

HAKEMLİ
MAKALE

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK m. 257)

(Official Misconduct)

(Turkish Penal Code Art. 257)

Nazif KARATAŞ**

Doi number: <http://dx.doi.org/10.20978/ijlp.71450>

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi.

* nazifkaratas@gmail.com

ÖZET

Devlet kendisine karşı duyulan güveni korumak için, “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar” başlığı altında bir kısım suçlar ihdas etmiştir. 765 sayılı Ceza Kanunumuzun farklı maddelerinde düzenlenen; görevi kötüye kullanma, görevi savsama, vazifeyi suiistimal suçları 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesi altında “Görevi Kötüye Kullanma” başlığı ile birleştirilmiş ve mevcut dağınıklığa son verilmiştir. Yeni düzenlemeyle birlikte suçlara; kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma, kişilere haksız bir menfaat hususları netice olarak eklenmiştir.

Görevi Kötüye Kullanma suçu kapsamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesi birinci fıkrasında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek, ikinci fıkrasında ise görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek suçu yer almaktadır. 5237 sayılı kanunla birlikte bu suçun faili olan kamu görevlisi kavramı tanım olarak genişletilmiştir. Artık eski düzenlemenin aksine kamu hizmeti gören kişilerde görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir. Bu çalışma ile eski ve yeni düzenleme arasındaki farklılıklar, eski düzenleme dönemindeki tartışmalar ve getirilen çözümler, yeni düzenleme eleştirilen hususlar tespit edilmeye ve çözüm üretilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Görevi kötüye kullanma, kamu görevlisi, görevin gerekleri, görevi kötüye kullanma suçu

ABSTRACT

The government adopts some crimes under the title of “Crimes to Reliability and Operation of Public” in order to protect it’s reliability. Official misconduct, neglecting duty, misconducting in Office were separate sections of Turkish Penal Code no 765. Now, they are combined in Turkish Penal Code no 5237, article 257, section under the title of “Official misconduct.”. With the new regulations, subjects of “causing damnification of individuals or public damage”, “providing improper personal benefit to individuals” have been added to the Law.

In the first paragraph of article 257, malfeasance with behaviors against the need of duty is regulated. Negligence and delay on duty’s requirements are stated in the second paragraph. Concept of public servant, who committed a crime, is widened with the Turkish Penal Code no 5237. Now, contrary to previous regulations, people who make public services can be charged with malfeasance. This study aims to identify differences between previous

and present regulations, debates on the period of previous regulations and solutions. It is also aims to establish the points which are criticized on the present regulations and find solutions.

Keywords: Official misconduct, public official, requirement of Office, Crime of Malfeasance.

I. TARİHSEL GELİŞİM

765 sayılı Türk Ceza Kanununun (Mülga TCK) 228. maddesinde düzenlenen, genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunun kaynağı 1889 İtalyan Ceza Kanununun 175. maddesidir¹. Mülga TCK'nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunun karşılığı ise İtalyan Ceza Kanununda m.178/1'de bulunmaktaydı². Mülga TCK'nın 230. maddesi; 1953 yılında değiştirilerek suçun cezası artırılmış ve 1979 yılında yine cezası artırılarak metin ifade yönünden sadeleştirilmiştir³. İtalyan Ceza Kanununda Mülga TCK'daki 240. maddenin karşılığı bulunmamaktaydı. Mülga TCK'nın 240. maddesi hükmü, mevzuatımıza 1274 (1858) tarihli Osmanlı dönemi Kanunu Cezanın 102. maddesine 23 Nisan 1330 (1914) tarihli kanunla yapılan ilave ile girmiştir⁴. Tamamen yerli olan bu hükümde⁵ ilk değişiklik 1953 yılında yapılmış ve suçun cezası artırılmıştır. Diğer bir değişiklik ise 1979 yılında yapılarak hem ceza tekrar artırılmış hem de madde metni ifade olarak sadeleştirilmiştir⁶. Netice itibariyle Mülga TCK'da kaynakları farklı aynı konuyu düzenleyen 228. ve 240. maddeler olmak üzere iki ayrı düzenleme mevcuttu⁷. Çünkü Mülga TCK m. 228'in insanlara karşı keyfi muameleye ilişkin bir düzenleme olduğu düşünülmüş ve bu nedenle Mülga TCK m. 240'ın eklenmesine ihtiyaç duyulmuştur⁸. Yargıtay da kararlarında bu farka vurgu yapmıştır⁹.

¹ Madde 175: "Devlet memurlarından her kim; memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ederek kanun ve nizamın tayin ettiği hallerden başka suretle bir şahıs hakkında keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emrederse on beş günden bir seneye kadar hapis cezası görür ve bunda hususi bir maksadı mevcut olduğu anlaşılırsa ceza altında bir miktarında artırılmakla beraber hapis, ağır hapse çevrilir."

² Madde 178/1: "Her ne vesile ile olursa olsun ve hatta isterse kanunun sukutu, müphemiyet ve ademi kifayeti veya tenakuzu bahasına müstenit bulunsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal veya imtina gösteren memur elli lireden bin lireye kadar para cezasına mahkum edilir."

³ Ayhan Önder, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4.Bs, İstanbul 1994, s. 194.

⁴ Sulhi Dönmezer, "İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıstas", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XI, İstanbul 1945, s. 226; Nurullah Kunter, "Vazifeyi İhmal ve Suiistimal, Rüşvet, Memurlara İntisap İddiası İle Menfaat Temini ve Münakaşaya Fesat Karıştırma Suçlarına Müteallik Bazı Meseleler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 1, İstanbul 1949, s. 391; Faruk Erem, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, Ankara 1959, s. 49; Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Hususi Hükümler, II. Cilt, Ankara 1965, s. 376; Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: II, Ankara 1993, s. 1378; Timur Demirbaş, "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", Prof. Dr. Kudret Ayıter'e Armağan (Kudret Ayıter Armağanı) Cilt-III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1988, s. 252; Önder, s. 202; İbrahim Vidinli, "Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme", Adalet Dergisi, Sayı: 4, Ankara 1946, s. 336; Hüseyin Şık, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Ankara 2008, s. 22.

⁵ Dönmezer, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal, s. 227.

⁶ Önder, s. 203.

⁷ Erem, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 49; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Özel Hükümler, 7.Bs. , Ankara 2006, s. 749.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5.Bs. Ankara 2007, s. 698.

⁸ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 252; Önder, s. 190, 203.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu var olan 323. maddesi nedeniyle, 1889 tarihli Ceza Kanunundaki 175. maddeye ihtiyaç duymamıştır. Söz konusu 323. madde bizdeki yeni düzenlemeye benzer bir şekilde, genel bir hüküm olarak görevi kötüye kullanma suçunu içermektedir. İçerik olarak “başkasına bir zarar vermek veya menfaat sağlamak” için hareket edilmesini aramıştır¹⁰. Fakat aynı zamanda suçun bir başkasına karşı işlenmiş olmasını şart koşmamıştır¹¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 257/1’de, Mülga TCK m. 240’daki görevi kötüye kullanma; TCK m. 257/2’de, Mülga TCK m. 230’daki görevi ihmal suçu düzenlenmiştir. Mülga TCK m. 228’deki keyfi ve sert muamele suçu ise TCK m. 257/1-2’de birlikte yer almaktadır¹². Çünkü eski düzenlemede görevi kötüye kullanma suçu varken ayrıca bir de keyfi muamele suçunun kanunda yer alması zaten eleştirilmekteydi¹³.

II. SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Görevi Kötüye Kullanma suçu, TCK’nın 257. maddesinde düzenlemiştir. Bu düzenlemedeki hüküm şu şekildedir:

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

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir

⁹ “Sanıkların 657 sayılı Devlet Memurları hakkındaki Kanuna aykırı bir usulle belediye teşkilatı bünyesinde memur almaktan ibaret bulunan eylemleri, TCK. nun 240. maddesinde yazılı görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğundan ve direnme hükmünde sözü edilen 228. maddenin 1. fıkrasının olaya tatbik kabiliyeti bulunmadığından...”, YCGK, 28.2.1977, E. 1977/4-57, K. 1977/86, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>.

¹⁰ Erman, İtalyan ceza kanununda bu tür özel kastın var olmasının karışıklığı önlediğini ve bizdeki eski düzenlemenin ne surette hareket edilmesi açısından belirsizlik içerdiğini belirtmektedir., Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul 1992, s. 208; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 278.

¹¹ Dönmezer, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal, s. 228; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 253.

¹² Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bs, Ankara 2007, s. 697; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler , Yeniden Gözden Geçirilmiş 7.Bs, Ankara 2006., s. 750; Necati Meran, “Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl : 2, Sayı : 9, Mayıs 2007, s. 98.

¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel hükümler, s. 749.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 697.

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

(3) (Mülga: 2/7/2012-6352/105md.)

Suç, hukuki nitelik bakımından uygulama ve doktrinde madde gerekçesinde de belirtildiği ve önceki düzenlemede olduğu gibi “genel ve tamamlayıcı suç” olarak kabul edilmiştir¹⁴. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında uygulanacaktır. Yetki kötüye kullanılarak işlenen suçların tek tek düzenlenmesine ise; kişiyi hürriyetten yoksun kılma (TCK m. 109), haksız arama (TCK m. 120), İhaleye fesat karıştırma (TCK m. 235), zimmet (TCK m. 247), irtikap (TCK m. 250), denetim görevini ihmal (TCK m. 251), rüşvet (TCK m. 252), zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (TCK m. 256), yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama (TCK m. 255), göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK m. 258), kamu görevlisinin suç bildirmemesi (TCK m. 279) suçları örnek olarak gösterilebilir.

Kanunda suçun ismi görevi kötüye kullanma olarak adlandırılmakla birlikte madde içerisinde iki farklı suç vardır. Bu nedenle bazı yazarlar suçta bir adlandırma sorunu olduğunu düşünmektedir¹⁵. Türk Ceza Kanunu m. 257/1’e baktığımızda burada fiilin icrai hareketle işlenmesi gerekmektedir. Birinci fıkradaki suçun “görevi kötüye kullanma suçu” olarak adlandırılması yeterlidir. Türk Ceza Kanunu m. 257/2 de ise suçun bir ihmali davranışla işlenmesi aranmaktadır. Dolayısıyla bu fıkrafta, “ihmali davranışla işlenen görevi kullanma suçu” olarak adlandırılabilir. Böylece diyebiliriz ki görevi kötüye kullanma suçu iki şekilde ortaya çıkmaktadır ya da içerisinde iki ayrı suç vardır¹⁶. Bunlar:

1. Görevin gereklerine aykırı hareke etme,
2. Görevin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme gösterme,

Benzer bir düşünceyle Yargıtay alt komisyon çalışmalarında suçun adına “ihmal” kelimesinin eklenmesi teklif edilmiş ancak, ihmal halinde de görevi kullanma olduğu beyan edilerek ortak başlık olarak “görevi kötüye kullanma” ifadesi tercih edilmiştir¹⁷.

Suçun adlandırılması konusunda Mülga TCK döneminden itibaren var olan diğer bir eleştiri ise; kamu görevlisinin kötüye kullandığı şeyin görev değil kamusal güç ve yetki

¹⁴ Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008., s. 55; İsmail Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345), 2.Cilt, Ankara 2007, s. 1863; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Baskı, Ankara 2007, s. 301.

¹⁵ Gökcan, s. 56,57.

¹⁶ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005, s. 301.

¹⁷ Niyazi Güney/Kenan Özdemir/Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 740.

olduğu, dolayısıyla suçun isminin, “Görevde Yetkiyi Kötüye Kullanma”¹⁸ veya “Görevden Kaynaklanan Yetkinin ya da Nüfusun Kötüye Kullanılması” olması gerektiği yönündedir¹⁹

III. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçun kanun sistematigindeki yeri açısından bakıldığında görevi kötüye kullanma suçu TCK’nın “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmın, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde yer almaktadır. Bu nedenle diyebiliriz ki korunan hukuki değer kamu idaresinin işleyişi ve dolayısıyla devletin güvenilirliğidir²⁰.

Görevi kötüye kullanma suçu ile kamu görevinde disiplin sağlama amacı da güdülmüştür²¹. Bu bağlamda korunan hukuki değer, kamu görevinde disiplinin cari olmasını sağlamak suretiyle kamu idaresine zarar gelmesini ve toplumda devlete karşı var olan güven ve inancın sarsılmasını önlemektir²² diyebiliriz. Madde gerekçesinde de, “Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir.” ifadesiyle korunmak istenen hukuki değere vurgu yapılmıştır.

Bununla birlikte Yargıtay 4. CD 31.1.1994, E. 1993/301, K. 1994/474 sayılı kararında korunan hukuki değeri şu şekilde vurgulamıştır: “*Ancak; görevi savsama eylemi, devlet yönetimine karşı bir suçtur. Korunan değer, devlet işleyişinin zamanında yapıldığı hakkındaki inançtır. Suçun mağduru da devlettir.*”

Korunan hukuki yarar, doktrinde genel olarak “*kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hâkim olan*”

¹⁸ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 268; Önder, s. 210; Erol Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK 240)”, Hıfzı Timur Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, s. 191; İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 196.

¹⁹ Veli Özer ÖZBEK/Mehmet Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAĞSIZ/İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bs. , Ankara 2012, s. 1003.

²⁰ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1862.; Necati MERAN, Zimmet, 3. Yargı Paketindeki En Son Değişiklikleriyle Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2012, s. 422.

²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 699.

²² Erman/ Özek, s. 208.

güven duygusu” şeklinde, ya da “*kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaat*” şeklinde tanımlanmıştır²³.

Kamu görevlisi görevini icra ederken hukuka aykırı işlem yaparak, kanunlara aykırı menfaat temin etmekte ve böylece kamu idaresinin; itibarına, güvenilirliğine, hukuka bağlılığına, işleyişine zarar vermektedir. Çünkü kamu görevlisi yaptığı işi kamu idaresi adına ve devleti temsilen yapmaktadır. Yani devlet adına görev yapılmaktadır. Bu nedenle korunan hukuki yarar, kamu idaresinin itibarı, güvenilirliği, hukuka bağlılığı ve işleyişinin dürüstlük içinde sürdürülmesidir²⁴. Bununla birlikte korunan hukuki yarar devletin ve kişilerin zarara uğramaması sağlamak ve haksız menfaat teminini önlemektir²⁵.

TCK'nın 257. maddesinde belirtilen neticeler açısından bakıldığında ise korunan hukuki değeri, kişilerin mağduriyetinin veya kamunun zararının ve kişilere haksız bir menfaat sağlanmasının önlenmesi olarak değerlendirilebiliriz. Çünkü bu suç düzenlenirken önceki düzenlemeden vazgeçilerek kişilerin mağdur olması, kamunun zarara uğraması ve kişilere haksız bir menfaat sağlanması önlenmek istenmiştir.

Suçla korunan hukuki değer tespit edilirken hem suçun kanun sistematığındeki yeri hem de aranan neticeler birlikte değerlendirilmelidir. TCK'nın dördüncü kısım birinci bölüm başlığının “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar” ve suçun yeni düzenlemesi ile eklenen neticelerin “kişilerin mağduriyeti, kamu zararı ve haksız menfaat sağlama” olduğu birlikte ele alındığında korunan hukuki değeri şu şekilde ifade edebiliriz: “Kamu idaresinin kanuna uygun işleyiş düzeni ve kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaat ile kamu görevlisinin görevini yaparken idareye ve kişilere zarar vermemesi, mağduriyete yol açmamasıdır”²⁶.

IV. KANUNİLİK UNSURU

Kanunilik unsurunun gereği olarak yasadaki tanım suçun failini, hareketini, konusunu ve sübjektif unsurları içermelidir. Unutulmamalıdır ki sübjektif unsurlar hâkimin

²³ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 301; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1865; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2007, s. 1769; Özgeç/Şahin, s. 195.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1004.; Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 763.; Osman YAŞAR/ Hasan Tahsin GÖKCAN/ Mustafa ARTUÇ, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, 2.Bs. , Ankara 2014., s. 7754.

²⁴ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2005, s. 520.

²⁵ Soyaslan, s. 521,524.

²⁶ Gökcan, s. 58.

değerlendirmesine tabidir²⁷. Bu durum yorum veya kıyas olarak anlaşılmamalıdır. Kanunilik unsuru suçu tanımlayan ceza kuralının varlığı demektir.

Mülga TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 240. maddedeki “kanunlarda yazılı hallerden başka” ifadesinin suçların ve cezaların kanuniliği ve belirliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu konu doktrinde tartışmalıdır²⁸.

Bir görüş, “kanunlarda yazılı hallerden başka” ifadesi ile suçun kapsam ve unsurlarının belli olmadığını belirtmektedir. Buna göre, bu ifade “kanunsuz suç olmaz” ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kamu görevlisinin özel görevi kötüye kullanma fiilleri dışındaki kanunda açıkça suç olarak belirtilmemiş fiil ve hareketlerine karşı disiplin tedbirleri uygulanmalıdır. Kamu görevlilerine göreviyle ilgili konularda ceza hukuku açısından bu denli geniş müdahale imkânı tanınması, kamu görevlilerinin hareket alanını büyük ölçüde daraltacak, hatta baskı aracı olarak kullanılmasına neden olacaktır. Dolayısıyla ceza baskısı altında olan kamu görevlisi görevini gereği gibi yerine getiremeyecektir²⁹.

Diğer bir görüş³⁰ ise, düzenlemenin “kanunsuz suç olmaz” ilkesine uygun olduğunu savunmaktadır. Buna göre, soyut nitelik arz eden bu suçun sınırları failin görev alanı ve yetkisini tespit eden kanun, tüzük ve yönetmelik gibi düzenlemelerle belirlenmiştir.

Bu konudaki tartışma 1961 Anayasası döneminde, Şirvan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Mülga TCK'nın 240. maddesindeki “kanunda yazılı hallerden başka” ifadesinin cezaların kanuniliği ve belirliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır³¹. Anayasa mahkemesi bu iddiayı şu ifadelerle reddetmiştir³²: “*Suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bunların yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yürütüleceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hâkim, önüne gelen davada bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve tespit eder. Bu itibarla suçun unsurları bellidir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan Anayasanın 33. maddesinin*

²⁷ Örneğin, failde kast veya taksirin varlığını hakim değerlendirecektir.

²⁸ Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Ankara 1999, s. 2433; Önder, s. 205; Özgenç/Şahin, s. 194; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 266.

²⁹ Özgenç/Şahin, s. 192, 195.

³⁰ Erem, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 49; Gökcan, s. 54; Vidinli, s. 338.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 700; Gökcan, s. 54,55; Önder, s. 205; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 2434; Cihan, s. 182; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 266,267; Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1.Bası, İstanbul 2007, s. 373.

³² Anayasa Mahkemesi, 12.10.1965, E. 1965/27 K. 1965/55, RG 7.1.1966 T. ve 12196 S. , AMKD. S. 3-4, s. 212 vd.

öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması gibi bir durum da söz konusu olamaz, suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir.”

Hatta milletlerarası kongrelerde dahi Mülga TCK m. 240'daki “kanunda yazılı hallerden başka” ibaresi nedeniyle düzenlemenin “suçta kanunilik” prensibine aykırı olduğu dile getirilmiştir³³.

Aynı iddia Mülga TCK'nın 240. maddesiyle benzer nitelikte olan İtalyan Ceza Kanununun 323. maddesi bakımından da ileri sürülmüş ve Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. İtalyan Anayasa mahkemesi de İtalyan Ceza Kanununun 323. maddesinin bizde olduğu gibi Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁴.

Kanaatimizce ilk görüş yerindedir. Çünkü kamu görevlilerine göreviyle ilgili konularda ceza hukuku açısından bu denli geniş müdahale imkânı tanınması, kamu görevlilerinin hareket alanını büyük ölçüde daraltacak, hatta söz konusu hükmün baskı aracı olarak kullanılmasına neden olacaktır. Netice olarak bu baskı kamu görevlisinin görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olacaktır. Anayasa Mahkemesinin bu yönde vermiş olduğu karara katılmamaktayız. Bu nedenle ceza kanunlarında suçların bütün unsurları açıkça belirtilmelidir.

V. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1) HAREKET

Suçların icrai ya da ihmali tasnifinden anlıyoruz ki, aranan hareket “yapma” veya “yapmama” şeklinde olabilir. Diğer bir ifadeyle “müspet” ya da “menfi” olabilir³⁵. Bu nedenle hareketin türleri açısından suçlar; İcrai suç, ihmali suç ayrımına tabi tutulmaktadır³⁶.

Genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunda kanun koyucu iki farklı fıkrada iki farklı hareket öngörmüştür. Fiilin birinci fıkrada icrai hareketle işlenmesi, ikinci fıkrada ihmali hareketle işlenmesi öngörülmüştür. Kanun koyucu madde metninde icrai ya da ihmali

³³ Erman/Özek, s. 208.

³⁴ 4.2.1956, Nr.7;Roland, Riz. 237, Aktaran, Önder, s. 205.

³⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 1, 13. Bs. , İstanbul 1997, s. 370; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, 5237 Sayılı TCK' ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2.Bs. , Ankara 2006, s. 416.

³⁶ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4.Bs, İstanbul 2006, s. 247; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 425; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 207.

hareketlerden herhangi biriyle neticenin meydana gelmesini yeterli gördüğü için seçimlik hareketli³⁷ bir suçun varlığından bahsedebiliriz.

Suçun oluşumu için aranan fiil “görevin gereklerine aykırı hareket etmek ya da görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek” şeklindedir. Kanunda veya gerekçesinde³⁸ görevin gereklerine aykırı hareketin nasıl olacağı konusunda ayrıntı olmadığı gibi hangi hareketlerle veya vasıtalarla yapılacağı konusunda bir sınırlama da yoktur. Bu nedenle görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketli bir suçtur³⁹.

A) GÖREVİN GEREKLERİNE AYKIRI HAREKET ETMEK

Görevin gereklerine aykırı hareket etmek Mülga TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasında; “... *görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, ...cezalandırılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için görevin gereklerine aykırı hareket etmesi gerekir ki bu da icrai bir harekettir⁴⁰.

Failde aranan *icrai hareket* görev ya da *yetki alanı* içerisindeki iş veya işlemlerden biri veya onlarla ilgili davranışlar olmalıdır⁴¹. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin “vazife halinde” olması ve fiilinin vazife ile alakalı olması şarttır⁴². Kamu görevlisi görevini “kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslardan başka surette”⁴³ ifa etmelidir. Yasanın verdiği görevi yasaya aykırı kullanmalıdır. Kanundaki ifadeyle *görevinin gereklerine aykırı hareket* etmelidir. Kamu görevlisi görevinin gereklerini yerine getirmişse, görevin kötüye kullanılması söz konusu olamaz⁴⁴.

Görevin gereğine aykırı hareket, “kamu görevlisinin yürüttüğü kamusal faaliyetle ilgili olarak kendisine yüklenmiş olan davranış normlarına aykırı hareket etmesidir.”⁴⁵ Kamu görevlisi normlara aykırı hareket ederken kötüye kullandığı aslında görev değil yetkidir. Çünkü görev, yerine getirilmesi gereken işlem veya eylem niteliğindeki bir faaliyettir. Bu faaliyetin yapılması için kullanılan kamusal güç ise yetkidir ve görevde yetkiyi kötüye

³⁷ Dönmezer/Erman, Genel Kısım I, s. 374.

³⁸ Kanun gerekçeleri, kanun metnine dahil olmadıkları için söz konusu düzenlemeye sınırlama getiremez. Ancak kanun metninin izahında kullandığımız bize yol gösteren metinlerdir.

³⁹ Gökcan, s. 66; Parlar/Hatipoğlu, s. 1771.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1005.

⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 755; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 303.

⁴¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 755; Tezcan/Erdem/Önok, s. 700; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 302; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1865; Meran, s. 98.

⁴² Erem, Devlet idaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 49.

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 756; Soyaslan, s. 521; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 303.

⁴⁴ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 269.

⁴⁵ Gökcan, s. 66.

kullanma ifadesi daha doğru olacaktır⁴⁶. Kamu görevlisi, görevi nedeniyle kendisine verilen yetkiyi görevin gereklerine aykırı kullanması durumunda görevi kötüye kullanma suçu oluşur⁴⁷. Dolayısıyla bu suçta fiil, göreve ilişkin yetkinin yasaya aykırı kullanılmasıdır.

Kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı hareketi ancak görevini ifa ederken ve görevi ile ilgili yapabilir. Suçun oluşması için kamu görevlisi görevini “kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslardan başka surette”⁴⁸ ifa etmelidir⁴⁹. Yani yasanın verdiği görevi yasaya aykırı kullanılmalıdır. Kamu görevlisinin sıfatını ya da nüfusunu kötüye kullanması ise madde hükmünün haricinde tutulduğu için bu durumda TCK m. 262’de düzenlenen “kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi” suçundan bahsedilebilir⁵⁰.

Mevcut tanımlamalar kapsamında kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırılık oluşturacak hareketleri şu şekilde sıralayabiliriz⁵¹:

1. Herhangi bir şekilde kanuni yetkinin aşılması⁵²,
2. Kanunun koyduğu usul ve şekle uyulmaması,
3. Takdir yetkisinin maksada aykırı kullanılması,
4. Yargı kararlarına uyulmaması⁵³,
5. Görevin gerektirdiği ön koşullara uyulmaması,
6. Görevle ilgili emirlere uyulmaması,
7. Emrin keyfi biçimde yerine getirilmesi,

⁴⁶ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 268; Önder, s. 210; Cihan, s. 191; Özgenç/Şahin, s. 196; s. 98.

⁴⁷ Gökcan, s. 66; Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1863.

⁴⁸ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 269; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 756.

⁴⁹ “Sınır kapısında görevli polis memuru sanığın; refakat hanesinde kayıtlı reşit olmayan çocuğun Pasaport Yasası’nın 15. maddesine aykırı olarak yanında annesi olmadan yurt dışına çıkmasını sağlamak için pasaporta “refakatçi yok çıkış” kaşesi vurarak tek başına yurt dışına çıkmasını sağlamaktan ibaret aktif eylemi TCK’nın 240. maddesindeki suçu oluşturur.”, Y4CD, 17.2.2004, E.2003/272, K. 2004/1452, YKD, Cilt: 30, Sayı: 8, Ağustos-2004, s. 1294.

⁵⁰ Erem, Devlet idaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 50; Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1865.

⁵¹ Erman/Özek, s. 210,211; Gökcan, s. 67; Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1866; Parlar/Hatipoğlu, s. 1772; Önder, s. 214,215; Cihan, s. 187; Malkoç, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, s. 11; Mehmet Tan Yıldız, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara 2002., s. 129.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1006.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7764.

⁵² Soyaslan, s. 521; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.303; Faruk Erem/Nevzat Toroslu, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2000, s. 186; “Belediye başkanı olan sanığın itfaiye eri olarak çalışan yakınının görevine son verdiği, yakınının müracaatı üzerine İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verdiği, bu karar üzerine göreve başlayan yakınana mezarlıktaki otları temizleme görevi veren sanığın eyleminde” yetki aşılarak keyfi işlem yapılmıştır., Parlar/Hatipoğlu, s. 1773.

⁵³ Yargı kararlarına dayanarak göreve başlatılan katilani, yine aynı gün geçici görevle bir başka ilçede süresiz olarak görevlendirmek suretiyle, ... idare mahkemesi kararını uygulamış gibi görünüp, sonuçlarını etkisiz hale getiren sanığın eylemi, yarattığı sonuç itibarıyla de katilani mağduriyetine yol açtığından, eylem 5237 sayılı Yasa’nın 257/1. maddesindeki suçu oluşturur.”, YCGK, 03.10.2006, E. 2006/4-196, K. 2006/204, YKD, Cilt: 33, Sayı: 4, Nisan 2007, s. 743.

8. Görevin yapılmaması veya geciktirilmesi

Sonuç olarak, failde aranan icrai hareket görev veya yetki alanı içerisinde olmalıdır⁵⁴. Kanunun gerekçesinde de bu durum, “görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen fiilin, kamu görevlisinin görevi alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir.” cümlesi ile ifade edilmiştir. Çünkü kullanılması mümkün olmayan yetkinin kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği gibi görevin gereğinin yapılması durumunda da bunun kötüye kullanılmasından bahsedilemez⁵⁵.

Fail, kamu görevlisi olduğu halde, kendi görev ve yetkisi dışında hukuka aykırı bir işlem yaptığında görevi kötüye kullanma suçundan değil⁵⁶ ancak unsurları mevcutsa başka bir suçtan veya disiplin suçundan bahsedilebilir. Çünkü sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılması hukuken söz konusu olamaz⁵⁷. Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama (TCK m. 255) veya unsurları oluşan başka bir suçu oluşturabilir⁵⁸. Örneğin, öğretmenin, görevi olmamasına rağmen öğretmen evi giderlerinin karşılanması için okuldaki öğretmenlerden para toplaması görev suçu olarak görülmemiş, yardım toplama mevzuatına aykırılık olarak değerlendirilmiştir⁵⁹. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre de: “Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için fail, görev alanına giren bir işlemi yasal düzenlemelere aykırı bir biçimde yapmalıdır. Failin, kendi görev alanına girmeyen bir işlem yapması halinde artık eylem görevi kötüye kullanma suçunu değil, koşulları varsa bir başka suçu veya koşulları bulunmuyorsa disiplin suçunu oluşturacaktır”⁶⁰.

Uygulamada istikrar kazanan bu görüşü⁶¹ Yargıtay bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: “Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için, yasaya dayalı bir görevin

⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 755; Tezcan/Erdem/Önok, s. 700; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 303; Parlar/Hatipoğlu, s. 1770; Erem/Toroslu, s. 186; Önder, s. 211.

⁵⁵ Önder, s. 214.

⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 755 ve dipnot-483; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 267.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7760.

⁵⁷ Gökcan, s. 63; Parlar/Hatipoğlu, s. 1770; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 267; Yıldız, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, s. 121.; Örneğin, satın alma komisyonu üyesi olmayan kişinin, satıştan elde ettiği parayı vezneye yatırmaması disiplin suçudur.

⁵⁸ “Muhtar olan öğretmenin, memuriyet unvan ve nüfusunu kötüye kullanarak, görevine girmediği halde, Arsa Ofisine ait taşınmazı başkasına kullandırması, muhtarlık sıfatının kötüye kullanılmasıdır” YCGK, 07.10.1991, 256-257, (Parlar/Hatipoğlu, s. 1772.)

⁵⁹ Y4CD, 04.06.2007, 2185/5202, (Gökcan, s. 65.)

⁶⁰ Gökcan, s. 64.

⁶¹ “Görevi savsama ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarının oluşması için, yapılmayan yada aykırı bir biçimde yapılan işin memurun yasal görevli olması gerekir. Yasal görevi olmayan nedeniyle bu suçtan cezalandırılmaz.”, Y4CD, 29.11.1994, 3788/7785, (Gökcan, s. 64); “TCY.nın240. maddesinde düzenlenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; memurun yasal görevlerini yaparken, yasalara ve hukuka aykırı davranması gerektiği gözetilmeden öğretmenin görevi ile ilgili olmayarak, yardım sandığı ile bağış toplayıp Orman İşletme Şefliğine televizyon alma, çay, kahve ve şeker giderlerini karşılama eylemlerinin 2860 sayılı Yardım Toplama Yasasına aykırılık suçunu oluşturup, oluşturmayacağı tartışılmadan; unsurları oluşmayan

varlığı önkoşuldur. *Davaya konu olayda muhtara DSİ kavaklığında kesim yapılması konusunda yasaya dayalı olarak verilen bir görev ve yetki bulunmaması karşısında, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden...hüküm kurulması yasaya aykırıdır*⁶².

B) GÖREVİN GEREKLERİNİ YAPMAKTA İHMAL VEYA GECİKME GÖSTERMEK

İhmali davranışla görevin kötüye kullanılması Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Burada bahsedilen suçun oluşması için kamu görevlisi kanun gereği yapmakla yükümlü olduğu ve görev alanına giren bir işi ihmal ederek veya geciktirerek, görevinin gereklerine aykırı davranmış olmalıdır⁶³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Mülga TCK döneminde görevi ihmal suçunun unsurlarını şu şekilde ifade etmiştir:

1. *Failin ceza uygulamasında memur sayılan veya özel kanunlarda memur gibi cezalandırılacağı belirtilen görevlilerden olması,*
2. *Kanun, tüzük, yönetmelik v.s. gibi normlar hiyerarşisi içinde yer alan düzenlemelerle verilmiş olan belirli bir görevin;*
 - a. *Hiç yerine getirilmemesi veya*
 - b. *Geç yerine getirilmesi,*
 - c. *Failde görevi ihmal kastının varlığı, gerekir*⁶⁴.

İhmali hareket, ihmal veya gecikme şeklinde olabileceği gibi yapmamak şeklinde de olabilir⁶⁵. Yargıtay eski kanun döneminde görevi ihmal suçundaki hareketi doktrine atıfta bulunarak şu ifadelerle tanımlamıştır: “*Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde ihmal ve terahi, üstlendiği mevki itibarıyla yasaca belirli bir kamu ödev veya*

görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.” Y4CD, 23.2.2004, E. 2003/2884, K. 2004/1859, YKD, Cilt: 30, Sayı: 7, Temmuz, 2004, s. 1139.

⁶² Y4CD, 27.10.2004, E. 2003/10836, K. 2004/10532, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr> “Mahalle muhtarı olan sanığın... Sosyal yardımlaşma ve Dayanışma vakfı tarafından mahallesine yapılan kömür yardımının dağıtımı işinin; 4541 sayılı yasada belirtilen yasal görevlerinden olmadığı ve bu nedenle... davanın düşürülmesine karar verilmesi gerekirken...hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”, Y4CD, 22.3.2004, E.2003/4378, K. 2004/3525, YKD, Cilt: 30, Sayı: 9, Eylül-2004, s. 1448.

⁶³ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 305; Meran, s. 98; “...Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması yada gecikerek yapması, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan (pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müspet) bir davranış söz konusudur. Olayımızda sanığın eylemi, yasanın kendisine verdiği görevi yapmama yada gecikme ile yapma biçiminde değil, yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu oluşturulmaktadır...” Y4CD, 19.9.1995, 4780/5753, (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 761.)

⁶⁴ YCGK, 16.12.1991, 332/356, (Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 2389.)

⁶⁵ Kunter, s. 389; Gökcan, s. 105.

görevini yapmaya zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması yahut yasa veya tüzüklerce yapılmasının öngörüldüğü biçimde yerine getirilmemesi veya belirli ve uygun süre içinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi, süresinde yapmamasıdır”⁶⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise benzer bir tanımı şu şekilde yapmıştır: “*Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi (işgal eylediği mevki itibarıyla yasaca belirli bir kamu ödev veya görevini yapmaya memur olan bir kişinin, yapmağa zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yahut yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirmemesi veya belirli ve uygun bir süre içerisinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması) şeklinde tanımlanmıştır”⁶⁷. Görüldüğü gibi Yargıtay’ın da Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da tanımlamaları hemen hemen aynı şekildedir.*

Kamu görevlisinin, görevinin gereği olarak yapması gereken bir işi yapmaması veya kanunlarda belirtildiği şekilde yapmayıp hareketsiz kalması ya da belirli bir sürede yapması gerekirken öngörülen süre içerisinde yapmaması ihmali surette görevin kötüye kullanılmasıdır⁶⁸.

TCK’nın m. 257/2’de suçun oluşumu için iki hareket belirtmiştir.

- a) Görevin gereklerini yapmakta ihmal,
- b) Görevin gereklerini yapmakta gecikme,

Diyebiliriz ki TCK m. 257/2’de bu suç tipi seçimlik hareketli bir suçtur. Çünkü fail bu suç; ihmal, gecikme göstermek yada hiç yapmamak şeklinde işleyebilir.

a) Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal

TCK’daki “ihmal” kavramı ile, Mülga TCK’daki “savsamak” aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla ihmal veya görevi savsamak, mevzuatta gösterilen şekilde yapmamak ya da kanuni süresi içinde yapmamak anlamına gelir⁶⁹. Görevin yerine getirilmesi açık veya üstü kapalı bir süre kabul edilmişse bu süre geçmeden ihmalden bahsedilemez. Görevi ihmal etmek kamu görevlisinin kanundan kaynaklanan veya amirinin kanunlara uygun

⁶⁶ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu , s. 1872.

⁶⁷ YCGK, 17.4.1978, e. 1978/6-85, k. 1978/141, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>

⁶⁸ Gökcan, s. 109.

⁶⁹ Dönmezer, Memuriyet Vazifesini ihmal ve Suiistimal, s. 229; Erem, Hususi Hükümler, s. 381; Soyaslan, s. 525; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 306; Erol Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 1218; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1874; Parlar/Hatipoğlu, s. 1777; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 260; Faruk Erem/Nevzat Toroslu, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2000, s. 181; Önder, s. 198; Fahrettin Kıyak/Muhtar Çağlayan/Cebbar Şenel, Nazari Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler ve Memurini Muhakemat Kanunu, 1960, s. 87.

bir şekilde emrettiği işi bilerek ve isteyerek yapmamasıdır⁷⁰. Bu nedenle kamu görevlisinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi veya hiç yapmaması Türk Ceza Kanunu m. 257/2'ye girmektedir⁷¹. Örnek olarak, tapu dairesinde çalışan kamu görevlisinin tapu işlemi için gelen kişinin işlemlerini yapmaması ya da devlet hastanesinde görevli doktorun hastayı muayene etmemesi gösterilebilir. Yargıtay da kamu görevlisinin kendisi ile ilgili olan bir işi yerine getirmediğinde bu suçun oluşacağına karar vermiştir⁷².

Yargıtay çeşitli kararlarında; bekçinin görev yerini terk ederek şehir kulübünde kumar oynamasını, belediye başkanının mahkemenin vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmemesini, köy muhtarının evlenme işlemini 2,5 yıl sonra tescil için nüfus müdürlüğüne bildirmemesini, belediye tahsildarının abonelerden topladığı elektrik ve su paralarını yasal süresi içinde vezneye yatırmamasını, sanığın suç tutanağını 10 ay süreyle Cumhuriyet savcılığına göndermemesini görevi ihmal suçu olarak değerlendirmiştir⁷³. İhmal edilen görevin, ihmal eden kamu görevlisi dışında başka bir görevli tarafından daha sonradan yapılması oluşan suç ortadan kaldırmaz⁷⁴.

b) Görevin Gereklere Yapmakta Gecikme

TCK'da "görevinin gereklere yapmakta ihmal veya gecikme göstermek" olarak tanımlanan hareket Mülga TCK'nın 230. maddesinde "görevini yapmakta gecikme göstermek" şeklinde ifade edilmektedir.

⁷⁰ "Kamu kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğe uymadıkları tutanaklarla belirlenen memurlar hakkında işlem yapmayan kurum amiri sanığın eylemi TCK'nın 230/1. maddesindeki suç oluşturur.", Y4CD, 16.2.2004, E. 2003/4350, K. 2004/1372, YKD, Cilt: 30, Sayı: 8, Ağustos-2004, s. 1293, ; "...sanığın, ihalenin iptaline ilişkin kararın tebliğine karşın, katılan şirketin yakınmasından sonra yazdığı yazıya kadar ihalenin iptalini gerçekleştirmemek suretiyle Devletçe zarar veya kişilerin mağduriyetine yol açıp açmadığı yada yüklenici şirkete yarar sağlayıp sağlamadığı hususunda bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak hukuki durum saptanmalıdır.", Y4CD, 27.01.2006, E. 2004/865, K. 2006/687, YKD, Cilt: 32, Sayı: 6, Haziran-2006, s. 989.

⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 708; Gökcan, s. 106.

⁷² "Tebliğ namede:"...İlçe J. Bl. K.'da Uzm.Çavuş olarak görev yapmakta olan sanığın, maaşının hazine ve ¼'ün kesilerek gönderilmesine yönelik İcra Müdürlüğü müzekkeresini İlçe J. Bölük Komutanlığına Ulaştırmamak şeklinde tezahür eden eyleminde, kendi maaşının üzerindeki haczin yerine getirilmemesini sağlamak gibi bir görevi olmadığı ve suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeksizin beraatına karar verilmesi yerine yazılı olduğu şekilde karar ittihazında isabet görülmemiştir" denilmektedir. Ancak görevi savsama eylemi, Devlet yönetimine karşı bir suçtur. Korunan değer, devlet işleyişinin zamanında yapıldığı hakkındaki inançtır. Suçun mağduru da Devlettir. O nedenle, yasalara uygun olarak verilmiş bir haciz kararını kendisiyle ilgili olsa bile, yerine getirmeyen görevli, korunan değeri çığnemiş ve bu suç işlemiş olur. Bu yüzden kurulan hükümlülük kararı yasaya uygundur", Y4CD, 31.1.1994, E. 1993/301, k. 1994/474, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 710.

⁷⁴ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1873.

Gecikme, belirli bir süre içinde yapılması gereken bir işlemin bu süre geçtikten sonra yapılmasını, kamu görevlisinin görevini zamanında yapmaması yani görevini, ifası için gereken zaman dilimi geçtikten sonra yapmasını, geç yapmasını ifade eder⁷⁵. Burada fail ihmalde olduğu gibi hareketsiz kalmamakta, işlemi yapmakta ancak bunu öngörülen zaman geçtikten sonra yapmaktadır.

Gecikmeden bahsedebilmek için yukarıda da belirttiğimiz gibi ya yasal düzenlemelerle öngörülmüş bir süre olmalı veya emri veren makamın işlemin yapılması için belli bir süre vermiş olması ya da somut olayın özelliklerinden işlemin belirli bir süre içerisinde yapılması zorunluluğu ortaya çıkmalıdır. Örneğin, adliyede çalışan kamu görevlisinin ilgili kişiyi korumak için tebligatı süresi geçtikten sonra yapması⁷⁶. Gecikmenin varlığı işin önemine, normal bir kamu görevlisinin çalışma temposuna, iş yoğunluğuna ve emrin içeriğine göre de belirlenir. Kamu görevlisinin işin yoğunluğu nedeniyle gecikme göstermesi ya da işi yapamaması durumunda Yargıtay'ın da çoğu kararında vurguladığı gibi suç oluşmayacaktır. Çünkü failin geçerli bir nedeni vardır⁷⁷. Geçerli neden, görevin veya emrin mahiyetinden kaynaklanacağı gibi, bir kısım iş yoğunluğu gibi dış etkenlerden veya hastalanmak gibi doğrudan kamu görevlisinin şahsından da kaynaklanabilir⁷⁸. Bu şekilde geçerli bir nedenin var olup olmadığını somut olaya göre hâkim tespit edecektir. Yargıtay'da işin yoğunluğunu gecikme için geçerli bir mazeret olarak kabul etmiş ve birçok kararında suçun oluşmadığına karar vermiştir.

Kanun veya emirlerde görevin ifası için hiçbir süre belirtilmemişse, bundan kamu görevlisinin görevini istediği zaman yapacağı anlaşılmalıdır. Bu durumda görevin mahiyetinden⁷⁹, özelliklerinden sürenin çıkartılması mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz gibi öngörülen süre, işin önemine, normal bir kamu görevlisinin çalışma temposuna ve işin yoğunluğuna göre de tespit edilebilir⁸⁰.

⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 762; Tezcan/Erdem/Önok, s. 709; Gökcan, s. 109; Soyaslan, s. 525; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 306; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1874; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 260; Erem/Toroslu, s. 181; Önder, s. 199; Özgenç/Şahin, s. 215.

⁷⁶ Soyaslan, s. 525.

⁷⁷ Soyaslan, s. 525; “Samığın bu savunması ve müfettiş raporundaki açıklamalar karşısında müteahhit firma yararına gerçekleştirilen fazla tahakkukun iş yoğunluğunun neden olduğu beşeri hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığının saptanması”, YCGK, 8.3.1993, E.1993/4-33, K. 1993/53, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>

⁷⁸ Erem/Toroslu, s. 181.

⁷⁹ Gökcan, s. 109.

⁸⁰ Parlar/Hatipoğlu, s. 1779.

Bu nedenle görevin yerine getirilmesi için gereken “*makul süre*”nin geçip geçmediğine bakılmalıdır⁸¹. Hâkimin yargılama görevini makul süre⁸² içinde yerine getirmemesi de görevi ihmal suçunu oluşturur⁸³. Makul sürenin tespitinde, failin diğer görevlerinin sayısı ve yoğunluğu, işin önemi, çalışma temposu, görevin yapılması için gereken yasal prosedürün biçimi, hazırlık işlemleri ya da araştırmanın gerekip gerekmediği gibi olaya özgü hususlara ve görevin özelliklerine bakılmalıdır⁸⁴. Söz konusu hususlar incelendikten sonra Yargıtay’ın “kabul edilebilir süre”⁸⁵ olarak da ifade ettiği makul sürenin aşıldığı kanısına varılırsa suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

2) NETİCE

Görevi kötüye kullanma suçu, neticesi hareketten ayrılan seçimlik neticeli bir suçtur. Failin; kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması şeklinde birden fazla netice vardır. Bu neticelerden birinin meydana gelmesi ile suç gerçekleşmiş sayılır⁸⁶.

Görevi kötüye kullanma suçu, eski düzenlemelerden farklı olarak kişilerin mağduriyeti veya kamu zararına neden olma ya da haksız menfaat sağlama şartları eklenerek “zarar suçu”

⁸¹ “Katılanın emeklilik işlemleriyle ilgili belgeleri sanık Cihat U.’ın öbür sanığa havale etmesinden sonra makul sayılabilecek bir sürede, işlemin yapılarak Emekli Sandığı Genel müdürlüğüne gönderildiğinin anlaşılması karşısında, eylemin disiplin cezası gerektirebileceği, görevi savsama suçunun oluşmayacağı gözetilmeden sanıkların beraatları yerine hükümlülüklerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” Y4CD, 29.01.2007, 13077/795, (Gökcan, s. 111; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1874; Parlar/Hatipoğlu, s. 1778.)

⁸² İHAS m.6/1’de “...her şahıs...bir mahkemede davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun... dinlenmesini isteme hakkına sahiptir.” İfadesi mîle yargılamanın makul sürede yapılması belirtilmiştir.

⁸³ Mustafa Avcı, “Türk Hukukunda Hakimin Görevi İhmal Suçu”, Hukuk Dünyası, Nisan-Haziran 2004, s. 74 vd.

⁸⁴ Gökcan, s. 110; Parlar/Hatipoğlu, s. 1779.

⁸⁵ “Avukat olan sanığın, "feragate yetkili olmadığı" halde davadan feragat ederek "görevde yetkiyi kötüye kullanma"; saptama dosyası ile belirlenen zarar hakkında gereken "davayı kabul edilebilir bir sürede açmama" ve kurum aleyhine verilen bir karar temyiz etmeme eylemleri "görevi savsama" suçlarını oluşturur.”, Y4CD, 19.6.2000, E. 2000/2788, K. 2000/5353, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>

⁸⁶ “Ancak; sanıkların, verdikleri ihale gününün tatile geldiğini anlamaları üzerine, değiştirmelerinden sonra bu değişikliği yasaya uygun biçimde üçüncü kişilere duyurmayarak çoğulcu katılımı sağlamadan ihale satış işlemlerini gerçekleştirdikleri biçiminde kabul edilen eylemleriyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olup olmadıkları yada kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadıkları hususu araştırılıp tartışılmadan eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümlülüklerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”, Y4CD, 12.02.2007, E. 2005/12930, K. 2007/1426, YKD, Cilt: 33, Sayı: 7, Temmuz 2007, s. 1383; “Sanığın emir ve talimatlarıyla mesai saatlerinde ücret ödemediği kurum personelinin Genel Müdürün özel işlerinde çalıştırıldıkları, diğer sanıkların ise düzenledikleri taşıt görev emriyle anılan işlerin yapılmasında katılan kuruma ait resmi araçların mesai saatleri içinde ve dışında kullanılmasına neden oldukları anlaşılınca TCK’nın 257. maddesinde öngörülen zarara ve mağduriyete ve haksız kazanca neden oldukları tartışılarak sanıkların eylemlerinin görevde yetkiyi kötüye kullanma... yönünden değerlendirilmesi gerekir.”, Y4CD, 19.09.2006, E.2004/12297, K.2006/14073, YKD, Cilt: 33, Sayı: 2, Şubat 2007, s. 378.

haline getirilmiştir⁸⁷. Eski düzenlemede sonuç aranmadığı için suç tehlike suçuydu. Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında⁸⁸ “ görevde yetkiyi kötüye kullanma teşkil eden fiil ile kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararına yol açılması yahut kişilere haksız kazanç sağlanması biçiminde birer seçimlik netice eklenmesi suretiyle suçun bir zarar suçu şeklinde düzenlenmiş olması...” ifadesi ile suçun zarar suçu olduğunu belirtmiştir.

TCK m. 257’ye göre kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veya görevinin gereklerini yapmaktan ihmal ederek;

- (a) Kişilerin mağduriyetine neden olması veya
- (b) Kamunun zararına neden olması ya da
- (c) Kişilere haksız bir menfaat sağlaması

gerekmektedir. Suçun oluşumu için bu durumlardan birinin meydana gelmesi yeterlidir⁸⁹. Yeni düzenlemede bu neticelerin istenmesi ile, failin ancak belirli ağırlık düzeyine ulaşmış hareketlerinin cezalandırılacağı anlayışı benimsenmiştir⁹⁰.

Suç yukarıda bahsettiğimiz neticelerin meydana gelmesi ile tamamlanmış olmaktadır⁹¹. Netice açısından TCK m. 257/2 ile TCK m. 257/1 aynıdır. Bu iki düzenleme sadece hareket yönünden birbirinden ayrılmaktadır.

Yeni düzenlemeyle suça söz konusu neticelerin eklenmesi *Soyaslan* tarafından eleştirilmektedir. *Soyaslan*’a göre, “soyut kuralın kasten ihlali suç olmaz ise hukuk devleti

⁸⁷ Gökcan, s. 53; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1867; Parlar/Hatipoğlu, s. 1769.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1007.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7756.

⁸⁸ Y4CD, 30.3.2006, 38/10, (Gökcan, s. 56.)

⁸⁹ “Ancak; 765 sayılı TCY’nın 230 ve 240.maddelerinde yer alan görevi savsama ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuna karşılık gelen, 5237 sayılı Yasanın 257.maddesi suça yeni bir yorum getiren farklı bir düzenleme içermektedir. Eski düzenlemede, "memurun yasa yazılı hallerden başka her ne surette olursa olsun görevini kötüye kullanması" ve "hangi nedenle olursa olsun görevini yapmaktan savsama ve gecikme göstermesi" yani münhasıran yasa ve yönetime aykırı davranılması veya görevin yapılmaması veya gecikmeli olarak yapılması halleri suç teşkil etmekte iken, yeni düzenlemede kamu görevlisi ancak yasa suç olarak tanımlanan haller dışında görev gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, a- Kişilerin mağduriyetine, b- Kamunun zararına, c- Kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açması halinde eylemi görevde yetkiyi kötüye kullanma ya da görevi savsama suçunu oluşturacaktır. Bu üç öğeden birinin gerçekleşmemesi halinde yasa ve yönetime aykırılık da olsa eylem suç teşkil etmez, ancak bir disiplin kovuşturmasının konusu olabilir.” Y4CD, 1.5.2007 E. 2007/2782, K. 2007/4086, <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹⁰ “Sanığa yüklenen görevi kötüye kullanma suçu, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY’nın 240. maddesinde tanımlanarak yaptırım altına alınmış, ancak bu suç türü hükümden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde, öncekinden farklı olarak "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama" unsurları da eklenmek suretiyle yeniden düzenlenmiştir. Önceki yasal düzenlemede bulunmayan bu kavramların tartışılarak tanımlanması ve "mağduriyet, kamu zararı veya haksız kazanç sağlama" fikirlerinin nitelik, nicelik ve boyutlarının ilk derece mahkemesinde değerlendirilmesinin gerekli olduğu gibi, somut olayda bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması da zorunluluk arz etmektedir.”, YCGK, 14.6.2005, E. 2005/4.MD-28, K. 2005/66, Yargı Dünyası, Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, C:121, Ocak 2006, s. 142.

⁹¹ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 307.

korunamaz. Hukuk devletini korumak için disiplin hukukunun yaptırımı yetmez”⁹². Çünkü soyut kuralın ihlali ile devletin güvenilirliği, saygınlığı ve itibarı zarar görmektedir. Görevi kötüye kullanma suçunun ihdası bu saygınlığı, güvenilirliği ve itibarı sağlamak içindir. Dolayısıyla hukuk devletini koruyamayan ceza normu kanunun birinci maddesi ile çelişmektedir.

A) KİŞİLERİN MAĞDURİYETİNE NEDEN OLMAK

Kanunda kastedilen mağduriyet yalnızca ekonomik zarar anlamında değildir. Bu kavrama daha geniş bakılmalı ve bireyin sosyal, siyasi ve medeni her türlü haklarının ihlali mağduriyet olarak değerlendirilmelidir⁹³.

Kanun koyucu da mağduriyet kavramını geniş anlamda kullanmış ve TCK'nın gerekçesinde mağduriyetin kapsamını şu cümlelerle ifade etmiştir:

“ Görevin gereklerine aykırı davranışın, kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı hâlde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı hâlde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir.”

Bu ifadeye göre diyebiliriz ki, mağduriyet kısaca kişinin tüm menfaat kayıplarını içerir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.12.2005 tarih ve 110/159 sayılı kararında⁹⁴ mağduriyetin gerekçede olduğu gibi ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı olmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “Mağduriyet kavramı, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder.

⁹² Soyaslan, s. 523.

⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 758; Tezcan/Erdem/Önok, s. 701; Soyaslan, s. 522; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 303; Fahrettin Emirağ, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yürürlük Kanunu, Türkiye Barolar Birliği, 2.Bası Ankara 2007, s. 382; Parlar/Hatipoğlu, s. 1773.

⁹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 760; 18.10.2005 tarihli kararında da mağduriyet kavramını aynı şekilde tanımlamıştır.,Gökcan, s. 87.

İşbölümü gereği, sanık C.savcısına düşen soruşturma evrakından 116 adetinde haklarında işlem yapılan şüphelilerin makul bir sürede bir karar verilememesi nedeniyle mağdur oldukları açık olduğu gibi, aynı olaylarda taraf olan suç mağdurları da bu durumdan mağdur olmuşlardır.”

Bütün bu durumlarda kişilerin mağduriyeti maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Kişiler gelecekte temin edecekleri manevi tatmin sağlayacak imkânlarını kaybetmiş olabilirler ya da eğitiminin engellenmesiyle hem maddi kayba uğrayabilirler hem de kazanacağı sıfat ve edineceği bilgi/becerilerle manevi tatmin sağlayabilecek iken bu imkânlardan yoksun bırakılarak mağduriyete uğrayabilirler⁹⁵.

Bununla birlikte fail eylemiyle mağdur ettiği kişinin zararını sonradan gidermiş olabilir. Ancak eylem gerçekleşikten sonra zararın giderilmiş olması suçun oluşumunu engellemez⁹⁶. Çünkü suç zararın meydana geldiği anda tamamlanmıştır.

B) KAMUNUN ZARARINA NEDEN OLMAK

Kamu; lügat olarak; halk, toplum, amme, toplumu temsil eden ya da bütün toplumla ilgili anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla toplumu temsil eden, kamu hizmeti gören bütün kurum ve kuruluşlardır⁹⁷. Yani tüm kamu tüzel kişileridir. Başka bir ifadeyle devlet veya kamu idaresidir.

Mülga TCK döneminde m. 230'da “devlet zararı” deyimini kullanılmakta idi. Orada, “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.” denilerek devlet zararı suçun cezasını artıran bir neden olarak düzenlenmekte idi. Bu tanımdaki devlet kavramını, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel ihtiyaçları ve kamu yararını sağlamak için ve kamuya sunulmuş faaliyetleri yürüten ve kamu hizmeti gören her kuruluşu da içine alacak şekilde geniş anlamda anlamak gerekir⁹⁸.

Devlet zararı, kavram olarak kamu zararına göre daha dar yorumlanan bir kavramdır. Devlet zararı doktrinde; genel bütçeden pay alan ve bütçeleri TBMM tarafından onaylanan kuruluşlara verilen zarar olarak anlaşılmakta ve bu nedenle özel yasasında devlet malı

⁹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 701-702; Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1876.

⁹⁶ Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1868., Gökcan, s. 88

⁹⁷ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 263; Tezcan/Erdem/Önok, s. 704; Gökcan, s. 93; Malkoç, Açıklamalı – İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1870; Parlar/Hatipoğlu, s. 1774.

⁹⁸ Gökcan, s. 263.

sayılacağına dair hüküm bulunsa dahi diğer kurum ve kuruluşlara verilen zararlar bu kapsamda görülmemekte idi⁹⁹. Ancak *Demirbaş* devlet zararının kamu hizmeti gören tüm kuruluşları içerdiği görüşündedir¹⁰⁰.

Kamu zararı kavramı ise devlet zararına göre daha geniştir. Çünkü kamu zararı, devlet zararı ile birlikte kamu hizmeti yürüten tüm kurum ve kuruluşlarındaki zararı da içerecek şekilde geniş bir kavramdır. Bununla birlikte kamu zararının, sadece maddi zararları mı, yoksa maddi olmayan manevi zararları da mı içermekte olduğu hususu tartışmalıdır¹⁰¹. Bir görüşe göre¹⁰², kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı eylemi sonucunda, kamu idaresinin işleyiş ve itibarı sarsıldığı ve toplumdaki güven zedelendiği için, kamu zararı maddi ve ekonomik nitelikte olmayan zararları da içermektedir. Diğer görüş¹⁰³ ise kanunun sadece maddi zararı kastettiğini ve kamu zararından sadece maddi zararın anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.

Kanunun gerekçesinde ki ifadeye göre:

“Görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir.

Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir”.

⁹⁹ Gökcan, s. 93.

¹⁰⁰ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 263; Gökcan, s. 93.

¹⁰¹ Gökcan, s. 93.

¹⁰² Soyaslan, kamu zararının sadece ekonomik zarar olmasını eleştirmiştir. Ona göre devletin işlerinin yürümemesi yada gecikmesi kendi başına zarar sayılmadığına göre hukuk devleti ilkesi korunmamaktadır ve bu düzenleme kanunun birinci maddesine aykırıdır., Soyaslan, s. 526; Malkoç ise öncelikle zararı sadece ekonomik zarar olarak gören gerekçeyi madde metni ve bölüm başlığıyla tutarlı görmediğini ifade etmektedir. Ayrıca korunan hukuki değer “kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi” olduğunu ifade ederek, kamu idaresinin yalnızca ekonomik ve maddi zarara uğradığı hallerde suçun oluşmasının doğru olmadığını düşünmektedir. Malkoç, Açıklamalı – İtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1870.

¹⁰³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 686; Tezcan/Erdem/Önok, s. 615; Parlar/Hatipoğlu, s. 1774.

Gerekçe incelendiğinde aranan zararın somut ve maddi bir zarar olduğu görülmektedir. Zaten görevi kötüye kullanma suçunun doğal sonucu olarak kamu idaresinin işleyiş ve itibarı sarsılmakta ve toplumdaki güven zedelenmektedir. Bu nedenle kanun koyucu maddi zararı ifade etmek için kanun metninde ayrıca zarar vurgulaması yapmıştır. Dolayısıyla kastedilen zarardan, maddi zararı¹⁰⁴ anlaşılır. Ancak kanun gerekçesinde suçla korunan hukuki değer ve bölüm başlığında yazılan hukuksal değerlere verilen zararlar gözetilmediğinden eleştirilmiştir¹⁰⁵.

Ayrıca kamu zararının tanımı, 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu”nun 71. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“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,*
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,*
- f) (Mülga fıkra: 22/12/2005-5436 S.K./10. mad)*
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,*

Esas alınır.”

Devlet işleyişindeki ahengin sağlanabilmesi için bütün yasal düzenlemeler birlikte değerlendirilmeli ve kamu zararı kavramı 5018 sayılı Kanundaki şekliyle anlaşılmalıdır. Bu düzenlemeye göre de kastedilen kamu zararı “maddi ve ekonomik zarar” anlamındadır.

¹⁰⁴ “Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem ve ihmali sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanabilecek kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirlemede; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanmasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bir bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir.” YGCK., 18.10.2005, E. 2005/4.MD-96, K. 2005/118, YKD, Cilt:32, Sayı: 1, Ocak-2006, s. 118.

¹⁰⁵ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1871.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.12.2005 tarih ve 110/159 sayılı kararında¹⁰⁶ kamu zararını tanımlarken 5018 sayılı Kanuna aşağıdaki ifadelerle vurgu yapmıştır: “*Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; madde gerekçesinde ekonomik bir zarar olduğu vurgulanan anılan kararlar ilgili olarak yasal düzenleme içeren 5018 sayılı Kamu Mali Kontrol Yasası'nın 71. maddesinde ise; “mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya işlem sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” şeklinde tanımlanan kamu zararı her somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir şekilde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanmasa dahi işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken norma aykırı her davranışın, kamuya dair güveni sarstığı dolayısıyla kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklinde varsayımla da hareket edilmemelidir. Somut olayda sanığın eylemi ile doğrudan bağlantılı olarak nesnel ölçülere uygun bir şekilde saptanmış herhangi bir ekonomik zarar saptanamadığına göre, anılan eylemle kamunun zarara uğratıldığından da söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.”*

Karardan da anlaşıldığı şekilde kamu zararından bahsedebilmek için failin görevin gereklerine aykırı davranışı yeterli olmayıp, nesnel ölçülere uygun bir şekilde saptanmış somut bir zararın varlığı gereklidir. Yargıtay zaten bu kararında olduğu gibi başka kararlarında da 5018 sayılı Kanununa atıfta bulunmaktadır¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 760-761, (Yayımlanmamış karar)

¹⁰⁷ “5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde ise, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem ve ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olması şeklinde tanımlanan kamu zararı; her somut olayda hakim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması olmayıp, miktarı saptanmasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelden alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken norma aykırı her davranışın kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklinde bir varsayımla hareket edilmemelidir.” YCGK. 18.10.2005, E. 2005/4.MD-96, K. 2005/118, YKD, Cilt: 32, Sayı: 1, Ocak-2006, s. 118; “...somut olayda... madde gerekçesinde ekonomik bir zarar olduğu uygulanan, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde ise mevzuata aykırı karar, işlem, eylem ve ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan kamu zararının da somut olayda gerçekleşmediği... dolayısıyla görevde yetkiyi kullanma suçunun öğeleri itibari ile oluşmadığı anlaşılmaktadır.”, YCGK. 11.4.2006, E. 2006/4.MD-36, K.2006/119, Yargı Dünyası, Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, Sayı: 137, Mayıs 2007, s. 121 vd., ; “Kamu zararı kavramının ne olduğu hususunda müracaat edilebilecek ve her zaman için geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve

Görevini kötüye kullanarak kamu zararına neden olan kamu görevlisinin sonradan bu zararı gidermiş olması, daha önce de belirttiğimiz gibi cezalandırılmasına engel değildir¹⁰⁸. Çünkü suç zararın meydana geldiği anda tamamlanmıştır. Yargıtay da kararında zararın sonradan giderilmesinin suçun oluşumunun önlemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁹.

C) KİŞİLERE HAKSIZ BİR MENFAAT SAĞLAMAK

Failin cezalandırılabilmesi için aranan üçüncü netice de, görevin gereklerine aykırı hareket sonucunda kişilere haksız bir menfaat sağlanmasıdır. TCK'nın 257. maddesinin ilk halinde "menfaat" kelimesi yerine "kazanç" kelimesi kullanılmaktaydı. 8/12/2010 tarihli ve 6086 sayılı kanun ile 257. maddenin hem 1. hem de 2. maddesindeki "kazanç" ibaresi "menfaat" şeklide değiştirilmiştir.

Haksız kazanç, "kişinin hakkı bulunmadığı halde hukuk düzenince onaylanmayan yöntemlerle hukuka aykırı olarak, hak etmediği şekilde kazanç sağlanmasıdır."¹¹⁰ Kanunun ilk değişiklikten önce kullandığı haksız kazanç Kanunun gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir:

"Görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olabilir. Örneğin kişi, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı hâlde, yararlandırılmış olabilir. Kişiye, belli bir sınıai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşımadığı hâlde, bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel üzerinde, plan tekniğine veya imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkan sağlanmış olabilir.

Haklı olan işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü, bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısıyla kişiye sağlanmaktadır. Bu

Kontrol Yasasının 71. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre mevzuata aykırı karar, işlem, eylem ve ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır." Y4CD, 30.3.2006, 38/10., (Gökcan, s. 96.)

¹⁰⁸ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1871.

¹⁰⁹ " İcra müdürü sanığın, işlemlerini yürüttüğü birçok icra takip dosyasında, tahsil ve cezaevi yapı harçları ve damga vergilerini yasalarda belirtilen miktarlardan eksik olarak devletin zararına yol açma biçimindeki etkin eyleminin, iş yoğunluğuna ilişkin sayısal veriler denetime olanak sağlayacak karşılaştırmalı olarak irdelenmek suretiyle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan ve devlet zararının sonradan ödenmesinin suçun oluşmasını önlemeyeceği düşünülmeyen, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır" Y4CD, 12.7.2006, 1778/13853, (Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1871.)

¹¹⁰ Gökcan, s. 89; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1869; Parlar/Hatipoğlu, s. 1776.

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”.

Kanunun ilk şeklinde belirtilen kazanç kavramının içeriği konusunda iki farklı görüş mevcuttu¹¹¹. Birinci görüşe göre; kanunda kastedilen kazanç yalnızca maddi kazançtır. Kişilere manevi bir kazanç veya diğer ifadeyle maddi olmayan, ekonomik değeri olmayan bir kazanç sağlandığında suç oluşmayacak ve failin bu hareketleri cezasız kalacaktır. Örneğin, öğretmenin zayıf not verilmesi gereken bir yazılı kâğıdına geçer not vermesi eylemi haksız kazanç sağlamak unsurunu oluşturmadığından suç teşkil etmeyecek ve bu da devletin itibar ve güvenliğini zedeleyecektir. Bu yönüyle kanunun düzenleniş şekli eleştirilmektedir¹¹². Bu görüşü benimseyenler düşüncelerini madde gerekçesindeki örneklerle desteklemektedirler. Madde gerekçesindeki örneklerin hepsi maddi değeri olan kazançlardır.

Diğer görüş¹¹³ ise kazanç kavramını, daha geniş yorumlayarak hem ekonomik ve maddi çıkar hem de ekonomik olmayan manevi çıkar şeklinde değerlendirmektedir. Buna göre kazanç kavramı, manevi çıkarları da içine alacak şekilde “yarar” ve “menfaat” olarak anlaşılmalıdır. Önceden elde edilen statü veya izinin daha sonradan maddi kazanca dönüşmesi de mümkündür. Örneğin, kişilerin haksız olarak kazanılan statü nedeniyle önce güven ve itibar elde etmesi, daha sonrada bu nedenle artan ilgi ve istekle kazançlar elde etmesi¹¹⁴ bu şekildedir.

Yargıtay ise bir kararında birinci görüşü destekleyen şu kararı vermiştir: “*Kişilere haksız kazanç sağlanmasına yönelik madde gerekçesinde yapılan örneklendirmelerde hep maddi kazancın esas alındığını görmekteyiz. “Kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı halde yararlandırılmış olabilir”.* “*Bir imar planı uygulamasında belli bir parsel üzerinde plan tekniğine veya imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkan sağlanmış olabilir” biçimindeki örneklerle, hukuka aykırı yöntemlerle kişinin mal varlığında doğrudan veya dolaylı olarak maddi kazanıma işaret edilmiştir. Ancak bu durumda yasa, tüzük, yönetmelik ve benzeri hükümlerine aykırı davranışların cezasız*

¹¹¹ Gökcan, s. 90.

¹¹² Soyaslan, s. 523.

¹¹³ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1869.

¹¹⁴ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1869; Parlar/Hatipoğlu, s. 1776.

kalabileceği düşünülebilir ise de, o takdirde de disiplin hükümleri devriye girecek ve eylemin disiplin suçu olarak cezalandırılması mümkün olacaktır.

Sonuç olarak; Sanığın, can güvenliği nedeniyle silah ruhsatı verilmesinde takdir yetkisinin dini, siyasi, husumet duyma, intikam alma, çıkar sağlama ve benzeri etkilerle hukuka aykırı olarak kullandığı kanıtlanamamıştır. 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi kapsamında kişi mağduriyetine yönelik bir iddiaya yer verilmediği gibi silahın kullanıldığı ya da silahla yaralama suçu işlendiği yönünde bir belirleme de olmadığı, ekonomik zarar olarak değerlendirilen kamu zararının gerçekleşmediği, kişiye haksız kazanç sağlamasına yönelik ilgilinin mal varlığında bir artış meydana gelmediği, esasen silah taşıma ruhsatının da iptal edilmiş olduğu ve silahtan yararlanmasının üzerinde taşınmasından ibaret kaldığı, bunun ise haksız kazanç sayılmayacağı gözetilerek suçun unsurları oluşmadığından sanığın beraati yönünde karar verilmiştir”¹¹⁵.

6086 sayılı Kanunla yapılan değişikle “kazanç” ibaresi yerine “menfaat” ibaresi kullanılarak görüş ayrılıkları ortadan kaldırılmıştır. Yapılan değişikliğin gerekçesi;

“...maddenin birinci ve ikinci fıkralarında “kazanç” ibaresi kullanılması, suçun oluşumu bakımından kişilere sağlananın sadece “ekonomik” bir kazanç olarak algılanmasına sebebiyet vermiştir. Hâlbuki söz konusu suç, kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaat de sağlamış olabilir. Bu nedenle, ...Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “kazanç” ibaresi “menfaat”¹¹⁶ olarak değiştirilmiştir. Bu suretle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu bakımından kişilere sağlananın sadece “ekonomik” bir kazanç olarak algılanmasının önüne geçilecek ve görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaatin sağlanması halinde de, bu suç olacaktır.” ifadesiyle belirtilmiştir.

Bu haliyle menfaat, kazanç kavramını da içine alan daha geniş bir ifadedir. Kişilere sağlanan haksız menfaat ekonomik kazanç ve yararların yanı sıra ekonomik olmayan her türlü yararı ya da faydayı da kapsamaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla hüküm, değişiklik sonrası itibariyle eskiye göre daha geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur¹¹⁸. Örneğin açılması gereken bir

¹¹⁵ Y4CD, 20.9.2007, 16/39, (Gökcan, s. 91.)

¹¹⁶ “Belediye başkanı olan sanığın, imar planında otopark olarak görülen yere yapılan büfeyi yıkmadığı gibi, encümen kararı olmadan...ihale yapmaksızın, talebi üzerine doğrudan 2004 yılında sözleşme Yusuf adındaki kişiye kiraya verdiği, Belediye encümeninin, sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle kira sözleşmesini feshetmesine rağmen, 2005 yılında talebi üzerine yine doğrudan aynı kişiye kiraya verdiği anlaşılmakla; görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere haksız bir menfaat sağlayarak görevi kötüye kullanma suçunu işlediği...”Y.4.CD. 4.2.2013, 2011/6356-2013/2803.(Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7827.)

¹¹⁷ Meran, 3. Yargı Paketi, s. 422.; Koca/Üzülmez, s. 772

¹¹⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1004

kamu davasının kamu görevlisi tarafından açılmaması, gerekli şartları taşımasına rağmen kişinin devletin sağladığı krediden faydalandırılmaması ya da şartları taşımayan bir kişinin bir faaliyet izninden yararlandırılması bu kapsamda kişilere haksız menfaat sağlamaktadır¹¹⁹. Kanaatimizce 6086 sayılı Kanunla yapılan değişik suçla korunan hukuki değer açısından yerinde bir değişiklik olmuştur.

D) KİŞİLERİN MAĞDURİYETİNİN, KAMU ZARARININ VE HAKSIZ MENFAATİN CEZALANDIRILABİLME ŞARTI OLMASI SORUNU

Görevi kötüye kullanma suçunda ortaya çıkan neticelerin unsur mu yoksa cezalandırabilme şartı mı olduğu konusunda farklı görüşler vardır¹²⁰.

Bir görüşe göre¹²¹; bu haller objektif cezalandırılabilme şartı olup, bu hallerin ancak somut olayda gerçekleşmesi durumunda fail cezalandırılmalıdır. Şartlar gerçekleşmemiş ise kamu görevlisinin davranışları disiplin hukuku açısından değerlendirilmelidir. Çünkü objektif cezalandırma şartları, suçun bütün unsurları gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve meydana gelmedikçe kişinin fiilinden dolayı cezalandırılmasını engelleyen şartlardır. Bu görüşü benimseyen *Artuk/Gökçen/Yenidünya*'ya göre görevi ihmal cezalandırılabilme şartı ihtiva ettiği için sırf hareket suçudur¹²². Yani neticesiz suçtur.

Diğer bir görüşe¹²³ göre ise bu üç durum cezalandırılabilme şartı değil suçun unsurudur, yani meydana gelmesi gereken neticedir¹²⁴.

Cezalandırabilme şartını unsurdan ayırt etme konusunda hemen hemen her yazar ayrı bir ölçü kullanmıştır.

Dönmezer/Erman'a göre: "*Şayet kanunda yazılı bir netice, ancak fail kusurlu bir hareket ile buna sebebiyet verdiği zaman kendisine yüklenebiliyor ve bu takdirde fail neticeden sorumlu tutulabiliyorsa, bir unsur söz konusudur; buna karşılık, failin belirli bir*

¹¹⁹ Koca/Üzülmez, s. 771.

¹²⁰ Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1871.

¹²¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 750; Meran, s. 102 vd.; Koca/Üzülmez, s. 770.

¹²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 433.

¹²³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 701,702; Bu durumları suçun unsuru ve neticesi olduğunu kabul eden yazarlar olarak Gökcan, şu isimleri aktarıyor; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Bs. s. 303; Soyaslan, s. 521, 522; Hasan Tahsin GÖKCAN, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, C.31, S. 4, Ekim 2005, s. 502; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1866 vd.; Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2007, s. 1773.

¹²⁴ "Sanığın hastayı görmeden reçete düzenlemek biçimindeki eylemiyle 765 sayılı Yasanın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilerek, 5237 sayılı Yasanın 257. maddesinde kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin aranması karşısında, reçetenin ilgili kurumda işlem görüp görmediği ve suçun tamamlanıp tamamlanmadığı tartışılıp sonuca göre karar verilmelidir.", Y4CD, 29.09.2006, E. 2005/7907, K. 2006/14229, YKD, Cilt: 32, Sayı: 12, Aralık-2006, s. 1978.

neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, o neticeye kusurlu bir hareketiyle sebebiyet vermesi gerekmekte, yani fail o neticeyi istemese, yahut başka neviden bir kusurla (mesela taksirle veya kastın aşılması ile) aynı neticenin meydana gelmesine amil olmasa dahi, kanun onu cezalandırmakta ise, bir cezalandırma şartı karşısında bulunduğu anlaşılır.”¹²⁵.

Biz de görevi kötüye kullanma suçunda cezalandırabilme şartının var olup olmadığını araştırırken diğer yazarların da görüşüne başvurarak, yerinde olduğunu düşündüğümüz Dönmezer/Erman’ın tanımından hareketle sözü geçen durumları suçun unsuru ve bir neticesi olduğunu kabul etmekteyiz.

3) FAİL

Bazı suçlar belli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilir ki, bu tip suçlara “mahsus suçlar”, veya “özgü suçlar” ya da “tekel suçlar” adı verilir¹²⁶. Özgü suçlarda failin insan olmak dışında başka vasıflarının da olması aranır¹²⁷. Bu nedenle bir özgü suç olan “Görevi Kötüye Kullanma” suçunda faili göstermek için “kamu görevlisi” terimi kullanılmıştır. Yani failde kamu görevlisi olma şartı aranmıştır. Diğer bir ifadeyle bu suçun faili yalnızca kamu görevlisi olabilir.

Mülga TCK döneminde “kamu görevlisi” ve “kamu hizmetlisi” ayrımı mevcuttu. Kanunun 279. maddesindeki ayrıma göre, kamu görevlisi olanlar memur olarak kabul edilmekte ancak kamu hizmetlisi olanlar ise memur olarak kabul edilmemektedir.

Yeni düzenlemede bu suçun faili olan kamu görevlisi, memur ve kamu hizmetlisini de içine alan geniş bir kavram olduğu için eski düzenlemenin aksine kamu hizmeti gören diğer kişilerin de görevi kötüye kullanma suçunun faili olmaları mümkündür¹²⁸. Kamu görevlisinin suçu işlerken görevde olması yeterlidir. Sonradan kamu görevlisi sıfatını kaybetmesi¹²⁹ veya suçu işlerken istirahat, izin veya geçici olarak görevden el çektirme gibi nedenlerle görevinin başında olmaması suçun oluşması açısından önemli değildir¹³⁰. Ayrıca unutulmamalıdır ki fail kamu görevini usulüne uygun bir şekilde üstlenmiş olmalıdır. Aksi takdirde daha önce de

¹²⁵ Dönmezer/Erman, Genel Kısım I, s. 318-319; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2007, s. 95.

¹²⁶ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II, 7. Bs. , İstanbul 1981s. 501; Sulhi Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 254.

¹²⁷ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 1998, s. 41; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 453; Gökcan, 25; İsmail Ercan, Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 94.

¹²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 699; Gökcan, 26.

¹²⁹ Emekli olması, istifa etmesi gibi herhangi bir nedenle fiili işledikten sonra vasfı kaybetme durumu.

¹³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 764; İsmail Malkoç, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 58, Ankara 1988, s. 10.

ifade ettiğimiz gibi kamu görevini kötüye kullanma değil TCK'nın m. 262'de düzenlenen olan "Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi" suçu oluşacaktır¹³¹.

4) MAĞDUR

TCK'nın 257. maddesinde mağdur toplumu oluşturan herkeştir. Görevi kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer, devlet işleyişinin zamanında ve dürüst bir şekilde yapıldığı hakkındaki inanç olduğundan hareketle diyebiliriz ki bu suçun mağduru devlettir¹³².

Kanaatimizce mağduru tespit ederken, korunan hukuki değer de olduğu gibi kanun sistematigi ve suçun neticesiyle birlikte düşünmeliyiz. Çünkü kanun sistematigi mağduru ve korunan hukuki menfaati de içeren geniş bir kavramdır. Görevi kötüye kullanma suçunda, kamu idaresinin liyakat ve disiplin içinde yürütülmesindeki yarar tüm toplumu ilgilendirdiği için mağdur tüm toplumdur. Devletin güvenilirliği sarsıldığı ve zarara uğratıldığı için mağdur kamu idaresi yani devlettir. Kişilerin mağduriyetine neden olduğu için mağdur kişidir. Dolayısı ile suçunun mağduru hem kişi hem de kamu idaresi yani devlet ve tüm toplum olabilir¹³³.

VII. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur taksirle işlenmesi¹³⁴ hiçbir şekilde söz konusu olamaz. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle görevin gereklerine aykırı bir davranış söz konusu olduysa bu suçun oluştuğundan bahsedilemez.

A) TÜRK CEZA KANUNU M. 257/1 AÇISINDAN

Görevin gereklerine aykırı hareket ederek görevin kötüye kullanılması suçunun oluşması için kamu görevlisinde kastın olması şarttır. Mülga TCK döneminde de suçun

¹³¹ Bir kamu görevini, görevli olmadığı halde kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimse kamu görevini usulsüz olarak üstlenmiştir.

¹³² "Ancak görevi savsama eylemi, Devlet yönetimine karşı bir suçtur. Korunan değer, devlet işleyişinin zamanında yapıldığı hakkındaki inançtır. Suçun mağduru da Devlettir. O nedenle, yasalara uygun olarak verilmiş bir haciz kararını kendisiyle ilgili olsa bile, yerine getirmeyen görevli, korunan değeri çignemiş ve bu suç işlemiş olur.", Y4CD, 31.01.1994, E. 1993/301, K. 1994/474, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>

¹³³ Gökcan, s. 61.

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 714.

oluşumu için kast aranmıştır¹³⁵. Ancak failde genel kasttan başka özel kastın bulunup bulunmayacağı tartışılmıştır¹³⁶.

Yeni düzenlemede failin bu suçu belirli bir amaçla işlenmesi gerektiğine dair bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla TCK m. 257/1 açısından failin, görevinin gereklerine aykırı davranarak, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunacağını ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi şarttır¹³⁷. Kamu görevlisi görevinin gereği olmadığı veya kanunda belirtilen sonuçlara neden olmayacağı inancı ile hareket etmiş ya da hareketiz kalmış ise suç oluşmaz. Çünkü bu inanç kastı ortadan kaldırır¹³⁸.

Yargıtay'ın değişik dönemlerde her iki görüşü de destekleyen kararları¹³⁹ mevcuttur. Ancak TCK döneminde vermiş olduğu bir kararında genel kastı yeterli görmüş ve bunu şu şekilde ifade etmiştir : *“Görevi kötüye kullanma suretiyle keyfi davranma suçu genel kasıtlı işlenen bir suç olup, suçun oluşması için saikin bir önemi olmadığı gibi özel kasıttan aranmaz. Bu kural dairemizin ve genel kurulumuzun kararlarında benimsenmiş ve uygulanmıştır. ...bu nedenle, sanığın (ilde meydana gelebilecek olayları önlemek, can güvenliğini sağlamak amacıyla) özel kasta -saike- dayanarak yargı kararlarını uygulamadığı yolundaki görüşe katılmak olanaksızdır. Eğer buna itibar edecek olursak, yargı kararlarını idari işlemlere karşı yok saymış oluruz. Yargı kararlarının uygulanmamasına idari işlemlerin uygulanması gerekçe olamaz. Can güvenliği idari önlemlerle sağlanabilir”*¹⁴⁰.

¹³⁵ “Yirmi aylık askerlik hizmeti sırasında yol hariç 40 gün izin hakkı olan çavuşa 10 gün fazlası ile 50 gün izin veren sanık Prs. Tğm. nin bu hareketine; ilk olarak askerlik şubesinde görev yapması, uygulamalı deneyiminin bulunmaması ve konuya yönelik bilgi noksanlığı gibi etkenlerin neden olduğu ve sanığın suç işleme kast ve iradesi ile hareket etmediği anlaşıldığından mezkur nedenlere dayanılarak verilen beraat kararında bu bakımdan herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir” AY4CD, 8.2.1983, E. 174, K. 143, (Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 271); “Somut olayda sanık, kendisinin herhangi bir katkısının bulunmadığı bir süreçte kum ve çakıl ocağı işletmesine izin verilen işletmelerin, geçici iznin uzatılmasını talep etmeleri üzerine, dört gün süreyle Valilik makamına vekalet ettiği dönemde bu talepleri inceleyen İl Daimi Encümenine başkanlık etmiş ve önceden verilen izinler doğrultusunda geçici izin süresinin uzatılmasına ilişkin karara katılmıştır. Sanığın bu eyleminde görevi kötüye kullanma bilinç ve iradesiyle hareket ettiğinden söz etmeye olanak yoktur. Sanığın kamu görevinde devamlılık esasından hareketle, kamu yararını gözeterek kendisinden önce verilen iznin uzatılması kararına katılmaktan ibaret eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçunun manevi öğesinin oluşmadığı anlaşılmaktadır.”, YCGK, 4.2.2003, E. 2002/4MD-291, K.2003/9, Ali Rıza Çınar, Ceza Genel Kurulunun 2003 Yılında Verdiği Önemli Kararlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004 s. 25.

¹³⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 765; Tezcan/Erdem/Önok, s. 707; Gökcan, s. 101; Yıldız, Görevi Kötüye Kullanma, s. 118,124; Özgeçen/Şahin, s. 200; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1380.

¹³⁷ Soyaslan, s. 523,526; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 304, 307; Parlar/Hatipoğlu, s. 1780.

¹³⁸ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 307.

¹³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 713; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 765;; “Ancak; sağlık ocağında hekim olan sanığın, nezaretten çıkarılan ve vücudunda ekimozlar bulunan yakınına gereği gibi muayene etmeden “darp, cebir izine rastlanmadı” biçiminde rapor düzenleyerek görevi kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilmeden yasal olmayan ve genel kastla işlenebilen suçta özel kasta ağırlık veren gerekçelerle beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır.”, Y4CD, 13.5.2002, E. 2002/6450, K. 2002/8338, YKD, Cilt:29, Sayı: 8, Ağustos-2003, s. 1290.

¹⁴⁰ 4. CD. 25.5.2006, 9/13., (Gökcan, s. 103.)

B) TÜRK CEZA KANUNU M. 257/2 AÇISINDAN

Görevi ihmal suçu kasten işlenebilir¹⁴¹. Failin kastı özel bir kast olmayıp sadece memuriyetin gereği olarak yapması gereken tasarrufu yapmamak veya zamanında yapmamak iradesinden, yani genel kasttan ibarettir. Failin bilerek hareketsiz kalma veya hiçbir şey yapmama konusunda “karar almış” olması veya herhangi bir şey yapma konusunda “karar almamış” olması gerekir¹⁴². Sonuç olarak görevi ihmal suçunun oluşması için, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme irade ve bilinci ile hareket edilmiş olunmalıdır. Fail görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunacağını ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi şarttır¹⁴³.

Madde metninde ayrıca, dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik gibi taksiri belirten ifadeler kullanılmadığı için suçun taksirle işlenebildiğini söyleyemeyiz. Dolayısıyla failin görevi bilmemesi¹⁴⁴, deneyimsizliği, yanlış bilmesi, hatası veya unutması durumunda suç oluşmayacaktır¹⁴⁵. Şahsın unutarak duruşma tutanaklarını imzalamamasında kast unsuru bulunmamaktadır. Ancak bilmeme, deneyimsizlik, yanlış bilme veya unutma gibi iddialar araştırılırken objektif değerlendirme yapılmalı, ortalama bir görevlinin davranışları göz önünde bulundurulmalıdır. Yargıtay faildeki maddi yanılığı¹⁴⁶ suç kastını ortadan

¹⁴¹ Erem, Hususi Hükümler, s. 381; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1359; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 262; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 2368; Önder, s. 200; Vidinli, s. 339; Donay, s. 374; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.baskı, s. 305; Kunter, s. 390.

¹⁴² Gökcan, s. 107,113.

¹⁴³ Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 204; Soyaslan, s. 523,526; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 304, 307; Parlar/Hatipoğlu, s. 1780.

¹⁴⁴ “Köye ait meraya el atma olayını sanık köy muhtarının bilmemesinin olanaksızlığı karşısında, atılı görevi savsama suçunun oluştuğu gözetilmelidir.”, Y4CD, 27.06.2006, E. 2004/17264, K. 2006/13075, YKD, Cilt: 33, Sayı: 2, Şubat 2007, s. 374.

¹⁴⁵ Dönmezer, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal, s. 229; “Sanık adli tabip tarafından düzenlenen kızlık zarında yırtık bulunduğuna ilişkin raporun gerçeği yansıtmadığı saptanmış ise de; atılı suçun oluşması için failde ihmal kastının bulunması gerektiği, olayın “görevi ihmal” kastından değil, sanığın meslekteki deneyimsizliğinden kaynaklandığı ve bir muayene yanılığı olarak değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla sanığa yüklenen suçun manevi unsuru oluşmamıştır.” YCGK, 6.10.1998, 6-214/296, (Gökcan, s. 113 ; Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1872)

¹⁴⁶ “Sanığın aşamalarda değişmeyen iş yoğunluğu nedeniyle yanlışlıkla işlem yaptığı ve yanılığı fark ettiğinde de kendisinin durumu C.Başsavcısına bildirdiğine ilişkin savunması, ...araştırılması; iş çokluğu, maddi yanılığı gibi olguların suç kastını ortadan kaldıracığı, eylemin disiplin cezası gerektirebileceği de gözetilerek sonuca göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.” Y4CD, 28.1.2004, 803/811,(Gökcan, s. 113) ; ” Ordu PTT’sinde muhabere memuru olan sanığın cevap ücretini kasaya yatırmamasına karşın “cevaplı” şerhini telgrafa yazmamaktan ibaret eyleminin beşeri hatadan kaynaklandığı ve suç kastının bulunmadığı gözetilmeden görevi savsama suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”, Y4CD, 17.3.2003, 18204/799, (Gökcan, s. 114); “...Sanığa yanlış bilgi verilmesi olasılığı karşısında; iş çokluğu, maddi yanılığı gibi olguların suç kastını ortadan kaldıracığı gözetilmeden sanığın beraatı yerine hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.”, Y4CD, 24.9.2003, 26117/8186, (Gökcan, s. 114.)

kaldıran bir unsur olarak değerlendirirken, hukuki yanılığının¹⁴⁷ kastı kaldırmadığına karar vermiştir. Örneğin, kişinin azilnameyi yanılıyla görmeyerek işlem yapması veya noterin iş yoğunluğu nedeniyle özel vekâletname yerine genel vekâletnameyi incelemeyen imzalaması maddi hatadır¹⁴⁸.

VII. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İlgilinin, yani mağdurun rızası Mülga TCK döneminde, görevi kötüye kullanma, görevi ihmal ve keyfi muamele suçları bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak görülmemekteydi¹⁴⁹. Devlet ve toplumun hakkını koruyan suçlarda kişinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olamayacağı ve bu nedenle rızaya dayalı hukuka uygunluk nedeninin görevi kötüye kullanma suçunda uygulanamayacağı belirtilmiştir¹⁵⁰. Çünkü mağdurun rızası kural olarak failin suçluluğunu ortadan kaldırmaz. Mağdurun yapılan işleme mukavemet etmemiş, itirazda bulunmamış olması veya işleme rıza gösterdiğini belirten emarelerin bulunması dahi fiili meşru hale getirmez. Çünkü bu suçun asıl mağduru kamu idaresidir. Hiçbir kamu idaresinin görevin kötüye kullanılmasına rıza göstermek yetkisi yoktur¹⁵¹.

TCK'da da ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak kabul edilmesi için suçla korunan hak ve yararın ve konusunun kişiye ait olmasının gerektiği kabul edilmektedir¹⁵². Bu nedenle devlete ait bir menfaatin, diğer bir ifadeyle “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine ilişkin kamu yararının” ihlal edildiği görevi kötüye kullanma suçunda ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olamayacağı belirtilmektedir.

TCK m. 25'de düzenlenen meşru müdafaa ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak görevi kötüye kullanma suçu bakımından geçerli olabilir. Örneğin görevini yaptığı sırada bir kişinin haksız saldırısına uğrayan kamu görevlisinin saldırıyı önlemek için kişiyi mağdur edecek zorunlu bir harekette bulunması gibi kendisine veya bir başkasına yönelen bir tehlikeyi ortadan kaldırmak zorunluluğu nedeniyle görevin gereklerine aykırı davranması gerekebilir. Bu durumda kamu görevlisinin hareketi hukuka

¹⁴⁷ “Hukuksal yanılığının suçu ortadan kaldırmayacağı gözetilmeden, genel kasıtlı işlenen görevi savsama suçunda özel kasta ağırlık verilerek ve yasal olmayan gerekçelerle beraat hükmü kurulması hatalıdır.”, Y4CD, 6.6.1995, E.1995/3215, K.1995/4049, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>

¹⁴⁸ Ayrıntılı kararlar için bkz. Yıldız, Görevi Kötüye Kullanma, s. 137.

¹⁴⁹ Faruk Erem, “Keyfi Muamele”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1959, s. 6.

¹⁵⁰ Erman/Özek, s. 137, 214; Erem, Devlet idaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 30; Gökcan, s. 145.

¹⁵¹ Erman/Özek, s. 214.

¹⁵² Gökcan, s. 145.

uygun olacaktır. Yine acil bir hastanın tedavisi ile meşgul olan bir hekimin, muayeneye gelen diğer hastaları bekletmesi hukuka uygun bir hareket olacak ve suç oluşturmayacaktır¹⁵³.

Kamu görevlisinin görevinin belirli bir hareketi yapmasını gerektirip gerektirmediği hususunda yanılması, yani fiil üzerinde hataya düşmesi durumunda, kast yoktur ve görevi kötüye kullanma suçu da oluşmaz¹⁵⁴. Kamu görevlisinin, verilen emrin kanuna uygun olmadığı veya emri veren kişinin yetkili olmadığı konusunda hata yapması da kastı ortadan kaldırır.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1) TEŞEBBÜS

İhmal suretiyle görevi kullanma suçunda (TCK m. 257/2) teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır¹⁵⁵.

Bir görüşe göre ihmali hareketle işlenen suçlar, hareketi neticesine bitişik suçlar olduğu için teşebbüsten bahsedilemez¹⁵⁶. Çünkü görevi yapmama veya gecikme anı suçun tamamlanma anıdır. Fail tarafından kanunun yapılmasını istediği hareket ya yapılmıştır ya da yapılmamıştır. Yapılmışsa zaten ortada ihmali bir suç olamaz, yapılmamışsa bu durumda suç hareketsiz kalınmasıyla tamamlanmıştır. Örneğin, mahkeme kâtibinin, hakkında tahliye kararı verilen bir tutuklunun, bu tahliye kararını kişisel ihtiraslarını tatmin gayesi ile iki gün ihmal etmesi halinde oluşan görevini kötüye kullanma suçu teşebbüse elverişli değildir. Çünkü, kamu görevlisi kanunun kendisine verdiği görevi yapmayarak hareketsiz kalmakla fiilini tamamlamış olmaktadır¹⁵⁷. Dolayısıyla yapmama hareketinden önceki durumları cezalandırmak kastın soyut olarak cezalandırılması olur ki bu kabul edilemez¹⁵⁸.

¹⁵³ Gökcan, s. 144.

¹⁵⁴ Soyaslan, s. 526; Erem, Devlet idaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 50; Erem, Hususi Hükümler, s. 377; Erem/Toroslu, s. 182,187; Kıyak/Çağlayan/Şenel, s. 88; Vidinli, s. 344; Malkoç, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, s. 9; Yıldız, Görevi İhmal Suçu, s. 259; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Baskı, s. 304.

¹⁵⁵ Gökcan, s. 122.

¹⁵⁶ Dönmezer/Erman, Genel Kısım I, s. 377; Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 274; Erem/Toroslu, s. 182; Soyaslan, s. 523,526; Yargıtay da önceki uygulamalarında ihmal suçunda teşebbüsü benimsememiştir. Malkoç, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1877; Önder, s. 201.

¹⁵⁷ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 275.

¹⁵⁸ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 274.

Diğer görüş ise ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre fail hareketsizliğe devam ettiği müddetçe ihmali suçlarda teşebbüs mümkündür.¹⁵⁹

İcrai suç olan TCK m. 257/1'de teşebbüs mümkündür. Fakat görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketle işlenmesinde teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, ortaya çıkan neticenin yani kişinin mağduriyeti, kamu zararı ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmasının, suçun unsuru ya da objektif cezalandırılabilme şartı olmasına göre farklı şekilde açıklanacaktır.

Kişinin mağduriyeti, kamu zararı ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmasını objektif cezalandırma şartı olarak değerlendiren görüşe¹⁶⁰ göre; görevi kötüye kullanma suçunda teşebbüsten bahsedilemez¹⁶¹. Çünkü objektif cezalandırabilme şartı ihtiva eden suçlarda teşebbüs mümkün değildir. Bu tarz suçlarda failin fiilinden dolayı cezalandırılabilmesi için suçun tanımında yazılı olan icra hareketlerini gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp ayrıca cezalandırabilme şartı olarak belirtilen hallerin gerçekleşmiş olması gerekir. Fail ancak cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi durumunda ve tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılabilir. Bu görüşe göre TCK m. 257'nin birinci ve ikinci fıkrasında objektif cezalandırabilme şartı mevcut olup bu durumda teşebbüsten bahsedilemez.

Kişinin mağduriyeti, kamu zararı kişilere haksız bir menfaat sağlanmasını suçun bir unsuru yani neticesi olarak gören görüşe¹⁶² göre ise bu suçta teşebbüs mümkündür. Netice meydana gelmemişse suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Görevi kötüye kullanma bir zarar suçu olup yukarıda bahsettiğimiz neticelerden herhangi birinin gerçekleşmesi ile tamamlanır. Fail hareketlere başlamışsa veya hareketleri yapmasına rağmen netice meydana gelmemişse suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁶³. Örneğin, bir asker kaçağının askere alınmasını önlemek için köyde bulunmadığına ilişkin gerçeğe aykırı bir ilmühaber düzenlemekte olan muhtarın henüz ilmühaberi tamamlamadan suçüstü yakalanması halinde, icra hareketleri bitmediği ve suç tamamlanmadığı için görevi kötüye kullanma suçunda teşebbüs söz konusu olur¹⁶⁴.

¹⁵⁹ ihmali suretiyle icra suçu denen maddi suç/netice suçu adı da verilen suçlara teşebbüs mümkündür. Örneğin, anne yeni doğan çocuğunu beslemeyerek ölümünü istemekte iken komşunun müdahalesi sonucu netice gerçekleşmemiştir. Gökcan, s. 123.

¹⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 767.

¹⁶¹ Dönmezer/Erman, Genel Kısım I, s. 456.

¹⁶² Tezcan/Erdem/Önok, s. 702,715; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 304; Malkoç, s. 1877.

¹⁶³ Erman, Mülga TCK döneminde görevi kötüye kullanma suçunun zarar suçu olarak benimsenmesi durumunda teşebbüse elverişli olacağını belirtmiştir., Erman/Özek, s. 213.

¹⁶⁴ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 275.

Görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu olduğu için ihmal suretiyle işlenmesinde dahi teşebbüs mümkündür¹⁶⁵. Dolayısıyla hem TCK m. 257/1 hem de TCK m. 257/2’de teşebbüs mümkündür¹⁶⁶. Örneğin bir kamu görevlisinin görevini yapmaması durumunda, kanunda belirtilen süre henüz bitmeden başka bir kamu görevlisinin gereken işlemi yapması ile ortaya çıkacak kanuni neticenin engellenmesi ile suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak uygulamada ihmali suçlarda teşebbüse rastlanmamaktadır. Çünkü failin kastını kanıtlamak ve ortaya koymak sorun olmaktadır¹⁶⁷.

2) İŞTİRAK

Görevi kötüye kullanma suçu özgü suçtur. Sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir¹⁶⁸. Yani asıl fail yalnızca kamu görevlisi olabilir. TCK m. 40’daki düzenlemeye 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”. Netice itibariyle kamu görevlisi hem fail hem de suça iştirak eden¹⁶⁹ kişi olarak bu suçtan sorumlu tutulabilirken, kamu görevlisi olmayan kişiler suçun faili olamazlar. Bu kişiler ancak iştirak hükümleri uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler¹⁷⁰.

Kamu görevlisi olmayan kişi hakkında iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için, bu kişinin kamu görevlisinin eylemini kolaylaştırmak veya eylemden yararlanmak maksadıyla eyleme katkıda bulunması gerekir¹⁷¹. Bununla beraber iştirak eden kişinin cezalandırılabilmesi için kamu görevlisinin bu sıfatını ve görevinin gereklerine aykırı davranarak kanundaki neticelere neden olacağını biliyor olması gerekir¹⁷². Ancak kamu görevlisi olmayan kişi kamu görevlisini yanıltarak görevi kötüye kullanma suçunu

¹⁶⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1781.

¹⁶⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 702,715; Gökcan, s. 122; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 304, 307.

¹⁶⁷ Gökcan, s. 123.

¹⁶⁸ Soyaslan, s. 521, 524.

¹⁶⁹ Bu suçu birden fazla kamu görevlisinin birlikte işlemesi halinde her biri müşterek fail olarak cezalandırılırlar. Bu durum TCK.m.37/1’de “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu tutulur” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 711,716; Gökcan 120; Soyaslan, s. 521; Parlar/Hatipoğlu, s. 1781.

¹⁷¹ Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 276; Gökcan, s. 121; Önder, s. 201.

¹⁷² Gökcan, s. 121; Önder, s. 217; Cihan, s. 186,189; Malkoç, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, s. 9; Yıldız, Görevi Kötüye Kullanma, s. 136; Mehmet Tan Yıldız, , “Görevi İhmal Suçu”, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara 2003, s. 254.

işlettirmişse, burada ki sorun, dolayısıyla faillik yoluyla çözülmelidir. Kamu görevlisini yanılta kişi kamu görevlisi gibi onun yerine geçerek cezalandırılmalıdır¹⁷³.

3) İÇTİMA

İçtima, “İşlenen suçta tek bir fiil ile birden çok hukuki yararın ya da bazı koşullarla farklı fiillerle aynı hukuki yararın ihlal edilmiş” olmasıdır¹⁷⁴. Görevi kötüye kullanma suçunda içtimayı işlerken bu suçun genel hüküm olması dolayısıyla, öncelikle genel hüküm özel hüküm ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu daha önce de ifade ettiğimiz gibi öğretide “torba hüküm” diye de ifade edilen genel ve tamamlayıcı bir düzenlemedir¹⁷⁵. Çünkü TCK 257. maddenin hem birinci hem de ikinci fıkrasında, “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ibaresi kullanılmıştır. Kamu görevlisi tarafından işlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan fiiller aynı zamanda ceza kanunda veya başka bir özel kanunda düzenlenmiş ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen özel nitelikli başka bir suça da giriyorsa, bu durumda genel ve tali nitelikli bir düzenleme olan TCK 257. madde uygulanmaz¹⁷⁶. Bu suça özel düzenleme uygulanır. Yani TCK’nın 257. maddesi, ancak işlenen fiiller başka herhangi bir suç tipine göre cezalandırılmıyorsa uygulanabilir. Bazı özel kanunlar da ceza kanunundaki görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçuna yollamalarda bulunmaktadır¹⁷⁷.

¹⁷³ Örneğin, bir vatandaşın tasdik edilmek üzere muhtara getirdiği gerçek dışı aile nüfus kağıdını, muhtarın başının kalabalık olması nedeniyle yanılarak tasdik ettirilmesinde, muhtar hataya düşürülmüştür. Burada muhtarın ihmali olmasına rağmen kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle cezalandırılmaz. Ancak, muhtarı yanılta kişi dolayısıyla faillik yoluyla muhtarmış gibi görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulmalı ve cezalandırılmalıdır. Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 276.

¹⁷⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 477; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 836; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 302; Meran, s. 98,99.

¹⁷⁵ Erem, Devlet idaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 49 ; Erem, Hususi Hükümler, s. 381; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1378; Soyaslan, s. 521,524; Parlar/Hatipoğlu, s. 1170; Erem/Toroslu, s. 180,186; Yıldız, Görevi İhmal Suçu, s. 240; Donay, s. 372.

¹⁷⁶ “...Asker firarisi olup, hakkında başka suçlardan yakalama ve giyabi tutuklama kararı çıkarılmış olduğunu bildikleri Kerem isimli kişiyi yakalamayıp, onu yakalamak için gelen polis memurlarına bir süre teslim etmemekten ibaret eylemlerinin TCY.nın 296. maddesinde açıklanan hükümetin araştırmalarına ve hükmün icrasına karşı “faili gizlemeye yardım etme” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, anılan yasanın 230/1. madde ve fıkrası uyarınca hükümlülüklerine karar verilmesi yasaya aykırı...”, Y4CD, 7.5.2002, E. 2002/4895, K. 2002/8052, YKD, Cilt: 29, Sayı:5, Mayıs-2003, s. 802; “Diş hekimi sanığın... hastasına gerekli dikkat ve itina göstermeyerek onun cismen eza görecektir veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması karşısında TCY. 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek... hüküm kurulması yerine görevi savsama suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”, Y4CD, 12.11.2003, E. 2002/28399, K. 2003/11352, YKD, Cilt: 30, Sayı: 4, Nisan-2004, s. 662.; Meran, 3. Yargı Paketi, s. 425.

¹⁷⁷ “Umumi Hifzissıha kanununun 220. maddesinin; ölüm vukuatını ihbar etmek hususunda yüklenildiği mecburiyeti haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmeyen muhtarlar sözü geçen yasanın 282. maddesi yoluyla Türk Ceza Kanununun 230. maddesinin uygulanması gerektiğine...”, YİBGK, 16.4.1947, E. 1946/21, K. 1947/12, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr> ; “Muhtar olan sanığın, seçmen bilgi kartlarının dağıtılması ile görevlendirilip, dağıtılmayan kartlar ile bu konudaki tutanakları 3.11.1982.günü saat

Burada özel nitelikli düzenlemenin cezasının daha az olmasının da uygulama açısından bir önemi yoktur¹⁷⁸. Örneğin, kamu görevlisinin göreviyle ilgili ve takip edilmesi gereken bir suçu öğrendiği halde ilgili mercilere bildirmede ihmal ve gecikme göstermesi durumunda görevi kötüye kullanma değil kamu görevlisinin öğrendiği suçu bildirmemesi (TCK m. 279) söz konusu olacaktır¹⁷⁹. Dolayısıyla işlenen fiilin hem özel düzenlemelerden birine hem de genel nitelikli düzenleme olan görevi kötüye kullanma suçuna girmesi durumunda suçların içtimaından bahsedilemez.

İki norm arasında genel – özel ilişkisinin var olması için koruduğu hukuki yarar aynı olmalıdır¹⁸⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararında bu ilişkiyi şu şekilde yorumlamıştır: “İki yasal hüküm arasında genellik-özellik ilişkisinin ve ilkesinin (il principio di spetialita) bulunması için aynı hukuksal varlık ya da yararı yahut da değeri korumaları bir başka deyişle hukuksal konularında özdeşlik ve birlik bulunması zorunludur. ...o yüzden TCY'nın 339 vd. maddeleriyle 240. maddesi arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu hükümler arasında ancak, temel hüküm-ikincil (yardımcı) hüküm ilişkisi (il principio di sussidiarietà) bulunabilir. ...sergilenen bu nedenlerle sanığın eylemi, (765 sayılı) TCY'nın 340. maddesi aracılığıyla 347. maddesine uygun bulunmaktadır”¹⁸¹.

Unutulmamalıdır ki kamu görevlisinin fiili ile özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunun unsurları oluşmamış ise faile doğal olarak TCK m. 257'ye istinaden ceza verilecektir¹⁸².

4) ZİNCİRLEME SUÇ

Kamu görevlisi tarafından görevi kötüye kullanma suçunu işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi veya aynı

18'e kadar ilçe seçim kuruluna teslim etmesi gerektiği tebliğ edildiği halde, anılan gün ve saatte getirmemek şeklinde gerçekleşen eylemi seçim görevini savsaklamak olup, 298 sayılı kanunun 138. maddesi aracılığıyla TCK. nun 230. maddesi kapsamına girdiği gözetilmeden...”Y8CD, 8.6.1984, E. 1984/3059, K. 1984/3241, (Demirbaş, Memuriyet Görevini İhmal, s. 259.)

¹⁷⁸ Erman/Özek, s. 209; Erem, Devlet idaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 49; Erem, Hususi Hükümler, s. 376; Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1378; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 768, ; Tezcan/Erdem/Önok, s. 716,717; Soyaslan, s. 524; Parlar/Hatipoğlu, s. 1771; Erem/Toroslu, s. 180,186; Önder, s. 217; Erem, Keyfi Muamele, s. 4; Cihan, s. 184; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2. Baskı, s. 302; Demirbaş, Ceza Genel, s. 442.

¹⁷⁹ Madde 279 : (1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁸⁰ Gökcan, s. 124.

¹⁸¹ YCGK. 14.2.1983, 6-471/46. (Gökcan, s. 127.)

¹⁸² “Sanık Bilal G.'ün nakliye tezkerelerinde sahtecilik yaptığı anlaşılmakta ise de yapılan değişikliğin bilirkişi R.T.'in mütalaasına nazaran aldatma kabiliyetinin bulunmadığı ve bu itibarla eyleminin TCK'nın 240. maddesini ihlal vasfında olduğu ...”, Y5CD, 1.12.2004, 7430/7527, (Gökcan, s. 126.)

suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda TCK m. 43'e¹⁸³ istinaden "aynı neviden fikri içtima" olarak da adlandırılan zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁸⁴. Özgenç'e göre, TCK'nın sistemine göre toplumdaki herkesin mağdur olduğu suçlarda belirli bir mağdur bulunmadığı için öncelikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁸⁵. Çünkü TCK m. 43/1'in son cümlesinde "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Yargıtay bir kararında görevi kötüye kullanma suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğine şu şekilde vurgu yapmıştır: "İzmir Büyükşehir Belediyesi E...Hastanesi'nde göz doktoru olarak çalışan sanığın, Emekli Sandığı'na tabi hastalara, sağlık karnelerini alarak hastanedeki resmi işlemlerini onlara gerek olmadan yaptırmak suretiyle kolaylık sağladığı intibahını yaratıp, bu şekilde gelen birçok hastayı, özel muayenehanesinde muayene ettikten sonra anılan hastanede gerekli kayıt işlemlerini yaptırap ancak hastaları muayene etmeden, daha önce yaptığı özel muayene sonuçlarına göre reçetelerini düzenleyerek resmi işlemlerini onlar olmadan yaptırmaktan ibaret eylemlerinin, zincirleme görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, yasaya aykırı,... görülmüş olduğundan...hükmün bu sebepten bozulmasına oybirliğiyle karar verildi"¹⁸⁶.

Zincirleme suç, aynı suç işleme kararıyla kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlalidir¹⁸⁷. Bu nedenle örneğin; failin birden çok görevi savsama ve görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma eylemlerine, zaman aralıkları da gözetilerek " aynı kararlar işleyip işlemediği" araştırılmadan ceza verilmemelidir.

5) BİLEŞİK SUÇ

¹⁸³ YTC m.43'de, "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 veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır " şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 717; Gökcan, s. 131; Parlar/Hatipoğlu, s. 1782.

¹⁸⁵ Gökcan, s. 131; Parlar/Hatipoğlu, s. 1782.; Meran, 3. Yargı Paketi, s. 426

¹⁸⁶ Y11CD, 4.7.2007, E. 2005/8032, K. 2007/4647, <http://www.adalet.org/ckarar20.php> ; YKD. 2008/1.

¹⁸⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 486; "Devlet hastanesinde doktor olan sanığın, Mart 2003 de ölen Safiye S. 'ın bacağındaki cilt kanseri rahatsızlığı sebebiyle 2001-2002 yıllarında özel muayenehanesinde yaptığı muayeneleri için, hastanın eşi ve kardeşi olan müştekilerden aldığı ücretler dışında, hastanede yaptığı ameliyatlar sonrasında icbar ve ikna boyutunda söz ve hareketlerde bulunmadan, müştekilerin hastalarıyla ilgilenmesi nedeniyle minnet altında ödedikleri anlaşılan bir kısım paraları almak suretiyle haksız çıkar sağlanmasından ibaret eyleminin zincirleme görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması kanuna aykırıdır.", Y5CD, 13.11.2006, 315/8838, (Gökcan, s. 118.)

Görevi kötüye kullanma suçunun varlığı için bu suçun bir başka suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmemiş olması gerekir¹⁸⁸. Eğer başka suçun unsuru olarak düzenlenmişse, o fiilleri ayrıca cezalandıran özel hükümler uygulanacaktır¹⁸⁹. Örneğin, memurun görevini kötüye kullanarak haksız arama yapması suçunda (TCK m. 120), görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için rüşvet alma suçunda (TCK m. 252), kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda (TCK m. 83) ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunda (TCK m. 88), suçun unsuru; özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçların (TCK m. 132-136, 137) ise ağırlatıcı nedenidir.

Kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı davranması neticesinde bir kişinin ölmesi veya yaralanması durumunda da TCK m. 42 deki bileşik suç hükümleri uygulanmalıdır¹⁹⁰. Kanun koyucu TCK'nın 83. ve 88. maddelerinde düzenlenen kasten öldürme ve yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesi suçunda kamu görevlisinin görevi gereği yükümlü olduğu icrai yada ihmali davranışı yerine getirmemesini unsur olarak düzenlemiştir. Bu durumda unsur niteliğinde olan görevi kötüye kullanma suçu uygulanmaz. Diğer unsurlarının da oluşması durumunda faile kasten öldürme veya yaralama suçundan ceza verilecektir¹⁹¹. Örneğin, doktorun ameliyat etmesi gereken hastayı ameliyat etmeyerek ölümüne neden olması.

Soyaslan'a göre ise kamu görevlisi görevin gereklerine aykırı davranarak veya görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ölmesine veya yaralanmasına neden olduğunda faile fikri içtima kuralları uyarınca tek bir suçtan ceza verilmelidir. Örneğin, bir şahsın başka bir şahsı bıçakladığını gören polis bu durumu önlemek için hiçbir şey yapmamış ve adamın ölmesine neden olmuştur. Bu durumda hem görevi ihmal hem de ihmal suretiyle adam öldürme suçları oluşacaktır. Ancak faile, fikri içtima kuralları uyarınca ağır suçtan ceza verilecektir¹⁹².

IX. YAPTIRIM

Görevi kötüye kullanma suçunun yaptırımını her iki fıkra bakımından farklılık göstermektedir. TCK m. 257/1 de düzenlenen görevinin gereklerine aykırı hareket etmek fiili için altı aydan iki yıla kadar hapis cezası, TCK m. 257/2 de düzenlenen görevinin gereklerini

¹⁸⁸ Soyaslan, s. 521,524; Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 118.

¹⁸⁹ Erem, Keyfi Muamele, s. 4.

¹⁹⁰ Gökcan, s. 133 vd.; Parlar/Hatipoğlu, s. 1782.

¹⁹¹ Gökcan, s. 135; Özgenç/Şahin, s. 233 vd.; Meran, s. 100.

¹⁹² Soyaslan, s. 526.

yapmakta ihmal veya gecikme göstermek fiili için üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

TCK'nın ilk halinde TCK m. 257/1 için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası, TCK m. 257/2 için altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmekteydi. Ancak 8/12/2010 tarihli ve 6086 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle her iki fıkroda belirtilen cezaların azaltılması yoluna gidilmiştir. Suçun cezasının azaltılmasının sebebi kanunun gerekçesinde,

“Pek çok ülke ceza kanunlarında genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemiştir. Yeni Türk Ceza Kanununda ise, izlenen suç siyaseti gereğince, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir. Ancak, bu suç için öngörülen ceza miktarları yüksek olmuştur. Aynı bölümde yer alan suçlar arasındaki dengeyi sağlamak için, bu suça ilişkin ceza miktarlarında indirim yapılması gereği ortaya çıkmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.

6086 sayılı kanunla cezada indirim yapılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü suçun cezası bu haliyle caydırıcı olmaktan çıkmıştır.

SONUÇ

Görevi kötüye kullanma suçu, hukuki nitelik bakımından “genel ve tamamlayıcı suç” olarak kabul edilmiştir. TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen yaptırım, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında uygulanacaktır. Kanunda suçun ismi görevi kötüye kullanma olarak adlandırılmakla birlikte madde içerisinde iki farklı suç vardır. Bunlardan ilki icrai hareketle; ikincisi ise “ihmalî” hareketle işlenen görevi kullanma suçudur.

Suç ile korunan hukuki değer kamu idaresinin işleyişi ve dolayısıyla devletin güvenilirliğidir. Bu bağlamda korunan hukuki değer, toplumda devlete karşı var olan güven ve inancın sarsılmasını önlemektir diyebiliriz. Nitekim kamu görevlisi görevini icra ederken hukuka aykırı işlem yaparak, kanunlara aykırı menfaat temin etmekte ve böylece kamu idaresinin; itibarına, güvenilirliğine, hukuka bağlılığına, işleyişine zarar vermektedir. Çünkü kamu görevlisi yaptığı işi kamu idaresi adına ve devleti temsilen yapmaktadır. Yani devlet adına görev yapılmaktadır. Bu nedenle korunan hukuki yarar, kamu idaresinin itibarı, güvenilirliği, hukuka bağlılığı ve işleyişinin dürüstlük içinde sürdürülmesidir. Bununla birlikte korunan hukuki yarar aynı zamanda devletin ve kişilerin zarara uğramaması sağlamak ve haksız menfaat teminini önlemektir.

Suçun oluşumu için aranan fiil “görevin gereklerine aykırı hareket etmek ya da görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek” şeklindedir. Kanunda veya gerekçesinde görevin gereklerine aykırı hareketin nasıl olacağı konusunda ayrıntı olmadığı gibi hangi hareketlerle veya vasıtalarla yapılacağı konusunda bir sınırlama da yoktur. Bu nedenle görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketli bir suçtur. Görevi kötüye kullanma suçu, neticesi hareketten ayrılan seçimlik neticeli bir suçtur. Failin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması şeklinde birden fazla netice vardır. Bu neticelerden birinin meydana gelmesi ile suç gerçekleşmiş sayılır.

Görevi kötüye kullanma suçu, neticesi ortaya çıkan mağduriyet maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Kişiler gelecekte temin edecekleri manevi tatmin sağlayacak imkânlarını kaybetmiş olabilirler ya da eğitiminin engellenmesiyle hem maddi kayba uğrayabilirler hem de kazanacağı sıfat ve edineceği bilgi/becerilerle manevi tatmin sağlayabilecek iken bu imkânlardan yoksun bırakılarak mağduriyete uğrayabilirler. Bununla birlikte eylem gerçekleştikten sonra zararın giderilmiş olması suçun oluşumunu engellemez. Çünkü suç zararın meydana geldiği anda tamamlanmıştır. Aynı şekilde görevini kötüye kullanarak kamu

zararına neden olan kamu görevlisinin sonradan bu zararı gidermiş olması, daha önce de belirttiğimiz gibi cezalandırılmasına engel değildir.

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur taksirle işlenmesi hiçbir şekilde söz konusu olamaz. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle görevin gereklerine aykırı bir davranış söz konusu olduysa bu suçun oluştuğundan bahsedilemez.

Mağdurun rızası Mülga TCK döneminde, görevi kötüye kullanma, görevi ihmal ve keyfi muamele suçları bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak görülmemekteydi. TCK'da ise ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak kabul edilmesi için suçla korunan hak ve yararın ve konusunun kişiye ait olmasının gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle devlete ait bir menfaatin, diğer bir ifadeyle “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine ilişkin kamu yararının” ihlal edildiği görevi kötüye kullanma suçunda ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olamayacağı belirtilmektedir.

KAYNAKÇA

- AVCI, Mustafa**, “Türk Hukukunda Hakimin Görevi Kullanma Suçu”, Hukuk Dünyası Dergisi, 2004, s.71-114.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA A.Caner**, 5237 Sayılı TCK’ ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2.Bs., Ankara 2006.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler , Yeniden Gözden Geçirilmiş 7.Bs, Ankara 2006.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4.Bs, İstanbul 2006.
- CİHAN, Erol**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK 240)”, Hıfzı Timur Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, s.181-193.
- ÇINAR, Ali Rıza**, Ceza Genel Kurulunun 2003 Yılında Verdiği Önemli Kararlar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- DEMİRBAŞ, Timur**, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, Prof. Dr. Kudret Ayıter’e Armağan (Kudret Ayıter Armağanı) Cilt-III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1988, s.249-278.
- DONAY, Süheyl**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1.Bası, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi**, “İki yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıstas”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XI, İstanbul 1945, s.225-237.
- DÖNMEZER, Sulhi**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 1, 13. Bs., İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 2, 7. Bs., İstanbul 1981.
- EMİRAĞ, Fahrettin**, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yürürlük Kanunu, Türkiye Barolar Birliği, 2.Bası Ankara 2007.

- EREM, Faruk**, Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, Ankara 1959.
- EREM, Faruk**, “Keyfi Muamele”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1959, s.3-7.
- EREM, Faruk**, Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler, II. Cilt, Ankara 1965.
- EREM, Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt : II, Ankara 1993.
- EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2000.
- ERCAN, İsmail**, Yeni Türk Ceza Yasasına Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku, Ankara 2005.
- ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul 1992.
- EROL, Haydar**, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin**, “ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Yargıtay Dergisi, C.31, S.4, Ekim 2005, s.502.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin**, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008.
- GÜNEY, Niyazi/ÖZDEMİR, Kenan/SOLMAZ, Yusuf**, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu.
- HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2007.
- KIYAK, Fahrettin/ÇAĞLAYAN, Muhtar/ŞENEL, Cebbar**, Nazari Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler ve Memurini Muhakemat Kanunu, 1960.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2013.
- KUNTER, Nurullah**, “Vazifeyi ihmal ve Suiistimal, Rüşvet, Memurlara İntisap İddiası İle Menfaat Temini ve Münakaşaya Fesat Karıştırma Suçlarına Müteallik Bazı Meseleler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 1, İstanbul 1949, s.377-405.
- MALKOÇ, İsmail**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 58, Ankara 1988, s.9-14.
- MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı – İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345) 2. Cilt, Ankara 2007.
- MERAN, Necati**, “Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs 2007, s.97-105.

- MERAN, Necati**, Zimmet, 3. Yargı Paketindeki En Son Değişiklikleriyle Rüşvet-İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2012.
- ÖNDER, Ayhan**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bs., Ankara 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur**, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2003, s.-189-238.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara 2007.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık**, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Ankara 1999.
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2005.
- ŞIK, Hüseyin**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Ankara 2008.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bs, Ankara 2007.
- TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku, Ankara 1998.
- TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005.
- TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Baskı, Ankara 2007.
- VİDİNLİ, İbrahim**, “Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Sayı:4 Ankara 1946, s.336-349.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, 2.Bs., Ankara 2014.**
- YILDIZ, Mehmet Tan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara 2002, s.117-150.
- YILDIZ, Mehmet Tan**, “Görevi İhmal Suçu”, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara 2003, s.239-278.