

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Güneş OKUYUCU-ERGÜN*

I. GENEL OLARAK

Görevi kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 2. kitabının "Mille ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı 4. kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı 1. bölümünde yer almaktadır. Söz konusu suç, kanunun 257. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmektedir. Buna göre, "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

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

İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır."

Görüldüğü gibi, TCK'nın 257. maddesinde, görevi kötüye kullanma suçuyla ilgili olarak üç ayrı ipotez öngörülmüştür. Bunlar "görevin gereklerine aykırı hareket etme", "görevin gereklerini ihmâl veya geciktirme" ve "görevin yapılması için çıkar sağlama"dır.¹ Bu ipotezler esasen mülga TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen "kişilere karşı keyfî ve sert mua-

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2008, s. 301.

mele", 240. maddesinde düzenlenen "görevi kötüye kullanma", 230. maddesinde düzenlenen "görevi ihmâl" ve 212. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "basit rüşvet" suçlarının karşılığını oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki görevin gereklerine aykırı hareket etme ve görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçlarının aynı maddede düzenlenmesi kabul edilebilir olsa da yapısı ve unsurları bakımından bu iki suç tipinden farklı bir nitelik taşıyan basit rüşvet suçunun, görevi kötüye kullanmanın bir türü olarak düzenlenmesi isabetli sayılmaz.²

Bu suçları öngörmekle, kamu görevinde disiplini sağlamak suretiyle kamu idaresinin düzenli bir biçimde işlemesi ve kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun davranmalarının sağlanması amaçlanmaktadır.³ Dolayısıyla bu suçların hukukî konusu, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaattir.⁴ Buna bağlı olarak, söz konusu suçun

² Bu konudaki eleştiriler için bkz. Hafızoğulları, Zeki/Güngör, Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB*, yıl: 2007, sayı: 69, ss. 21-50, s. 37; Tezcan, Mahmut/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2008, s. 747; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006, s. 751.

³ Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992, s. 208; Toroslu, *Özel Kısım*, s. 301; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 747-748.

⁴ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 301; Benussi, Carlo, *Trattato di diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, vol. I, tomo I, Milano 2001, s. 559; Riccio, Stefano, "Abuso di ufficio", *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino 1957, 107-120, s. 109. İtalyan ceza hukukunda, tipik fiilin aynı zamanda özel kişilere de zarar verdiği hallerde söz konusu suçun, kamu idaresinin düzgün işlemesindeki devlete ait menfaatin yanı sıra, kamu görevlisinin belirtilen davranışına maruz kalan özel kişinin de menfaatine zarar verdiği, bu nedenle inceleme konusu suçun çift hukuki konulu olduğu ve burada korunan hukuki varlık veya menfaatin bir yandan kamu idaresinin düzenli ve düzgün işlemesindeki devlete ait menfaat, diğer yandan ise kamu görevlisinin gayrimeşru ve haksız davranışlarına karşı anayasal garanti altına alınan bireysel varlık veya menfaati olduğu savunulmaktadır (Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 560-561.). Ancak, bir suçun birden fazla hukuki varlık veya menfaati ihlâl etmesi, onun birden fazla hukuki konusu olduğu anlamına gelmez. Birden fazla hukukî varlık veya menfaati ihlâl eden suçlarda, bunlardan yalnızca biri suçun hukukî konusunu teşkil eder (Toroslu, Nevzat, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", *AÜHFD*, yıl: 1980, c. XXXVII, S. 1-4, s. 107-128, s. 110.). İşte, bir suçun muhtelif hukukî varlık ya da menfaati ihlâl ettiği bu gibi hallerde, söz konusu suçun hukukî konusu, üstünlük ölçütüne göre belirlenir (Toroslu, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", s. 110; Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970, s. 288-289.). Bu belirlemeyi yapacak olan ise, kanunkoyucudur. Suçun hukukî konusu, ihlâl ettiği muhtelif

pasif süjesi, belirtilen menfaatin sahibi olan devlettir ve suçtan zarar gören birey ise, suçun pasif süjesi değildir.⁵

Görevi kötüye kullanma suçu sadece kamu görevlisi tarafından yahut özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kimseler tarafından işlenebilen bir suçtur, yani özgül bir suçtur.⁶ Kimlerin kamu görevlisi olduğu ya da özel kanunlar uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırıldığına tartışılması bu çalışmanın kapsamını aşacağından burada sadece bazı belirlemeler yapmakla yetinilecektir.⁷ TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Bu konuda uzun tartışmalara girmeden belirtmek gerekirse, kamusal faaliyet kavramı, mülga TCK zamanında uygulama ve öğreti tarafından geliştirilmiş bulunan kamu görevi kavramı şeklinde anlaşılmalı ve devam edilmeli, dolayısıyla kamu görevlisi kavramı da mülga TCK dönemindeki memur kavramıyla örtüşür biçimde ele alınmalıdır.⁸ Buna göre, kamu hizmetiyle görevli kişiler bu kapsama dâhil değildir; bu nedenle bunlar, kanunda aksini bir hüküm bulunmadıkça, görevi

hukukî varlık veya menfaatlerden kanunkoyucunun değerlendirmesine göre daha önemli, daha karakteristik, daha uygun olandır ve bu şekilde kesin olarak tespit edildikten sonra, yorumcu bu seçimi kabul etmek ve suça ilişkin araştırma ve değerlendirmelerini bu seçim etrafında toplamak zorundadır. Kanunkoyucu, muhtelif hukuki varlık veya menfaati ihlal eden suçları, ihlal edilen hukuki varlık veya menfaatlerden hangisine üstünlük tanımışsa ona göre kanunun sistematğinde bir yere oturtmuştur. Kanunkoyucu, görevi kötüye kullanma suçlarını, devlete karşı suçlar arasına yerleştirdiğine göre, bu suçların hukuki konusunu belirlerken devlete ait menfaate üstünlük tanımıştır. Bu suçlardan dolayı zarar gören kişiler ise, ancak suçtan zarar gören kişiler olarak anlaşılabilir ve buna bağlı olarak da sadece muhakeme hukuku yönünden bir takım haklara (örneğin, davaya katılma gibi) sahip olabilirler (Toroslu, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", s. 110.).

⁵ Pagliaro, Antonio, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 1998, s. 232. Aksi yönde olmak üzere bkz. Bevilacqua, Benedetto, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, vol II, Milano 2003, s. 851; Riccio, "Abuso di ufficio", s. 109; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 563.

⁶ Contieri, Enrico, "Abuso innominato di ufficio", *Enc. del dir.*, vol. I, Milano 1958, s. 187-191, s. 188.

⁷ Bu konuyla ilgili ayrıntılı inceleme ve değerlendirmeler için bkz. Okuyucu-Ergün, Güneş, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Ankara 2008, s. 13 vd., özl. 30-44.

⁸ Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 40.

kötüye kullanma suçunun faili olamazlar.⁹

Yukarıda da belirtildiği gibi, kimlerin kamu görevlisi olduğu TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde belirlenmiştir. Buna göre, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. TCK'nın 5. maddesinde ise, *bu kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı* öngörülmüştür. Bu hüküm, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kimi özel kanunlarda (örneğin, İcra ve İflas Kanunu, Tebligat Kanunu gibi) bazı kişilerin kamu görevlisi sayılacakları veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları öngörülmüştür. İşte bu kanunlarda 31.12.2008 tarihine kadar gerekli değişiklikler yapılmamışsa, kamu görevlisi sayılan veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kişiler, ancak gerçekleştirdikleri faaliyet kamusal faaliyet niteliğindeyse ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacak ve kendilerine, kamu görevlisi sıfatına bağlanan sonuçlar uygulanmaya devam edilecektir.¹⁰ Böylece, bu kimseler, gerçekleştirdikleri faaliyet kamusal faaliyet niteliğinde olmadıkça, 31.12.2008 tarihinden itibaren görevi kötüye kullanma suçunu işleyemeyeceklerdir.¹¹

Kamu görevlisi olmayan kişiler, tek başlarına bu suçların faili olamazlarsa da söz konusu suçlara iştirak edebilirler. TCK'nın özgü suçlara iştiraki düzenleyen 40. maddesinin 2. fıkrasında, özgü suçlar bakımından ancak özel faillik niteliğini taşıyan kimselerin fail olabileceği, bu niteliği taşımayan kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden sayılacaklarının öngörülmüş bulunması karşısında, kamu görevlisi niteliğine sahip olmayanlar, görevi kötüye kullanma suçuna ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebileceklerdir.¹² Bununla beraber, belirtmek gerekir ki şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar dışında, özgü suça ilişkin tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kişi tarafından gerçekleştirilmesi

⁹ Aksi yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel*, s. 748.

¹⁰ Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 43; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 739.

¹¹ Bkz. Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 43.

¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 768.

şart değildir. Gerçekten de zimmet gibi şahsen gerçekleştirilmesi gerekemeyen suçlarda tipik davranış, gerekli niteliği taşıyan kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, söz konusu niteliği taşımayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir.¹³ İşte tipik davranışın kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirildiği özgü suçlarda, bu kişileri azmettiren veya sadece yardım eden olarak sorumlu tutmak, isabetli bir çözüm değildir.

Görevi kötüye kullanma, esasen tek failli bir suçtur ve davranışın muhatabının herhangi bir biçimde bu suça katılması şart değildir. Bununla beraber, suçun kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesinin, görevin kötüye kullanılması suretiyle kendisine haksız kazanç sağlanan kişiyle kamu görevlisi arasındaki anlaşmanın icrası niteliğinde olması veya kendisine haksız kazanç sağlanan kişinin suça azmettirme, suç kararını kuvvetlendirme ya da suçun işlenişini kolaylaştırma niteliği taşıyan faaliyetlerde bulunması hallerinde bu kişi, suça iştirak etmiş olacaktır.¹⁴ Ancak kendisine haksız kazanç sağlanan kişinin nedensel bir katkısı yoksa, hukuken bu sonucu önleme yükümlüğü bulunmadıkça, sadece kamu görevlisinin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya kendisine sağlanan haksız kazancı kabul etmesi, iştirak nedeniyle sorumlu tutulmasını gerektirmez.¹⁵

Kişinin gerçekte kamu görevlisi olmadığı halde, usulsüz bir biçimde ya da hileli yollarla kamu görevlisi gibi davranması halinde söz konusu kişi, koşulları varsa, dolandırıcılık ya da başka suçlardan sorumlu olabilirse de görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olamaz.¹⁶

257. madde kapsamında yer alan fiili gerçekleştirdiği sırada kamu görevlisi sıfatına sahip olmak kaydıyla, failin sonradan bu sıfatını kaybetmesi, örneğin istifa etmesi, emekliye ayrılması, kendisine görevden el çektilmesi 257. maddenin uygulanmasını engellemez.¹⁷

¹³ Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 133.

¹⁴ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 626; Pagliaro, *Parte speciale*, s. 261; Segreto, Antonio/De Luca, Gaetano, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, s. 485.

¹⁵ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 626; Pagliaro, *Parte speciale*, s. 261-262; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 485.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 764.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 764.

II. GÖREVİN GEREKLERİNE AYKIRI HAREKET ETME SUÇU

1. Genel Olarak

TCK'nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak öngörülen üç ipotezden birincisi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçudur. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında düzenlenen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız kazanç sağlaması suretiyle gerçekleşmektedir.

Burada genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç söz konusudur.¹⁸ Bu nedenle, 257. maddenin 1. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için görevin gereklerine aykırı hareket etmek, özel bir hükümle başka bir suç olarak düzenlenmemiş olmalıdır.¹⁹

Öğretide, bu suçtan söz edilebilmesi için, fiilin başka bir suça vücut vermemesinin ön şart olduğu savunulmuşsa da esasen bu, normlar çatışmasına ilişkin bir düzenleme niteliğindedir.²⁰ Görevin gereklerine aykırı hareket etmek, ayrıca özel bir düzenlemenin konusu yapılmışsa, orada belirlenen cezanın daha ağır ya da daha hafif olmasına bakılmaksızın fail, özel hükme göre cezalandırılacaktır.²¹ Zira görevin gereklerine aykırı hareket etmeyi özel olarak düzenleyen hükümde belirlenen cezanın 257. maddenin 1. fıkrasında belirlenenden daha hafif olduğu hallerde daha ağır ceza öngören 257. maddenin uygulanabilmesi için, İtalyan Ceza Kanunu'nda (İCK) olduğu gibi, maddede bu yönde açık bir şart yer alması gerekirdi. Nitekim İCK'nın 323. maddesinde, daha ağır bir suça vücut vermedikçe fiilin 323. maddeye göre cezalandırılacağı açıkça öngörülmüştür.

¹⁸ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 108; Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, Milano 1997, s. 323.

¹⁹ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 129-130.

²⁰ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 323.

²¹ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 130; Toroslu, *Özel Kısım*, s. 302.

2. Maddi Unsur

A. Kamu Görevlisinin Yaptığı İş veya Fiilin Görevi ile İlgili Olması

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçundan bahsedebilmek için öncelikle kamu görevlisinin yaptığı iş veya fiil görevi ile ilgili olmalıdır.²² Gerçekten de ortada kamu görevlisinin görevine giren bir iş veya fiil bulunmalıdır ki görevin kötüye kullanılması söz konusu olabilsin. Olmayan bir şeyin iyiye ya da kötüye kullanılması söz konusu olamayacağından, görev kapsamında yer almayan bir iş veya fiilin gerçekleştirilmesi bu suça vücut vermez.²³ Dolayısıyla, kamu gö-

²² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 302; Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 131, 209-210; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 755; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 748-749. İCK'nın 323. maddesinde "görevin icrasında" ibaresi kullanılmaktadır. Söz konusu ibareye dayanan İtalyan yazarlar, böylece kamu ajanının, yürüttüğü faaliyetten herhangi bir biçimde yararlanmak veya sıfatını yahut pozisyonunu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirebileceği ihlallerin bu madde kapsamı dışında kalacağını belirtmektedirler (bkz. Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 566).

Öğretide bu unsurun önşart niteliğinde olduğu savunulmuşsa da (Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 157; Bevilacqua, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 854.) bu suçta davranış, görevin gereklerine aykırı hareket etmekten ibaret bulunduğundan söz konusu görüşe katılmamaktayız. Bilindiği gibi, davranışın ön şartları, davranışa uğlenen, suçun gerçekleşmesi için bulunması zorunlu olan hukukî ya da fiilî durumlardır (Mantovani, Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, 2001 Padova, s. 140.). Gerçekten de belirli suçların gerçekleşebilmesi için kanun ya da doğa kuralları öncelikle belirli unsurların bulunmasını gerektirebilir (Mantovani, *Par. gen.*, s. 140.). Bunlar, kanunun öngördüğü suç fiiline yabancı olmayan, ancak failin davranışından bağımsız unsurlar olup ilgili oldukları suçun yapısına dâhildirler; dolayısıyla suçun aslî unsurlarındandır (Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008, s. 110.). Bu unsurların bulunmaması halinde ceza normunun ihlâl edildiğinden ve ilgili suçun gerçekleştiğinden bahsedilemez (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 110.). Örneğin, çocuk düşürme suçu yönünden kadının gebe olması, birden çok evlilik suçu yönünden daha önceden bir evlilik yapılmış olması, hırsızlık suçu yönünden şeyin başkasına ait olması, güveni kötüye kullanma suçu yönünden failin şeye zilyet olması davranışın ön şartı niteliğindedir (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 110; Mantovani, *Par. gen.*, s. 141.). Davranışın ön şartı şeklindeki kategori özellikle manevî unsur bakımından önem taşımaktadır. Bunlar da kastın konusu olmakla birlikte failin davranışından bağımsız olduklarından fail tarafından sadece bilinebilirler, ancak istenemezler (Mantovani, *Par. gen.*, s. 141.). Tüm bu söylenenler ışığında, davranışın dışında bulunmayıp davranışa dâhil olan kamu görevlisinin görevine giren bir işin bulunması unsurunun, davranışın ön şartı olarak kabul edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

²³ İCK'ya ilişkin olmak üzere görevi kötüye kullanma suçunun maddî unsurunun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için kötüye kullanmanın, kamu görevlisi tara-

revlisinin görevli olmadığı bir işi yapması halinde, TCK'nın 262. maddesinde öngörülen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu söz konusu olabilirse de inceleme konusu suç gerçekleşmeyecektir.²⁴ Demek ki kamu görevlisi olmak, her zaman yapılan işle görevli olma koşulunu sağlamadığına göre, her somut olayda kamu görevlisinin yaptığı işin görevine giren bir iş veya fiil olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.²⁵

Takdir yetkisinin kötüye kullanılması da inceleme konusu suça vücut verebilir. Takdir yetkisinin kamu yararı gözetilerek değil, özel yarar gözetilerek kullanılması halinde görevin gereklerine aykırılık söz konusu olacaktır.²⁶ Buna göre, kamu görevlisinin kendisine tanınan takdir yetkisini, bu yetkinin tanınmasındaki amaç dışında başka amaçlarla, örneğin intikam almak, kişisel üstünlüğünü ispatlamak gibi amaçlarla kötüye kullanması halinde de, diğer unsurlar da gerçekleşmişse, görevi kötüye kullanma suçunun varlığı kabul edilmelidir.²⁷

fından, kendisine tanınan yetkinin görevin doğası dışında başka amaçlarla kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği; dolayısıyla kamu görevlisinin tamamen görevinin icrası kapsamı dışında hareket ettiği hallerde bu suçun gerçekleşmeyeceği hakkında bkz. Cass. pen., sez. II, 2 marzo 2006, n. 7600 (Alibrandi, Luigi, *Il codice penale, Aggiornato con tutte le ultime novità normative*, Piacenza 2007, s. 827.).

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 755; Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 131.

²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 755.

²⁶ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

²⁷ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 212. İtalyan ceza hukukunda, takdiri bir işlem söz konusu olduğunda, bu işlemin kamu görevlisi tarafından, kanunda öngörülen amaçlardan birine ulaşmak için, yani kendisine veya başkasına maddi olmayan haksız bir "avantaj" sağlamak amacıyla ya da başkasını haksız bir zarara uğratmak için gerçekleştirilmiş olması halinde hukuka aykırı olacağı savunulmuştur (bkz. Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 326, dn. 160). İtalyan Ceza Kanunu'nun görevin kötüye kullanılması suçunu öngören 323. maddesinin 1997 tarihinden önceki haliyle dayanarak yapılan bu belirleme, maddenin belirtilen hali için doğru olsa da TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrası bakımından geçerli sayılmaz. Nitekim İCK'nın 323. maddesi, 1997 yılında yapılan değişiklikten önce şu şekildeydi: "Kendisine veya başkasına maddi olmayan haksız bir "avantaj" sağlamak amacıyla ya da başkasını haksız bir zarara uğratmak için görevini kötüye kullanan kamu görevlisi yahut kamu hizmetiyle görevli kimse, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde, iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." Ancak, burada failin belirli amaçlara ulaşmak için hareket etmesi, başka bir deyişle özel kast arandığından, gerçekten de kamu görevlisinin, kendisine tanınan takdir yetkisini söz konusu amaçlara ulaşmak için kullanması, görevi kötüye kullanma sayılabilecekti. Buna karşın, aşağıda da belirtildiği gibi, TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında, failin belirli amaçlara ulaşmak için hareket etmesi, yani özel kast aranmadığından söz konusu belirleme Türk ceza hukuku bakımın-

B. Kamu Görevlisinin Fiilinin veya Yaptığı İşin Görevinin Gereklerine Aykırılık Oluşturması

Kamu görevlisinin yaptığı işin veya fiilinin görevi ile ilgili olmasından başka, aynı zamanda görevinin gereklerine aykırılık oluşturması da gerekir.²⁸ Ceza hukuku anlamında görevin gereklerine aykırılık, kamu görevlisine kamunun yararına kullanması için verilen yetkinin, kamu görevlisi tarafından göreviyle ve kamunun yararına olarak değil, özel menfaat güdülerek kötüye kullanılmasıdır.²⁹ Ancak, yetkinin hukuka ve görevin gereklerine uygun bir kullanımı niteliğinde olan hareketler, özel bir menfaat güdülerek yapılmış olsalar bile inceleme konusu suçu oluşturmazlar.³⁰ Hareket, yapıldığı anda hukuka ve görevin gereklerine uygunsa, sonradan hukuka aykırı hale gelmiş olsa bile görevin gereklerine aykırılık suçundan bahsedilemez.³¹ Buna karşın yetkinin, bunun tanınmasındaki amaç dışında veya kullanılması gereken sınırlar aşılmak suretiyle kullanılması hallerinde, görevin gereklerine aykırılık söz konusu olacaktır.³²

Kamu görevlisinin görevinin neden ibaret olduğu ve bu görevin gerekleri, kanunla, idarî düzenlemelerle veya idarî usul veya gelenekle belirlenir.³³ Hatta bu nedenle, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu düzenleyen norm, “açık ceza normu” olarak da değerlendirilmektedir.³⁴ Dolayısıyla, kamu görevlisinin normlara veya öngörülen formalitelere yahut kendisine verilen talimatlara aykırı davranması ve göreviyle ilgili olarak kendisine verilen yetkileri verilmiş amacı dışında bir amaç için kullanması halinde, görevin gereklerine

dan geçerli sayılmaz.

²⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 302.

²⁹ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109.

³⁰ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109.

³¹ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 110.

³² Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109.

³³ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 158; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 756.

³⁴ Riccio, “Abuso di ufficio”, s. 109. Antolisei ise, İCK’ya ilişkin olmak üzere, söz konusu normun tipiklikten uzak ve belirsiz olması, normda yer alan emrin açıklanmaya ihtiyaç göstermesi gibi nedenlerle söz konusu normun, açık ceza normu olmanın ötesinde, açık yapılı norm (“*norma a struttura aperta*”) olduğunu savunmaktadır (bkz. Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 325-326, dn. 159.). Aksi yönde bkz. Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 365.

aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır.³⁵

Görüldüğü gibi, burada icrai, yani hareketle işlenebilen bir suç söz konusudur. Zira inceleme konusu suç, kamu görevlisinin kanunlara, idarî düzenlemelere veya talimatlara, bir başka deyişle, görevin gereklerine aykırı bir harekette bulunmasıyla gerçekleşmektedir.³⁶ Ancak, bu hareketin ne surette gerçekleştirildiği, yani modalitesi önem taşımaz. Başka bir deyişle, görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturacak hareket, belirtilen şartları taşımak ve kanunda öngörülen sonuçları doğurmak şartıyla, her şekilde gerçekleştirilebilir.³⁷ Örneğin, bir devlet hastanesinde radyoloji uzmanı olan kişinin, hastanenin yetkili olduğu servisinde evvelce 20 hasta kabulü yaparken, hasta sayısını beşe indirerek, diğer hastaları kendisine ait özel görüntüleme merkezine yönlendirmesi;³⁸ bir kamu idaresinde çalışan kamu görevlilerinin verdikleri ihale gününün tatile rastladığını anlamaları üzerine bu tarihi değiştirmelerinden sonra, bu değişikliği yasaya uygun biçimde üçüncü kişilere duyurmayarak çoğulcu katılımı sağlamadan ihale satış işlemlerini gerçekleştirmeleri;³⁹ bir kamu idaresinde lojman tahsis komisyonu başkanı olan kamu görevlisinin görev tahsisli verilmesi gereken bir lojmanı sıra tahsisli olarak vermesi veya kamu konutları yönergesine aykırı olarak, lojmanın daha yüksek puanlı kimselere tahsis edilmesi gerekirken puanı düşük bir kimseye tahsis edilmesi;⁴⁰ belediye başkanı olan failin, görevinin gereklerine aykırı biçimde ihale yapmadan dükkan kiralaması⁴¹ hallerinde görevin gereklerine aykırılık söz konusudur.

³⁵ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 303; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 324-325.

³⁶ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 303.

³⁷ İtalyan Hukukuna ilişkin olmak üzere bkz. Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

³⁸ Yargıtay 4. CD. E. 2004/7672, K. 2006/8125, T. 21.3.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

³⁹ Yargıtay 4. CD. E. 2005/12930, K. 2007/1426, T. 12.2.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴⁰ YCGK, E. 2005/4-50, K. 2005/86, T. 28.06.2005 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴¹ Yargıtay 4. CD. E. 2007/1258, K. 2007/2323, T. 12.3.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı). Bir inşaat işinin ihaleyle yüklenici firmaya verildikten sonra % 248 proje artışına ihalesiz onay vermek şeklindeki olayda (Yargıtay 4. CD. E. 2004/3185, K. 2006/9382, T. 12.4.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı)) da aynı şekilde düşünülmelidir.

C. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareketinin Bir Kamu Zararı veya Kişiler Yönünden Mağduriyet ya da Haksız Kazanç Doğurması

Mülga TCK döneminde sırf davranış suçu olarak düzenlenen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesiyle gerçekleşmekte, dolayısıyla suçun varlığından söz edilebilmesi için herhangi bir sonucun, örneğin bir zararın, kazancın ya da mağduriyetin doğması aranmamaktaydı. Oysa görevi kötüye kullanma suçu, yürürlükteki TCK'da sonuçlu bir suç olarak düzenlenmiştir.

Buna göre, söz konusu suçun varlığından söz edebilmek için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir harekette bulunması yeterli değildir. Ayrıca, bu hareketin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması da şarttır.⁴²

Öğretide objektif cezalandırılabilme şartı olarak da değerlendirilmesine karşın,⁴³ kanunda sayılan bu unsurlar, suçun sonucu niteliğindedirler. Zira cezalandırılabilme şartı, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçtan sonra söz konusu olan, devletin cezalandırma yetkisini kullanabilmesinin ve cezanın uygulanabilmesinin geleceğe ilişkin, kesin olmayan ve suçu oluşturan fiilin dışında kalan bir olaya bağlanmasıdır.⁴⁴ Dolayısıyla, suçun gerçekleşip gerçekleşmemesi bakımından etkili değildir. Oysa görevin gereklerine aykırı davranma suçu bakımından kanunda aranan söz konusu davranışın kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması kanunî tipe yabancı, kanunî tipin dışında bir unsur olmayıp bizzat suçun kurucu unsurlarındandır.⁴⁵ Çünkü belirtilen sonuçlardan biri doğmadıkça, görevin gereklerine aykırı davran-

⁴² Aynı yönde bkz. YCGK E. 2007/11-59, K. 2007/105, T. 1.5.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı); YCGK E. 2005/4-28, K. 2005/66, T. 14.6.2005 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 758.

⁴⁴ Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul 2008, s. 705-709, s. 706-707; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 45; Keyman, Selahattin, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", *AÜHFHD*, yıl: 1980, c. 37, sy. 1-4, ss. 59-106, s. 96; Antolisei, Francesco, *Parte generale*, s. 750-754; Okuyucu-Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 185-191.

⁴⁵ Suçun kurucu unsurları hakkında bkz. Toroslu, *Genel Kısım*, s. 105-106.

ma suçu gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Dolayısıyla, burada sayılanlar teknik anlamda “sonuç” niteliğindedirler.⁴⁶

Görevi kötüye kullanma suçundan söz edebilmek için kanunda belirtilen bu üç sonuçtan en az birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi nedeniyle bu sonuçlardan birkaçının ya da tümünün gerçekleşmiş olması halinde de fail, tek bir görevin gereklerine aykırı hareket etme suçundan sorumlu tutulacaktır.

Kanunda aranan bu sonuçların kamu görevlisinin davranışından kaynaklanması; daha açık bir ifadeyle kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı ile belirtilen sonuçlar arasında nedensellik bağı bulunması gerekir.⁴⁷

a. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareketinin Kişilerin Mağduriyetine Neden Olması

Buradaki mağduriyet kavramının kapsamı, sadece ekonomik zararlarla sınırlı değildir.⁴⁸ Ekonomik zarardan daha geniş olmak üzere, kişilerin herhangi bir hak veya çıkarının⁴⁹ örneğin medenî, siyasî veya sosyal haklarının ihlâli suretiyle⁵⁰ herhangi bir biçimde mağduriyetine neden olunması yeterlidir. Ancak, sınırları bu derece belirsiz olan bir suçun gerçekleşmesi için aranan sonucun da son derece geniş kapsamlı bir kavram olan “mağduriyet” kavramıyla ifade edilmesi, suçun kapsamını daha da belirsizleştirmektedir.

⁴⁶ Teknik anlamda sonuç, (doğalcı anlayışa uygun olarak ele alındığında) insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği ve hukuk düzeninin cezai sonuçlar bağlamak suretiyle nazara aldığı, yani kanun tarafından suçun kurucu unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülen doğal değişikliktir (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 121; Mantovani, *Par. gen.*, s. 142.).

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 754.

⁴⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 303; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 750. Aynı yönde bkz. YCGK E. 2006/4-196, K. 2006/204, T. 3.10.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁴⁹ YCGK E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 758.

b. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareketinin Kamu Zararına Neden Olması

Kamu zararı ibaresi de oldukça belirsiz ve geniş bir terimdir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı hemen her durumda kamunun bir zararına yol açar. Nitekim burada aranan kamu idaresinin bir zararı değil, kapsamı bundan daha geniş olmak üzere, kamunun bir zararıdır. Kaldı ki maddede kamu idaresinin bir zararı aranmış olsaydı da sorun çözümlenmiş olmayacaktı. Zira kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması, her durumda, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaate aykırılık teşkil etmek suretiyle, kamu idaresinin zararını ifade edecekti. Burada aranan zararın, malvarlığına ilişkin olma kaydına bağlanmaksızın, son derece geniş bir kavram olan kamu zararı kavramıyla ifade edilmiş olması da ayrıca eleştirilmiştir. Tüm bu eleştiriler ışığında belirtmek gerekir ki burada aranan zarar, malvarlığına ait bir zarar olarak değerlendirilmelidir.⁵¹ Gerçekten de buradaki zararın somut bir zarar olarak anlaşılıp değerlendirilmesi zorunludur. Çünkü kamunun malvarlığına ilişkin olmayan, yani manevi nitelikteki zararlarını tespit etmek hem çok güçtür hem de kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davrandığı her durumda kamunun böyle bir zararı varsayılacaktır. Bu da kanunun, görevin gereklerine aykırı davranışın suç teşkil etmesini, kamunun zararına neden olmaya bağlaması ile bağdaşmayacaktır. Nitekim İCK'nın 323. maddesi de görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi bakımından görevi kötüye kullanma davranışıyla amaçlanan avantajın malvarlığına ilişkin olmasını ararken zarar bakımından böyle bir kayıt içermemesi bakımından eleştirilmektedir.⁵²

c. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerine Aykırı Hareketinin Kişilere Haksız Kazanç Sağlaması

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunun tamamlanması için gerçekleşmesi gereken sonuçlardan biri de kişilere haksız kazanç sağlanmasıdır. Kişilere *kazanç* sağlanmış olması değil, ancak *haksız ka-*

⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 753-754; YCGK E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁵² Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 557.

zanç sağlanmış olması, inceleme konusu suçu oluşturmaya elverişli bir sonuçtur. Bu nedenle, buradaki “haksız” kavramının anlamı üzerinde durulmalıdır. Yargıtay haksız kazanç kavramını, kişinin bir husustan yararlanmaya hakkı olmadığı halde yararlandırılması suretiyle sağladığı kazanç şeklinde anlamaktadır.⁵³ Buradaki haksızlık deyimi, her şeyden önce görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere sağlanan kazancın hukuka aykırı olmasını ifade eder.⁵⁴ Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak sağladığı bir kazancın hukuka uygun yani haklı bir kazanç olamayacağı düşüncesinin her zaman doğru olmayacağı;⁵⁵ söz konusu kazancın sadece hukuka aykırı olarak sağlanmasının yeterli olmadığı, ayrıca kazancın bizatihi kendisinin de hukuka aykırı, başka bir deyişle haksız olmasının gerektiği;⁵⁶ kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketi sonucu kişilere hukuka uygun bir kazanç sağlanmışsa, inceleme konusu suçun gerçekleşmiş sayılmayacağı⁵⁷ savunulmuş olmasına karşın, söz konusu görüş isabetli sayılmaz. Zira kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere sağladığı bir kazancın hukuka uygun, yani haklı bir kazanç sayılması düşünülemez. Örneğin, bir icra memurunun, ilgili kuralları hiçe sayarak A’nın B’den olan alacağını tahsil etmesi durumunda, gerçekten de tahsil edilen alacak A’nın B’den alacağı olsa bile, buradaki kazancın haklı, hukuka uygun bir kazanç olduğu ve burada görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunun gerçekleşmediği iddia edilemez.

Buradaki haksızlık, kamu görevlisinin veya kendisine kazanç sağlanan kişinin değerlendirmesine göre değil, konuya ilişkin objektif düzenlemelere göre belirlenecektir.⁵⁸ Görevin gereklerine uygun hareket edilmiş olmak kaydıyla, kamu görevlisi ile özel kişi arasındaki dostluk veya düşmanlık kazancın haksız sayılması için yeterli değildir.⁵⁹

⁵³ Bkz. YCGK E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁵⁴ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 610-613.

⁵⁵ Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna 2001, s. 239.

⁵⁶ Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali* s. 534; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 610-611.

⁵⁷ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 611.

⁵⁸ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 611.

⁵⁹ Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 239-240; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 611-612.

D. Suçun Tamamlanma Anı

İnceleme konusu suç, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir harekette bulunduğu anda değil, söz konusu hareketten dolayı kişiler yönünden bir mağduriyetin veya kamu zararının doğduğu ya da kişilere haksız bir kazanç sağlandığı anda tamamlanır.⁶⁰ Bu andan önce teşebbüs hükümleri gündeme gelebilirse de suçun tamamlanmış hali söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu suça teşebbüs mümkündür.⁶¹

E. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

Tüm suçlarda olduğu gibi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda da suçun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, fiilin hukuka aykırı olması, yani olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Aksi halde fiil hukuka uygun sayılacak, dolayısıyla ortada bir suç olmayacaktır. Zira hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza kanunları tarafından yasaklanan bir fiilin işlenmesine yetki veren veya işlenmesini emreden bir normun varlığı nedeniyle suç sayılmasını engelleyen hallerdir.⁶²

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından özellikle, amirin emrinden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi (amirin emrini ifa) ve mağdurun rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenleri önem taşımaktadır.

a. Amirin Emrinden Kaynaklanan Görevin Yerine Getirilmesi

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareketinin amirinin emrinden kaynaklanması, söz konusu fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira bilindiği gibi, Anayasa'nın 137. maddesinin 2. fık-

⁶⁰ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 304. Görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmiş sayılması için kamu görevlisinin kendisine veya bir başkasına, malvarlığına ilişkin haksız bir avantaj sağlamasını veya başkalarının haksız bir zarara uğramasına neden olmasını arayan İtalyan Ceza Kanununa ilişkin olmak üzere bkz. Cass. pen., sez. VI, 4 giugno 1998, n. 6561 (Alibrandi: *Il codice penale*, s. 826.).

⁶¹ Kanunda sayılan sonuçların suçun sonucu değil, cezalandırılabilme şartı olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerine paralel olarak bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadırlar (Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 767).

⁶² Antolisei, *Par. gen.*, s. 266; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 136.

rası ile TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, konusu suç teşkil eden emirler hiçbir surette yerine getirilmez; aksi takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olur. Bu nedenle, kamu görevlisinin, amirinin emrine dayanarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi halinde, hem emri veren amir hem de emri yerine getiren kamu görevlisi, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçundan dolayı sorumlu tutulacaklardır.⁶³ Ancak, Anayasa'nın 137. maddesinin 3. fıkrası ve TCK'nın 24. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, bağlayıcı gayrimeşru emirler bu durumun istisnasıdır. Daha çok askerlik ve kolluk hizmetleri alanında rastlanan bağlayıcı gayrimeşru emirler, kanunun, emrin içeriğinin meşruluğu üzerinde herhangi bir araştırma yapılmasına rıza göstermediği hallerde söz konusu olur ve bu gibi hallerde sadece emri veren sorumludur.⁶⁴

Bir mahkeme kararının yerine getirilmemesinin emredilmesi halinde de ortada konusu suç teşkil eden bir emir bulunacağından hem bu emri veren hem de bu emri yerine getiren sorumlu tutulacaktır.⁶⁵

Belirtmek gerekir ki sadece hukuka aykırı bir emrin verilmesi, söz konusu emir memur tarafından yerine getirilmedikçe, başlı başına görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturmaz. Hukuka aykırı emrin verilmesinin görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturabilmesi için, bu emre dayanarak bir kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu gerçekleştirmesi şarttır.⁶⁶

b. Mağdurun Rızası

Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği hallerde bu davranışa maruz kalan kişilerin buna karşı gelmemeleri, yani rıza göstermeleri, mağdurun rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenini oluşturmaz.⁶⁷ Zira her şeyden önce, burada kamu idaresine karşı bir suç söz konusu olup suçun mağduru kamu görevlisinin davranışı-

⁶³ Aynı doğrultuda olmak üzere bkz. Danıştay 1. Daire, E. 2005/1377, K. 2006/83, T. 24.01.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁶⁴ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 140-141.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Daire, E. 2005/1377, K. 2006/83, T. 24.1.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁶⁶ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

⁶⁷ Riccio, "Abuso di ufficio", s. 110.

na maruz kalan kişi değil, devlettir.⁶⁸ Dolayısıyla, bu kişinin belirtilen davranışlara gösterdiği rızanın hukukî açıdan bir değeri yoktur. Kaldı ki kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışlarına karşı tepki göstermemek, her zaman gerçek anlamda bir rızanın bulunduğu şeklinde yorumlanamaz.⁶⁹

3. Manevi Unsur

A. Kast

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ancak kastla işlenmişse cezalandırılır. Dolayısıyla, taksirli şeklinin cezalandırılması mümkün değildir. Buna göre, kamu görevlisinin taksirli davranışlarıyla söz konusu fiili gerçekleştirmesi, disiplin sorumluluğunu yahut medenî sorumluluğu gerektirse bile, ceza hukuku bakımından görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu oluşturmaz. Buradaki kast, doğrudan kast biçiminde olabileceği gibi, dolaylı kast şeklinde de olabilir. Örneğin, kamu görevlisinin, görevin gereklerine aykırı hareket ederken, bundan doğacak sonuçları (kamu zararı, kişiler bakımından haksız kazanç, mağduriyet) sadece öngörmüş olması durumunda olduğu gibi.

Genel kast kuralları uyarınca, failin suçun kurucu unsurlarını bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle fail, kamu görevlisi olduğunu, yaptığı hareketin görevinin gereklerine aykırılık oluşturduğunu bilmeli, ayrıca kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmak ya da kişilere haksız kazanç sağlamak bilinç ve iradesine de sahip bulunmalıdır.⁷⁰ Dolayısıyla, hareketinin görevi ile ilgili olmadığı veya görevinin sınırları içinde kaldığı veya

⁶⁸ Contieri, "Abuso di ufficio", s. 187.

⁶⁹ Bu nedenle, silah ruhsatı alma isteminde bulunanların bir kısmına kamu kurumlarının ortağı olduğu Zonguldak Gelişim AŞ'ye gönüllü borç para vermelerinin önerilmesi karşısında başvuru sahiplerinden hiç kimsenin şikâyetçi olmadığı, söz konusu işlemlerin gönüllü olarak gerçekleştirildiği gerekçesiyle bu işlemleri rıza ile gerçekleştirilmiş kabul eden Yargıtay kararı isabetli sayılmaz (YCGK, E. 2005/4-118, K. 2006/9, T. 31.1.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı)).

⁷⁰ Kanunda sayılan sonuçların suçun sonucu değil, cezalandırılabilme şartı olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerine paralel olarak failin kastının söz konusu sonuçları kapsamamasının gerekli olmadığını da savunmaktadırlar (Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 766.).

kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmayacağı ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamayacağı inancı ile hareket eden kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından kastı söz konusu değildir.⁷¹

Aksi de savunulmasına rağmen,⁷² görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından genel kast yeterli olup özel kast aranmaz.⁷³ Özel kast, kanun tarafından failin, suçun varlığı için gerçekleşmesi şart olmayan özel bir amaçla, başka bir deyişle suç teşkil eden fiilin dışında bir amaçla hareket etmesinin arandığı hallerde söz konusu olduğuna,⁷⁴ 257. maddenin 1. fıkrasında failin ayrıca böyle bir amaçla hareket etmesi aranmadığına göre, bu suç genel kastla işlenebilen bir suçtur. Gerçekten de TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında genel kast yeterli görülmüş, failin özel bir amaçla hareket etmesi, yani özel kast aranmamıştır. Belirtilen fıkra da aranan kamu görevlisinin hareketinin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması şartı, davranışın bir sonucu olup suçun maddî unsuruna dâhildir. Bu sonuçlar suçun maddi unsuruna dahil olduğundan suçun tamamlanması için bunların gerçekleşmesi şarttır. Oysa bu sonuçları istemek özel kast şeklinde anlaşılabilecek olursa, suçun tamamlanması için bu sonuçların gerçekleşmesi gerekmez; failin bu sonuçları gerçekleştirmek amacıyla görevin gereklerine aykırı davranması suçun tamamlanması için yeterli olur. Ancak bu sonuncu anlayışın yasal düzenlemeyle bağdaşmadığı ortadadır. Dolayısıyla bunun özel kast biçiminde değerlendirilmesi mümkün değildir.

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından özel kast aranmadığı gibi, failin saiki de önem taşımaz. Bu nedenle, örneğin, bir yönetmelik değişikliği ile can güvenliği tehlikede olan kişilere silah

⁷¹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 304.

⁷² Failde görevin gereklerine aykırı hareket etme bilinç ve iradesinden başka kişilerin mağduriyetine veya haksız kazanç sağlamalarına veya kamunun zararına neden olma bilinç ve iradesinin de aranmasının özel kastı oluşturduğuna dair bkz. Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 138.

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 763; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 765.

⁷⁴ Antolisei, *Par. gen.*, s. 356. Gerçekten de suçun gerçekleşmesi için fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka, failin suçu belli amaçla işlemesinin arandığı durumlarda, amaç da manevî unsurun bir parçası haline gelecek ve özel kast söz konusu olacaktır (Toroslu, Haluk, "Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul 2008, ss.697-703, s. 702.)

taşıma izni verme yetkisine kavuşan bir valinin, silah ruhsatı talebinde bulunanların istekleri halinde, bu ilin gelişimi için kurulmuş bulunan AŞ'ye belirli bir miktar parayı borç olarak verebilecekleri hususunun istekte bulunanlara duyurulması şeklinde gerçekleşen olayda, şirketin niteliğine ve içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılmaya çalışılmasına dayanarak “güdülen amaç” göz önünde bulundurulduğunda kastın gerçekleşmediği yönündeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı isabetli sayılmaz.⁷⁵ Zira bu kararında Yargıtay, esasen kastı değil, saiki değerlendirmek suretiyle karar vermiştir.

B. Hatanın Etkisi

Bu noktada kamu görevlisinin kastının kapsaması gereken unsurlar üzerinde yapacağı hatanın etkisini araştırmak gerekmektedir. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında “İşlediği fiilin haksızlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi”nin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, “işlediği fiilin antisosyalliği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırıl”mayacaktır. Ancak işlenen fiilin antisosyalliği konusunda düşülen hatanın ne zaman kaçınılmaz olacağı sorununun çözülmesi oldukça güçtür.⁷⁶

Suç teşkil eden fiilin kurucu unsurları üzerinde yapılan hata, esaslı hatadır ve fiil üzerinde hata olarak adlandırılan bu hata mazeret sayılır.⁷⁷ Fiil üzerinde hatanın konusunu oluşturan suçun kurucu unsurları, aynı zamanda kastın da konusunu oluştururlar ve bu unsurlar üzerinde yapılan hata, bunlar suçun kanunî tanımında yer aldığı hallerde esaslı hata sayılarak kastı kaldırır.⁷⁸

TCK'nın 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, *ceza kanunlarını bilmemek*

⁷⁵ YCGK, E. 2005/4-118, K. 2006/9, T. 31.1.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁷⁶ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Devrim, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, *TBB*, yıl: 2007, S. 68, s. 135-160, s. 146 vd.

⁷⁷ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 228; Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 300; Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, s. 54; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Ankara 2006, s. 431; Antolisei, *Par. gen.*, s. 413; Dönmezer/Erman: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, c. II, İstanbul 1997, s. 317.

⁷⁸ Antolisei, *Par. gen.*, s. 413-414; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 229 ve 181-186; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 58.

*mazeret sayılmayacaktır.*⁷⁹ Buna göre, ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerindeki hatalar, ceza kanunu üzerinde hata olarak kaldıkları sürece mazeret sayılmayacak; buna karşın, ceza kanun üzerinde hata olarak kalmayıp fiil üzerinde hataya dönüşecek olursa mazeret sayılacaktır.⁸⁰ Bu noktada, ceza kanunları dışındaki kanunlarda yapılan hatanın ne zaman kural üzerinde hata olarak kalacağı, ne zaman fiil üzerinde hataya dönüşeceği belirlenmelidir. Bilindiği gibi, suç fiilinin ceza normu tarafından yapılan tanımı içinde hem maddi nitelikte unsurlar hem de normatif nitelikteki unsurlar bulunabilir.⁸¹ Bu normatif unsurlar ise, bizzat ceza normunun kendisi tarafından tanımlanabileceği gibi, görevin gereklerine aykırılık suçunda olduğu gibi, ceza normu dışında kalan bir norm tarafından da tanımlanabilir.⁸² Fiilin normatif unsurları hakkında yapılan hatanın ne zaman fiil üzerinde hataya dönüşeceği sorunu a priori olarak çözümlenemez; bu sorun, her bir somut olaya göre çözümlenmelidir.⁸³ İşte ceza normları dışında kalan normlar üzerinde yapılan hatanın fiil üzerinde hataya dönüşüp dönüşmediği, bu hatanın her bir somut olaydaki psikolojik etkisine bakarak değerlendirilmelidir.⁸⁴ Suç fiilinin normatif unsuru haline gelen ceza kanunu dışındaki normlar, aynı zamanda suç fiiline özel bir nitelik kazandırır. Dolayısıyla, failin ceza kuralının dışında kalan bir normu bilmemesi veya yanlış bilmesi nedeniyle ceza normu tarafından yasaklanandan farklı bir fiil gerçekleştirdiği inancıyla hareket etmesi halinde, fiili hatadan kaynaklanan hatayla aynı sonucu doğuran bir hata, yani fiil üzerinde hata söz konusudur. Böyle bir hata, yani suçun esaslı unsurları üzerinde düşünülen bu hata, failin kastını kaldıracaktır.⁸⁵

⁷⁹ Söz konusu kural, 765 sayılı mülga TCK'nın 44. maddesinde *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* şeklinde ifade edilmişti. Ancak, esas itibarıyla ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerinde yapılan hata ya fiil üzerinde hataya dönüşür ve dolayısıyla mazeret sayılır ya da ceza kanunları üzerindeki hata olarak kalmaya devam eder ve mazeret sayılmaz (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 232-233; Güngör, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", s. 146.). Bu nedenle, iki düzenleme arasında sonuç itibarıyla bir fark bulunmamaktadır.

⁸⁰ Ersoy, *Ignoranza ed errore nel diritto penale*, Ankara 1968, s. 71.

⁸¹ Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 109.

⁸² Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 109.

⁸³ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 232.

⁸⁴ Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 115.

⁸⁵ Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 115. Aksini savunan yazarlara göre, ceza kanunları dışındaki kanunlar ceza kanunlarını tamamlar, dolayısıyla bunlar üzerindeki hata, fiil üzerinde hataya dönüşmeyip kural üzerinde hata olarak kalmaya devam eder

Buna karşın, fiilin normatif unsurunun ne anlama geldiğinin bilinmemesi veya yanlış bilinmesi halinde veya ceza kanunu dışındaki kanun üzerindeki hatanın suçun kurucu unsurları üzerindeki bir hataya dönüşmediği hallerde ise, kural üzerinde hata olarak kalan bir hata söz konusu olacaktır. Görevin gereklerine aykırılık suçunda görevin gereklerini düzenleyen ve ceza kanunu dışında kalan kanunlar, suç fiilinin normatif unsurunu teşkil ederler ve bunlar üzerinde yapılan hata suçun kurucu unsuru üzerinde yapılan bir hatadır ve mazeret sayılır. Bu nedenle, kamu görevlisinin, görevinin gereklerini veya davranışının görevinin gereklerine aykırılık teşkil ettiğini bilmediği için, görevinin gereklerine aykırı davranmadığı inancıyla hareket ettiği hallerde fiil üzerinde hataya dönüşen bir hata söz konusudur ve failin kastı ortadan kalkmış olacaktır.⁸⁶

Aynı şekilde, failin niteliği, yani kamu görevlisi olması, görevin gereklerine aykırılık suçunun kurucu unsuru olduğundan, kendisinin kamu görevlisi niteliği hakkında hataya düşen kişinin hatası da fiil üzerinde hatadır ve mazeret sayılır.⁸⁷

III. GÖREVINİN GEREKLERİNİ İHMÂL VEYA GECİKTİRME SUÇU

1. Genel Olarak

TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevinin gereklerini yapmakta ihmâl veya ge-*

(Bolognini, Sabrina/D'avirro, Antonino/Ducci, Tommaso/Lucibello, Pier Matteo/Pinucci, Neri/ Ravagnan, Luigi/Zilletti, Lorenzo, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova 1999, s. 112. İtalyan Yargıtayına göre, ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerinde yapılan hata, ancak ceza kanunları tarafından söz konusu kanuna açık ya da örtülü biçimde atıf yapılmadığı durumlarda mazeret sayılabilir (bkz. Cass. sez. pen. V, 11.01.2000, in *L'ind. pen.*, Nuovo serie, anno VII, n. 1, Gennaio-Aprile 2004, s. 357).).

⁸⁶ Toroslu, Genel Kısım, s. 231; Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 246. Aksi yönde bkz. Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 164. Hatanın, kişinin icra ettiği mesleğe ilişkin kurallara yönelik olduğu hallerde mazeret olarak kabul edilmeyeceğine dair bkz. Cass. sez. pen. I, 02.02.1994, n. 1214, (Beltrani/Marino/Petrucci, *Codice penale*, s. 71.)

⁸⁷ Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 121; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 119. Özgü suçlarda, failin niteliğini tanımlayan normlar üzerinde hatanın etkisi hakkında ayrıntılı değerlendirme için ayrıca bkz. Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 117-119. Aksi yönde bkz. Iannelli, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 34.

cikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan bir kamu görevlisi” cezalandırılır.

Bu suç da tıpkı görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu gibi genel ve tamamlayıcı bir suçtur.⁸⁸ Dolayısıyla, failin TCK’nın 257. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi için, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek, özel bir cezalandırmanın konusunu oluşturmamalıdır. Eğer görevi ihmal veya geciktirme fiilleri, kanunla özel olarak ayrıca düzenlenmişse, belirlenen ceza daha az olsa bile, fail özel hükme göre cezalandırılacaktır.⁸⁹

2. Maddi Unsur

A. Kamu Görevlisinin Görevine Giren Bir İşin Bulunması

Görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda olduğu gibi, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun varlığı için de öncelikle, kamu görevlisinin görevi ile ilgili olan, görevine giren bir işin bulunması gerekir.⁹⁰

Kamu görevlisinin görevinin ne olduğunun ve kapsamının kanunlarla veya idarî düzenlemelerle belirleneceği belirtilmişti. İşte kamu görevlisinin görevi ile ilgili olan, görevine giren bu iş, kanunî yahut idarî düzenlemeler uyarınca kamu görevlisinin yapmakla yükümlü bulunduğu bir iş olmalıdır. Başka bir deyişle kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu, yani kamu görevlisinin yetki alanına giren ve hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen bir iş söz konusu olmalıdır.⁹¹

B. Kamu Görevlisinin Görevi Gereği Yapmakla Yükümlü Olduğu İş İhmal Etmesi veya Geciktirmesi

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçuna asıl özelliğini veren unsur, kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü ol-

⁸⁸ Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1987, s. 202.

⁸⁹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 305.

⁹⁰ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 305; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 757. görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu bakımından, bu unsurun davranışın önşartı olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

⁹¹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 305.

duğu bir işi ihmal etmesi veya geciktirmesidir. Bilindiği gibi, ihmali davranış, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasıdır.⁹² Dolayısıyla, “Görevin gereklerini yapmakta ihmal” ibaresi, kamu görevlisinin hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen, görevi gereği yapmak zorunda olduğu bir işi yapmamasını, böyle bir görevi yerine getirmemesini ifade eder.⁹³

Görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermek ise, kamu görevlisinin yukarıda belirtilen şekilde hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen, görevi gereği yapmak zorunda olduğu bir işi geç yapmasını, başka bir deyişle yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapmasını ifade eder.⁹⁴ Ancak görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermenin bu suçu oluşturabilmesi için, işin, o işin yapılması yönünden belirlenen sürenin geçmesinden sonra yapılması gerekir.⁹⁵ Bu süre, kanunla veya idarî düzenlemelerle belirlenmiş olabileceği gibi, somut olayın gereklerinden de kaynaklanabilir.⁹⁶

Görüldüğü gibi, görevin gereklerine aykırı hareket etme ipotezinin aksine, burada ihmali davranışla işlenen bir suç, yani ihmali bir suç söz konusudur.⁹⁷ Örneğin, 2004 sayılı Kanun’un 85. maddesi uyarınca, alacaklı vekilinin gösterdiği yerde haciz yapmak zorunda olduğu halde, icra müdür yardımcısının o yerde borçlunun oturmadığı gerekçesiyle haciz yapmaması⁹⁸; kolluk görevlilerinin kendi sorumluluk bölgelerinde meydana gelen ölümlü trafik kazasına müdahale etmemeleri⁹⁹ hallerinde 257. maddenin 2. fıkrasında öngörülen suç gerçekleşmiş olacaktır.

⁹² Toroslu, *Genel Kısım*, s. 117.

⁹³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 306; Demirbaş, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, *Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı*, Ankara 1987, ss. 249-278, s. 260.

⁹⁴ Demirbaş, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, s. 260.

⁹⁵ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 306.

⁹⁶ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 160; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 758.

⁹⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 306.

⁹⁸ Yargıtay 4. CD. E. 2004/7934, K. 2006/9415, T. 17.4.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

⁹⁹ Yargıtay 4. CD. E. 2005/11350, K. 2006/17044, T. 29.11.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

Zaman zaman görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ile görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun birbirine karıştırılmasının nedeni, bu iki suç arasındaki önemli bir farkın gözden kaçırılmasından kaynaklanmaktadır. Esasen, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçu da görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu gibi, görevin gereklerine aykırı bir davranıştır. Fakat buradaki ayrım söz konusu aykırılığın icrai bir davranışla mı yoksa ihmali bir davranışla mı gerçekleştirildiğine dayanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçuna asıl özelliğini veren unsur, kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu bir şeyi yapmaması veya geciktirmesi, yani ihmaldir. Dolayısıyla, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunda, görevin gereklerine aykırılık, ihmali bir davranışla ortaya konurken; görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda görevin gereklerine aykırılık, icrai bir davranışla ortaya konmaktadır.

C. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerin İhmal Etmesi veya Geciktirmesinin Bir Kamu Zararı ya da Kişiler Yönünden Mağduriyet yahut Haksız Kazanç Doğurması

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun gerçekleşebilmesi için, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunda olduğu gibi, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi sonucu kişiler bakımından mağduriyet ortaya çıkmış veya kamu zarara uğramış yahut kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olmalıdır.¹⁰⁰ Buradaki mağduriyet, kamu zararı ve haksız kazanç kavramları, görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ile ortak niteliğe, anlama ve kapsama sahip olduklarından yeniden inceleme konusu yapılmayarak görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu ile ilgili değerlendirmelere göndermede bulunmakla yetinilecektir.

D. Suçun Tamamlanma Anı

İnceleme konusu suç, ihmal veya geciktirmenin gerçekleştiği anda değil, kişilerin mağduriyetinin veya kamu zararının ya da haksız kazancın gerçekleştiği anda tamamlanmış olur. İhmal suretiyle işlenen

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. CD. E. 2007/1879, K. 2007/3436, T. 16.4.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

bir icra suçu¹⁰¹ söz konusu olduğundan bu suça teşebbüs mümkündür.

3. Manevi Unsur

Görevi ihmal, *kasıtlı* bir suçtur. Yukarıda da belirtildiği gibi, genel kast kuralları uyarınca, failin kastının suçun bütün unsurlarını kapsaması gerektiğinden, kamu görevlisinin kendi görevine giren bir işi yerine getirmemek iradesiyle davranması yeterli değildir; ayrıca kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmak ya da kişilere haksız kazanç sağlamak bilinç ve iradesine de sahip olması gerekir.¹⁰² Dolayısıyla, kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir iş olmadığını zannederek ihmali davranışta bulunması veya görevinin gereği yapmak zorunda olduğu bir işi ihmal ettiğini veya geciktirdiğini bilmesine rağmen, bundan bir kamu zararı veya kişiler bakımından bir mağduriyet ya da haksız kazanç doğmasını istememiş olması halinde kastın varlığından söz edilemez.

IV. MAHKEME KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi konusu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca, "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" Görüldüğü gibi, mahkeme kararlarının gecikmeksizin yerine getirilmesi, kamu görevlilerine Anayasa hükmü ile yüklenmiş bir görevdir. Her ne kadar mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi, mülga TCK döneminde söz konusu kanunun 228. maddesinde düzenlenen (ve yürürlükteki TCK'nın 257. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçuyla benzer yanları fazla olan) keyfi muamele suçu kapsamında değerlendirilmekte idiyse de¹⁰³ bunun her durumda doğru olduğu söylenemez.

¹⁰¹ Failin, hareketsiz kalarak, meydana gelmesini istediği ve kanunda öngörülmüş bulunan neticeye sebep olduğu hallerde ihmal suretiyle icra veya başka bir deyişle garantörsel ihmali suçtan söz edilir (Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalin Çeşitleri*, Ankara 2003, s. 108-109.)

¹⁰² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 309.

¹⁰³ Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, s. 133; Yargıtay 4. CD. E. 2005/10428,

Burada hukuken yapılması gereken, mahkeme kararlarına uygun davranarak bunları yerine getirmektir. Ancak, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi, kararda öngörülenin niteliğine bağlı olarak, ihmali bir davranışla olabileceği gibi, icraibir davranışla da olabilir. Yani buradaki suç, mahkeme kararına ve karar karşısındaki davranışa göre değişir. Mahkeme kararı, ihmali bir davranış gerektirmesine rağmen, kamu görevlisi hareketle mahkeme kararının gereklerine aykırı davranmışsa, yani icrai bir davranışla mahkeme kararını yerine getirmişse görevin gereklerine aykırı hareket etme suçunu işlemiş olur. Ancak, mahkeme kararı, kamu görevlisinin icrai bir davranışını gerektirmesine rağmen, kamu görevlisi söz konusu icrai davranışını gerçekleştirmediğinde görevin gereklerini ihmal suçunu işlemiş olur. Zira daha önce de belirtildiği üzere, burada hukuken yapılması gerekenin yapılmaması, yani ihmal vardır ve dolayısıyla görevin gereklerini ihmal suçu gerçekleşmiştir. İşte bu nedenle, her mahkeme kararının yerine getirilmemesi olayında peşinen görevin gereklerine aykırılık suçunun varlığını kabul etmek doğru değildir. Mahkeme kararına ve karar karşısında gerçekleştirilmesi gereken davranışa göre görevin gereklerini ihmal suçu da söz konusu olabilir. Örneğin, mahkeme kararında bir binanın yıkılması kararı iptal edilmişse, bu kararın yerine getirilmemesi icrai bir davranışla, yani söz konusu binanın yıkılmasıyla olur ve burada görevin gereklerine aykırı davranış suçundan bahsedilir. Buna karşın, idare mahkemesinin, ihalenin iptaline ilişkin kararının yerine getirilmemesi, ihaleyi iptal etmemek şeklindeki ihmali davranışla olur ve dolayısıyla bu durumda görevin gereklerini ihmal suçu gerçekleşir.

Aynı şekilde mahkeme kararına uymuş gibi görünmekle beraber, gerçekte mahkeme kararının gereklerini yerine getirmeyen veya mahkeme kararını etkisiz bırakan kamu görevlisi de mahkeme kararına ve karar karşısındaki davranışa göre, görevin gereklerine aykırı hareket suçunu işlemiş olabileceği gibi, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme suçunu da işlemiş olabilir. Örneğin, mahkeme kararı ile görevine iade edilen ve göreve başlatılan kişiyi aynı gün geçici görevle bir başka ilçede süresiz olarak görevlendirmek durumunda mahkeme kararına uyulmuş gibi görünse de aslında uyulmamış, bu aykırılık da

K.2006/16655, T. 22.11.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

icrai bir davranışla yani hareketle gerçekleştirilmiştir.¹⁰⁴

V. GÖREVİN YAPILMASI İÇİN ÇIKAR SAĞLAMA SUÇU

1. Genel Olarak

TCK'nın 257. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen bu ipotez, kamu görevlisinin “İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağla”masıyla gerçekleşmektedir. Esasen mülga TCK'da “basit rüşvet” olarak düzenlenen bu durum, burada görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli haline getirilmiştir.¹⁰⁵ Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, görevin yapılması için çıkar sağlama suçu, yapısı ve unsurları bakımından 257. maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen suçlardan çok farklıdır. Bu suç, esasen rüşvet suçuyla benzer bir yapı sergilemekte, rüşvet suçuyla ihlal edilen hukuki varlık ve menfaatle benzer menfaatleri ihlal etmektedir. Dolayısıyla, mülga TCK'da olduğu gibi, bu suçun rüşvetin bir türü olarak ve TCK'nın rüşvete ilişkin 252. maddesinde düzenlenmelidir.¹⁰⁶

Bu hükümle, daha ziyade, kamu görevlisinin dürüstlüğü korunmak suretiyle, kamu idaresinin saygınlığı ve buna ilişkin devlete ait menfaat korunmaktadır.¹⁰⁷

Bu suçun varlığının araştırılabilmesi için, öncelikle fiilin irtikâp suçuna ya da herhangi başka bir suça vücut vermemesi gerekir. Dolayısıyla, kamu görevlisinin karşı tarafı kendisine bir menfaat sağlamaya icbar ya da hileli davranışlarıyla ikna etmiş olması durumunda bu suç değil, irtikâp suçu söz konusu olacaktır. Bu nedenle, görevin gerekleri-

¹⁰⁴ YCGK E. 2006/4-196, K. 2006/204, T. 3.10.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı); aynı yönde bkz. Yargıtay 4. CD. E. 2005/10428, K. 2006/16655, T. 22.11.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı).

¹⁰⁵ Yargıtay 5. CD. E. 2006/6032, K. 2006/5755, T. 19.6.2006 (Kazancı içtihat veri tabanı); Yargıtay 5. CD. E. 2007/84, K. 2007/3195, T. 3.5.2007 (Kazancı içtihat veri tabanı).

¹⁰⁶ Bkz. Hafizoğulları/Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, s. 37.

¹⁰⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 307; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino 1962, s. 202; Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 224; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 429.

ne uygun davranması için kamu görevlisine sağlanan çıkar, iki tarafın karşılıklı rızasına dayanmalıdır.¹⁰⁸

2. Maddi Unsur

Diğer iki hipotezde olduğu gibi bu hipotezde de kamu görevlisinin görevine giren bir iş söz konusu olmalıdır.¹⁰⁹ Eğer kamu görevlisinin görevine giren bir iş söz konusu değilse, başka bir deyişle kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması için değil, görevinin gereklerine aykırı davranması için menfaat sağlanması söz konusuysa TCK'nın 257. maddesinin 3. fıkrası değil, rüşvete ilişkin 252. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Ancak burada özel bir yetki şart olmayıp, davranışın kamu görevlisinin genel olarak görevine ve dolayısıyla yetkisine girmesi yeterlidir. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin görevi gereği söz konusu davranışı veya işlemi yapması veya yapma ihtimalinin bulunması ya da başka bir kamu görevlisi tarafından yapılmasına katkıda bulunması yeterlidir.¹¹⁰

Bu noktada kamu görevlisine sağlanan çıkarın, kamu görevlisinin görevine giren belirli bir iş için sağlanmasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Çıkarın, kamu görevlisinin görevine giren belirli bir iş için sağlanmasının şart olmadığını savunan yazarlara göre, örneğin belirli bir devlet dairesine çok işi düştüğü ve orada çalışan kamu görevlileriyle ilişkilerini iyi tutmak için onlara zaman zaman çıkarlar sağlanması, hediyeler verilmesi de bu suçu oluşturacaktır.¹¹¹ Buna karşın belirtmek gerekir ki 257. maddenin 3. fıkrasında öngörülen suçun gerçekleşebilmesi bakımından, kamu görevlisine sağlanan çıkarın, kamu görevlisinin görevine giren belirli bir iş veya en azından belirlenebilir bir iş için sağlanması gerekir. Dolayısıyla, burada en azından içeriği veya türü bakımından belirlenebilir bir iş için kamu görevlisine çıkar sağlanmalıdır.¹¹²

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine nasıl uygun davranacağı,

¹⁰⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 308.

¹⁰⁹ Önder, *Özel Hükümler*, İstanbul 1987, s. 196.

¹¹⁰ Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 169; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 320; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 437.

¹¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 761.

¹¹² Manzini, *Trattato V*, s. 204; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 437-438; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, 315.

görevin içeriğine göre belirlenecektir. Zira görevin gereklerine uygun davranmak, kamu görevlisinin görevi gereği yapması gerekeni yapması veya yapmaması gerekeni yapmamasını ifade eder ve görevin içeriğine göre icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Buna göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için, başka bir deyişle görevi gereği yapması gerekeni yapmak, yapmaması gerekeni yapmamak için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlaması halinde 257. maddenin 3. fıkrası söz konusu olacaktır.¹¹³

Mülga TCK'nın basit rüşveti düzenleyen hükmünden farklı olarak yürürlükteki TCK'da sadece görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlamaktan değil, "bu nedenle" yani görevin gereklerine uygun davranıldığı için çıkar sağlamaktan da bahsedilmektedir. Dolayısıyla, daha önce hiçbir anlaşma olmaksızın görevin gereği yerine getirildikten sonra iş sahibinden menfaat sağlanması halinde de kamu görevlisi 3. fıkra hükmü uyarınca cezalandırılacaktır.¹¹⁴

Kamu görevlisine veya bir başkasına sağlanan çıkar, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak sağlanmalı; başka bir deyişle, görevle çıkar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Söz konusu çıkarın kamu görevlisine değil de bir başka kişiye sağlanması halinde bu suçun gerçekleşebilmesi için, kamu görevlisinin bir başkasına çıkar sağlanacağı bilinç ve iradesine sahip olması gerekir. Aksi halde, örneğin kamu görevlisinin bilgisi dışında bir üçüncü kişiye böyle bir çıkar sağlanmışsa, inceleme konusu suç değil, diğer koşullarının da bulunması şartıyla, TCK'nın nitelikli dolandırıcılık suçunu öngören 158. maddenin 2. fıkrası gerçekleşmiş olacaktır.¹¹⁵

Görevinin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için kamu görevlisine veya başkasına sağlanan çıkar, görev gereği sağlanması gerekli olmayan bir çıkar olmalıdır.¹¹⁶ Yani, böyle bir çıkarı kabul etmek konusunda kamu görevlisinin ne yetkisi, ne hakkı ne de zorunluluğu bulunmalıdır.¹¹⁷ Dolayısıyla, çıkar sağlamanın, hukuk düzeni tarafından sadece açıkça yasaklanması halinde değil, açıkça buna izin

¹¹³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 307.

¹¹⁴ Aksi yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 763.

¹¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 763.

¹¹⁶ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314.

¹¹⁷ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 440-441.

verilmemesi halinde de bu koşul gerçekleşmiş olacaktır. Bir hukuk normu veya idari bir işlem veya hukuka uygunluk sebebi teşkil eden bir geleneğin bulunduğu hallerde ise, izin verilen miktarın aşılması, çıkar sağlanmasını hukuka aykırı hale getirecektir.¹¹⁸

Mutat olmayan bir iş için kamu görevlisine çıkar sağlanmasının, belirli koşulların varlığı halinde hukuka aykırı sayılmayacağı ve inceleme konusu suçu oluşturmayacağı savunulmuştur.¹¹⁹ Söz konusu örüşe göre, örneğin, müdafiin, kalemden acil olarak bir belgenin fotokopisini istemesi ve kalemin bunun için gece veya tatil günü çalışmak zorunda kalması gibi hallerde, belirli koşulların varlığına bağlı olarak kamu görevlisine çıkar sağlanması, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Bunun için aranan koşullar ise, söz konusu işin kamu görevlisi tarafından bedelsiz olarak veya belirli bir bedel karşılığı yapılması zorunlu bir iş olmaması, mutaat olmayan bu işin gerçekleştirilmesinin kamu görevlisinin görevine giren diğer işleri aksatmamış, yani engellememiş ve geciktirmemiş olması ve ayrıca böyle bir çıkarın kabul edilmesinin kamu görevlisinin saygınlığına zarar vermemiş olması gereklidir.¹²⁰ Ancak, burada zaten kamu görevlisinin görevinin gereği olan bir iş söz konusu olmadığından, inceleme konusu suçun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılması isabetli sayılmaz.

Görevinin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için kamu görevlisine veya başkasına sağlanan çıkarın ekonomik bir çıkar olmasının gerekip gerekmediği oldukça tartışmalıdır.¹²¹ Ancak, kanun maddesinde böyle bir kayıt yer almadığına göre, buradaki çıkar kavramı sadece ekonomik çıkarla sınırlı olmayıp kişiye herhangi bir yarar sağlayan her türlü çıkarı kapsamaktadır.¹²² Hatta cinsel ilişki de bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹²³

¹¹⁸ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314; Manzini, *Trattato V*, s. 212; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 441; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 310.

¹¹⁹ Manzini, *Trattato V*, s. 213; Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314; Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 441-442; Pagliaro, *Parte speciale*, s. 182.

¹²⁰ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 314; Manzini, *Trattato V*, s. 213.

¹²¹ Bkz. Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 220.

¹²² Riccio, "Corruzione (Delitti di)", *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, Torino 1957, ss. 898-905, s. 901; Venditti, "Corruzione (Delitti di)", *Enc. di dir. Pen.*, vol. X, Milano 1962, ss. 753-765, s. 757; Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 762; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 763.

¹²³ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313.

Sağlanan çıkarla kamu görevlisinin davranışı arasında bir oran bulunmalıdır. Bu ikisi arasında açık bir oransızlığın söz konusu olduğu hallerde inceleme konusu suç gerçekleşmiş olmayacaktır; örneğin, nezaket veya memnuniyet ifadesi olan küçük hediyeler verilmesinde olduğu gibi.¹²⁴ Ancak buradaki oran ilişkisi, kamu görevlisinin konumu, ilişkinin derecesi gibi sosyal uygunluk ölçütlerine göre belirlenmelidir.¹²⁵

3. Suçun Tamamlanma Anı

Bu suç, görevinin gereklerine uygun davranması için ya da uygun davrandığı için kamu görevlisine veya başkasına bir çıkar sağlandığı anda tamamlanmış olur.¹²⁶ Dolayısıyla, mülga TCK'dan farklı olarak, yürürlükteki TCK bakımından kamu görevlisi ile iş sahibi arasındaki çıkar anlaşması suçun tamamlanması için yeterli değildir.¹²⁷ Çok zor olmakla beraber, bu suça teşebbüs mümkündür.¹²⁸

Kamu görevlisine veya başkasına belirtilen şekilde çıkar sağlandıktan sonra, kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranıp davranmaması suçun tamamlanması bakımından önemli değildir.¹²⁹

4. Manevi Unsur

Bu suç da kasıtlı bir suçtur. Kastın varlığı bakımından, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya davrandığı için kendisine veya başkasına, görevin gereği olmayan bir çıkar sağlamak bilinç ve iradesine sahip olması gereklidir.¹³⁰

¹²⁴ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 313-314; Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 225; Manzini, 224, Pagliaro, *Parte speciale*, s. 171; Segreto/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali*, s. 304, Venditti, "Corruzione (Delitti di)" s. 757.

¹²⁵ Benussi, *I delitti dei pubblici ufficiali*, s. 440; Fiandaca/Musco, *Par. spec.*, I, s. 225.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 765.

¹²⁷ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 308.

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 767.

¹²⁹ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 308-309.

¹³⁰ Antolisei, *Par. spec.*, II, s. 315.