesi geriye çekilirken, fail, öne çıkan kasten yaralama veya öldürmeye ilişkin temel norm ile sorumlu tutulur³⁹³.” yorumunda bulunmuştur.

³⁹² PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 3639; GÖKCAN, s. 135.

³⁹³ Yar. 4. CD. , 05/ 06/ 2012 tarihli ve E. 2010/ 28606, K. 2012/ 13900 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 11/ 10/ 2015.

Yargıtay, ETCK döneminde taksirli davranışı sonucunda yaralama veya ölüme sebebiyet veren kamu görevlisinin taksirle öldürme ya da yaralama suçunu değil de görevi savsama suçunu işlediğini kabul etmekteydi.

Bununla birlikte Yargıtay vermiş olduğu bir kararında trafik kazası sonucu devlet hastanesi acil servisine getirilen hastaya nöbetçi hekim ve hemşirenin zamanında müdahale etmemeleri sonucunda hastanın ölmesi olayında, yerel mahkemece failer hakkında ETCK'nın 230. maddesi uyarınca kurulan mahkûmiyet hükmünü bozmuştur³⁹⁴.

Yargıtay söz konusu bozma ilamında, “...yüklenen görevi savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği...” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır³⁹⁵.

³⁹⁴ Yar 4.CD. , 11/ 02/ 2004 tarihli ve E. 2003/ 1064, K. 2004/ 2055 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 134.

³⁹⁵ Benzer nitelikte Yar. 4. CD. , 05/ 06/ 2012 tarihli ve E. 2010/ 28606, K. 2012/ 13900 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 17/ 04/ 2014.

4. Fikri İçtima

Fikri içtima TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

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

Bazen aynı fiilin ihlal ettiği hukuksal değerlerin çokluğu nedeniyle birbirinden farklı suç tipleri ortaya çıkabilir. Başka bir deyişle kanunun çeşitli hükümlerinin aynı fiille ilgisi ortaya çıkabilir. Bu durumda fikri içtima söz konusu olur³⁹⁶. Fikri içtimada ihlal edilen normların korudukları hukuki değerler farklı iken, görünüşte içtimada ihlal edilen normların korudukları hukuki değerler aynıdır³⁹⁷. Görevi kötüye kullanma suçu ile bazı suçlar arasında özel norm-genel norm ve temel norm-yardımcı norm ilişkisi bulunduğundan görevi kötüye kullanma suçunda fikri içtima kuralları uygulanmaz³⁹⁸.

³⁹⁶ İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 57.

³⁹⁷ İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 62.

³⁹⁸ PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 3638; GÖKCAN, s. 130.

II. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

A. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN ZİMMET SUÇU İLE İLİŞKİSİ

Zimmet suçu, görevi kötüye kullanma suçu gibi TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" kısmında, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Bu bağlamda zimmet suçu ile de korunmak istenen hukuki yarar, kamu görevlilerinin doğruluğu ve dürüstlüğü, vatandaşların kamu görevlilerine ve kamu idaresinin düzgün işlediğine karşı duyduğu güvendir³⁹⁹. Zimmet suçu, görevi kötüye kullanma suçu gibi özgü suçlardan olup, suçun faili kamu görevlisidir.

TCK'nın 257/1. maddesi uyarınca, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen norm tali norm niteliğinde olduğundan, zimmet suçunun oluştuğu durumlarda görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz⁴⁰⁰.

Zimmet suçunun oluşması için, kamu görevlisine görevi nedeniyle zilyetliği devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir mal olması ve söz konusu mal ya da eşyanın kamu görevlisine görevi nedeniyle tevdi edilmiş olması

³⁹⁹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 835; KOCA, s. 25.

⁴⁰⁰ BEKTAŞ, s. 103.

gerekir⁴⁰¹. Ortada görev nedeniyle tevdi edilmiş veya koruma ve gözetim yükümlülüğünün olduğu bir mal yoksa zimmet değil, duruma göre görevi kötüye kullanma suçu ya da hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar oluşur⁴⁰². Örneğin, kamu görevlisine görevi nedeniyle değil, kişisel güven nedeniyle devredilen mal üzerinde zimmet değil güveni kötüye kullanma suçu işlenebilir⁴⁰³.

Kamu görevlisinin, kendisine teslim edilen malı, takdir hakkını iyi kullanamamaya gerektiği gibi idare edememesi ve kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine veya haksız bir menfaatin sağlanmasına yol açması durumunda, mal edinme kastı olmadığından zimmet suçu değil görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır⁴⁰⁴.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında, “*Sanığın görevinde gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek ilaç, sıhhi malzeme ayniyat işlemlerini gelişigüzel yürütmesinden doğan farklılıklarda çıkar sağlama kastı mevcut olmamakla beraber sonuçta kurumun zararına sebebiyet verildiği için, fül TCK. m. 230’da düzenlenen görevi savsamak suçunu teşkil eder*⁴⁰⁵.” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal

⁴⁰¹ TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 837; TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 275.

⁴⁰² SUCUOĞLU, s. 31.

⁴⁰³ TOROSLU, *Özel Kısım*, 275.

⁴⁰⁴ KOCA, s. 33.

⁴⁰⁵ Yar. 5. CD. , 26/ 12/ 1986 tarihli ve 1042/ 5675 sayılı kararı için bkz. KOCA, s. 33.

veya gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması gerekirken; zimmet suçunun oluşması için bu şekilde objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi aranmamaktadır.

B. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN İRTİKÂP SUÇU İLE İLİŞKİSİ

İrtikâp suçu, zimmet suçu ve görevi kötüye kullanma suçu ile aynı bölümde düzenlenmiştir ve suçla korunan hukuksal değer bakımından görevi kötüye kullanma suçuyla aynı niteliktedir. İrtikâp suçunun faili görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi kamu görevlisidir.

İrtikâp suçu TCK md. 250’de üç fıkra olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca irtikâp suçu; icbar suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâp ve hataen irtikâp olmak üzere üç biçimde ortaya çıkar.

02/ 07/ 2012 tarihli 6352 sayılı Kanun ile icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşması için gerekli olan icbar kavramı açıklığa kavuşturulmuş ve maddeye, irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumuna göre özel bir indirim fıkrası eklenmiştir. TCK’nın 250. maddesinin birinci fıkrası, “*Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları*

karşısında, kişinin haklı bir işin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Aynı kanun ile yürürlükten kaldırılan TCK'nın 257/3. maddesinde ise, *“İrtikâp 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 düzenleme bulunmaktaydı.

Bu düzenleme irtikâp suçunu düzenleyen norm ile görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen norm arasında asli norm-tali norm ilişkisi olduğunu göstermekteydi. Her ne kadar söz konusu kanun hükmü yürürlükten kaldırılrsa da görevi kötüye kullanma suçunun tali norm özelliğine sahip olması nedeniyle, irtikâp suçunun oluştuğu durumlarda görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır⁴⁰⁶.

C. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN RÜŞVET SUÇU İLE İLİŞKİSİ

Rüşvet suçu, görevi kötüye kullanma suçuyla aynı bölümde ve TCK'nın 252. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın ilk halinde, ETCK'nın 212/1. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için yarar

⁴⁰⁶ SUCUOĞLU, s. 33.

sağlaması anlamına gelen basit rüşvet niteliğindeki eylemler, TCK'nın 257/3. maddesinde, “*İrtikâp 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 düzenlenmişti. Bu hüküm gereğince TCK'nın 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçu, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması yani ETCK'nın 212/2. maddesinde düzenlenen nitelikli rüşvet suçunu düzenliyordu.

Kanunkoyucunun ETCK dönemindeki “*basit rüşvet*” suçunu oluşturan eylemleri, rüşvet suçu içerisinde değil, görevi kötüye kullanma suçu içerisinde düzenleyerek cezalandırması suçla mücadele açısından eleştirilmişti. Rüşvet suçunun çok failli suçlardan olduğu düşünüldüğünde, gerek rüşveti veren gerekse rüşveti alan cezalandırılmaktaydı. Ancak TCK'nın 257/3. maddesinde yer alan düzenleme gereğince yarar sağlayan vatandaş cezalandırılmamaktaydı⁴⁰⁷. Bu durum ise yolsuzlukla mücadelede vatandaş ile kamu görevlisi arasındaki dengeyi bozmakta, vatandaşın eylemlerinin cezasızlığına neden olmaktaydı⁴⁰⁸.

Doktrinde ileri sürülen görüşlere göre de yapısı ve unsurları bakımından görevi kötüye kullanma suçundan farklı nitelik taşıyan basit rüşvet suçunun görevi kötüye kullanma suçuyla aynı maddede düzenlenmesi, isabetli değildi⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ **KAZANCI**, Behiye Eker, “*Yolsuzluk Kavramı ve TCK'da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümleri*”, CHD. , S. 6, Nisan 2008, s. 65.

⁴⁰⁸ **YENİDÜNYA**, s. 130.

⁴⁰⁹ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 825; **OKUYUCU ERGÜN**, s. 2.

Aynı düzenleme uyarınca, kamu görevlisinin daha önce hiçbir anlaşma olmaksızın geçmişte görevinin gereklerine uygun davrandığı için kendisine ya da üçüncü kişilere haksız çıkar sağlaması, üçüncü fıkra hükmüne göre cezalandırılıyordu. Madde gerekçesine göre bu durum, *“Haklı olan işin görülmesinden sonra kişilerden haksız 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.”* şeklinde ifade edilmekteydi. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında, doktor olan sanığın hastanede yapmış olduğu ameliyatlardan sonrasında icbar veya ikna boyutunda söz ve hareketlerde bulunmadan, müştekilerin hastalarıyla ilgilenmesi nedeniyle minnet altında ödedikleri anlaşılan bir kısım paraları almak suretiyle haksız çıkar sağlamasından ibaret eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmişti⁴¹⁰.

Avrupa Konseyi bünyesinde kurulan Yolsuzluğa Karşı Ülkeler Grubu (GRECO) tarafından yapılan tavsiyeler üzerine, 6352 sayılı Kanun’la TCK’da bulunan yolsuzlukla mücadeleyi amaçlayan hükümlerde köklü değişiklik yapılmış ve *“basit rüşvet”* olarak kabul edilen kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması karşılığında menfaat temin etmesi, rüşvet suçunu düzenleyen TCK’nın 252. maddesi

⁴¹⁰ Yar. 5. CD. , 13/ 11/ 2006 tarihli ve 315/ 8838 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 279.

kapsamında düzenlenmiş, TCK'nın 257/3. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır⁴¹¹. Böylelikle yolsuzlukla mücadele açısından önemli bir adım atılmıştır.

TCK'nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının sonucunda, kamu görevlisinin görevin ifasından sonra vatandaştan menfaat temin etmesi, görevin ifasından önce yapılmış bir anlaşma ya da vaade dayanmıyorsa artık herhangi bir suçun kanuni unsurunu oluşturmayacak, kamu görevlisinin eylemi “*hediye kabulü*” olarak değerlendirilerek, 657 sayılı DMK'nın 29 ve 125. maddeleri kapsamında disiplin yaptırımına tabi olacaktır⁴¹². Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin verdiği yeni tarihli bir kararda⁴¹³; “... Suç tarihinde Karaburun Tapu Sicil Müdür vekili olan İ... ile aynı yerde görev yapan diğer sanıkların, farklı zamanlarda iş sahiplerinden mevzuata uygun şekilde yapıldığı anlaşılan tapu işlemlerinin bitimini müteakip onlara yönelik yasada belirtilen boyut ve nitelikte herhangi bir zorlamada bulunmaksızın bağış adı altında para alıp aralarında paylaşımları biçiminde gerçekleşen olayda, belirli bir işin yapılması karşılığında çıkar sağlanacağı konusunda taraflar arasında işin yapılmasından önce gerçekleştirilmiş bir anlaşma bulunmadığı, esasen yapılması gereken bir işin yapılmış olması sebebiyle (iş yapıldıktan sonra) kamu görevlilerine çıkarın sağlandığı 05/ 07/ 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanununun 105. maddesi ile TCK'nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması da nazara alındığında “*hediye kabulü*” olarak değerlendirilebilecek sanıklara yüklenen bu

⁴¹¹ KOCA, s. 352.

⁴¹² MERAN, s. 415; BEKTAŞ, s. 100.

⁴¹³ Yar. 5. CD. , 09/ 01/ 2014 tarihli ve E. 2013/ 2331, K. 2014/ 196 sayılı kararı için bkz. Uyap İhtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 12/ 08/ 2014.

eylemlerin yaptırımının bulunmayıp ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 29 ve 125. maddeleri kapsamında disiplin cezası uygulanmasını gerektirebilecek nitelikte olduğu...” vurgulanmıştır.

Rüşvet suçu ve görevi kötüye kullanma suçu arasındaki ilişkiye değinirken, toplumda “*bıçak parası*” olarak ifade edilen duruma ayrı bir parantez açmak gerekir⁴¹⁴. Bıçak parası, doktorun zor durumdaki hastaların bu durumlarından faydalanarak menfaat temin etmesi; vatandaşın, ameliyat ya da muayene öncesi manevi olarak menfaat temin etmek konusunda zorlanması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu durumda TCK’nın 250/1. maddesinde düzenlenen icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Bazı durumlarda doktor hastayı manevi olarak menfaat temin etmek hususunda zorlamasa da doktor ile hasta arasında gerçekleştirilen özgür iradeye dayalı rüşvet anlaşması ile hasta tarafından doktora bıçak parası verilebilir. Bu durumda doktorun söz ve davranışları icbar boyutuna varmadığından rüşvet suçu oluşur.

5237 sayılı TCK’nın 257/3. maddesinin 6352 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmasından önceki dönemde, doktorun gerçekleştireceği bir ameliyat ya da muayene öncesinde hastaya karşı icbar boyutuna varan bir teklifte ya da doktorla hasta arasında bir rüşvet anlaşmasının bulunduğu tespit edilemediği durumlarda, TCK’nın 257/3. maddesinde düzenlenen suçun oluştuğu kabul edilmekteydi ve

⁴¹⁴ Bu konu hakkındaki geniş açıklamalar için bkz. **ÜNLÜ**, Ufuk, “*Bıçak Parasının İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları Açısından Değerlendirilmesi*”, THD. , Ağustos 2012, S. 72, s. 43-50.

Yargıtay'ın da bu yönde içtihatları vardı⁴¹⁵. Ancak 6352 sayılı Kanun'un 105. maddesiyle TCK'nın 257/3. maddesi yürürlükten kaldırıldığından, Yargıtay kararında⁴¹⁶ varılan sonuç doğrultusunda doktorun hastayı tedavi ya da ameliyat etmesinden sonra vatandaşın menfaat temin etmesi durumunda suç oluşmayacaktır.

Bu genel açıklamalardan sonra rüşvet suçunun özelliklerinden bahsetmek gerekirse; rüşvet suçu görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak, rüşvet alan ve rüşvet verenin birbirine bağlı hareketleri ile oluşan çok failli bir suçtur⁴¹⁷. Bu durum madde gerekçesinde, “...Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle, çok failli bir suçtur. Bir tarafta rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleştirilmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur.” şeklinde belirtilmiştir. Çok failli suçlar, özünde birden çok kişinin faaliyette bulunması zorunlu olan suçlardır⁴¹⁸. Ayrıca rüşvet suçunda kamu görevlisine rüşvet veren vatandaş da faildir. Faillerinin tümünün cezalandırılması nedeniyle rüşvet suçu dar anlamda çok failli suçtur⁴¹⁹.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması hususunda, rüşvet alan ve rüşvet veren

⁴¹⁵ Yar. 5. CD. , 03/ 05/ 2011 tarihli ve E. 2008/ 6181, K. 2011/ 3644 sayılı kararı için bkz. ÜNLÜ, s. 49.

⁴¹⁶ Bkz. Dipnot 413'de yer alan Yar. 5. CD. , 09/ 01/ 2014 tarihli ve E. 2013/ 2331, K. 2014/ 196 sayılı kararı.

⁴¹⁷ KAZANCI, s. 65.

⁴¹⁸ SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 32.

⁴¹⁹ SANCAR, Çok Failli Suçlar, s. 111.

arasında özgür iradeye dayalı bir rüşvet anlaşması bulunmalıdır⁴²⁰. Aksi takdirde kamu görevlisi tarafından vatandaşın iradesi; icbar, hata ya da ikna suretiyle ortadan kaldırılmışsa, artık rüşvet değil irtikâp suçu oluşur⁴²¹.

⁴²⁰ **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 885; **KOCA**, s. 373.

⁴²¹ Yar. 5. CD. , 22/ 12/ 2005 tarihli ve 17305/ 23175 sayılı kararı için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK**, s. 886.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KOVUŞTURMA USULÜ, YAPTIRIM ve ZAMANAŞIMI

I. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN KOVUŞTURMA USULÜ

A. GENEL OLARAK

Hukuk sistemimizde, kamu görevlilerinin yürütmekte oldukları görevler dolayısıyla haklarında yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın özel usullere tabi tutulması sistemi benimsenmiştir. Bu doğrultuda memurlarla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma yöntemlerini belirleyen ilk kanuni düzenleme, 1913 tarihinde yürürlüğe giren Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat olmuştur. Daha sonra bu Kanun, 1982 Anayasası'nın 129. maddesinde yer alan “...memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır...” hükmüne dayanılarak çıkarılan 1999 tarihli 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır⁴²².

⁴²² İĞDELER, Serdar/ SUNTAY, Yusuf, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Uygulaması”, TİD. , S. 426, Mart 2000, s. 1.

Kamu görevlilerinin belli bir statüye bağılı olarak kamu hizmeti görmeleri sebebiyle, bazı güvencelere sahip olmaları gerekir. Bu bağlamda memurların soruşturulmasında özel usuller uygulanması, memur olmanın güvencesidir⁴²³. Hukuk sistemimizde, kamu görevlileri ile ilgili özel soruşturma ve kovuşturma yöntemleri belirlenmesinde, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, aksatılmadan yürütülmesini sağlamak; kamu görevlilerinin hizmetlerini ifa ederken her türlü etki ve korkudan uzak tutulmaları, idarenin otoritesinin ve kudretinin sarsılmaması⁴²⁴ düşüncesi etkili olmuştur. Söz konusu korumanın kamu görevlilerine verilmiş bir imtiyaz olarak değil, kamu hizmetine verilmiş bir imtiyaz olduğu ileri sürülmüştür⁴²⁵.

Genel olarak kamu görevlisi hakkında soruşturma ya da kovuşturma yapılmasını özel usullere tabi tutan, yani kamu görevlileri ile vatandaşların işlemiş oldukları suçları farklı soruşturma usullerine tabi tutan sistem “*idari güvence*” sistemidir. İdari güvence sistemi, üç şekilde uygulanmıştır. Bunlar izin sistemi, tahkik sistemi ve muhakeme sistemidir.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın ilk halinde, idari merciler her türlü soruşturma işlemlerini yaparlar ve soruşturma sonucunda son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verirler, bu sisteme izin sistemi denir.

⁴²³ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, AÜEHFD. , C. VII, S.1-2, Haziran 2003, s. 109.

⁴²⁴ ÖZEK, Çetin, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İÜHFM. , C. 26, S. 1-4, 1961, s. 34.

⁴²⁵ SÖKMEN, Uğur, Kamu İdaresinde Soruşturma Kovuşturma, Ankara 2009, s. 181; EVLİYAĞLU, s. 179.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat'da 1609 sayılı Kanun'la yapılan değişlikle, idari mercilerin sadece soruşturma izni verecekleri, soruşturmayı ise yargı mercilerinin yürüteceği, izin sistemi benimsenmiřtir⁴²⁶. Bu kanunun yürürlükte bulunduğu tarihte memurların muhakemesi hakkındaki idari güvence sistemlerinin, adli teşkilatın yeterli olmadığı zamanlarda ortaya çıktığı, dolayısıyla bu sistemden artık vazgeçilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülüyordu⁴²⁷. Nihayet 4483 sayılı Kanun'da da izin sistemi benimsenmiştir.

4483 sayılı Kanun, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat'tan farklı olarak, kamu görevlisinin görevi sırasında işlediği ve göreviyle bağlantılı olmayan suçları kapsam dışına çıkarmış olması nedeniyle, hukuk devleti açısından daha ileri düzenlemeler içermektedir. Buna karşın hukuk devletinin bir yansıması olan, yönetenlerin de yönetilenler gibi gerçekleştirmiş oldukları eylemlerden dolayı sorumluluklarının bulunması gerektiğine dair toplumda hâkim olması gereken inanç, kamu görevlilerinin göreviyle bağlantılı konulardaki eylemlerinin soruşturulmasının bir idari makam iznine bağlanmasıyla zedelenmektedir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki; idari güvence sistemleri, esas olarak merkezi devlet sistemini belirleyen ülkelerde yönetimi korumak kaygısıyla uygulansa da vatandaşların devlete olan güvenini zayıflatmıřtır⁴²⁸.

⁴²⁶ KEYMAN, Selahattin, “*Memurin Muhakematı Kanunu*”, AÜHF.M. , C. 19, S. 1-4, 1962, s. 173-174.

⁴²⁷ ÖZEK, “*Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*”, s. 79-80.

⁴²⁸ GÖKCAN / ARTUÇ, s. 438.

3628 sayılı Kanun'un 17/1. maddesine göre; kamu görevlilerinin işlemiş oldukları zimmet, irtikâp, rüşvet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanmasına sebebiyet verme gibi suçlarla ilgili olarak soruşturma genel hükümlere göre yapılacak olup, 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır⁴²⁹. Ancak söz konusu suçlar arasında görevi kötüye kullanma suçu sayılmadığı için görevi kötüye kullanma suçu bakımından 4483 sayılı Kanun hükümleri geçerli olacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlisinin görev suçu kapsamında bulunduğundan eleştirdiğimiz izin sistemi, görevi kötüye kullanma suçu bakımından da geçerlidir. Bu bakımdan bundan sonraki başlıkta 4483 sayılı Kanun'u inceleyeceğiz.

B. 4483 SAYILI KANUN

4483 sayılı Kanun, Anayasanın 129/son maddesinde yer alan “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalara dışında, kanunun gösterdiği merciin iznine bağlıdır.*” hükmüne istinaden çıkarılmış, kamu görevlilerinin yargılanma usulünü düzenleyen bir kanundur. 4483 sayılı Kanun'un amacı, Kanun'un 1. maddesine göre, “*...memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan*

⁴²⁹ 2547 sayılı Kanun md. 53/6. uyarınca, söz konusu suçlarla ilgili olarak Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler hakkında özel soruşturma usulü uygulanacak olup, genel hükümler uygulanmayacaktır.

dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.”

Kanun'un 1. maddesi her ne kadar kanunun amacını açıklasa da, ayrıca konu bakımından kapsamı hakkında da bilgi vermektedir. Bu maddeye göre Kanun, kamu görevlilerinin “*görevleri sebebiyle*” işledikleri suçlar bakımından uygulanacaktır. Oysa Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat’ın 2. maddesi uyarınca memurun hem görev sırasındaki hem de görev sebebiyle işlediği suçlar soruşturma iznine tabiydi. Yeni kanunla izin sisteminin uygulama alanı daraltılmış ve kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlar kanun kapsamına alınmıştır⁴³⁰. O halde 4483 sayılı Kanun bakımından görev sebebiyle işlenen suç kavramının ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekir.

Görev sebebiyle işlenen suç, kamu görevi gereği yapılması gereken işlemlerin yapılması veya yetkilerin kullanılması suretiyle işlenen suçtur⁴³¹. Görev sebebiyle işlenen suç, Yargıtay kararında, “*kamu görevlisinin ilgili kanun ve mevzuat hükümleri uyarınca yerine getirmekte olduğu görev sebebiyle işlediği, doğrudan görevin içeriği veya biçimsel koşulları ile ilgili olan, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak yer aldığı, kamu görevlisinin suç teşkil eden eylemiyle görevi arasında illiyet bağının bulunduğu suçtur*”, şeklinde tanımlanmıştır⁴³².

⁴³⁰ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 444.

⁴³¹ ÇAĞLAYAN, s. 117.

⁴³² GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 444. Aynı doğrultuda, YCGK. , 17/ 02/ 2004 tarihli ve E. 2004/2-10, K. 2004/10 sayılı kararı için bkz. KOCA, s. 651-653.

Örneğin Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 30/ 11/ 2006 tarihli kararında, il özel idaresinin ortak olduğu şirketleri temsilen çek keşide etmenin, vali olan sanığın görevlerinden olmaması ve atılı suçta failin memur olmasının kurucu unsur olarak öngörülmemesi nedeniyle söz konusu suçun soruşturulmasının izne tabi olmadığı kabul edilmiştir⁴³³.

1. 4483 Sayılı Kanun'un Kişi Bakımından Kapsamı

4483 sayılı Kanun'un 2/1. maddesine göre;

“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.”

Maddede geçen genel idare esasları, asli ve sürekli görev, memur ve diğer kamu görevlileri kavramlarını kamu görevlisi bölümünde incelemiştik. 657 sayılı DMK'ya göre dört tür istihdam şekli vardır. Bunlar; memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiden oluşur.

TCK bakımından kamu görevlisi kavramı, 4483 sayılı Kanun uygulamasındaki memur kavramından geniştir. 4483 sayılı Kanun bakımından memurun asli ve sürekli görev ifa etmesi gerekir. Fakat TCK bakımından kamu görevlisi sayılmak için bir kamusal faaliyetin yürütülmesine geçici olarak katılmak yeterlidir. Bu bakımdan TCK hükümlerine göre kamu görevlisi olan bir kimse

⁴³³ Yar. 10. CD. , 30/ 11/ 2006 tarihli ve 7726/ 13452 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN/ ARTUÇ**, s. 451. Benzer nitelikte kararlar için bkz. **GÖKCAN/ ARTUÇ**, s. 451-459; **EVLİYAĞLU**, s. 214-244.

hakkında görevi kötüye kullanma suçundan soruşturma yapabilmek için 4483 sayılı Kanun'a göre soruşturma izni almak her zaman şart değildir⁴³⁴.

Geçici personelin gerçekleştirmiş olduğu faaliyetin asli ve sürekli nitelikte olmaması; işçilerin gerçekleştirmiş oldukları faaliyetin ise özel hukuk hükümlerine tabi olması ve bu faaliyete kamu hukuku kurallarının uygulanmaması nedeniyle işçiler ve geçici personel 4483 sayılı Kanun'un kapsamı dışındadır, bu nedenle haklarındaki soruşturmalar genel hükümlere göre yürütülecektir⁴³⁵. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “...Buna göre 1580 sayılı Yasa'nın 102. maddesinde sözü edilen ve işçileri de kapsamına alan “müstahdemler”, biçim ve konumu yönünden Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen nitelikte memur veya diğer kamu görevlilerinden sayılmayacağından...”⁴³⁶ tespitinde bulunmuştur.

Sözleşmeli personel bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir. Sözleşme kadro karşılığı gerçekleşmişse bu durumda, personelin göreve getirilişi idare ile personel arasındaki akdi ilişkiye değil, atamaya bağlandığından personelin yerine getireceği faaliyet asli ve sürekli nitelikte olacağından, sözleşmeli personel hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın atama değil akdi bir ilişki

⁴³⁴ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 463-467.

⁴³⁵ ÇETİN, Erol, Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2000, s. 395; SÖKMEN, s. 188; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 470.

⁴³⁶ AYM. , 09/ 02/ 1993 tarihli ve E. 1992/ 44, K. 1993/ 7 sayılı kararı için bkz. ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 1016.

ile personel istihdamı söz konusuysa kamusal bir ilişki söz konusu olmadığından, 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır⁴³⁷.

4483 sayılı Kanun'a göre sadece devlette değil, diğer kamu tüzel kişilerinde genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görev ifa eden kamu görevlileri hakkında da soruşturma izni söz konusu olacaktır. Bu bağlamda kamu hukuku usulüne göre yönetilen Vakıflar Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü gibi kurumların personeli hakkında 4483 sayılı Kanun uygulanmalıdır. Bazı kamu tüzel kişileri ise özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterirler. Bu kurumlara örnek olarak, Emekli Sandığı, Bağ-Kur, TRT, Atatürk Orman Çiftliği gibi kurumlarla, kamu iktisadi teşebbüslerini gösterebiliriz.

ETCK döneminde bu tür özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kamu tüzel kişilerinin yaptıkları faaliyet, devlet tarafından yürütülmesi zorunlu kamu görevi niteliğinde faaliyet olmadığından, bu kurumların personelinin ceza hukuku bakımından memur sayılması için kanunkoyucu tarafından bazı kanunlara özel hükümler konulmuştu⁴³⁸.

Soruşturma izni bakımından KİT personeline ayrıca değinmek gerekir. KİT'lerin devletin amacı gereği gerçekleştirmek zorunda olduğu temel fonksiyonları yerine getirmek gibi bir görevi yoktur; bu bağlamda KİT'ler asli ve sürekli bir görev

⁴³⁷ ÇETİN, *Ankara 2000*, s. 395; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 469; SÖKMEN, s. 185-188.

⁴³⁸ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 441.

yerine getirmezler⁴³⁹. Bu bakımdan KİT personeli her ne kadar TCK anlamında kamusal faaliyet yürütmesi nedeniyle kamu görevlisi sayılsa da, soruşturma usulü bakımından 4483 sayılı Kanun'a tabi olmayıp, genel hükümlere tabidir.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat'ın yürürlükte olduğu dönemde, YCGK vermiş olduğu bir kararda, “...KİT personelinin kurum aleyhine işledikleri bazı suçlardan dolayı maddi ceza hukuku yönünden memur sayılmaları yargılama yöntemi bakımında da memur sayılmalarını gerektirmez. 28. 03. 1945 gün ve 1/ 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamaları da bu yöndedir⁴⁴⁰.” tespitinde bulunarak, KİT personelinin 4483 sayılı Kanun'a tabi olmadığını belirtmişti.

Ayrıca Anayasa'nın 128/1. maddesinde, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” şeklinde düzenleme bulunmasına rağmen, 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde devlet ve diğer kamu tüzel kişileri açıkça belirtilmişken, kamu iktisadi teşebbüsleri personeli 4483 sayılı Kanun'un kapsamından çıkarılmıştır⁴⁴¹. Ancak KİT'lerle ilgili olan 399 sayılı KHK'nın 11/D

⁴³⁹ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 442.

⁴⁴⁰ YCGK. , 17/ 04/ 1995 tarihli ve 101/ 127 sayılı kararı için bkz. ÇETİN, Ankara 2000, s. 398.

⁴⁴¹ ÇETİN, Ankara 2000, s. 399; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 442; İĞDELER/ SUNTAY, s. 3. Yargıtay'ın bir kararında bu husus açıkça dile getirilmiştir; “Posta dağıtıcısı olan sanığın... 399 sayılı KHK'nın 11/ b ve 7201 sayılı Yasanın 52, 57. maddeleri uyarınca ‘memur gibi cezalandırılması gerektiği’ gibi, 5237 sayılı TCK'nın 5, 6/ c maddeleri gereği kamusal faaliyete katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmekte ise de, anılan yasal düzenlemeler maddi ceza hukuku ile ilgili bulunup soruşturma yöntemi bakımından 4483 sayılı Yasaya bir gönderme bulunulmamıştır. Bundan ayrıca, Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasından ‘kamu iktisadi

maddesi ile KİT'lerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdürleri hakkındaki soruşturmalar 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülecektir.

Konumuz bakımından değinmemiz gereken bir başka husus ise, özel bir kanun hükmü uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı ya da kamu görevlisi sayılacağı düzenlenen kişiler hakkında 4483 sayılı kanun hükümleri mi yoksa genel hükümler mi uygulanacaktır? Örnek olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca, *“Yönetim Kurulu üyeleri, 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 ceza sorumluluğu bakımından kamu görevlisi sayılırlar.”* Bir kimsenin özel bir kanun hükmü ile kamu görevlisi sayılması ya da kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı düzenlenmesi, Yargıtay kararında⁴⁴² da vurgulandığı gibi maddi ceza hukuku ile ilgili olup, bu kimselerin soruşturması genel hükümlere göre yapılacaktır.

2. 4483 Sayılı Kanun'un Uygulanmayacağı Kişiler

4483 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi uyarınca, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri saklı

teşebbüsleri” sözcükleri çıkartılmak suretiyle aynen alınan 4483 sayılı Yasanın 2/1. maddesindeki hüküm uyarınca yasa kapsamının sınırlandırılmış bulunması... gözetilmeden...” Yar. 4. CD. , 05/ 12/ 2006 tarihli ve 2081/ 17292 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s.443.

⁴⁴² Bkz. Dipnot 440'da yer alan YCGK. , 17/ 04/ 1995 tarihli ve 101/ 127 sayılı kararı.

olduğundan, bazı kamu görevlilerinin adli bakımdan soruşturmaları 4483 sayılı Kanun'a değil özel kanun hükümlerine tabidir.

Cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar ve milletvekilleri hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri ile ilgili olarak soruşturma açılması Anayasa Mahkemesi genel kurulu kararına bağlıdır. Genel kurul soruşturma açılmasına karar verirse, üç Anayasa Mahkemesi üyesinden oluşturulan soruşturma kurulu, 5271 sayılı CMK hükümlerine göre soruşturmayı yürütecek, soruşturma sonucunda ya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vererek ya da iddianame düzenleyerek soruşturmayı sonuçlandıracaktır⁴⁴³.

Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, Yargıtay Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin görevleri ile ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararına bağlı olup, 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabi değildir. Bu bağlamda Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından ilk soruşturma kararı verilir, Ceza Dairesi başkanlarından biri soruşturmayı yürütmekle görevlendirilir. Soruşturma

⁴⁴³ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 795-796; EVLİYAOĞLU, s. 206.

sonucunda dosya Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'na sunulur. Kurul tarafından son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ve dosyanın işleminden kaldırılmasına ya da son soruşturmanın açılmasına karar verilir, bir görev suçu olan görevi kötüye kullanma suçu açısından Anayasa Mahkemesi tarafından yargılama yapılır⁴⁴⁴.

Danıştay Kanunu'nun 76. maddesiyle, Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerinin görevleri sırasında işledikleri veya görevlerinden doğan suçlar hakkında Yargıtay Kanunu'ndaki hükümlere benzer nitelikte hükümler konmuş olup, görevi kötüye kullanma suçu açısından 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır⁴⁴⁵.

Hâkimler, Cumhuriyet Savcıları, Danıştay ve Yargıtay Savcıları ile tetkik hâkimleri açısından 2802 sayılı Kanun ile özel soruşturma yöntemi öngörülmüştür. Her ne kadar 2802 sayılı Kanun'un 82. maddesinde hâkim ve savcılar hakkında suç soruşturmasının Adalet Bakanının iznine tabi olduğu düzenlense de 6087 sayılı HSYK Kanunu'nun dairelerin görevlerini düzenleyen 9. maddesi ile hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı ve görevleri sırasındaki eylemlerden dolayı suç soruşturması yapılıp yapılmaması hakkında karar verme yetkisi HSYK'nın üçüncü ve ikinci daireleri ile HSYK başkanının yer aldığı bir sürece devredilmiş olup, 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 798-800; EVLİYAĞLU, s. 207; ÖZEK, s. 403.

⁴⁴⁵ Bu konu hakkında geniş açıklamalar için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 801-802.

⁴⁴⁶ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 828-829. Bu konu hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 260-284.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca; avukatların, avukatlık görevlerinden doğan ya da görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarındaki soruşturma Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine yapılır. Avukatların görevlerini kötüye kullandıkları iddiasıyla suç duyurusunda bulunulması uygulamada sıkça rastlanılan bir durumdur. Bu gibi durumlarda soruşturma 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmayacaktır. Ancak kamu avukatlarının çalıştıkları kamu kurumunda yerine getirdikleri idari görevler nedeniyle yapılacak olan soruşturmalar 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabidir⁴⁴⁷.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 153. maddesiyle; noterlerin, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılması Bakanlık iznine tabi olup, soruşturma yapılması genel hükümlere tabidir ve 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni alınmasına gerek yoktur⁴⁴⁸. Noterlerle ilgili olarak konumuz açısından önemli olan bir husus da Noterlik Kanunu'nun 160. maddesine göre noterlik dairesinde çalışan kâtiplerin ve kâtip adaylarının görevlerinden dolayı işledikleri suçlara iştiraki bulunmayan noterin, TCK'nın 257. madde hükümlerine göre sorumlu tutulmasıdır. Örneğin vekâlet verenin nüfus cüzdanının aslını görmeden sahte vekâletname düzenleyen noter başkâtibi üzerinde gözetim ve denetim görevini yerine getirmeyen noterin eylemi görevi kötüye kullanma suçu açısından değerlendirilecektir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ EVLİYAĞLU, s. 211; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 888-890.

⁴⁴⁸ EVLİYAĞLU, s. 202-203.

⁴⁴⁹ Yar. 4. CD. , 30/ 03/ 2011 tarihli ve E. 2010/15028, K. 2011/4207 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 923.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca; yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı DMK'ya tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında atanan bir soruşturmacı tarafından ilk soruşturma yapılacaktır. Atanan soruşturmacı Cumhuriyet Savcısının görev ve yetkilerine sahiptir. Yapılan ilk soruşturmadan sonra yetkili makamlarca iddianame yerine geçen son soruşturmanın açılması kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar yerine geçen son soruşturmanın açılmaması kararı verilir. Bir görev suçu olan görevi kötüye kullanma suçu bakımından anlattığımız sistem geçerlidir. Örneğin bir üniversite öğretim görevlisinin kişisel husumet dolayısıyla öğrencilerinden birisine düşük not vererek görevini kötüye kullanması durumunda anlattığımız sistem uygulanacaktır. Genel olarak kabul edilen bir görüşe göre de vakıf üniversiteleri genel hükümlere tabi olup, 2547 sayılı Kanun hükümlerine tabi değildir⁴⁵⁰.

3. Soruşturma İzni Süreci

Bir memur ya da kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevini kötüye kullandığının, C. Savcılar tarafından öğrenilmesi durumunda C. Savcısı, 4483 sayılı Kanun'un 4/1. maddesi uyarınca, ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak, kanunda belirtilen makamlardan soruşturma izni ister.

⁴⁵⁰ Dan. 1. D. , 12/ 07/ 2005 tarihli ve 325/ 938 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 966.

Soruşturma izni vermeye yetkili merci 4483 sayılı Kanun'un 3/3. maddesine göre, kamu görevlisinin suç tarihindeki görevine göre belirlenecektir⁴⁵¹. Ast memur ile üst memurun iştirak halinde işledikleri görevi kötüye kullanma suçunda soruşturma izni vermeye yetkili merci Kanun'un 3/son maddesine göre üst memurun bağlı olduğu mercidir⁴⁵². İzin vermeye yetkili merci tarafından soruşturma izni verilip verilmeyeceğini belirlemek amacıyla ön inceleme başlatılır. Ön inceleme süresi, ilgili kamu kurumu tarafından soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itiraz hususları, kanunun 5, 6 ve 7. maddelerinde düzenlenmiştir.

4483 sayılı Kanun'un 8/3. maddesine göre suçun hukuki niteliğinin değişmesi, yeniden izin alınmasını gerektirmez. Örneğin görevi kötüye kullanma suçundan alınan soruşturma izni üzerine yürütülen adli soruşturmada ya da kovuşturmada eylem resmi belgede sahtecilik suçuna dönüşürse, yeniden soruşturma izni alınmasına gerek yoktur⁴⁵³.

Bir kamu görevlisi hakkında zimmet suçunu işlediği iddiasıyla soruşturma yürütülürken eylemin görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi durumunda soruşturma izni alınmadan soruşturmaya devam edilecektir. 4483 sayılı Kanun'un amacının kamu görevlileri hakkında gereksiz yere dava açılmasını engellemek, asılsız isnat ve iftiraların önüne geçmek olduğu, oysa burada zaten yürütülmekte olan bir soruşturmanın bulunduğu ve belki de bu soruşturma nedeniyle kamu görevlisinin

⁴⁵¹ 4483 sayılı Kanun md. 3/3: "Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınır."

⁴⁵² SÖKMEN, s. 232; GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 496.

⁴⁵³ KOCA, 654.

şüpheli sıfatıyla ifadesine başvurulduğu düşünüldüğünde, yeniden soruşturma izni alınmasının pratikte bir faydası da yoktur⁴⁵⁴. Suç vasfının yargılama sırasında değişmesi durumunda da yeniden soruşturma izni alınmayacaktır⁴⁵⁵.

Görevi kötüye kullanma suçunda dava zamanaşımı TCK'nın 66/1-e maddesi uyarınca 8 yıldır. TCK'nın 67. maddesi uyarınca soruşturma izninin istenildiği durumlarda dava zamanaşımı duracaktır. Ancak dava zamanaşımının durması için soruşturma izninin, söz konusu izni vermeye yetkili makamdan istenmesi gerekir⁴⁵⁶. Soruşturma izni, izni vermeye yetkili olmayan bir makamdan istenilmişse bu durumda dava zamanaşımı durmayacaktır.

YCGK kararına konu olan bir olayda, sanık hakkında soruşturma izni vermeye yetkili makam olan başbakan yerine devlet bakanı tarafından verilen soruşturma izninin, *yetkili olmayan makam tarafından verilen soruşturma izninin hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığı ve yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle* dava zamanaşımını durdurmadığı, söz konusu somut olayda da dava zamanaşımının bu nedenle dolduğu yönünde karar verilmiştir⁴⁵⁷.

Bu bölümle ilgili açıklamalarımızı bitirmeden önce MİT personeli hakkında yürütülen soruşturmalardaki izin sürecine değinmek yerinde olacaktır. MİT personeli

⁴⁵⁴ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 591.

⁴⁵⁵ Yar. 4.CD. , 08/ 04/ 2009 tarihli ve 5059/ 7002 sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 592.

⁴⁵⁶ TANER, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s. 85-87.

⁴⁵⁷ YCGK. , 28/ 03/ 2006 tarihli ve E. 2006/4-38, K. 2006/ 94 karar sayılı kararı için bkz. GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 647-648.

hakkında yürütülen soruşturmalarda nasıl bir sürecin işletileceği 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk hali, *“Mit mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü haklarında cezai takibat yapılması Başbakanın iznine bağlıdır.”* şeklinde düzenlenmişken, 6278 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle söz konusu hüküm yürürlükten kaldırılarak yeniden düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenleme uyarınca;

“MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır.”

Görüldüğü üzere, yeni düzenleme ile MİT personelinin, daha sonradan yürürlükten kaldırılan özel yetkili mahkemelerin görev alanına giren ağır cezalı suçları işlemeleri durumunda dahi Başbakanın izni olmadan soruşturma yürütülemeyecektir. Bu durumun ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

C. ADLİ GÖREV

4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinin son fıkrasına göre, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 154. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Bilindiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihinde, 1412 sayılı CMUK

yürürlükten kaldırılmış ve yerine 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmiştir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre, *“Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır. Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan Ceza Muhakemesi Kanununun maddelerine yapılmış sayılır.”* Bu durumda CMUK'un 154. maddesinin karşılığını CMK'nın 161. maddesi oluşturduğu için, 4483 sayılı kanunun 2. maddesinin son fıkrasının CMK'nın 161/5. maddesine gönderme yaptığı kabul edilmelidir⁴⁵⁸.

CMK'nın 161/5. maddesine göre;

“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 soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2. 12. 1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.”

CMK'nın 161/5. maddesinde kanunkoyucu tarafından *“adli görev”* kavramı yerine, *“adliye ile ilgili görev veya işler”* kavramının kullanılması, söz konusu maddenin kapsamı açısından son derece önemlidir. Adli görev; bir suçun işlenmesi ile başlayan, soruşturma-yargılama-temyiz aşamalarını içeren ve cezanın infazı ile

⁴⁵⁸ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 673.

sonuçlanan adli süreç içinde yapılan tüm işlemleri kapsar⁴⁵⁹. Buna karşın adliyeyle ilişkin görev ise adli görevi de kapsayan, bir suçun takibi kapsamında olmasa da konusu adliyeyle ilgilendiren görevdir.

Örneğin, Sulh Hukuk Mahkemesi hâkiminin kamu kurumlarına yazmış olduğu müzakerelere cevap verilmemesi durumunda, CMK'nın 161/5. maddesi uyarınca C. Başsavcılığınca görevi ihmal suçundan doğrudan soruşturma yapılacaktır. Adliyeyle ilişkin olmak koşuluyla idari bir konuya ilişkin taleplerin de adliyeyle ilişkin görev olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁶⁰. Yargıtay 4. Ceza Dairesi yakın tarihli bir kararında, idare mahkemesinin vermiş olduğu ara kararlar uyarınca belediye başkanlığına yazmış olduğu birden fazla müzakkereye belediye tarafından cevap verilmemesi durumunda, davacıların mağduriyetleri söz konusu olduğundan görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğuna ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır⁴⁶¹.

Adliyeyle ilişkin görev kavramının kapsamını açıkladıktan sonra konumuz açısından adli görev ve idari görev ayrımının yapılması önemlidir. Çünkü kolluğun yerine getirdiği bir faaliyetin idari görev olarak kabul edilmesi durumunda, soruşturma açısından 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanacakken; adli görev olarak kabul edilmesi durumunda, soruşturma CMK'nın 161/5. maddesine göre doğrudan yapılacaktır. Adli kolluk teşkilatı henüz kurulmadığından, kolluk personeli idari

⁴⁵⁹ EVLİYAĞLU, s. 188.

⁴⁶⁰ GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 674.

⁴⁶¹ Yar. 4. CD. , 28/ 03/ 2014 tarihli ve E. 2010/ 30773, K. 2014/ 9775 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 20/ 07/ 2014.

görev yerine getirdiğinde “*idari kolluk*”, adli görev yerine getirdiğinde ise “*adli kolluk*” olacaktır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun EK 9/1-A maddesinde yer alan “*önleyici, caydırıcı, düzenleyici ve koruyucu kolluk hizmetlerine dair görevlerin ifası*” idari görev olarak kabul edilmelidir. Aynı Kanun’un EK 6. maddesinde polisin adli görev ve yetkileri yer almaktadır⁴⁶². 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 7. maddesinde jandarmanın görevleri sayılmıştır. Bu maddeye göre jandarmanın idari görevi; “*Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak, kaçakçılığı men ve tahkik etmek, suç işlenmesinin önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumalarını yapmak*”; adli görevi ise, “*İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmektir.*”

Bu açıklamalar ışığında; polis memuru olan sanığın, trafik tescil işlemiyle ilgili görevi⁴⁶³, jandarmanın tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakilleriyle muhafaza görevi⁴⁶⁴ idari göreve ilişkin işlemlerdir.

Polis memurlarının Devlet Hastanesi Başhekimi olan mağduru alarak karakola götürmeleri ve orada bir süre tutmaları⁴⁶⁵, polisin bir suç eşyasına el

⁴⁶² GÖKCAN/ ARTUÇ, s. 675.

⁴⁶³ Yar. 4. CD. , 09/ 10/ 2012 tarihli ve E. 2011/ 3255, K. 2012/ 20000 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 20/ 07/ 2014.

⁴⁶⁴ Yar. 14. CD. , 21/ 03/ 2013 tarihli ve 259/ 3060 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 20/ 07/ 2014

koyduktan sonraki görevi⁴⁶⁶, jandarma trafik kolluğu tarafından sürücü belgesiz araç kullandığı için mahkemeye çıkarılmak üzere, kendisine teslim edilen şüpheliyi serbest bırakması⁴⁶⁷ adli görevle ilgili işlemlerdir.

Orman Kanunu'nun 79. maddesine göre orman muhafaza memurları da kolluk görevlisidir. Bu bağlamda orman muhafaza memurlarının, Orman Kanunu'nda yer alan suçlarla ilgili olarak gerçekleştirdikleri orman emvaline el koyma, suç tutanağı düzenleme gibi görevler adli görev iken; nakliye tezkeresi düzenlemek, ormanı korumak gibi görevleri idari görevdir⁴⁶⁸.

CMK'nın 332. maddesine göre,

“Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.”

Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hüküm ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.”

⁴⁶⁵ Yar. 8. CD. , 03/ 11/ 2009 tarihli ve 13218/ 13561 sayılı kararı için bkz. Uyap İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 20/ 07/ 2014.

⁴⁶⁶ YCGK. , 01/ 04/ 1997 tarihli ve 73/ 79 sayılı kararı için bkz. **ÇETİN**, Ankara 2000, s. 419.

⁴⁶⁷ Yar. 4. CD. , 04/ 10/ 2006 tarihli ve E. 2004/ 18835, K. 2006/ 14869 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN/ ARTUÇ**, s. 676.

⁴⁶⁸ **EVLİ YAOĞLU**, s. 189; söz konusu ayırım ile ilgili olarak, YCGK. , 31/ 10/ 1995 tarihli ve 2867/ 316 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN/ ARTUÇ**, s. 676.

CMK'nın 161/5. maddesine benzer düzenleme içeren CMK'nın 332. maddesi ile CMK'nın 161/5. maddesi arasındaki farklara da değinmek gerekir.

CMK'nın 332. maddesindeki düzenleme, 161/5. maddesine göre adliye ile ilgili görev veya işleri kapsamayan, sadece bir suçun soruşturma veya kovuşturmasıyla ilgili olarak istenen bilgilerle sınırlıdır. Ayrıca CMK'nın 332. maddesi bilgilerin istendiği kurumun ya da kişinin kamu kurumu ya da kamu görevlisi olmasını aramamıştır. Bu nedenle özel hukuk gerçek veya tüzel kişisinden istenen bilgilerle ilgili olarak cevap verilmemesi durumunda da CMK'nın 332. maddesi gündeme gelecektir. Ancak bir özel hukuk tüzel ya da gerçek kişinin hukuk mahkemesinin yazmış olduğu müzekkerelere cevap vermemesi durumunda bir suçun soruşturulması ya da kovuşturulması söz konusu olmadığı için, CMK'nın 332. maddesi; müzekkerelerin muhatabı kamu görevlisi olmadığı için de CMK'nın 161/5. maddesi uygulanamayacaktır⁴⁶⁹.

II. GÖREVLİ MAHKEME

Görevi kötüye kullanma suçunda görevli mahkeme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10 ve 11. maddeleri uyarınca sulh ceza mahkemeleriydi. Ancak

⁴⁶⁹ "... Somut olayda bilgi isteyen makamın Yatağan Asliye Hukuk Mahkemesi olması hususları nazara alındığında sanığa yüklenen suçun oluşmayacağı ve bu itibarla kanun yararına bozma isteminin yerinde olduğu... sanığın eyleminin müzekkereye cevap vermemek suretiyle emre aykırı davranış niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı biçimde 5237 sayılı TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı olduğundan hükmün CMK'nın 309/ 4-d maddesi gereğince BOZULMASINA, sanığın eyleminin karşılığı olan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 32. Maddesi uyarınca 100 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına..." Yar. 5. CD. , 11/ 07/ 2012 tarihli ve 7527/ 8180 sayılı kararı için bkz. Uyar İçtihat Veri Bankası, Erişim Tarihi: 20/ 07/ 2014.

6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik neticesinde, sulh ceza mahkemelerinin kaldırılması nedeniyle, görevi kötüye kullanma suçunda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olmuştur.

4483 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, TBMM Genel Sekreteri, müsteşarlar, valiler için yetkili ve görevli mahkeme Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, kaymakamlar için ise il ağır ceza mahkemesidir.

III. YAPTIRIM

TCK'nın 257/1. maddesinde düzenlenen icrai hareketle görevi kötüye kullanma suçunun cezası altı aydan, iki yıla kadar; TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunun cezası üç aydan, bir yıla kadar hapis cezasıdır.

Görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmak suretiyle işlediği suç olduğu için, hapis cezasına mahkûmiyet durumunda TCK'nın 53/5. maddesi uyarınca mahkûm olunan cezanın infazından sonra başlamak üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilecektir. Ayrıca koşullarının gerçekleşmesi durumunda CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi uygulanabilecektir⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ MERAN, s. 427; KOCA, s. 668-670.

IV. ZAMANAŞIMI

Görevi kötüye kullanma suçunda dava zamanaşımı TCK'nın 66/1-e maddesi uyarınca 8 yıldır. Kural olarak zamanaşımı “suçun işlendiği tarihten” itibaren işlemeye başlar. Kanunkoyucunun görevi kötüye kullanma suçu gibi objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verdiği suçlarda, zamanaşımının şartın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacağı yönünde TCK'da özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda zamanaşımının ne zaman başlayacağı hususu tartışmalıdır. Nitekim İt. CK'nın 158. maddesinde, cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlarda, dava zamanaşımının şartın gerçekleştiği andan itibaren başlayacağı açıkça düzenlenmiştir⁴⁷¹.

Görevi kötüye kullanma suçu gibi, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden, TCK'nın 161. maddesinde düzenlenen hileli iflas suçunda, iflas kararının kesinleşmesi objektif cezalandırılabilme şartıdır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda, hileli iflas suçunda dava zamanaşımı süresinin, malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunulmasından itibaren değil, iflas kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağı belirtilmiştir⁴⁷².

⁴⁷¹ **ARTUK**, Mehmet Emin/ **ALŞAHİN**, Mehmet Emin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, MÜHFAD. , Armağan Özel Sayısı, C. 19, S. 2, 2013, s. 39, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/mehmet_eminartuk.pdf, Erişim Tarihi: 24/07/2014.

⁴⁷² Yar. 11. CD. , 25/03/2008 tarihli ve 352/1731 sayılı kararı için bkz. **ARTUK/ALŞAHİN**, s. 39, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/mehmet_eminartuk.pdf, Erişim Tarihi: 24/07/2014.

Cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden, devlet cezalandırma yetkisini kullanamayacağından, dava zamanaşımının cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği tarihten itibaren, işleminin gerektiği; ancak TCK'da açık bir hüküm bulunmaması karşısında, dava zamanaşımı süresinin genel kurallar uyarınca suçun işlendiği tarihte işlemeye başlayacağı yönünde görüşler mevcuttur⁴⁷³.

Bize göre; görevi kötüye kullanma suçu açısından, objektif cezalandırılabilme şartları olan; kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olmak veya kişilere haksız menfaat sağlama şartlarının gerçekleşmesi ile devlet cezalandırma yetkisini kullanabileceğinden, zamanaşımı süresi bu şartların gerçekleşmesiyle işlemeye başlamalıdır⁴⁷⁴. ETCK döneminde dile getirilen bir görüşe göre de devletin cezalandırma hakkı doğmadan, zamanaşımı işlemeye başlayamayacağından, şartın gerçekleşmesiyle zamanaşımının işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir⁴⁷⁵. Ancak doktrinde haklı olarak dile getirildiği gibi, kanunkoyucunun İt. CK'nın 158. maddesindeki düzenlemeye paralel bir şekilde, objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda zamanaşımının, şartın gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı yönünde düzenleme yapması yerinde olacaktır⁴⁷⁶.

⁴⁷³ **TANER**, s. 81

⁴⁷⁴ **ARTUK/ALŞAHİN**, s. 40, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/mehmeteminartuk.pdf>, Erişim Tarihi: 24/ 07/ 2014.

⁴⁷⁵ **ÖNDER**, *Genel Hükümler*, s. 422.

⁴⁷⁶ **TANER**, s. 81.

SONUÇ

TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçtur. ETCK'nın 279. maddesinde “memur” ve “kamu hizmetlisi” ayrımı bulunuyordu. Bu ayrıma göre görevi kötüye kullanma suçunun faili sadece memurlar olabiliyor, buna karşın kamu hizmetlileri görevi kötüye kullanma suçunun faili olamıyordu. Kimin kamu hizmetlisi olduğu kimin memur olduğu konusunda kesin bir kıstasın bulunmaması ve aynı faaliyete farklı pozisyonlarda katılan kişilerin devlete karşı gerçekleştirdikleri eylemler bakımından farklı müeyyidelerle karşılaşması, uygulamada karışıklığa yol açıyordu. Bu sakıncaların giderilmesi amacıyla TCK'da memur ve kamu hizmetlisi ayrımına son verilerek, “kamu görevlisi” kavramı getirilmiştir. Kamu görevlisinin tanımı yapılırken de kamusal faaliyet kavramından yararlanılmıştır. Kanunkoyucunun kamu görevlisi kavramını tanımlarken, ETCK'dan farklı olarak, personelin faaliyet içerisindeki fonksiyonunu değil, yürütülen faaliyetin kamusal faaliyet olup olmadığını esas alması yerinde olmuştur.

Kanunkoyucu 4483 sayılı Kanunla görevi kötüye kullanma suçu açısından kamu görevlileri hakkında soruşturma yürütülmesini soruşturma iznine bağlamıştır. Ancak maddi ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılan herkes yargılama yöntemi bakımından istisnasız bir şekilde soruşturma iznine tabidir diyemeyiz. Yani her kamu görevlisi hakkında soruşturma izni alınması zorunluluğu yoktur. Ayrıca hâkim-savcı gibi bazı kamu görevlileri hakkında ise özel soruşturma usullerine yer verilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen hüküm, ETCK'nın 240. maddesinde olduğu gibi tamamlayıcı norm niteliğindedir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi rüşvet, zimmet gibi özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçlarını oluşturmuyorsa, genel görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Bu durum suç ve cezaların kanuniliği ve belirliliği ilkesine aykırı olduğu için eleştiriye neden olmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız Anayasa Mahkemesi kararına göre, genel bir ifade kullanılmış olması, hangi eylemin suç sayıldığına belli olmaması anlamına gelmez. Kaldı ki kamu idaresi gibi geniş bir alanda kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı her hareketi için düzenleme yapılması mümkün de değildir.

TCK'nın 257. maddesinde yer alan; kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız menfaat sağlama unsurlarının, suçun maddi ögesi olan netice unsuru mu, objektif cezalandırılabilme şartı mı oldukları hususu tartışmalıdır. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere söz konusu unsurlar objektif cezalandırılabilme şartları olup, suçun maddi ögesine dâhil değildirler. Objektif cezalandırılabilme şartları; suç teşkil eden eylemin cezalandırılmasını engelleyen şartlardır. Bu nedenle de suçun manevi unsuru olan kast unsurunun bu şartlar bakımından oluşması gerekmez. Yerleşik Yargıtay kararlarına göre de söz konusu unsurlar, suçun maddi ögesi olan netice unsurunu oluşturmayıp, birer objektif cezalandırılabilme şartıdır.

ETCK'da düzenlenen suçların oluşması için bir zararın meydana gelmesi aranmadığı için bu suçlar tehlike suçu niteliğindedir. TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, ETCK'daki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan

düzenlemelerden farklı olarak, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız menfaat sağlamak objektif cezalandırılabilme şartlarına yer vermiştir. Zarar suçu nitelendirmesi, ancak neticenin arandığı suçlar bakımından yapılabilir. Biz söz konusu unsurları objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz için, TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu da bir tehlike ve sırf hareket suçudur.

Söz konusu unsurlar objektif cezalandırılma şartı olarak kabul edildiği takdirde görevi kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişli olmayacak; ancak netice ögesi olarak kabul edilirse, görevi kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişli olacaktır. Kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız menfaat temin etme unsurlarını objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz için, görevi kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişli değildir. Aksi takdirde kamu görevlisinin söz konusu koşullara neden olmayan, görevinin gereklerine aykırı her davranışında, en azından teşebbüsten sorumlu olması gerekirdi. Bu durum ise kanunkoyucunun madde gerekçesinde belirttiği *“kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetiyle bağdaşmaz.”* anlayışına açıkça aykırı olurdu. Bu bağlamda kamu görevlisinin belirtilen şartların oluşmasına neden olmayan, görevinin gereklerine aykırı hareketi disiplin yaptırımına tabi olacaktır.

Gerek TCK'nın 257/1 gerekse 257/2. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçlarının manevi unsuru genel kast olup, kamu görevlisinin özel bir saikle hareket etmesine gerek yoktur. Ayrıca iş yoğunluğu, kusurluluğa etki eden esaslı hata

durumlarında olduğu gibi kamu görevlisinin suç işleme kastının bulunmadığı durumlarda görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluk doğmaz.

Görevi kötüye kullanma suçu özgü suçlardan olup, TCK'nın 40/2. maddesine göre, görevi kötüye kullanma suçuna iştirak eden ancak kamu görevlisi olmayan kişiler, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaklardır.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması için kişilerden menfaat temin etmesi anlamına gelen "*basit rüşvet*", TCK'nın 257/3. maddesinde düzenlenmekteydi. Rüşvet suçunun bir türü olan basit rüşvetin görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen maddenin içinde düzenlenmesi haklı olarak eleştiriliyordu. Çalışmamızın devamı sırasında, 5237 sayılı TCK'nın 257/3. maddesi, 6352 sayılı Kanun'un 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, basit rüşvet suçu, rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddenin içerisinde düzenlenerek, eleştirilere son verilmiştir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009.

ALBAYRAK, Mustafa, Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, Ankara 2012.

ARTUK, Mehmet Emin, V. TÜRK-ALMAN Tıp Hukuku Sempozyumu, “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”, Ankara 2008, s. 427-463.

ARTUK, Mehmet Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

ARTUK, Mehmet Emin/ **ALŞAHİN**, Mehmet Emin, “*Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı*”, MÜHFHAD. , Armağan Özel Sayısı, C. 19, S. 2, 2013, s. 39, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/nurcentel/mehmeteminartuk.pdf>, Erişim Tarihi: 24/ 07/ 2014.

AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Ankara 2009.

AYDIN, Hüseyin, “*Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*”, ABD. , S. 1, 2010, s.109-128.

BEKTAŞ, Mustafa, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCKM 257), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme*”, AÜEHFD. , C. VII, S.1-2, Haziran 2003, s. 107-128.

ÇETİN, Erol, Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2000.

ÇETİN, Erol, Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2003.

ÇİÇEK, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurları Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma-Görevi İhmal-Görevi Nedeniyle Çıkar Sağlama Suçları, İstanbul 2008.

DEMİRBAŞ, Timur, “*TCK’de Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*”, Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD. , C. 3, S. 1-4, Ankara 1988, s. 249-278.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

DÖNMEZER, Sulhi, “*İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas*”, İÜHFM. , 1945, C. 3, S. 1-2, s. 225-237, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhm/article/view/10230054067/1023004943>, Erişim Tarihi: 04/ 06/ 2013.

DÖNMEZER, Sulhi/ **ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 2, İstanbul 1981.

DÖNMEZER, Sulhi/ **ERMAN**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1994.

EREM, Faruk/ **TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2000.

ERMAN, Sahir/ **ÖZEK**, Çetin, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 1982.

EVLİYAÖĞLU, Erkal, Eski ve Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Kamu Görevlileri ile İlgili Suçlar, Ankara 2012.

GİRİTLİ, İsmet/ **BİLGİN**, Pertev/ **AKGÜNER**, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2008.

GÖKCAN, Hasan Tahsin/ **KAYMAZ**, Seydi, Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2004.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008.

GÖKCAN, Hasan Tahsin/ **ARTUÇ**, Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara 2012.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2007.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ **TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Ankara 2007.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2009.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004.

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

İÇEL, Kayıhan, Suçların İctimai, Ankara 1972.

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Ankara 2013.

İĞDELER, Serdar/ **SUNTAY**, Yusuf, “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Uygulaması*”, TİD. , S. 426, Mart 2000, s. 1-36.

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs, Ankara 2009.

KANLIGÖZ, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFD. , C. 43, S. 1-4, 1993, s. 170-197.

KARATAŞ, Nazif, Görevi Kötüye Kullanma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

KARTAL, Pınar Memiş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Prof. Dr. Nur. Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1373-1393.

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

KAZANCI, Behiye Eker, “Yolsuzluk Kavramı ve TCK’da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümleri”, CHD. , Nisan 2008, S: 6, s. 51-90.

KEYMAN, Selahattin, “Memurin Muhakematı Kanunu”, AÜHFM. , C. 19, S. 1-4, 1962, s.173-200.

KOCA, Mehmet Reis, Zimmet-İrtikâp-Rüşvet-Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2014.

KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı, Ankara 2015.

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2008.

MERAN, Necati, Zimmet ve 3. Yargı Paketindeki En Son Değişiklikleriyle Rüşvet-İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2012.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu*”, TBBD. , 2009, S. 82, s. 1-31.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1984.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1989.

ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

ÖZBEK, Veli Özer/ **KANBUR**, M. Nihat/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

ÖZEK, Çetin, “*Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*”, İÜHFM. , C. 26, S. 1-4, 1961 s.34-85.

ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004.

ÖZGENÇ, İzzet/ **ŞAHİN**, Cumhur, “*Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler*”, GÜHFD. , Mayıs 2004, s. 191-238.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

PARLAR, Ali/ **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. IV, Ankara 2008.

SANCAR, Türkan Yalçın, Müteselsil Suç, Ankara 1995.

SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.

SANCAR, Türkan Yalçın, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç*”, TBBD. , S. 70, 2007, s. 244-259.

SANCAR, Türkan Yalçın/ **KÖPRÜLÜ**, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulama Çalışmaları, Ankara 2015.

SELÇUK, Sami, “*İdare-Ceza Hukuklarında Memur Kavramı*”, YD. , C. 23, S. 1-2, Ocak-Nisan 1997, s. 21-45.

SOYASLAN, Doğan, “*Ceza Hukukunda Memur Kavramı*”, AÜHFD. , C. 45, S.1-4, 1996, s. 41-53.

SOYASLAN, Doğan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

SÖKMEN, Uğur, Kamu İdaresinde Soruşturma Kovuşturma, Ankara 2009.

SUCUOĞLU, Arif Naci, Ceza Hukuku’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

ŞAHİN, Meral Ekici, Rıza, İstanbul 2012.

ŞIK, Hüseyin, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

ŞIK, Hüseyin/ **BOZDAĞ**, Ahmet, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Teşebbüs Meselesi*”, Legal Hukuk Dergisi, C. IX, S. 108, 2011, s. 4733-4765.

TANER, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.

TEZCAN, Durmuş/ **ERDEM**, M. Ruhan/ **ÖNOK**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2007.

ÜNLÜ, Ufuk, “*Bıçak Parasının İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları Açısından Değerlendirilmesi*”, THD. , S. 72, Ağustos 2012, s. 43-50.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)*”, GÜHFD. , C. XVI, S. 1, 2012, s. 191-216.

YALVAÇ, Gürsel, Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008.

YARSUVAT, Duygun, “*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri*”, İÜHFM. , C. 30, S. 3-4, 1965, s. 665-691.
<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iufm/article/view/1023004685/1023004277>,
Erişim Tarihi: 15/ 06/ 2013.

YAVUZ, Nihat, “*Memurluk Görevinin İhmâl ve Suiistimali Suçlarında Memurun Kendi Aleyhine Muamele Yapma Meselesi*”, ABD. , S. 6, 1979, s. 1125-1127.

YENİDÜNYA, A.Caner, “*2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme*”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S. 5, Ocak 2005, s. 121-130.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi.

Danıştay Dergisi.

Kazancı İçtihat Veri Bankası.

Uyap İçtihat Veri Bankası.

<http://www.danistay.gov.tr>.

ÖZET

Devlet vatandaşların kendisine duyduğu güveni korumak ya da güven sağlamak amacıyla, ceza kanunlarında birtakım suçlar öngörür. Çalışma konumuz olan 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen "görevi kötüye kullanma" suçu da devletin kendisine duyulan güveni korumak ya da güven sağlamak amacıyla ihdas ettiği suçlardandır.

Görevi kötüye kullanma suçu genel ve tamamlayıcı bir suçtur. Suçun faili olan kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak gerçekleştirdiği eylemler; özel görevi kötüye kullanma suçları olan zimmet, rüşvet, irtikâp gibi suçları meydana getirmediği sürece görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu; 765 sayılı mülga TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen "keyfi muamele-sert muamele", 230. maddesinde düzenlenen "görevi ihmal" ile 240. maddesinde düzenlenen "görevi kötüye kullanma" suçlarının karşılığını oluşturmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için "kişilerin mağduriyetine" veya "kamunun zararına" neden olmak ya da "kişilere haksız menfaat sağlama" koşulları gerçekleşmelidir. Suçun failinin kamu görevlisi olması ve işlenen suçun görevle bağlantısı olması nedeniyle, görevi kötüye kullanma suçunun soruşturması 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacaktır.

ABSTRACT

A State stipulates several offenses in penal laws in order to keep the confidence of people or to maintain confidence in people. “Professional misconduct” offense regulated by the Turkish Criminal Law, No.5237, which is our study subject, is the one that have been initiated by the state to keep the confidence felt by the public.

Professional misconduct is a general and complementary offense. Acts that made by the wrongdoer who is a public official in defiance of the requirements of his or her task establish the offense of professional misconduct unless they are special professional misconducts such as embezzlement, bribery and corruption. Misconduct offence regulated by the Turkish Criminal Law, No.5237, Article 257 establishes responses for “Arbitrary treatment-tough treatment” regulated by the Turkish Criminal Law, No.765 (defunct), Article 228 and the “Neglect of Duty” offense regulated by the Turkish Criminal Law, No.765, Article 230 and the “Professional Misconduct” offense regulated by the Turkish Criminal Law, No.765, Article 240.

Conditions such as “Suffering of persons” or “public’s cost” or “drive improper interests” must be established for establishing professional misconduct offense. Investigation of the offense shall be made according to the Law No.4483 as the wrong doer is a public official and connection of the offense with task.