

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK M. 257)

İlhan ÜZÜLMEZ*

Özet

Toplum adına yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinden bazıları Devlet tarafından üstlenilmiştir. Devlet, değişik nedenlerle bizzat üstlendiği bu kamu hizmetlerini, kamu görevlileri eliyle yerine getirmektedir. Toplum, kamu görevlilerinin, üstlendikleri görevleri tarafsız ve gereği gibi yerine getirecekleri hususunda bir inanç taşımaktadır. Bir hukuk toplumunda, bu inancın zedelenmemesi Devletin varlığını devam ettirebilmesinin temel şartlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle, hemen bütün çağdaş devletlerin ceza kanunlarında, adeta Devlet cihazının eli ayağı olarak nitelendirilebilecek kamu görevlilerine karşı işlenen kimi fiiller ile bizzat kamu görevlilerinin işledikleri ve kendilerine duyulan güveni ihlal eden bazı fiiller suç teşkil eden haksızlıklar olarak cezalandırılmaktadırlar. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da çağdaş tüm modern ceza kanunları gibi kamu görevlilerine karşı veya kamu görevlileri tarafından işlenen suçları, yaptırım altına almıştır. Bunlardan birisi de TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçudur.

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

OFFICIAL MISCONDUCT (TCC. S.257)

Abstract

Some of the public services performed for the society are undertaken by the State. Having undertaken these public services due to different reasons, the State performs such duties through public officials. The society is firmly convinced that the public officials will perform their duties duly and impartially. In a society governed by the rule of law, it is of utmost importance for the survival of the State that such belief is not shaken. For this reason, in almost all modern states' criminal codes, crimes committed against public officials, who can be regarded as the real organs of the State, alongside such crimes violating the public trust and committed by the public officials are punished accordingly. Just like in all other modern criminal systems, Turkish Criminal Code No. 5237 provides sanctions for crimes committed against the public officials, as well as those crimes committed by them. An example of such category is the "misconduct" set forth in the Article 257 of the Turkish Criminal Code.

Key Words: misconduct, public official, requirements of office,

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

TCK'nın görevi kötüye kullanma başlığını taşıyan ve üç fıkradan oluşan 257. Maddesi şöyledir “(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 yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Maddenin ilk fıkrasında, icrai bir hareketle görevin gereklerine aykırı davranılması; ikinci fıkrasında ihmali bir hareketle görevin gereklerine aykırı davranılması yaptırım altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, görevi kötüye kullanmanın, görevin gereklerine uygun davranmak için veya davranması sebebiyle menfaat temin etme şeklinde tezahür eden biçimi cezalandırılmıştır.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK'nın 257. maddesi 5237 sayılı TCK'nın kabul edildiği 26.09.2004 tarihinden bu yana bir kez değişikliğe uğramıştır. 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle yapılan bu değişiklikle, maddenin birinci ve ikinci fıkrasındaki seçimlik objektif cezalandırılabilme şartlarından birini oluşturan “*kişilere haksız kazanç sağlayan*” ifadesindeki “*kazanç*” ibaresi “*menfaat*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesini maddenin önceki halinde geçen “*kazanç*” ibaresinin sadece ekonomik kazanç olarak algılanması oluşturmaktadır. Oysa görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaat da sağlanabilir. Böylelikle görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere herhangi bir menfaat sağlayan kamu görevlisi madde kapsamında cezalandırılabilir¹.

Bunun dışında, yine 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 257. maddede düzenlenen suçların cezalarında da değişiklik yapılmıştır. Birinci fıkrada düzenlenmiş olan icrai hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçunun cezası

¹ Bkz. 6086 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss565.pdf>).

bir yıldan üç yıla kadar hapis iken, altı aydan iki yıla kadar hapis olarak; ikinci fıkradaki ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanmanın cezası altı aydan iki yıla kadar hapis iken, üç aydan bir yıla kadar hapis olarak değiştirilmiş; üçüncü fıkradaki görevlerinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle menfaat temin etme için ceza yönünden birinci fıkraya yapılan atıf değiştirilmiş, bu suç için bağımsız olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. 6086 sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu değişikliğin aynı bölümde yer alan suçlar arasında cezalar yönünden dengenin sağlanması amacıyla gerçekleştirildiği belirtilmiştir².

TCK'nın 257. maddesiyle, 765 sayılı eski TCK'nın 228, 230 ve 240. maddelerinde düzenlenmiş olan suçlar bir arada toplanmıştır. Bu tercihte, eski Kanun döneminde, bu suçların ayrımında ortaya çıkan belirsizlikleri giderme düşüncesi etkili olmuştur. Ayrıca, eski kanunda basit rüşvet olarak 212/1. maddede cezalandırılan fiiller de, görevi kötüye kullanma kapsamında, sadece kamu görevlilerinin faili olabildiği bir suç tipi olarak 257/3. maddede düzenlenmiştir³.

Görevi kötüye kullanma; genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak kanunda yer almaktadır⁴. Suç tipinin bu özelliğine maddede “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibareleriyle işaret edilmiştir. Buna göre, TCK'nın 257. maddesi, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle bağdaşmayan fiili başkaca suçları oluşturmadığı hallerde uygulanabilecektir. Bu nedenle, kanunun görevi kötüye kullanmaya ilişkin 257. maddesi “ikame hüküm” niteliğindedir⁵.

II- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı bakımından önemli olan ve kamu hizmeti olarak isimlendirilen bir takım faaliyetler, devlet tarafından üstlenilmekte ve bizzat Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri marifetiyle yerine getirilmektedir⁶. Toplumdaki bütün fertler adına yürütülen bu faaliyetlere kamu görevi, bu görevi yerine getiren kişilere ise kamu görevlisi denilmek-

² Bkz. 6086 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss565.pdf>).

³ Bu hususta bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 929; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 809.

⁴ GÖKCEN, s. 55.

⁵ Bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 193.

⁶ ÜZÜLMEZ, s. 275.

tedir⁷. Bir kamu görevini yerine getirmekle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlisi, üstlenmiş olduğu görevi sadakatle yerine getirmek, bireylerin kamu idaresine karşı duymaları gereken güveni sarsmamak zorundadır⁸. Bu çerçevede, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmasının cezalandırılmasıyla korumaya alınan hukuki değer, “kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hâkim olan güven”dir⁹.

TCK'nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanmanın üç değişik şekli üç ayrı suç tipi olarak yaptırım altına alınmış ise de, bu suçlarla korunan hukuki değer aynıdır. Dolayısıyla bu suç ile korumaya alınan hukuki değerle ilgili yukarıda yapılan açıklamalar, görevi kötüye kullanmanın her bir şekli bakımından geçerlidir.

III- İCRAİ HAREKETLE İŞLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (m. 257/1)

A- TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail

Görevi kötüye kullanma, kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, öncelikle kimlerin kamu görevlisi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. TCK'nın 6/1-c maddesine göre kamu görevlisi deyiminden “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. “Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olmasıdır”¹⁰. Mevzuatla belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyeti belirtir. Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının icrası kapsamında yürütüldüğü faaliyete, bu fonksiyonları yerine getiren organlara, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılıp çalışan kişiye kamu görevlisi denir¹¹. Şu halde, toplumdaki bütün fertler adına

⁷ ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 134.

⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 810.

⁹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 195.

¹⁰ Bkz: Madde gerekçesi.

¹¹ SOYASLAN, s. 647-648.

yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre, anayasal ifadeyle “genel idare esaslarına göre” (AY m. 128) katılan herkes kamu görevlisidir¹².

Görevi kötüye kullanma sadece kamu görevlilerinin fail olabileceği özgü bir suçtur. Ancak, 257. maddenin öngördüğü formülasyondan, sırf kamu görevlisi sıfatını taşımanın da suçun faili olabilmek için yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, görevi kötüye kullanma, bütün görünüm biçimleri itibarıyla kamu görevlisi sıfatının fail olabilmek için yeterli olduğu “sırf yükümlülük suçları”ndan¹³ değildir. Zira kanunda, bu yükümlülüğü ihlal eden fiil ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre, kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırı davranmış” olması gerekmektedir. Bu şekilde, failin başka hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olmasının, yani özel faillik niteliğini taşımasının yeterli olmadığı, ayrıca bu kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurmasının gerekli olduğu suçlara “hâkimiyet ve yükümlülük suçları”¹⁴ denilmektedir. Bu nedenle, somut olayda, bir kamu görevlisinin görevinin gereklerinin ne olduğunun tespit edilmesi, bu suçun oluşumu ve dolayısıyla failinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Tabii oldukları hukuki rejim gereği bazı kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının öngördüğü hallerde, bu kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı davranışları halinde fiilleri kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan hangisine uymakta ise, ona göre cezalandırılacaklardır. Örneğin Kooperatifler Kanununun 62. maddesinin son fıkrasında bu yönde bir hüküm bulunmaktadır¹⁵.

2- Konusu ve Mağduru

Suçun konusu, kamu hukuku usulüne göre kamu görevlileri tarafından üstlenilen ve toplumdaki bütün fertler adına icra edilen kamu görevidir. Bu nedenle, görevi kötüye kullanma suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkestir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması nedeniyle, özellikle belli bir kişinin veya belli kişilerin zarara uğraması veya mağduriyeti söz konusu olmuşsa, bunlar da özel olarak suçun mağdurdurlar¹⁶. Görevin gereklerine aykırı fiil, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına

¹² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 541.

¹³ Kavram için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 169.

¹⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 168.

¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 810.

¹⁶ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 199; GÖKCAN, s. 61; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/

neden olabilir. Bu gibi hallerde, toplumu oluşturan herkes suçun mağduru, zarara uğratılan kamu kurum ve kuruluşları da suçtan zarar görendir. Hemen belirtelim ki, bu ayırım, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

3- Fiil

Görevi kötüye kullanma suçunun 257/1. maddede düzenlenen şekli ancak icrai bir hareketle işlenebilir. İcrai hareket, vücuttan yapma şeklinde sadır olan ve davranış normlarının öngördüğü yasağı ihlal eden insan davranışını ifade etmektedir¹⁷. Buna göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine icrai bir hareketle aykırı davranması halinde 257/1. maddeye uygun suç oluşacaktır¹⁸.

Maddede “görevinin gereklerine aykırı davranmakla” bu suçun işleneceğinden bahsedilmektedir. Buna göre, suçun oluşumu için, öncelikle fiilin kamu görevlisinin görev alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir¹⁹. Eğer

TEPE, s. 1027.

¹⁷ Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 347–348; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 214 vd.

¹⁸ “Konya İli Ereğli İlçesi Milli Eğitim Müdürü iken Karaman İli Sarıveliler İlçesi’ne Milli Eğitim Müdürü olarak atanan katılanın, İdare Mahkemesi’nin yürütmeyi durdurma kararıyla 15.01.2004 tarihinde eski görevine geri döndürüldüğü, hemen sonra Ereğli Kaymakamlığı’nın Konya Valiliği’ne yazdığı 15.01.2004 tarihli yazı üzerine Konya İl Milli Eğitim Müdürü sanık Mehmet Özer’in teklifi ve Vali Yardımcısı sanık İsmail Akman’ın uygun görüşü ile Konya Valisi’nin olur vermesiyle 19.01.2004 tarihinde Derebucak İlçesi’ne geçici olarak görevlendirildiği anlaşıldığından, Vali’nin onayı ile hukuken geçerli ve uygulanabilir bir idari işlem haline gelen geçici görevlendirme işleminin, İl Milli Eğitim Müdürü sanık Mehmet Özer tarafından teklifin hazırlanması ve Vali Yardımcısı sanık İsmail Akman’ın teklif hakkında olumlu görüş bildirilmesinin idari işlemin yasal olarak zorunlu ve asli unsurları olması nedeniyle, yargı kararını şeklen uygular görünüp kararın hukuki sonuçlarını etkisiz kılmak amacıyla yapılan geçici görevlendirmenin katılanı zarara uğrattığından 765 sayılı TCY’nın 228.maddesindeki sanıklara yüklenen suçun sabit olmasına karşın mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile beraat hükmü kurulması,” Yarg. 4. CD 08.02.2010, 2008-7876/2010-1601.

¹⁹ “442 sayılı Köy Kanunu’nun 36.maddesi hükümleri uyarınca, köy muhtarlarının mahkemelerden gönderilen ihzar müzekkerelerinin yerine getirilmesi konusunda doğrudan bir görevi bulunmayıp, yükümlülükleri, bu hususta jandarmaya yardımcı olmaktan ibaret olup; jandarma görevlilerinin Hamdiye ve Hacer Yağan isimli şahısların tanık olarak dinlenmek üzere mahkemede hazır bulundurulmalarına ilişkin ihzar müzekkeresinin gereğini yöntemince uygulamak yerine telefonla tanıkların muhtar tarafından hazır edilmesini istediklerinin ve sanık köy muhtarının da adı geçenlere karakola gitmeleri gerektiğini haber verdiğinin anlaşılması karşısında, sanık bakımından görevi kötüye kullanma suçunun yasal öğelerinin oluşmadığı gözetilerek beraate hükmolunması gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD. 25.01.2010, 2009-16038/2010/546.

“Ancak; posta tebligat görevlisi olan sanığın, mahkemelere yakınan M. adına çıkarılan

fiil, kamu görevlisinin görev alanıyla ilgili değil ise, yani ifa edilen iş kamu görevlisinin görevinin (gerekleri) kapsamına girmiyorsa, görevi kötüye kullanma değil, başkaca suçlar (örn. m. 262)²⁰ veya kabahat neviden haksızlıklar oluşur²¹. Aynı şekilde kamu görevlisi sıfatının kötüye kullanıldığı hallerde de görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır²².

Üstlenilen görevin kapsamının ve dolayısıyla gereklerinin belirlenmesinde, her somut olayda ilgili kamu görevlisinin statüsünü düzenleyen mevzuat esas alınır. Başka bir anlatımla, bir davranışın görevin gereklerine uygunluğu ya da aykırılığı, idare hukuku kurallarına göre belirlenir²³. Buna göre, görevin mutlaka bir kanunla veya yazılı hukuk kuralıyla kamu görevlisine tevdi edilmiş olması şart değildir. Üstlenilen görevle ilgili olmak kaydıyla amirin emrine aykırı davranılması halinde, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla görevi kötüye kullanma suçu oluşur.

Görevi kötüye kullanma, kanuni tanımda görevin gereklerinin ne şekilde kötüye kullanılarak işleneceği bizzat belirtilmediğinden, serbest hareketli bir suçtur²⁴. Buna göre görevin gereklerine aykırılık oluşturan her türlü davranışla suçun işlenebilmesi mümkündür.

Görevin gereklerine aykırı davranış, kamu görevlilerinin görevlerinin ifası için tesis ettikleri işlemler çerçevesinde tezahür eder. Zira kamu görevlileri üstlenmiş oldukları kamu görevini idari işlemler tesis etmek suretiyle yerine getirmektedirler. Bu kapsamda, bir idari işlemin geçerliliği bakımından

tebligatları yasada belirtilen yönetime uymadan kardeşi ve muhtar vekiline vererek görevinin gereklerine aykırı davranma biçimindeki *icrai nitelikli eyleminin*, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 257/1. maddesinde öngörülen kamunun ekonomik zararına, bireylerin mağduriyetine veya kişilerin haksız kazanç sağlamasına yol açıp açmadığının araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun ve lehe yasanın saptanması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması," Yarg. 4. CD 12.03.2008, 2006-8819/2008-3265.

²⁰ "Kaymakamlık yazı işleri müdürü olan sanığın ve geçici köy korucu maaşlarının fazla verilen miktarların geri alınmasında görevli olmaması nedeniyle, oğlu askerdayken onun adına yanlışlıkla yatırılan maaşları alan yakının bu parayı sanığa maliyeye yatırması için geri vermesine karşın, sanığın gereğini yapmaktan ibaret eyleminin zarar görenin yakınına bağlı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır." Yarg. 4. CD. 04.07.2007, 2431/6402 (Yaşar/Gökcan/Artuç, C.: VI, s. 7241).

²¹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 196; GÖKCAN, s. 63; ŞİK, s. 62.

²² ŞİK, s. 60.

²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 812.

²⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 1028.

gerekli olan unsurlardan biri yönünden hukuka aykırı davranıldığı hallerde görevin gereklerine aykırı bir davranışın varlığından bahsetmek gerekmektedir. Buna göre, görevin gereklerine aykırı davranış, kamu görevlisinin görevinin ifası bağlamında tesis etmiş olduğu işlem ve eylemlerde, yetki (görev) alanının dışına çıkmasını, söz konusu işlem ve eylemin tesisi açısından kanunda öngörülen usule aykırı davranmasını, idari işlemde maksat unsuru yönünden hukuka aykırı davranmasını ifade etmektedir²⁵.

İdareye tanınan takdir hakkının, bir kamu görevlisi tarafından usulüne uygun bir şekilde kullanılması görevin gereklerine aykırı bir davranışı oluşturmayacaktır. Zira takdir hakkının söz konusu olduğu hallerde idareye belli bir durumda iki seçenekten birini tercih etme noktasında yetki verilmektedir. İdare kendine tanınan bu yetki çerçevesinde tercihte bulunarak görevini yerine getirmiş olmaktadır. Dolayısıyla idareye takdir hakkının tanındığı hallerde, tercih yetkisinin dışına çıkılması halinde ancak görevi kötüye kullanmadan bahsedilebilecektir.

4- Kamunun Zararına, Kişilerin Mağduriyetine ve Kişilerin Haksız Çıkar Sağlamasına Neden Olma

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı her davranışı bir haksızlık teşkil etmektedir. Ancak, kamu görevlisinin sırf böyle bir haksızlığı gerçekleştirilmesi cezalandırılabilirliği bakımından yeterli değildir. Ayrıca görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine ya da kişilerin haksız bir kazanç (menfaat) sağlamasına neden olması da gerekir. Bu nedenle, her somut olayda görevin gereklerine aykırı davranış sebebiyle kamunun zararına mı, kişilerin mağduriyetine mi, yoksa üçüncü kişilere haksız menfaat sağlanmasına mı neden olduğunun gösterilmesi gerekir. Bunun tespiti cezalandırılabilirliğin şartlarının oluşup oluşmadığının denetlenmesi ve aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi açısından önemlidir²⁶. Buna göre, görevi kötüye kullanma yeni TCK'da, 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak, zarar suçu olarak düzenlenmiştir²⁷. Yeni kanundaki ha-

²⁵ Bu hususta bkz. GÖKCAN, s. 67 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 934 vd.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 812-813; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1028 vd.

²⁶ “Sanık tarafından “adres yetersiz alıcı tanınmıyor” açıklamasıyla iade edilen tebligatta, cadde ve işhanı isminin bulunması ve aynı adrese daha önce de tebligatların yapılmış olması karşısında; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluştuğu gözetilmeden yerinde görülme-yen gerekçe ile beraat kararı verilmesi, Yarg. 4. CD, 31.03.2010, 2008-9137/2010-5865.

²⁷ ŞİK, s. 61.

liyle görevi kötüye kullanmanın bir zarar suçu olduğu hususunda doktrinde görüş birliği olmakla birlikte²⁸, suça bu özelliği kazandıran kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olma koşullarının teorik mahiyetinin tartışmalı olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Bir görüşe göre²⁹, kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olmak görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurlarından neticeyi oluşturmaktadır. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanabilmesi için maddede öngörülen seçimlik neticelerden en azından birinin somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir.

Diğer görüşe göre³⁰, bu unsurlar suçun maddi unsurlarından neticeyi değil, failin cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesi zaruri olan objektif cezalandırma şartını oluşturmaktadır. Kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olunması kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı fiilinin suç teşkil edebilmesi için değil, görevinin gereklerine aykırı davranışından dolayı cezalandırılabilmesi için ceza siyaseti gerekçeleriyle kabul edilmiş olan objektif nitelikli şartları oluşturmaktadır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı kasti her davranışı bir haksızlık ve dolayısıyla suçtur. Ancak bu fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartını oluşturan kamunun zararına neden olmak, kişilerin mağduriyetine yol açmak ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına sebebiyet vermek hususlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce de, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu; kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olmaya bağlı değildir. Kamu görevlisinin kasten görevinin gereklerine aykırı davranması suçun oluşumu için yeterlidir. Ancak, kanun koyucu, cezalandırılabilirliğin alanını daraltmak bakımından bu unsurları objektif cezalandırılabilme şartı haline getirmiş ve kamu görevlisinin belli nitelik arz eden görevi kötüye kullanmalardan dolayı cezalandırılabilmesini sağlamıştır.

²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 814; SOYASLAN, s. 676-677; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 937; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 1030.

²⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 814; SOYASLAN, s. 677; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 1030; GÖKCEN, s. 81 vd.

³⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 937; ŞİK, s. 138; ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, s. 77; MERRAN, s. ????

Yargıtay kararlarında kamunun zararı, kişilerin mağduriyeti ve üçüncü şahıslara haksız menfaat sağlanması bazen maddi unsurlardan netice olarak³¹ bazen de objektif cezalandırılma şartı olarak değerlendirilmektedir³².

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir husus da, objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilen kamunun zararından, kişilerin mağduriyetinden ve üçüncü şahıslara haksız bir menfaat sağlamadan ne anlaşılması gerektiğidir.

Kamunun zararına neden olmak madde gerekçesinde ekonomik bakımdan kamunun zararına sebebiyet vermek şeklinde açıklanmıştır. Kamu zararı, kamu kaynağında artışa engel olunmasını veya eksilmeye neden olunmasını ifade etmektedir (bkz. 5018 sayılı Kamu Maliyesi Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 71). Dolayısıyla kamunun zararına neden olmak, geniş anlamda kamu görevinin, görevin gereklerine uygun şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu menfaatinin haleldar olması, kamu düzenini bozulmuş olması şeklinde

³¹ “Noter olan sanığın katılan Tahsin Tarık Üregül’ün kardeşi Turgut Üregil’e verdiği vekâletnamede gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yetkisi bulunmadığı halde, bu ilk vekâletnamede bulunan her türlü sözleşme yapma yetkisine dayanarak avukat Engin Ömer Oğuz’a Borçlar Kanunu 388/3. maddesine aykırı olarak; ön satım sözleşmesi yapma yetkisi vererek, sözkonusu taşınmazın, satış vaadi sözleşmesiyle satılmasına yol açılması eyleminin kamu zararı, haksız çıkar sağlama üç mağduriyet öğelerinin oluşması koşuluyla görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 07.04.2010, 2008-10504/2010-6305.

³² “Ancak; hekimlerin hastalarıyla olan ilişkilerini düzenleyen 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 16. Maddesinin “hekim, bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmî metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fennî kanaate ve şahsî müşahedesine göre rapor verir. Hususi bir maksatla veya hatır için rapor veya herhangi bir vesika verilmez”, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 23. maddesine göre ise “Hekim, acil olgular gibi zorunlu durumlarda dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz” şeklindeki düzenlemelere rağmen doktor olan sanığın, görmediği ve bizzat muayene etmediği, tahlil ve tetkik yaptırmadığı Hacer Bayat isimli hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği anlaşılmalıdır; 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde düzenlendiği üzere eylemin, kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı tartışılıp açıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, reçete edilen Tarden isimli ilacın tıbbi gerekliliğine dayanılarak beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 01.11.2010, 2008-20682/2010-18036.

“Ancak; 1- Kaymakam olan sanığın, makam aracına ruhsata işletmeden LPG cihazı taktırarak, LPG alımlarını benzin alınmış gibi göstermesi karşısında, 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde öngörülen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için cezalandırma koşulu olan kamu zararı, kişilerin mağduriyeti ya da haksız kazanç sağlama öğelerinin oluşup oluşmadığı tartışılmadan ve bu hususta bilirkişi raporu alınmadan eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 22.02.2010, 2009-20555/2010/2854.

anlaşılmalıdır³³. Yargıtay madde açısından kamunun zararına neden olmayı, ekonomik açıdan bir zarara sebebiyet verme şeklinde anlamakta ve bu yönde istikrar kazanmış kararlar vermektedir³⁴.

Kişilerin mağduriyetine neden olmak ise, görevin gereklerine aykırı davranış sebebiyle kişinin haklı bir çıkarının zedelenmesine, haklarının ihlal edilmesine neden olunması şeklinde anlaşılmalıdır³⁵. Buna göre, görevin gereklerine aykırı davranış sebebiyle kişilerin sadece ekonomik bakımdan zarara uğramaları değil, her hangi bir çıkarlarının zedelenmesine neden olmak da kişisel mağduriyet kapsamında değerlendirilecektir. Bu husus madde gerekçesinde, “*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.*” şeklinde izah edilmiştir³⁶.

Görevin gereklerine aykırı bir davranışla kişilere haksız bir menfaat sağlanmış da olabilir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak kişilere haksız bir menfaat sağladığı hallerde de cezalandırılması söz konusu olacaktır. Kişilere sağlanan haksız menfaat, ekonomik anlamda bir çıkar olabileceği³⁷ gibi ekonomik bir karşılıkla ölçülemeyecek diğer herhangi

³³ Soyaslan’a göre, kamu görevlisi tarafından soyut kuralın ihlali devletin itibarına, saygınlığına, güvenilirliğine zarar verir. Bunun önlenmesi açısından görevi kötüye kullanma kanuna konulmuştur. Nihai olarak hükmün amacı hukuk devletini korumaktır. Kamunun zararına neden olunması, eğer görevin gereklerine aykırı davranarak kamu açısından ekonomik bir zarara neden olma şeklinde anlaşılırsa, hukuk devleti korunmamış olur. Bu durum ise, TCK’nın 1. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Bkz. SOYASLAN, s. 677.

³⁴ Yarg. CGK, 18.10.2005, 96/118 (YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7335-7336) ; Yarg. 4. CD, 02.03.2009, 2007-2915/2009-3623 (YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7337-7338); Yarg. 4. CD, 26.06.2007, 2636/6041 (YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7339).

³⁵ Yarg. 4. CD, 14.10.2010, 2009-14967/2010/6924 (www.hukukturk.com).

³⁶ Ayrıntı bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7261-7262.

³⁷ “Ancak; sanığın Siirt Barosu Başkanı olarak görev yaptığı dönemde, aynı baroya kayıtlı olan oğlu Avukat Rıdvan Özer’i, diğer avukatlardan daha çok olmak üzere yüz iki kez zorunlu müdafii olarak görevlendirerek; oğluna haksız kazanç sağlamasına karşın, müdafilik görevlerini emek ve mesai harcıyarak yerine getirdiğinden söz edilerek beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 11.03.2010, 2009-20568/2010-3981.

bir fayda da olabilir. Örneğin, açılması gereken bir davanın kamu görevlisi tarafından açılmamış olması da kişilere haksız bir menfaatin sağlanması kapsamında değerlendirilmelidir.

Hemen belirtelim ki, 257. maddenin 6086 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde bu şart “kişilere haksız bir kazanç sağlanması” şeklindeydi. Kişilere haksız kazanç sağlamanın ne şekilde anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalı olduğu gibi, sırf ekonomik bir çıkarı ifade ettiği yönünde eleştiriler de söz konusu idi³⁸. Maddede yapılan değişiklikte artık bu husustaki duraksamaların ve tereddütlerin önüne geçilmiş ve kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle, bir kişinin durumunu iyileştirmeyle, ona haksız bir yarar sağlamayla suçun işlenebileceği kabul edilmiştir.

Sağlanan menfaatin haksız olması gerekir. Dolayısıyla hak edilmeyen bir yararın kamu görevlisi fail tarafından görevin gereklerine aykırı davranılması suretiyle sağlanmış olması gerekmektedir. Örneğin, gerekli şartları taşıyamaması nedeniyle belli bir göreve atanması mümkün olmayan bir kişinin, atamaya yetkili kamu görevlisi tarafından bu kişinin atama için gerekli şartları taşımadığını bilmesine rağmen atanması halinde, bu kişiye haksız bir menfaat sağlanmış olmaktadır. Yine aynı şekilde, gerekli şartları taşıyamamasına rağmen bir kişinin devletin sağladığı bir krediden faydalandırılması, yine şartları taşıyamamasına rağmen kişinin bir faaliyet izninden yararlandırılması görevin gereklerine aykırı bir davranışla kişilere haksız menfaat sağlanmasını belirtmektedir³⁹.

Her ne kadar görevi kötüye kullanma suçu açısından “kamunun zararına”, “kişilerin mağduriyetine” ve “kişilere haksız bir menfaat sağlamaya” neden olmak objektif cezalandırabilme şartını oluşturmakta ise de, somut olayda failin cezalandırılabilmesi bakımından bu şartların görevin gereklerine aykırı davranışın sonucu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Görevin gereklerine aykırı davranış ile objektif cezalandırabilme şartını oluşturan bu neticeler arasında neden sonuç ilişkisinin kurulamadığı hallerde failin sorumluluğu yoluna gitmek, fail hakkında objektif isnadiyette bulunmak mümkün değildir.

³⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, 7264 vd.

³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (7), s. 820-821.

B- TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanma kasten işlenebilen suçlardandır. Maddede, suçun oluşumu için, failin kasten hareket etmesi yeterli görülmüş, onun belli bir maksat veya saikle hareket etmesi aranmamıştır⁴⁰. Bu kapsamda, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir davranışta bulunduğu, kendisine tanıyan yetkinin sınırlarını aştığı bilincine sahip olarak gerçekleştirdiği fiiller görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır⁴¹. Suçun unsurunu değil, objektif cezalandırılabilme şartını oluşturduğundan, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda, kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine neden olduğunu ya da kişilere haksız bir yarar sağladığını bilmesi gerekli değildir⁴². Bu şartların objektif olarak gerçekleşmesi, görevin gereklerine aykırı bir davranışı gerçekleştirdiği bilinciyle hareket eden kamu görevlisinin cezalandırılması açısından yeterlidir⁴³.

IV- İHMALİ HAREKETLE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA (TCK M. 257/2)

A- TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail, Mağdur ve Konu

Görevi kötüye kullanma suçunun icra hareketle işlenen şekli ile ihmalî hareketle işlenen şekli, suçun maddi unsurlarından fail, mağdur ve konu yönünden herhangi bir farklılık göstermemektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

2- Fil

Görevi kötüye kullanmanın bu şekli “görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek” suretiyle işlenebilir. Bir kamu görevlisinin, üstlenmiş olduğu görevin gereği olarak belli bir yönde davranmasının kendisinden beklendiği, diğer bir ifade ile kamu görevlisinin belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde, kendisin-

⁴⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 947.

⁴¹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 200.

⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 947.

⁴³ Karşı görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (7), s. 828-829; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1040; GÖKCEN, s. 101; SOYASLAN, s. 677.

den beklenen davranışı hiç gerçekleştirmemesi veya gecikerek yerine getirmesi halinde, ihmali davranışla görevi kötüye kullanmış olacaktır⁴⁴.

Görevi kötüye kullanmanın bu şekli, görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermek veya gecikme göstermek suretiyle işlenebileceğinden, seçimlik hareketli bir suç özelliği taşımaktadır⁴⁵.

İlk seçimlik hareket, kamu görevlisinin, görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesidir. İhmal, kamu görevlisinin, üstlenmiş olduğu görev kapsamına giren bir işle ilgili olarak belli bir yönde davranması için gerekli şartlar oluşmasına rağmen, kendisinden beklenen hareketi yapmaması, yani savsamasıdır⁴⁶. Örneğin, bir atama işleminin yapılması için gerekli tüm şartlar oluşmasına rağmen, işlemin tekemmülü için zorunlu olan son imzanın yetkili merci tarafından atılmaması nedeniyle atamanın yapılamaması halinde görevin gereklerini yapmakta ihmal söz konusudur⁴⁷.

Burada, görevin hiç yerine getirilmemesi söz konusudur⁴⁸. Dolayısıyla görevin kapsamına giren bir işin gereği gibi yapılmaması, diğer unsurlarının da oluşması kaydıyla icrai hareketle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur⁴⁹.

⁴⁴ “Belediye Başkanı olan sanığın, icra memurluğunun maaşından kesinti yapılması yolundaki buyruğunu yerine getirmemekten ibaret olan pasif nitelikteki eyleminin TCY.nın 257/2. madde ve fıkrasında öngörülen görevi savsama niteliğinde olduğu gözetilmeden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 07.05.2010, 2008-12807/2010-9306 (www.hukukturk.com).

⁴⁵ ŞİK, s. 79.

⁴⁶ “Belediye Fen İşleri Müdürü olan sanığın Asliye Hukuk Mahkemesinin 18.10.2004 tarihli yazısı ve üç adet tekit yazısına, ilgili bilgi ve belgeleri göndermeyerek cevap vermeme eylemi ile görevin gereklerine aykırı davrandığı gözetilmeden TCY. nın 257. maddesinde öngörülen “kamu zararı, kişilerin mağduriyeti ve haksız kazanç sağlama” öğelerinin gerçekleşmesi koşuluyla hükümlülük kararı verilmesi yerine yerinde olmayan gerekçeyle beraate hükümlenmesi”, Yarg. 4. CD, 08.02.2011, 2008-21882/2011-1223 (www.hukukturk.com).

⁴⁷ “... Belediye başkanı ve fen işleri müdür vekili olan sanıkların, belediye encümeninin 5392 ada 2 parseldeki konutun yıkımına ilişkin aldığı 22.06.2001 tarih ve 358 sayılı kararı, İmar Yasası'nın 32. maddesine aykırı olarak uygulamadıklarının anlaşılması karşısında, suçun oluştuğu gözetilmeden “belediyenin yeterli makine ve ekipmanının bulunmadığı, mali yönden zayıf olduğu” biçimindeki yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 15.09.2008, 2007-12854/2008-16679 (www.hukukturk.com).

⁴⁸ GÖKCAN, s. 107; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 943; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1034; SOYASLAN, s. 525.

⁴⁹ GÖKCAN, s. 107-108. Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823.

İhmali hareketle görevi kötüye kullanmayı oluşturan diğer seçimlik hareket, görevinin gereklerini yapmaktan gecikme göstermektir. Gecikme göstermek, esas itibarıyla görevin gereği olan bir işin zamanında yapılmamasını ifade etmektedir. Bu ihtimalde, kamu görevlisi görevinin gereği olan işi yapmıştır. Ancak, bunu geç yerine getirmiştir⁵⁰. Görevin gereklerinin yerine getirilmesinde gecikme gösterilmesi hali de aslında bir ihmalin varlığı anlamına gelmektedir. Zira belli bir yönde davranışta bulunulması için gerekli şartların oluştuğu andan itibaren, icrai bir davranışta bulunmakla yükümlü olan kişinin kendisinden beklenen yönde hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla icrai hareket emrinin şartları oluşmasına rağmen hareketsiz kalmak, yani gecikme göstermek ihmaldir⁵¹. Bu nedenle, görevin gereklerini yerine getirmede gecikme göstermeye 257/2. maddede seçimlik hareket olarak yer verilmesi dahi, gecikmenin söz konusu olduğu hallerde ihmalden hareketle aynı sonuca varmak mümkündür. Bununla birlikte, kanun koyucu bu hususta ortaya çıkabilecek tartışmaların önüne geçmek maksadıyla bu hususu açıkça düzenlemeyi tercih etmiştir.

Bir görevin yerine getirilmesi için mevzuatta bir süre belirlenmiş olabilir. Belirlenen bu süre içerisinde görevin yerine getirilmemesi halinde gecikmenin söz konusu olduğu hususunda bir şüphe yoktur⁵². Bu gibi hallerde, gecikme, kamu görevlisine kusur izafesini engelleyecek bir nedenden kaynaklanmadıkça kamu görevlisinin sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Buna karşılık, görevin yerine getirilmesi bakımından mevzuatta herhangi bir süre öngörülmemiş olabilir. Bu gibi hallerde, görevin yerine getirilmesi bakımından olağan iş akışının gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, görevin niteliği ve somut olayın özelliklerine göre şekillenen olağan iş akışı içerisinde görevi yerine getirilmesi belli bir zamanı almış ise, bu geçen zaman görevin gereklerini yerine getirmede gecikme olarak değerlendirilmemelidir⁵³. Görevin yerine getirilmesinde gecikmenin vaki olduğu bir halde, bunun olağan iş akışının gereği mi olduğu, yoksa kamu görevlisinin görevini yapmaktaki ihmalden mi kaynaklandığı hususunda bir tespit yapılamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre hareket etmek gerekir⁵⁴. Yargı-

⁵⁰ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 215.

⁵¹ GÖKCAN, s. 108-109.

⁵² ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 216; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823; GÖKCAN, s. 109.

⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 216; GÖKCAN, s. 109.

⁵⁴ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 216.

tay, iş yoğunlu nedeniyle bir görevin zamanında yerine getirilmediği hallerde, işin hiç görülmemesinde veya geç yerine getirilmesinde ilgili kamu görevlisinin kastının varlığından bahsedilemeyeceği gerekçeleriyle görevi kötüye kullanma suçunun oluşmadığı sonucuna ulaşmaktadır⁵⁵.

Kamu görevlisinin, görevin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstermesi nedeniyle cezalandırılabilmesi için, sırf görevin gereklerine aykırı bir ihmalinin varlığının tespiti yeterli değildir. Ayrıca bu ihmali davranışıyla kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine ya da kişilerin haksız bir çıkar sağlamasına neden olması gerekmektedir. Bu objektif cezalandırılabilme şartlarından biri gerçekleşmedikçe, ihmali sabit olsa dahi kamu görevlisinin cezalandırılması mümkün değildir⁵⁶.

B- TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanma suçunun bu şekli de kasten işlenebilen suçlardandır. Dolayısıyla, kamu görevlisi ihmalden dolayı sorumluluğu, belli yönde icrai davranışta bulunmasını gerektiren şartların oluştuğunu bilmesine rağmen, kendisinden beklenen yönde hareket etmemesine bağlıdır. Suçun icrai hareketle işlenen şeklinde olduğu gibi, failin hangi maksat veya saikle hareket ettiğinin önemi bulunmamaktadır. Kamu görevlisinin, belli yönde icrai davranışta bulunması gerektiğini bilmesine rağmen, yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde kasten hareket etmiş olacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartları kastın kapsamına girmediğinden, kamu görevlisinin ihmalinin sonucunda kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine sebebiyet verdiğini ya da üçüncü kişilere haksız bir çıkar sağladığını bilmesi gerekli değildir.

⁵⁵ Yarg. CGK, 02.03.2010, 2009-204/2010-39 (www.hukukturk.com).

⁵⁶ “Belediye başkanı olan sanığın, belde sınırları içerisinde H., M., H.’in kaçak ve ruhsatsız inşaat yaptığını öğrendiği halde; katılanın 14.01.2005 tarihli şikayetine kadar imar mevzuatında mevcut idari ve cezai nitelikteki yaptırım yollarına başvurmayarak, anılan inşaatların tamamlanmasına ve kaçak inşaat sahiplerinin haksız kazanç sağlamalarına neden olması karşısında; yüklenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluştuğu gözetilmeden, “sanığın kaçak yapı yapan kişileri kolladığına ilişkin kesin bilgiye ve delile ulaşılamadığı” biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi,” Yarg. 4. CD, 26.05.2009, 2007-7545/2009-10187 (www.hukukturk.com).

“Belediye Başkanı ve Fen İşleri Müdürü olan sanıkların, suça konu inşaatın devam etmemesi nedeniyle yıkım kararı almadıklarını savunmaları ve 2.11.2004 günlü bilirkişi raporunda inşaat ek olarak yapılan kolon ile ilave tabliyenin yıkılmış olduğunun belirtilmesi karşısında; yıkım kararı alınmaması sonucu 5237 sayılı TCY.nın 257/2. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı, ya da kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilip tartışılarak, sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 4. CD, 02.11.2007, 2006-3422/2007-8715 (www.hukukturk.com).

V- KAMU GÖREVLİSİNİN GÖREVİNİN GEREKLERİNE UYGUN DAVRANMAK İÇİN VEYA BU NEDENLE KİŞİLERDEN KENDİSİNE VEYA BİR BAŞKASINA ÇIKAR SAĞLAMASI (TCK M. 257/3)

A- TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail, Mağdur ve Konu

Suçun faili ve konusu bakımından görevi kötüye kullanmanın 257. maddenin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen şekliyle ilgili yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir. Bu nedenle, suçun faili ve konusu bakımından yukarıdaki açıklamalara atıfla yetiniyoruz.

Buna karşılık, görevi kötüye kullanmanın bu şekli mağdur yönünden bir özellik arz etmektedir. Bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için veya uygun davrandığı için kendisi veya bir başkasına çıkar sağladığı hallerde, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Burada esas sorun, toplumun oluşturan herkesin yanı sıra kamu görevlisine çıkar sağlayan kişinin de suçun mağduru sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Özellikle kamu görevlisinin, kendisine çıkar sağlanması yolunda herhangi bir davranışı bulunmamasına rağmen, diğer tarafın teklifi üzerine çıkar sağlandığı hallerde, çıkar sağlayan kişinin mağdur mu, yoksa azmettiren mi olduğu hususu tartışmalı hale gelmektedir⁵⁷.

Kanaatimizce, hükmün sevk amacını da göz önünde bulundurarak, görevin gereklerine uygun davranılması veya davranıldığı için çıkar sağlamanın bizzat kamu görevlisinin davranışlarından kaynaklandığı hallerde, çıkar sağlamak durumunda kalan kişiyi bu suçun mağduru olarak kabul etmek gerekir. Buna karşılık, kamu görevlisiyle muhatap olan kişi, kamu görevlisinin bu yönde bir davranışının olmamasına rağmen işinin daha hızlı ve itinalı şekilde görülmesini sağlamak amacıyla çıkar sağlamayı teklif ettiği ve kamu görevlisinin de bunu kabul ettiği hallerde, teklif eden kişiyi azmettiren olarak iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak gerekir⁵⁸.

2- Fii

Görevi kötüye kullanmanın bu şekli, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması veya davranması sebebiyle kendisine veya üçün-

⁵⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 825.

⁵⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 825.

cü bir şahsa çıkar sağlamasıyla işlenmektedir. Görevin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için çıkar sağlamakla bu suç işlenebildiğinden, görevi kötüye kullanmanın bu şekli de seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir.

İlk seçimlik hareket, kamu görevlisinin görevinin gerekleri çerçevesinde hareket etmesi için kendisine veya üçüncü bir şahsa herhangi bir çıkar sağlanması şeklinde tezahür etmektedir. Bu ihtimalde, görevin gerekleri çerçevesinde hareket edilmesinin kamu görevlisi tarafından çıkar sağlanmasına bağlı tutulduğu bir hal söz konusudur.

Diğer seçimlik hareket ise, kamu görevlisine görevinin gereklerine uygun davranması nedeniyle kendisine veya üçüncü bir şahsa herhangi bir çıkar sağlanmasından ibarettir. Bu seçimlik hareket, görevin gereklerine uygun davrandıktan sonra çıkarın sağlanmasıyla gerçekleşmektedir⁵⁹.

Suçun oluşumu için, çıkar sağlamaya neden olan işin kamu görevlisinin görev alanına girmesi gerekmektedir⁶⁰. Suçun oluşumu, kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için çıkar sağlanmasını gerektirdiğinden, belli bir iş ile ilgili olması gerekmektedir⁶¹.

Ayrıca kamu görevlisine haklı bir hususun temini için çıkar sağlanmış olmalıdır. Eğer kamu görevlisine görevinin gereklerine aykırı davranması için, yani haklı olmayan bir hususun temini için çıkar sağlanıyorsa, konunun rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Maddede, suçun oluşumu bakımından çıkarın bizzat kamu görevlisine sağlanması ile üçüncü bir şahsa sağlanması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Ayrıca çıkarın, mutlaka ekonomik bir değerle ifade edilebilen yarar olmasının gerekmediği, maddi veya manevi her türlü yararın bu kapsamda düşünülmesi gerektiği genel olarak kabul görmektedir⁶².

⁵⁹ “Tanıklar H. ve N.’nin beyanlarının katılan-mağdurenin aşamalarda özü değişmeyen anlamlarını doğrulaması ve tüm dosya kapsamı karşısında, sanığın yapması gereken ameliyatı yaptıktan sonra görevinin gereklerine aykırı olarak mağdureden para almak şeklinde sübut bulan eyleminin tüm unsurlarıyla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu sabit olduğu halde bu suçtan cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi,” Yarg. 5. CD, 03.05.2011, 2008-6181/2011-3644 (www.hukukturk.com).

⁶⁰ GÖKCAN, s.

⁶¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 945. Karşı görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 826. Ayrıca bkz. GÖKCAN, s. 116.

⁶² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 945.

Kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranması veya bu nedenle çıkar sağlaması muhatabını icbar etmesinden, onu ikna etmesinden veya onun hatasından yararlanmasından kaynaklanması, görevi kötüye kullanmanın özel bir şekli olan irtikâbı oluşturduğundan, 257/3. madde uygulanmaz. Bu husus madde gerekçesinde “*Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hâllerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.*” şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur⁶³.

B- TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanmanın diğer şekilleri gibi maddenin 3. Fıkrasında düzenlenen biçimi de kasten işlenebilir. Suçun oluşumu için kastın varlığı yeterlidir, kastın dışında başkaca subjektif unsurun gerçekleşmesi gerekli değildir.

⁶³ “Tekirdağ Köy Hizmetleri İl Müdürlüğünde Makina Mühendisi olarak çalışırken, Tekirdağ Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü bünyesinde Makina Mühendisi bulunmadığından A.İ.T.M. projelerini onaylamakla Vali oluru ile görevli kılınan sanık F. H.’in 2000 yılından 08.05.2003 tarihine kadar müşteki-sanık R. E. ve çalışanı S. C.’in onaylanmak üzere getirdikleri projeler nedeniyle dosya başı 2 milyon TL. isteyip aldığı, bilahare sanık F.’nin daha önce onaylamış olduğu projeler nedeniyle birikmiş parayı istemesi üzerine, Raşit Eren’in C.Savcısına müracaatı ile temin ve numarası tespit edilen 170 Milyon TL.nin makam odasında verilmesinden hemen sonra güvenlik görevlilerince sanığın masasının çekmecesinde paralarla birlikte suçüstü yakalanması şeklinde gelişen olayda; irtikabın cebir veya ikna kısmının yasanın ve doktrinin kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sanığın eylemi 765 sayılı TCK.nun 212/1. maddesinde belirgin yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma suçunu oluşturduğu, 765 sayılı TCK.nun 212. maddelerinin 1 ve 2. fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına aldığı halde 5237 sayılı TCK.nun rüşveti tanımlayan 252/3. maddenin de “rüşvet kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak işi yapması veya yapmaması için kişiyle verdiği anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlanmasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması yada yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu durumda aynı Yasanın 257/3. maddesi delaletiyle 257/1. maddesindeki müteselsilen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı halde yazılı şekilde hükme varılması,” Yarg. 5. CD, 27.06.2007, 1602/5353 (www.hukukturk.com).

VI- KUSURLULUK

Kişinin işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı sorumlu tutulabilmesi kusurlu sayılabilmesine bağlıdır. Buna göre, kişi, fiili işlediği sırada algılama yeteneğine sahip değilse veya algılama yeteneğine sahip olmakla birlikte irade yeteneğine sahip değil ise, işlemiş olduğu bu fiilden dolayı kusurlu addedilemeyeceği için cezalandırılmayacaktır⁶⁴.

Bu teorik açıklamalar, kural olarak, inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından da geçerlidir. Ancak, görevi kötüye kullanma suçunda, kusurluluk bağlamında daha ziyade davranışları hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneği, yani irade yeteneğinin etkilenmesi gündeme gelebilir. Örneğin, zorunluluk hali çerçevesinde bir kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı davranmış olabilir. Yine bir kamu görevlisi maruz kaldığı cebir ve tehdidin etkisiyle görevin gereklerine aykırı davranmış veya yine maruz kaldığı cebirin veya tehdidin etkisi ile görevin gereklerini yerine getirme yönünde icrai bir davranışta bulunamamış olabilir. Bu gibi hallerde, görevin gereklerine aykırı davranan kamu görevlisini somut olayın şartları çerçevesinde kusurlu addetmek mümkün olmayabilecektir.

Suçun ihmali davranışla işlenen şekli bakımından, kamu görevlisinin, somut olayda kendisinden beklenen yönde davranışta bulunabilme imkânına sahip olup olmadığı hususu kusurluluk kapsamında değerlendirilmelidir.

VII- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A- TEŞEBBÜS

Görevi kötüye kullanma, görevin gereklerine aykırı davranışın icrasıyla birlikte tamamlanan bir haksızlıktır. Ancak failin gerçekleştirdiği bu haksızlıktan dolayı cezalandırılabilmesi için, maddede öngörülen objektif cezalandırılabilme şartlarından en az birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Objektif cezalandırılabilme şartları haksızlığın kapsamına dâhil olmadıklarından, teşebbüs bakımından bu unsurların göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs, görevin gereklerine aykırı davranışın icrasının tamamlanması safhasına kadar mümkündür. Zira teşebbüs, kastedilen suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanıp elde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen elde olmayan nedenlerle

⁶⁴ Bkz. ÖZGENÇ, s. 338 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 243.

le neticenin gerçekleştirilememesini ifade etmektedir. Buna göre, bünyesinde neticeye haksızlığın bir unsuru olarak yer vermeyen “sırf hareket suçları” fiilin icrası aşamasında teşebbüs halinde kalabilmektedir. Bu nedenle, doktrinde ileri sürülen objektif cezalandırılabilirlik şartını ihtiva eden suçların teşebbüse elverişli olmadığı yolundaki görüşe⁶⁵ katılmadığımız gibi, görevin gereklerine aykırı davranışa rağmen kamunun zararının, kişilerin mağduriyetinin veya kişilere haksız bir yarar sağlamanın söz konusu olmadığı hallerde teşebbüsten bahsedilmesi gerektiğini belirten düşünceye⁶⁶ de iştirak etmiyoruz.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle işlenen şekli teşebbüse elverişli değildir.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kendisine veya üçüncü bir şahsa bir çıkar sağlanması talebinde bulunması, ancak çıkarın muhatabı tarafından sağlanmadığı hallerde suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekmektedir. Buna karşılık, çıkar sağlama teklifinin haklı bir hususun temini için kamu görevlisiyle muhatap durumundaki kişi tarafından geldiği hallerde, kamu görevlisinin bunu kabul etmemesi halinde, aslında akim kalmış görevi kötüye kullanmaya azmettirme söz konusudur. Hukukumuzda akim kalmış azmettirmeyi cezalandırmaya imkân sağlayan bir düzenleme söz konusu olmadığından, bu kişiyi akim kalmış görevi kötüye kullanmaya azmettirmeden cezalandırmak mümkün değildir. Ancak bu durum azmettirme fiilinin oluşturduğu diğer suçlardan dolayı failin cezalandırılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada bu gibi hallerde fiilin hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁷.

⁶⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 948.

⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (7), s. 831; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1040.

⁶⁷ “Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazlarının reddine, 5237 sayılı TCK’nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde “rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle aynı Yasa’nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Yarg. 5. CD, 12.05.2008, 2006-1435/2008-4255 (www.hukukturk.com).

B- İŞTİRAK

Görevi kötüye kullanma, kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Ancak, suçun faili olabilmek bakımından sırf kamu görevlisi sıfatını taşımak yeterli değildir. Ayrıca üstlenilen görevin gereklerine aykırı bir davranışın gerçekleştirilmiş olması da gerekmektedir. Dolayısıyla kamu görevlisi sıfatını taşımakla birlikte, fiil üzerinde hâkimiyet kuramayanlar bu suçun faili olamayacaklardır.

Buna göre, belli bir kamu görevini üstlenmiş olan kişiler bu suçun müstakil veya müşterek faili olabilirler. Kamu görevlisini, görevinin gereklerine aykırı davranmaya karar verdiren veya kamu görevlisinin fiiline, bu fiilin işlenmesini kolaylaştıran bir katkıda bulunan kişiler ise, azmettiren ve yardım eden olarak katılmış olacaklardır (m. 40/2).

C- İÇTİMA

Görevi kötüye kullanma, tamamlayıcı tali bir suç tipidir. Bu nedenle, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir davranışının kanunda tanımlanan başkaca suçu oluşturmadığı hallerde TCK'nın 257/1-2. maddelerini uygulamak gerekmektedir. Örneğin bir kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamış ise, görevinin gereklerine aykırı bu tarz davranış kanunda rüşvet olarak (m. 252) tanımlanmış ve ayrıca yaptırım altına alınmıştır. Asli-tali norm ilişkisi şeklinde görünüşte içtimanın söz konusu olduğu bu gibi hallerde, sadece, özel ilave unsurlarla asli norm halini alan kuralın uygulanmasıyla yetinilmesi gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, farklı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamak suretiyle de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağladığı hallerde, bu fiiliyle hem genel tamamlayıcı norm olan 257/1-2. maddeyi, hem de rüşveti yaptırım altına alan 252. maddeyi ihlal etmiş olmaktadır. Bu gibi hallerde farklı neviden fikri içtima hükümlerinden hareketle, kamu görevlisinin daha ağır yaptırımı gerektiren rüşvet suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda bir kişi ölmüş veya yaralanmış olabilir. Örneğin suç işlenmesini önlemekle görevli bir kolluk görevlisi, bir suç olayıyla karşılaşmasına rağmen, bunun işlenmesini engellemek için herhangi bir müdahalede bulunmaz ve neticede bir

kişi ölür veya yaralanır. Bu durumda, belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında olan kolluk görevlisinin, kendisinden beklenen yönde icrai bir davranışta bulunmadığı takdirde bir kişinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmüş ise, kasten (olası kastla) öldürme veya yaralama (m. 81, 86) suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, bu kolluk görevlisi ihmalinin sonucunda bir kişinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini objektif dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışı sebebiyle, yani kendisinden beklenen ihtimam ve özeni göstermemesi yüzünden öngörmemiş ise, taksirle öldürme (m. 85) veya yaralama (m. 89) suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir^{68, 69}. Bu gibi hallerde kolluk görevlisi, ihmali davranışıyla

⁶⁸ Kolluk görevlisi olaydaki ihmali davranışıyla, kasten hareket ettiğinin kabul edilebildiği hallerde aynı zamanda müdahalede bulunmadığı kişilerin işlemiş olduğu kasten öldürme veya yaralama suçuna yardım da etmiş olmaktadır. Ancak kolluk görevlisinin kendi ihmali davranışı sebebiyle fail olarak sorumluluğu söz konusu olduğu için, faillğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince, sadece fail olarak işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilecektir. Bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 231.

⁶⁹ “Ancak; trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İlker ile hemşire Hatice'nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile ölemede gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturmayla görevi savsama suçundan hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD, 11.02.2004, 2003-1064/2004-2055 (GÖKCAN, s. 134, dpn. 248).

Nedensellik bağı, ihmali suçlarda, icrai suçlarda olduğu gibi, doğal olarak belirlenmemektedir. Bu nedenle, modern doktrin ihmali suçlarda nedensellik bağının tespitinde şart teorisinin olmaz olmaz şart formülünü kullanmamaktadır. İhmali suçlarda, nedensellik bağı normatif bir değerlendirmeyle belirlenmekte ve hukuken belli yönde davranmakla yükümlü olan kişinin kendisinden beklenen hareketi yapsaydı tipe uygun neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bakmaktadır. Dolayısıyla, icrai bir davranışta bulunmakla yükümlü olan kişinin kendisinden beklenen hareketi yapsaydı dahi, neticenin kesinliğe yakın bir şekilde meydana geleceğinin tespit edildiği hallerde, ihmali hareketiyle netice arasında nedensellik bağı kurulamadığından sorumlu olmadığı kabul edilmektedir (bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 318-319).

Bu kapsamda, Yargıtay kararına konu olan olayda, yapılan nedensellik bağı araştırması sonucunda, hekim ve hemşirenin kendisinden beklenen yönde davranmış olsalardı dahi, neticenin

hem görevi kötüye kullanma suçunu hem de öldürme veya yaralama suçlarından birini işleyerek, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin (TCK m. 44) uygulanmasını gerektiren bir sonucu ortaya çıkarmış olmaktadır⁷⁰.

Görevi kötüye kullanma suçu kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği sorununa değinmek gerekmektedir. TCK'nın 43/1. maddesine göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde, faile tek ceza verilir ve ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Aynı fıkranın son cümlesine göre ise, mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır. Buna göre, kamu görevlisinin bir kişiye karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde görevin gereklerine aykırı davranması halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve tek cezaya hükmedilmesi gerekir. 765 sayılı Kanun döneminde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak Yargıtay kararına⁷¹ konu olan “*PTT görevlisi olan sanığın, aynı kişiye karşı aynı konuda iki ayrı tarihte çıkartılan tebligatı, apartman görevlisine sormadığı halde sormuş gibi tutanak düzenleyerek iade etmesi*” olayında bu kapsamda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Buna karşılık, kamu görevlisinin değişik zamanlardaki görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda farklı kişiler mağdur olmuş ise, aynı suçun değişik zamanlarda bir kişiye karşı işlenmiş olma şartı gerçekleşmediği için zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bunun dışında, bir kamu görevlisi bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kamunun zararına sebebiyet vermiş veya üçüncü kişilere haksız bir çıkar sağlamış olabilir. Doğrudan belli bir kişinin mağduriyetinin söz konusu olmadığı bu gibi hallerde, 43/1. maddenin son cümlesindeki “*Mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır*” hükmü çerçevesinde hareket etmek gerekmektedir.

meydana geleceği kesin olarak söylenebiliyorsa, artık hekim ve hemşireye görevi kötüye isnadında da bulunulmaması gerekmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın kararında ayırımın doğru olmadığını düşünüyoruz.

⁷⁰ Ayrıca bkz. TCK m. 257'nin gerekçesi.

⁷¹ Yarg. 4. CD, 13.12.2000, 8609/8886 (GÖKCAN, s. 131, dpn. 238).

VIII- YAPTIRIM

TCK'nın 257. maddesinde icrai hareketle görevi kötüye kullanma için altı aydan iki yıla kadar hapis, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma için üç aydan bir yıla kadar hapis ve nihayet görevini gereklerine uygun davranması veya bu nedenle yarar sağlaması hali için ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Görevi kötüye kullanmaktan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kamu görevlisi hakkında, TCK'nın 53/5. maddesi çerçevesinde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma tedbirinin uygulanması gerekmektedir. Yine kamu görevlisinin mahkûm olduğu sonuç hapis cezası kısa süreli olması nedeniyle TCK'nın 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecektir. Ancak bu kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği hallerde de TCK'nın 53. maddesi kapsamında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.

Görevini kötüye kullanan kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılabilmesi için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde izin alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, 4483 sayılı Kanunun 2/2 ve 3. Maddelerine göre “Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.” Örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçların soruşturması bakımından özel bir usul öngörülmüştür.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2010.
- GÖKCEN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK M. 247–266), Ankara 2008.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2011.
- ÖZER, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Bası, Ankara 2002.
- ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: VI, 2003/1-2, s. 189-238.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 647-648.
- ŞIK, Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (MD. 257), Ankara 2008.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu (M. 250)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 14, 2006/2.
- ÜZÜLMEZ, İlhan/AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: II, Sayı: 1-2, Kayseri 2007.