

T.C.
BAYINDIRLIK VE İSKÂN BAKANLIĞI
TAPU VE KADASTRO GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
TEFTİŞ KURULU BAŞKANLIĞI



MEMUR SUÇLARI VE SORUŞTURMA USULLERİ, TAPU VE KADASTRO
ÇALIŞANLARININ EN ÇOK İŞLEDİĞİ MEMUR SUÇLARI, NEDENLERİ
VE ÖNLENMESİNE YÖNELİK ALINMASI GEREKLİ TEDBİRLER

Hazırlayan

Nur GÜVENÇ

Danışman

Başmüfettiş Osman Sedat CEYLAN

Ankara,2011

GİRİŞ

Toplum içinde hukuki düzeni kurmak (yasama), kurulmuş olan bu düzeni muhafaza etmek (yargı) ve yasama iktidarı tarafından kanunlarla çizilen sınırlar içinde kamu hizmetlerinin ifası amacıyla kanunların uygulanmasını sağlamak (yürütme) fonksiyonlarını devlet ifa eder¹.

Devletin 19. yüzyılın 2. yarısından itibaren büyük gelişme kaydettiği, faaliyet ve müdahale sahalarını fevkalade genişlettiği bir gerçektir. Bireyin hak ve menfaatlerinin korunması yanında, toplumun müşterek menfaatlerinin gelişmesini sağlamak, Devletin en büyük gayesi olmuştur. Von List'in haklı olarak belirttiği gibi Ceza Kanunları ferdi himaye ettiği kadar, Devlet faaliyetlerini de himaye etmelidir. Bu koruma neticede fertlerin de yararına olmaktadır. Yakın zamana kadar Devletin faaliyet alanı çok dar olduğundan Devlet aleyhine işlenen suçların sayısı pek sınırlı idi. Devlet faaliyetlerinin artması ile beraber bu faaliyetler ile korunan menfaatlere karşı işlenen suçların sayıları çoğalmış ve mahiyetleri karmaşık bir hal almıştır².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ikinci kitap dördüncü kısmında millete ve devlete karşı suçlar düzenlenmiştir. Millete ve devlete karşı suçlar başlığı birinci bölümde ise kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar alt başlık olarak yer almıştır.

İncelememize geçmeden önce devlet idaresi ve kamu idaresi kavramlarını tartışmakta fayda vardır. Yasa koyucunun devlet idaresi ve kamu idaresi kavramlarını kullanması bir tesadüf değildir. Bu kavramlar arasındaki fark devlet idaresi kavramının kamu idaresi kavramına göre iki yönden dar bir anlam ifade etmesidir. Bunlardan birincisi devletin yasama, yönetme ve yargı fonksiyonlarının dışında kalan fakat buna rağmen, bir toplumun kamusal hayatına etki yapan bazı faaliyetlerin bu kavrama dahil edilememesidir. Özellikle günümüzde yüzyılın başına kadar özel hukuk kurallarına tabi olan bir takım kuruluşların, siyasi ve ekonomik sebeplerle kamu hukuku alanına alınması ve “kamu iktisadi teşebbüsleri” gibi bazı kuruluşların vücut bulması, bunların da korunmaları lüzumunu ortaya çıkarmıştır. Bundan başka toplumun kamusal hayatın gittikçe karmaşık bir hale gelmesi, teknik anlamda Devletin “idari” fonksiyonlarına girmeyen bir takım faaliyetlerin de düzenlenmesini ve ceza normları ile korunmasını gerekli kılmıştır. Bu sebeptendir ki modern kanunlar, incelememiz konusu olan suç tiplerini çok daha kapsamlı ve geniş bir şekilde ifade etmek maksadıyla “kamu idaresine karşı işlenen suçlar” başlığı altında toplamıştır³. Kısaca kamu idaresi terimi, toplumun kamusal hayatını kapsayan bütün fonksiyonları ifade eder⁴.

¹YARSUVAT, Duygun, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1965, s.666

²YARSUVAT Duygun, s.665

³ ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s.285

⁴ Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Yönetimine Karşı Suçlar, İstanbul, 2008, s.1

Kamu idaresinin işleyişinde demokratik toplumda bir takım niteliklerin bulunması gerekir. Bu niteliklerden birinin bulunmaması veya gayesinden sapması ya da saptırılması, toplumun yararına icra olunması gereken bu fonksiyonların bir kişi veya sınıf ya da topluluk yararına işlemesi sonucu doğurur ki bu da ülkede yaşayan herkese, herhangi bir ayırım gözetmeksizin eşit ve tarafsız bir şekilde ulaştırılması gereken kamu hizmetlerinin demokratik işleyişine sekte vurur⁵. Bu nitelikleri bazı genel ilkelere bağlar isek şu temel ilkelere ulaşabiliriz;

Kamu idaresinin işleyişinde görev alanların dürüst olması

Kamu idaresinin işleyişinde görev alanların tarafsız hareket etmesi

Kamu idaresinin işleyişinde görev alanların disiplin kurallarına uygun hareket etmesi

Kamu idaresinin işleyişinde görev alanların sadakatli olması

Kamu fonksiyonunun süreklilik arz etmesi

Kamu fonksiyonunun icrasında hürriyet ve sükunet

Kamu fonksiyonunun itibarının korunması.

Kamu idaresinin işleyişine karşı suçlar temelde bu genel ilkelere ayrılık gösteren, bu nedenle cezalandırılan fiillerdir. Bu bölümde yer alan suçların kamu görevlisini hedef almasının nedeni ise devletin insan ögesini oluşturan kamu görevlilerinin kamusal faaliyetin yürütülmesi esnasında görevin gereklerine uymamasının sonucunda; devletin güvenilirliği, disiplini ve tarafsızlığının zarar görmesidir. Bu aykırı davranışların disiplin hukuku yanında ceza hukuku kuralları ile de yaptırıma bağlandığı görülür.

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçları fail ögesi açısından inceleyecek olur isek; kamu idaresine karşı suçların düzenlenmeye başlanmasından itibaren bu suçların işleyen kişi açısından ikiye ayrılarak düzenlendiği görülür; kamu görevlilerinin kamu idaresine karşı işledikleri suçlar ve kişilerin kamu idaresine karşı işledikleri suçlar⁶. Bu bölümde yer alan suçları incelediğimizde zimmet, irtikap, rüşvet, yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama, görevi kötüye kullanma, kamu görevlisinin ticareti.. gibi suçların faillerinin yalnızca kamu görevlisi sıfatını haiz kişilerin olacağı gerçeği ile karşılaşırız.

Görevi yaptırmamak için direnme, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma... gibi suç tiplerinde ise failde özel bir sıfat aranmamış olup bu suç tipleri herkes tarafından işlenilebilir.

İnceleme konumuz “Memur Suçları ve Soruşturma Usulleri. Tapu ve Kadastro Çalışanlarının En Çok İşlediği Memur Suçları, Nedenleri ve Önlenmesine Yönelik Alınması

⁵ Yurtcan Erdener, s.2

⁶ÇETİN Özek, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976, s.54.

Gerekli Tedbirler”dir. Temelde bu suçlar kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenen kamu görevlileri tarafından kamu idaresine karşı işledikleri suç tiplerine dahildir. Ancak 5237 sayılı Ceza Kanunda üçüncü kısım topluma karşı suçlar dördüncü bölüm kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu gibi farklı bölümlerde düzenlenen, Tapu ve Kadastro çalışanlarınca işlenmesi muhtemel suç tipleri üzerinde de duracağız.

Her ne kadar çalışma başlığı olarak “memur suçları” kavramını kullanmış olsak da bu 765 sayılı mülga Ceza Kanunu döneminden kalan bir alışkanlık olarak kendini devam ettirmektedir. Bu adlandırma sorunun anlaşılabilmesi ve inceleme konumuz suç tiplerinde ortak noktanın kamu görevlisi kavramı olmasından dolayı münferit suç tiplerini açıklamaya geçmeden önce kamu görevlisi kavramını tartışmamız yerinde olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

1.GENEL OLARAK

Ceza hukukundaki suç faili veya suçlu; Devletin koyduğu normlara isyan eden, bu istek ve iradeyi açığa vurabilen, isnat yeteneği ve kusurluluğa haiz bulunan bir varlıktır. Ve bu tür yetenekler ancak gerçek kişilerde bulunur⁷. Dolayısı ile tüzel kişiler; ceza hukuku anlamında suç faili olarak kabulüne imkan yoktur. Tüzel kişiler belli bir gayeye matuf, gai (final) olarak hareket edemezler. Bu nedenle bir tüzel kişiyi normun muhatabı (ve dolayısı ile yükümlüsü) olarak telakki etmek mümkün değildir⁸⁻⁹. Fakat bunların ekonomik alandaki etkinlikleri itibari ile organlarının işledikleri suçlardan dolayı hukuki sorumlulukları mümkündür¹⁰. Ayrıca suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir uzantısı olarak tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanmayacağı ancak bunlar hakkında suç dolayısı ile kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği 5237 sayılı Ceza Kanunu madde 20/2 de belirtilmiştir. Yeni yasa ile tüzel kişilerin suçun faili olmaları ile bunların suç nedeni ile yaptırıma tabi tutulmaları birbirinden ayrı değerlendirilmiş ve her ne kadar tüzel kişilerin suç ve cezaların şahsiliği ilkesi gereği suçun faili olamayacağı ve cezai yaptırıma tabi tutulamayacağı anlayışı yerleştirilmiş ise de bunlar hakkında suç nedeni ile güvenlik tedbiri veyahut idari para cezası uygulanabilmesinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır¹¹.

Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak, herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Kanuni tanımda faille bağlantılı olarak “kişi”, “kimse”, “bir kimse” veya “her kim” ifadelerinin kullanıldığı suçlar bu nitelikte suçlardır. Buna karşılık bazı suçlar özel yükümlülük altında bulunan ve belli faillik vasfını taşıyan kimseler tarafından işlenebilir¹². Kanuni tarifinde faille ilgili olarak herhangi bir insan olmanın ötesinde, belli özel ve objektif vasıflardan söz edilen suçlara özgü (mahsus) suç denilmektedir. Özgü suçlarda suçun faili, diğer insanlara nazaran özel bir yükümlülük altında bulunmaktadır¹³. İnceleme konumuz olan suç tiplerinde fail ögesi, kamu görevlisi sıfatına haiz kişilerden teşekkül etmektedir. Bu nedenle inceleme konumuz suç tiplerinin tamamının özgü suç olduğunu vurgulamak hatalı olmaz.

⁷DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Genel Kısım Cilt:2, 7. Bası, İstanbul, 1982, s.518

⁸ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.190

⁹ Anayasa Mahkemesi 14.02.1989, E.1988/15, K. 1989/9 sayılı kararında her ne kadar tüzel kişilerin suçun faili olabileceğini belirtmiş olsa da bu kararın doğruluğu doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. (ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.185)

¹⁰ DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman, s.411

¹¹ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ceza sorumluluğunun şahsiliğine aykırıdır. Bu sebeple tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden kanunlardaki hükümler kaldırılmalıdır. Kanımızca TCK’ da getirilmiş olan bu düzenleme başarılı değildir. Burada kabul edilecek olan dolayısı ile faillik kurumundan yararlanmak ya da temsilci, vekil vb. kişilerin sorumlu tutulduğu yeni suçlar yaratmaktır. (ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / KORAY / TEPE, s.210)

¹²İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener s.90

¹³ ÖZGENÇ İzzet, s.188

Doktrinde özgü suçlara yönelik olarak gerçek özgü suçlar ve görünüşte özgü suçlar ayrımı yapılmaktadır¹⁴. Özgü suçlardan bazıları münhasıran özel faillik vasfını haiz kişiler tarafından işlenebilir ki, bunlara gerçek özgü suçlar denilmektedir. İnceleme konumuz kapsamındaki bazı suç tipleri örneğin görevi kötüye kullanma, rüşvet, irtikap gibi suçların faili ancak kamu görevlisi olan kişiler olabilir yani bu suçlar yukarıdaki ayrım itibari ile gerçek özgü suç tipi gurubuna dahildir. Bazen ise suçun basit şekli herkes tarafından işlenebilir iken nitelikli şekli ancak belli özel faillik vasfını taşıyan kimseler tarafından işlenebilir ki, bunlara görünüşte özgü suçlar denilmektedir. Mesela yine inceleme konumuz kapsamında kalan resmi evrakta sahtekârlık suçunun failinin kamu görevlisi olmayan bir kişide olabilir fakat failin kamu görevlisi olması halinde faile cezası ağırlaştırılarak verilir.

2. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

5237 sayılı TCK madde 6/1-c bendinde kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da her hangi bir surette sürekli, süreli ve ya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK bu tanımı ile kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için kamusal faaliyetin icrasına katılmasını dayanak noktası olarak almış ve 765 sayılı ETCK döneminde süre giden memur- kamu hizmetlisi ayrımını terk etmiştir. Kavramı daha iyi anlatabilmek adına öncelikle anayasa hukuku, idare hukuku boyutunu ardından 765 sayılı ETCK dönemindeki durumu ardından 5237 sayılı TCK’nın düzenlemelerini ele alacağız.

2.1. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİSİ

1924 Anayasası döneminde kamu görevlileri konusunda ayrıntılı düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu anayasa tek bir tip kamu görevlisi kategorisi getirmek sureti ile memur kavramı ile kamu görevlisi kavramını özdeşleştirmiştir¹⁵. 1961 Anayasası dönemine gelindiğinde ise 1924 Anayasasından farklı ve yeni olarak; memurlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, teminatlar getirilmekle beraber, devletin yanında öteki kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin de memurlar eliyle yürütülmesi gerektiği kuralı yer almıştır. Her iki anayasada da memurlara ilişkin olarak temel özellik tüm kamu görevlilerinin memurluk statüsü içine alınmış olması ve ayrı bir statünün belirlenmemiş olmasıdır¹⁶.

1982 Anayasası madde 128 ile genel ilkeler başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir.

¹⁴İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Fusun / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, s.91, bazı yazarlar ise bu ayrımı gerçek kamu görevlisi suçları ve gerçek olmayan kamu görevlisi suçları olarak yaparlar. (TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.730)

¹⁵ KANLIGÖZ Cihan, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 1–4,Ankara 1993, s.172

¹⁶ KANLIGÖZ Cihan, s.174

“ Madde 128- devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

82 Anayasasında bu düzenleme ile getirilen ve 1961 Anayasasından farklı olarak göze çarpan ilk husus devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yanında kamu iktisadi teşebbüslerinin de genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin varlığının açıkça belirtilmiş olmasıdır. 61 Anayasasından farklı olan diğer bir husus da, söz konusu kamu hizmetlerinin memurlar yanında (ve memurlarla beraber) diğer kamu görevlilerince de yürütüleceği hükmünün yer almasıdır¹⁷. Böylelikle asli ve sürekli görevlerin yalnızca memurlar eliyle görüleceği uygulamasına diğer kamu görevlilerinin de asli ve süreli görevleri görececek personel arasına alınması uygulaması eklenmiştir. 1982 Anayasasında memur kavramını tanımlayan bir hüküm bulunmadığı gibi diğer kamu görevlileri kavramını da tanımayan bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle doktrinde ve uygulamada bu kavramlar tanımlanmaya çalışılmıştır. Diğer kamu görevlileri kavramı içerisine kimlerin girdiği tartışmalı olmakla birlikte, kamusal faaliyete katılan işçi¹⁸ olmayan ve memur sayılmayan kamu çalışanlarının girdiği kabul edilmektedir.

2.2. İDARE HUKUKU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

İdarenin insan unsurunu tanımlamak için çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Kamu görevlileri, kamu personeli, kamu ajanları ve ya kamu hizmeti görevlileri gibi.

İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. İdare hukukuna göre; kamu görevlisi olmanın olmazsa olmaz şartı, kamu görevlilerinin kamu kesimindeki bir teşkilata bağlı olarak görev yapmalarıdır. Bu açıdan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından istihdam edilen kişiler kamu görevlisi sayılamayacağı gibi kamu kesiminde bir teşkilata bağlı olmaksızın kamuya yararlı bir hizmeti ifa edenler veya kamu hizmeti ifa edenler (serbest avukatlar gibi) de kamu görevlisi sayılmazlar¹⁹.

Geniş anlamda kamu görevlisi; hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade eder. Bunlar özel hukuk rejimine veya kamu hukuku rejimine tabi olabilirler. Cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, milletvekilleri, muhtarlar işçiler geniş anlamda kamu görevlisidir²⁰. Dar anlamda kamu görevlisi denince, devletin siyasal yapısını oluşturan organlarda yer alan görevliler ile özel hukuk hükümleri çerçevesinde çalışanların dışında kalan ve genel idari esaslara göre devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği

¹⁷ KANLIGÖZ Cihan, s.175

¹⁸ Kamuda çalışan işçiler memur ve diğer kamu görevlisi kavramlarının dışında kalır. Anayasa mahkemesi de 1580 sayılı Belediye Kanununun 102’inci maddesine ilişkin olarak verdiği 09.02.1993 tarih 44/7 sayılı kararında işçilerin Anayasanın 128’inci maddesindeki memur ve diğer kamu görevlilerinden sayılmayacağını hüküm altına almıştır. (ÇOLAKER Mustafa, 5237 Sayılı Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı, Adalet Dergisi, Yıl:98, Sayı:28 Mayıs 2007 s.292)

¹⁹ AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya,2004, s.368

²⁰ AKYILMAZ Bahtiyar, s.368

asli ve sürekli görevleri yürüten personel anlaşılır. 1982 Anayasasının 128. maddesinde geçen kamu görevlileri dar anlamda kamu görevlilerini kastetmek için kullanılmıştır. Bunlar, kamu kuruluşlarında asli ve sürekli görevleri yürüten, durumları idare hukukunca belirlenmiş görevlilerdir²¹.

Türk mevzuatında kamu görevlisi kavramının tek bir tanımı bulunmamaktadır. Her kanunun kendi uygulama alanı ve konusu açısından kamu görevlisi tanımı yapmıştır. Örneğin; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, kamu görevlisini dar anlamda tanımlarken, 5237 sayılı TCK, 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüüşvet Ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kamu görevlisini geniş anlamda tanımlamıştır²².

Anayasanın 128. maddesine göre kamu görevlileri, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak ikiye ayrılmaktadır. 14 Temmuz 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 4'üncü maddesi ise kamu görevlilerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olmak üzere dört gruba ayırmaktadır. Bu dört gruptan sonuncusu olan işçilere devlet memurları kanunu uygulanmaz ve bunlar özel hukuka tabidir. Dolayısı ile bunlar kamu görevlisi değildir. O halde memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel olmak üzere üç grup kamu görevlisi vardır. Bunlardan ise sözleşmeli personel ve geçici personel anayasada belirtilen diğer kamu görevlileri kategorisine girer. Kamu görevlisi kavramı memur kavramını da kapsayan daha geniş bir kavramdır.

2.3. CEZA HUKUKU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

2.3.1. 765 Sayılı ETCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı

765 sayılı ETCK döneminde memur kavramının tanımına 279. maddede rastlanmaktadır. Bu kapsama mehz kanun kabul edildiğinde sadece devlet memurları sokulmuştur²³. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunun üç kategori personel kabul etmesinden etkilenen Türk kanun koyucu 1936 yılında 3038 sayılı kanunla diğer değişikliklerin yanında 279. maddeyi de değiştirmiştir²⁴. Nitekim 279. maddenin birinci fıkrası İtalyan Ceza Kanunun 357 maddesinden ve 2. fıkrası ise aynı kanunun 358. maddesinden olduğu gibi alınmıştır²⁵. Gerçekten İtalyan Ceza Kanunun iki maddeden oluşan “memur” ve “amme hizmeti ile görevli kimseler” tanımı kanunumuzda tek bir madde de birleştirilmiştir²⁶.

1936 da değişikliğe uğrayan 279'uncu madde “memur” ve “ amme hizmeti görmekte muvazzaf olanları” şöyle tarif edilmiştir;

²¹ YILDIRIM Ramazan, İdare Hukuku Dersleri 1, Mimoza Yayınları, Konya, 2005, s.159

²² YILDIRIM Ramazan, s.158,

²³ Maddenin ilk şekli; “*kanunun tatbikatında Devletin veya vilayet ve nahiye ve kariyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı ve maaşsız, daimi ve muvakkat vazife görenler memur sayılır.*”

²⁴ SOYASLAN Doğan, Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1-4, Ankara 1998, s.44

²⁵ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Hukukunda Memur Ve Hizmetli Kavramları, Adalet Dergisi, S.1,Yıl. 61,1970, s.7

²⁶ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.247

“ Ceza kanununun tatbikatında;

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

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

Ceza kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar;

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

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

Madde bu iki kavramı tanımlamış ancak bu iki kavramı birbirinden ayıran ölçütleri tam olarak belirmediğinden dolayı bu iki kavram gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde tam anlamı ile ayırt edilememiş ve nitelikleri konusunda tartışmaya neden olmuştur. Farklı terimler kullanan kanun böylece bu terimler arasında bir farkın mevcudiyetine işaret etmiştir. Bu terimler arasındaki farkın tespiti gerekmektedir. Zira ceza kanununda bazı suçların -örneğin TCK 202, 208,209- yalnız memurlar tarafından bazılarının ise -örneğin TCK.138- memurlar ve amme hizmeti görenler tarafından ika edilebileceğini belirtmiştir²⁷.

Öncelikle bu konudaki ilk görüş kamu görevi yerine getirenler (memurlar) ile kamu hizmeti ile görevliler arasında bir fark olmadığını dile getirmiştir. Bu görüşe göre; aslında devlet memurlarından ayrı olarak kamu hizmetlileri kategorisinin düzenlenmesi de bir şeyleri değiştirmemiştir. Çünkü İtalyan Ceza Kanunun 358.maddesinde ifadesini bulan kamu hizmetlisi kavramı kanunun 276. maddesine aktarılmış ama buna paralel olarak özel hükümlerde suçun kamu hizmetlileri tarafından işlenmesi haline ilişkin değişiklik (birkaç istisna hariç) bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmemiştir²⁸. Bu görüşe göre önemli olan husus amme kudretinin, otoritesinin kullanılmasıdır ve 279. madde tatbikatında memur sayılamayacak kişileri “vazifenin icrasında, doğrudan doğruya ve dolayısıyla amme kudretini kullanmayan veya amme kudretinin kullanılması netice itibariyle icrai karar almaktan ibaret bulunduğu göre, icrai karar alabilecek makam ve memura hukuki malzemeyi hazırlayan devlet ve diğer amme müesseseleri memur ve müstahdemleri veya adli veya teşrii bir vazife gören diğer kimselerdir” olarak tanımlamışlardır²⁹⁻³⁰.

²⁷ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.249

²⁸SOYARSLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.586

²⁹UTKU Eray, Ceza Hukukunda Memur, Adalet Dergisi, Sayı:8, Ankara 2001, s.169

³⁰Memur ve kamu hizmetlisi terimlerini eş anlamı sayarak, görev ve hizmette temel ögenin kamu gücü kullanılması olduğunu belirten bu görüş; kamu kurumunda çalışan herkesi memur olarak benimsemesi ve yasanın özenle sınırladığı memur kavramının sınırlarını genişlettiği için eleştirilmiştir. (SELÇUK Sami, s.33)

Kamu görevi ve kamu hizmetini farklı kavramlar olarak ele alan görüş ise bu iki kavramı ayırmada farklı görüşler kullanmışlardır. Bu görüşlere geçmeden önce bu kavramları nasıl tanımladıklarına bakmak gerekir ise; kamu görevi; yasama ve yargı etkinliklerinin yanı sıra devletin olmazsa olmaz birincil amaçlarının gerçekleşmesi için, öznel açıdan devlete özgü, devletçe yapılması zorunlu; egemen/ üstün gücün, yetkinin ve kamu hukuku kurallarına (genel idari esaslarına, anayasa m.128) göre oluşturulan idarenin kullanıp örgütlenmesini yansıtan etkinlikler bütünüdür. Kamu hizmeti ise; devletin ikincil nitelikte amaçlarını gerçekleştirmek için başkalarına bırakabileceği etkinliklerdir şeklinde tanımlanmıştır³¹.

Bu terimleri birbirinden ayırmada kullanılan görüşlere gelince;

1. Devletin esaslı olan ve esaslı olmayan gayeleri arasında ayırım yapan görüş, devletin esaslı nitelikte gayelerini elde etmesine yönelik faaliyetlere amme vazifesi demektedir. Amme vazifesinin devlet tarafından yapılması zorunludur. Devletin esaslı olmayan gayelerinin elde edilmesine yönelik olmayan faaliyetlere ise amme hizmeti denir. Amme hizmetinin ifası fertlere bırakılabilir.

2. Bazı yazarlar; amme vazifesi ve hizmeti ayırımının kıstasını amme kudretinin müdahale edip etmemesinde ararlar. Amme kudretinin müdahalesiyle yapılan hakimiyet tasarrufları amme vazifesidir. Kişiler tarafından da yapılabilen ve amme kudreti müdahalesini gerektirmeyen teşşiyet tasarrufları da amme hizmeti sayılmaktadır.

3. Başka bir görüşe göre direktif ve takdir salahiyetine sahip kişilerin faaliyetine amme vazifesi, bu salahiyete sahip olmayanlarınkine de amme hizmeti denir. Amme vazifesi az da olsa bir fikri faaliyet, amme hizmetini ise bedeni ve mekanik birer faaliyet olarak görenler de vardır³².

Yargıtay da bu amme vazifesini objektif olarak ele alan kararlar vererek, memur kavramını tanımlamıştır. “TCK’nın 279. maddesine göre memur; devlete ait hukuki bir iktidar ve salahiyet kullanarak hukuki tasarruf ve fiilin icrasını gerçekleştirenler, bu hukuki tasarruf ve fiilin icrasına amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım edenlerdir. Bu itibarla ceza kanunu tatbikatında bir kimsenin memur sayılabilmesi onun sübjektif durumu ile müstahdem olup olmaması ile ilgili değildir, gördüğü faaliyet ile ilgilidir ve bu itibarla da, bir amme vazifesi gören herkes memurdur”³³⁻³⁴.

³¹SELÇUK Sami, s.36

³²ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004,, s.252

³³Y.C.G.K. 25.11.1985, 1/410–595, “amme vazifesi; devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere tahakkuk etmeyen ve bunlara ferdi olarak bağlı bulunmayan faaliyetler, amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Amme vazifesi; devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı; zaruri oluşu, yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise; devletin ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına aldığı işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için yerine getirir.” (Özel Daire, 04.03.1947, 173/116) , “devlete ait bu tür kuruluşlar da çalışanların TCK uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle bu kuruluşun Devletin amacı gereği yerine getirmek zorunluluğunda bir işi (kamu görevi) yapıyor olması gerekir.” (4.C.D., 03.07.1995, 853/5042)

³⁴ Bu kıstas ortaya konmuş olsa da ayırımın kendiliğinden ortaya çıktığı söylenemez Yargıtay kimin memur kimin hizmetli olduğunu adeta kazuistik metotla tespiti çalışmıştır; belediye odacısı (4.C.D., 22.05.1956, 1945/7254), işçi kurumu plasmanı (4.C.D., 22.05.1956, 1943/7284), devlet hava yolları meydanları müdürlüğü

Yargıtay 4.C. D. 10.05.1996 tarihili kararında belirttiği üzere ³⁵ bir kimsenin ceza uygulamasında memur olabilmesi için TCY'nın 279. maddesinin 1.fikrasının bentlerinde öngörüldüğü gibi kamu görevi yapan bir kimse olması gerekir. Bu nedenle yasa koyucu bazı kimselerin bazı kanunlar ile memur gibi cezalandırılacağını öngörmüştür. Örneğin; 2495 sayılı Kanun ile Tarış personeli, 506 sayılı Kanunun 136.maddesi ile ve 4792 sayılı Kanunun 7.maddesi ile SSK memur ve hizmetlileri, 6136 sayılı Kanunun 26.maddesi ile TCDD işletmesi personeli, 2929 sayılı Kanunun 48.maddesi ile KİT personeli memur sayılmıştır.

2.3.2. 5237 Sayılı TCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı

5237 sayılı TCK madde 6/1-c bendinde kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da her hangi bir surette sürekli, süreli ve ya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucu 765 sayılı ETCK dönemindeki, memur-kamu hizmetlisi ayrımını terk ederek yerine kamu görevlisi kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bu durum madde gerekçesinde; “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “ kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre; kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için aranacak yegane ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır” şeklinde açıklanmıştır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet Anayasa ve kanunlarda belirtilmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmaların bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterlerin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetlerinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişilerde kamu

satış memuru (5.C.D.,08.04.1954, 1090/1383), *müftü* (4.C.D., 09.05.1953, 3890/5290), *seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri* (3. C.D.,09.03.1951, 1447/10424), *noter* (4.C.D.,16.12.1995, 14512/19863), *mahkemece tanık olarak dinlenen kimseler* (4.C.D.,20.09.1995, 5021/5093), *devlet tiyatrosu sanatkarları* (7.C.D., 23.11.1965, 8260/9170), *belediye elektrik işletme memuru* (4.C.D.26.05.1956, 7757/7789), *Belediye fen kalfası*(4.c.d., 25.04.1967, 180/2949), *İstanbul elektrik tramvay ve tünel işleri unum müdürlüğü tahsildarı* (5.C.D., 14.06.1957, 3195/3817), *belediye başkanı* (4.C.D., 16.09.1992, 5454) *sosyal sigortalar kurumunun memur ve hizmetlileri* (5.C.D., 04.04.1991, 780/1961), *DSİ Genel müdürlüğü kamulaştırma teknisyeni* (4.C.D., 01.02.1945, 9477/561) ceza kanunu uygulamasında memur sayılır.

belediye park bekçisi (4.C.D., 22.10.1956, 12902/17295), *belediye otobüs biletçileri* (4.C.D., 11.09.1991, 3346/4807), *kadrolu olsa dahi belediye su şebekesi işçisi* (4.C.D., 29.02.1955, 13498/1752), *belediye su işleri usta başısı* (23.02.1955, 3182/3589), *belediye tellahı* (4.C.D., 27.03.1954, 1482/3470), *telefon hat bakıcısı* (4.C.D., 02.10.1956, 6679/12779), *Türkiye vakıflar bankası şube müdür yardımcısı* (4.C.D. 10.05.1996, 3128/4213), *vakıflar genel müdürlüğüne bağlı K: vakıflar yurdu müdürü* (1.C.D., 08.12.1997, 3720/3974), *hastane kapıcısı* (4.C.D., 20.10.1953, 3497/10149), *ofis inşaat sürveyanı* (4.C.D., 04.03.1948, 2451/2651), *tarım kredi kooperatifi memuru* (2.C.D. 26.06.1947, 2453/7265) *Türk hava kurumu memurları* (C.U.H. 10.04.1945, 102/98), *vatman* (4.C.D., 18.05.1950, 5534/6591), *İstanbul İETT şirketi genel müdürlüğüne mensup muntika şefi* (4.C.D., 13.02.1974, 661/1267), *tek el tuz kantarcısı* (4.C.D. 28.02.1957, 3662/2974), *hasta bakıcı* (4.C.D., 01.03.1979, 744/994), *köy imamı* (4.C.D., 16.06.1993, 4316/4869), *İtfaiye eri* (4.C.D., 10.06.1996, 4489/5317), *sağlık ocağı müstahdemi* (4.C.D. 08.02.1995, 130/867), *spor toto teşkilat müdürlüğü personeli* (4.C.D. 03.07.1995, 853/5042), ceza kanunu tatbikinde memur değildir.

³⁵ 4. C. D. 10/05/1996.3128/4213

görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu ve hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay ve erleri de kamu görevlisidir³⁶.

Toplumdaki bütün bireyler adına yürütülen faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanılabilmesi için kamu faaliyetinin yürütülmesine kamu hukuku usulüne göre, anayasadaki ifade ile genel idari esaslara göre iştirak etmek gerekir. Böyle bir durumda az ya da çok mutlaka kamu otoritesine (devlete) ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin görevine seçimle veya tayin yolu ile getirilmesinin, devamlı ve geçici üstlenilmesinin, bu görev nedeni ile para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur. Buna göre kamu görevlileri kavramı ile emreden emredilen ilişkisinin, hiyerarşi ilişkisinin hakim olduğu bir personel yapılanmasında emredilen anlamına gelen memur kavramı ile eş anlamlı değildir. Bu itibarla kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir³⁷.

Temel kavram olan “kamusal faaliyet”in anlamına gelecek olursak, aslında idare hukukunda terim olarak böyle bir kavram yoktur. İdare hukukunda yapılan ayrım kamu hizmeti-kamuya yararlı hizmet ayrımıdır. Yalnızca bazı durumlar da kamu hizmeti deyimini “faaliyet, iş, uğraş” anlamına kullanılmaktadır. Bu anlamıyla kamu hizmeti (faaliyeti) “bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet”tir³⁸. Her ne kadar TCK da “kamusal faaliyetin yürütülmesine... herhangi bir surette... katılmadan” söz edilse de, bunda amaç, kamu hizmeti gören kimseleri de kamu görevlisi saymaktır bu bakımdan “kamuya yönelik/kamuya yararlı” her hizmeti sağlayan kamu görevlisi olamayacaktır. Çünkü kavram böyle anlaşılırsa -kamuya yararlı her hizmeti veren kişi- TCK’ ya göre, taksici, özel hastanedeki hemşireye kadar yelpaze genişleyebilecektir. Hiç şüphesiz kanun koyucunun maksadı bu değildir³⁹.

Bugün bir kimsenin kamu görevlisi, yapılan faaliyetinde kamusal faaliyet sayılabilmesi için onun ile kamu ile olan sübjektif ilişkisine değil, yaptığı görevin objektif olarak kamusal faaliyete ilişkin bir görev olmasına ve faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması sureti ile gerçekleştirilip gerçekleştirmediğine bakılmalıdır⁴⁰.

5237 sayılı TCK bakımından kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir organik bağ içinde olması da gerekmez. Oysa idare hukukunda ister dar anlamda ister geniş anlamda olsun bir kimsenin kamu görevlisi olabilmesi için “kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. Bu durumda TCK’nın kamu görevlisi kavramının idare hukukundakinden farklı ve geniş anlamda olduğu anlaşılmaktadır⁴¹. Şöyle ki; idare hukukundaki kamu görevlisi kural olarak bir kadroya atanarak devamlı olarak çalışan ve hizmet karşılığında devletten bir ücret alan kimsedir. Devamlı personel statüsünde olabileceği gibi idarenin üstünlüğüne dayanan sözleşmeli personel statüsünde de olabilir.

³⁶ Madde gerekçesi

³⁷ AKÇİN İhsan, s.15

³⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.735

³⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.736

⁴⁰ AKÇİN İhsan, s.17

⁴¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.737

Oysaki ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramı daha geniş olup ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli, ihtiyari veya mecburi olarak kamu görevi yapan kimsedir. Hal böyle olunca artık devlet veya kamu kurumları adına çalışan bir kurumun müdürü ile sair personeli, kurumun odacısı, kurumun kapıcısı ve kurumun şoförü arasında fark kalmamış tümü de kamu görevlisi sayılmış böylece 765 sayılı ETCK'daki memur tanımının kapsamı genişletilmiştir. Gerçekten hizmet alanı kamusal faaliyet olarak nitelendirilmekteyse, bu faaliyetin yürütülmesine, yani faaliyetin amacına uygun olarak fonksiyon icra edebilmesi için yardımcı görevlilere de ihtiyaç bulunacaktır. Kamusal faaliyetin kuruluş maksadına uygun olarak sürdürülebilmesi için varlığı zorunlu bulunan bu görevliler de dolayısı ile kamusal faaliyetin yürütülmesine katılacaktır. Bu nedenle, yargı faaliyetinin yürütülebilmesi kadro karşılığı görevlendirilen ve istihdam biçimi olarak yine kamu hukuku (idare hukuku) rejimi uygulanan yardımcı personellerin de (hizmetli, şoför vb.) kamu görevlisi sayılması gerekecektir.

Kamu kurumunda çalışan sözleşmeli personelin durumuna gelince; kanaatimizce bu kişilerinde kamu görevlisi sayılması gerekecektir. Çünkü sözleşmeli personel uygulaması da genel idari esas ve usulleri içerisinde yer almaktadır. Sözleşmeli personelin özlük hakları ve hukuksal rejimi memurlara benzetilmiş olup daha ziyade ücret yönünden farklılık bulunmaktadır. Bu nedenle kadro karşılığı veya geçici sözleşmeli personel arasında bir fark bulunmaksızın kamu hukuku usulünce kamusal faaliyete katıldıklarından kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri yerinde olacaktır⁴².

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde görevli 17 bin personelin 3 bin kadarı sözleşmeli olarak çalışan personellerden oluşmaktadır. Bu sözleşmeli personellerde kurumumuzca yürütülen mülkiyet hakkını tespit etmek üzere taşınmazların kadastro çalışmalarını planlamak, yürütmek, yenilenmesini ve güncellenmesini sağlamak, tapu sicillerini oluşturmak, arşivlenerek korunmasını sağlamak, harita yapmak, üretim standartlarını tespit etmek ve arşivlenmesini sağlamak faaliyetlerine yani Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce yürütülen kamusal faaliyete dahil olmaktadır. Kamusal faaliyetin yürütülmesine “her hangi bir suretle” katılan kişilerin 5237 sayılı TCK karşısında kamu görevlisi sıfatına sahip olmasından dolayı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde çalışan sözleşmeli personel de ceza hukuku açısından kamu görevlisi sıfatına haizdirler.

Bazen uygulamada zorunluluk veya menfaat esasına dayanarak bir vatandaşın kamu görevlerinden herhangi birini ifa etmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumlar da, kamu yararı, belli bir faaliyetin seri şekilde yerine getirilmesini gerekli kılar ve bu durumda sözü edilen fonksiyonun herhangi bir vatandaş tarafından icra edilmesi adeta bir zorunluluk halini alır. Bazı hallerde ise maslahata uygunluk düşünceleri dolayısı ile özel şahısların belli bir fonksiyon görmeleri veya fonksiyonun ifasına iştirak eylemeleri icap eder. Fakat özel bir vatandaşın kamu fonksiyonu ifa etmesi veya ifasına iştirak etmesi onun her zaman kamu görevlisi sayılacağına delalet etmez. Bu kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için de bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir; ilk şartta, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasını bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olmasıdır. Diğer bir şart da Devletle hukuki tasarruf ve fiile iştirak eden şahıs arasında hususi bir kamu hukuku

⁴²GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.42

münasebeti bulunmasıdır. Şu halde; zorunluluk ve kamu yararı icabı herhangi bir kamu görevinin bir vatandaş tarafından ifasına bir kanun müsaade etmiş veya uygun bulmuş vatandaş da bu fonksiyonu Devletle özel bir kamu hukuku münasebeti kurup hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise kamu görevlisi sayılır⁴³. Özetle; idareye istihdam bağı ile bağlı bulunmadığı halde kanunlar gereği kendilerine verilen kamusal görevleri bir meslek olarak ya da geçici bir süre ile yürüten kimseler de kamu görevlisi sayılmaktadır. Madde gerekçesinde de örneklendiği üzere; savunma görevi yapan avukatlar, hukuki işlem ve belgelerin tespiti görevini yürüten noterler, kanunun verdiği yetki ile yargısal faaliyete katkıda bulunmak üzere görevlendirilen tanık, bilirkişi, tercüman gibi kimseler kamu görevlisi sayılmaktadır. Benzer biçimde, seçimle gelerek yerel yönetimlerde görev alan muhtar, ihtiyar heyeti üyeleri, belediye meclisi ve il genel meclisi üyeleri gibi kimseler de bu görevleri dolayısı ile kamu görevlisidirler⁴⁴. 765 sayılı ETCK döneminde tek tek yargı kararlarında memur sayıldıkları belirtilen bu kişiler artık kamu görevlisi kavramına dahildirler⁴⁵.

Yukarıdaki paragraftaki açıklamalarımızı 3402 sayılı Kadastro Kanununa göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü yetki sahasında gerçekleştirilen kadastro çalışmaları açısından tartışmamızda fayda vardır. Kadastro çalışma alanı içerisindeki taşınmaz malların sınırlandırma ve tespitlerinde bilgisine başvurulmak üzere 3402 sayılı Kanun 3. maddesine göre kadastro ekibinde görevlendirilen bilirkişilerin cezai açıdan sorumluluklarında sıfatları ne olacaktır?

3402 sayılı Kanun cezai hükümler başlıklı bölümünde yer alan 42. ve 43. maddeleri ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 47/B maddesi hükmü gereğince düzenlenen “Kadastro Bilirkişileri Hakkında Yönetmelik” hükümleri incelendiğinde şu cezai düzenlemelere ulaşabiliriz. 3402 sayılı Kanun madde 42 “...yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin eylemleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği durumda para cezası ile cezalandırılacakları, çağrı üzerine özürsüz olarak gelmeyen bilirkişinin yine para cezası ile cezalandırılacağını...” düzenlemektedir. 3402 sayılı Kanun madde 43 “Kadastro tutanaklarının düzenlenmesi sırasında sahibi olmadığı taşınmaz malı kendi veya başkası adına kaydettirmek veyahut bir kimseye ait taşınmaz malı başkası adına yazdırmak için gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanununun 343 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı ceza uygulanır. Kadastro tutanaklarının düzenlenmesi sırasında bir kimse sahibi olmadığı bir taşınmaz malı hile ve desise veya kendisine ait olmayan kayıt ve belgeler kullanarak, kendisi veya başkası adına kaydettirirse, eylemi daha ağır cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve ayrıca beş bin liradan yirmi bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. İkinci

⁴³AKÇİN İhsan, s.17

⁴⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, C.31, S.4, Ekim 2005, s.495

⁴⁵ “ mahkemece tanık olarak dinlenenlerin TCY’nın 279. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde yazılı adli bir kamu görevi yapan kişilerden olduğu ve ceza yasası uygulamasında memur sayıldığı gözetilip...” (4.C.D. 08.03.1994,9943–1922) “Hakim tarafından görevlendirildiği için bilirkişi ile devlet arasında özel bir bağ kurulmuş olduğundan TCY’nın 279 maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde gösterilen adli kamu görevi yapan kimseler kavramı kapsamına girer. Bu nitelikteki bilirkişi memur sayılır”.(10. C. D. 26.12.1994,11900/14671) “Muhtarların yukarıda belirtilen görevlerinin asli ve sürekli nitelikleri gözetildiğinde; TCK yönünden memur sayılmaları gerekli olmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi, 20.09.1994,1994/47–70)

fıkra yazılı fiilleri; kanun veya yetkili makamlarca görevlendirilen kimselerin işlemesi halinde ceza üçte bir oranında artırılarak hükmolunur.” Hükmünü amirdir.

765 sayılı ETCK döneminde 343. maddede yer alan suç, 5237 sayılı TCK madde 206 da yer alan “resmi belgelerin düzenlenmesinde yalan beyan” suçuna tekabül etmektedir.

5237 sayılı TCK madde 206 “bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişiye” ceza verileceğini hüküm altına almaktadır. Yani 206. madde herkes tarafından işlenebilen bir suç tipidir. 3402 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanuna yapılan atıfta yer alan suç özgü suç niteliğinde değildir. Yani Kanun koyucu yapılan atıf ile yalan beyanda bulunan bilirkişilerin kamu görevlisi şeklinde cezalandırılacağını öngören bir maddeye yollamada bulunmamıştır. Peki, böyle bir yollama yapılmamış olması kadastro ekibinde görevli bilirkişilerin kamu görevlisi sayılmamasını önleyebilir mi?

Kanaatimizce 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun 2. maddesi b bendine göre “ülkenin kadastrounu yapmak” görevi Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün yetki sahasında olan bir kamusal faaliyettir. Kurum bu yetkisini 3402 sayılı Kanuna göre yerine getirmektedir. Yani kurum kamusal faaliyetini 3402 sayılı Kanun çerçevesinde yürütmektedir. 3402 sayılı Kanuna göre yerine getirilen kadastro tespit çalışmaları kamusal faaliyet niteliğindedir ve bu kamusal faaliyete kadastro ekibinde görevli bilirkişilerde katılmaktadır. 5237 sayılı TCK 6. madde kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için yegane ölçüt olarak kişinin kamusal faaliyete katılmasını ölçüt olarak kabul etmiş, kamusal faaliyete katılmanın şeklini -atama veya seçilme yolu ile ya da herhangi bir suretle süreli, süresiz veya geçici olarak, ücretli veya ücretsiz olarak olup olmasını- ölçü olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğünden itibaren kadastro ekibinde görevli bilirkişilerin kamu görevlisi sıfatına sahip bulundukları açıktır. Yine yasa koyucunun madde gerekçesinde belirttiği “yargısal faaliyete katkıda bulunmak üzere görevlendirilen tanık, bilirkişi...” şeklindeki açıklama tahdidi nitelikte olmayıp örnekleme niteliğindedir. Bu nedenle yargısal faaliyete katılmasalar da, 3402 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen kamusal faaliyete katılan kadastro bilirkişileri de kamu görevlisi sıfatına haizdir.

3402 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilen bilirkişilerin kamu görevlisi sıfatına sahip bulunması nedeni ile haklarında sadece yalan beyanda bulunma suçundan dolayı değil, yürütülen kadastro tespit faaliyeti nedeni ile işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sıfatı ile yargılanabilmeleri mümkündür. Şöyle ki, bilirkişi kadastro tespit çalışmasında bu görevinin verdiği nüfuzu kullanarak çıkar sağlanması hususunda icbar edici davranışlarda bulunur ise irtikap suçunu işleyebileceği gibi, görevinin gereğine aykırı olarak yalan beyanda bulunması hususunda bir kişi ile anlaşmaya varması halinde rüşvet suçunun da faili olabilecektir. Bu örnekleri arttırmak mümkündür.

5237 sayılı kanun 6. madde gerekçesinde; “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” denmektedir. Bu şekildeki açıklamanın doğruluğunda şüphe

olduğunu belirtelim. Muhtemelen bu ibare ile kamu hizmeti değil de kamuya yararlı iş görenler kapsam dışında bırakılmak istenmiştir. Fakat sorun şu ki, şayet faaliyetin (hizmetin) yürütümü ile ilgili kamu kuruluşunun yakın gözetimi altındaysa, bir kamu hizmeti söz konusu olacağından, bunu sağlayan vatandaşlar da TCK kapsamında kamu görevlisi olacaktır. Kaldı ki “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin özel kişilerce üstlenilmesi” nin usulleri idare hukukunda bellidir, ihale bunlardan biri değildir⁴⁶. Kamu hizmeti ruhsat, müşterek emanet, imtiyaz, yap işlet devret gibi yöntemlerle özel kişiler tarafından yürütülebilir. Ancak bu halde hizmetin yürütülmesine katılanlar kamu görevlisi olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü hizmet genel idari esaslara göre yürütülmemektedir⁴⁷.

Eğer gerekçe hükmünün doğruluğundan hareketle yasa koyucunun yaptığı örnekleme doğrultusunda hareket edecek olur isek, 3402 sayılı Kanun madde 39 son fıkra⁴⁸ hükmüne göre ihale sureti ile gerçekleştirilen kadastro çalışmalarında ihale sonucuna göre tespit yapan firma çalışanlarının da kamu görevlisi sayılması gibi bir sonuca varmamız gerekir ki, bu maddenin amacını aşan bir yorum olur. Ayrıca ihale idarenin özel hukuk sözleşmeleri içerisinde yer almakta olup kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir usul değildir.

5237 sayılı yasa memur kavramını terk ederek kamu görevlisi kavramını esas alınca, özel kanunlarında “memur sayılan” “memur gibi sorumlu olan” kişilerin cezai sorumluluklarının ne olduğu sorusu akla gelmektedir. KİT personeli ve kendi özel kanunlarında memur gibi cezalandırılacağı belirtilen kimselerin TCK karşısındaki konumu nedir? Bu konudaki en son yasal düzenleme 08.02.2008 tarihli, 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” dur. Bu kanun ile özel kanunlarda “memur sayılır”, “memur gibi cezalandırılır” ibareleri “kamu görevlisi” şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile kamusal faaliyete katılıp katılmadıklarına bakılmaksın özel kanunlarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı belirtilen kurum personelleri cezai sorumlulukları bakımından kamu görevlisi statüsüne tabi olacaklardır. Örneğin; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunun 62’nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Devlet memurları gibi ceza görürler.” ibaresi “kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” şeklinde değiştirilmiştir⁴⁹.

⁴⁶TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.737

⁴⁷ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.56

⁴⁸ 3402 sayılı Kanun madde 39 son fıkra hükmüne göre; *Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, bağlı olduğu Bakanlığın onayını almak kaydı ile, kadastronun fenni işlerinin bir kısmını veya tamamını gerçek ve tüzelkişilere ihale yolu ile yaptırabilir. Bu ihalelerde gelecek yıllara sari taahhütlerde bulunabilir.*

⁴⁹ Bu kanun ile değiştirilen diğer kanun maddeleri şunlardır; 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 52’nci maddesinin birinci fıkrası, 1512 sayılı Noterlik Kanunun 151 inci maddesinin birinci fıkrası, 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunun 69 uncu maddesi, 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanunun 12’nci maddesi, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 7’nci maddesinin üçüncü fıkrası, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 60’inci maddesi, 4634 sayılı Şeker Kanununun 9 uncu maddesi, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunun 12’nci maddesinin (d) fıkrası, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası.

İnceleme konumuz açısından üzerinde durulması gereken Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ile ilişkili diğer bir yasal düzenleme 29 Haziran 2005 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 5368 sayılı “Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Kanun” dur.

5368 sayılı Kanun 5. madde hükmüne göre “Lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarında, bu Kanun kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenler Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.” 5368 sayılı Kanun 1. maddesi ile kadastro teknik hizmetlerinden tescile tâbi olmayan işlemlerin yapım ve kontrolünde, tescile tâbi olan işlemlerin yapım sorumluluğunda lisanslı harita kadastro mühendislik büroları yetkilendirilmiş olup, bu faaliyetler kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenlerin kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı açık hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme karşısında önem kazanan soru 5368 sayılı Kanun 5. maddesinde “bu Kanun kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenler” kavramı kapsamına kimlerin girmesinin gerektiğidir. Bu Kanun kapsamında sadece lisanslı mühendis mi ceza hukuku açısından kamu görevlisi sıfatına sahip olacaktır? 5368 sayılı Kanun lisanslı büro açma yetkisini lisanslı mühendise vermektedir⁵⁰, fakat 5368 sayılı Kanun 5. maddesinde aynı zamanda lisanslı mühendisin, lisanslı büroda görevli bir harita kadastro mühendisine yetkisini devredebileceğinden de bahsetmektedir. Kısaca Kanunda sadece iki grup kişiden bahsedilmektedir. Lisanslı mühendis ve lisanslı büroda çalışan harita kadastro mühendisi.

5368 sayılı Kanun uygulamasına yön vermek amacı ile 05.05.2008 tarihili Resmi Gazetede yayımlanan “Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri Ve Büroları Hakkında Yönetmelik” ise büroda görenli kişileri Lisanslı büro teknik personeli, Lisanslı mühendis ve Mühendis olarak sayma yoluna gitmiştir. Yönetmeliğin Kanundan ayrı olarak lisanslı büro teknik personeli⁵¹ saydığını vurgulayalım. Yine bahsi geçen Yönetmelik 32. maddesine göre de “Lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarında, Kanunla kadastro teknik hizmetlerini yapmakla yetkilendirilenler, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6 ncı maddesi (c) fıkrasına göre ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi sayılırlar.” Yönetmelik kapsamında vurgulanan lisanslı büro teknik personeli 5368 sayılı Kanunda sayılmadığından dolayı kamu görevlisi sayılmayacak mıdır, büroda çalışan tekniker ya da teknisyen sıfatına sahip kişilerin cezai sorumluluğu ne olacaktır?

Bu sorunun ortaya çıkmasının nedeni 5368 sayılı Kanunun lisanslı bürolarda Kanun kapsamında sayılan hizmetleri yapmakla yetkilendirilen kişilerin kimlerden oluştuğunu ve bu kişilerden hangilerinin kamu görevlisi sayılmasını gerektiğini açıkça belirtmeden düzenlemeyi yönetmeliğe bırakmasıdır. Benzer yönde düzenleme yapan 1512 sayılı Noterlik Kanunu 151. madde incelendiğinde “Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter kâtipleri ve kâtip adayları noterlikteki görevleri” şeklinde tahdidi bir sayım yaparak

⁵⁰ 5368 sayılı Kanun madde 2 “Lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarının açılıp işletilmesi, münhasıran lisanslı harita kadastro mühendislik sınavında başarılı olarak lisans sahibi olanlara aittir.”

⁵¹ 05.05.2008 tarihili Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri Ve Büroları Hakkında Yönetmelik madde 3 e bendi; “Lisanslı buro teknik personeli: Lisanslı buroda çalışan mühendis ve meslek alanı ile ilgili teknisyen, tekniker unvanına sahip olanları ifade eder.”

noterlikte görevli kişilerden hangilerinin görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını açık bir şekilde düzenlediği görülür.

Kanaatimizce konuyu düzenleyen yasal mevzuat iki şekilde yorumlanabilir:

Lafzi yorum yapılır ise; 5368 sayılı Kanun yetkilendirilen kişiler olarak sadece lisanslı mühendis ve mühendisten bahsettiğine göre sadece bu iki kişi grubu kamu görevlisi sayılabilecektir. Lisanslı büro teknik personeli kavramı yönetmelik ile uygulamaya sokulmuş olup 5368 sayılı Kanunla kadastro teknik hizmetlerini yapmakla yetkilendirilenler arasında açıkça belirtilmiş değildir. İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza koyması imkan dahilinde olmadığına⁵² göre evleviyetle cezai sorumluluğu da genişletebileceğinden bahsedilemez. Bu nedenle yönetmelikte bahsedilen lisanslı büro teknik personelinin de kamu görevlisi gibi cezalandırılabileceği söylenemeyecektir.

Amaçsal yorum yapılacak olur ise 5368 sayılı Kanun kapsamında lisanslı büroların vereceği hizmetlerin sadece lisanslı mühendis ve mühendis tarafından gerçekleştirilemeyeceği, bu hizmetlerin yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere tekniker, teknisyen gibi kişilerin hatta hizmetin devamı açısından sekreterlik, temizlik.. vs gibi büroda çalışacak kişilerin de bulunmasının gerektiği bir gerçektir. Lisanslı büroda çalışan kişilerden hangilerinin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına ilişkin sorunun cevabı ise 5368 sayılı Kanun md.5 hükmüne göre değil 5237 sayılı TCK md. 6 hükmüne göre değerlendirilmelidir. 5368 sayılı Kanun herhangi bir münhasır düzenleme yapmasa idi dahi aynı sonuca varmak mümkündür. Şöyle ki, lisanslı büro tarafından yerine getirilen kadastro teknik hizmetlerinden tescile tâbi olmayan işlemlerin yapım ve kontrolü, tescile tâbi olan işlemlerin yapımı işlemleri lisanslı büroca yerine getirilen kamusal faaliyetin özü kabul edilmeli ve bu kamusal faaliyete katılacak nitelikte olan kişilerin tespiti yapılmalıdır. Hizmet veren lisanslı büroda çalışan lisanslı mühendis ve mühendisin yanında lisanslı büro teknik personeli olarak adlandırılan teknisyen ve teknikerlerinde bu kamusal faaliyete katıldığı açıktır. Ancak büronun temizlik ya da sekreterlik işleri ile iştigal eden personellerinin ise kadastro teknik hizmetlerine yönelik bir faaliyetleri olmadığı kabul edilmeli ve bu kişiler kamusal faaliyete katılmadıklarından dolayı kamu görevlisi sayılmamalıdır.

Kanaatimizce lisanslı harita mühendislikleri bürosu uygulamasının hukukumuzda yeni bir düzenleme olmasından kaynaklanan nedenlerle bu husus yasa koyucu tarafından gözden kaçırılmıştır. Uygulamada sorumluluk açısından farklı yorumlar ve farklı uygulamalar doğmadan önce hukuk devletinde kanunların açık seçik ve anlaşılır olması gerekliliği de göz önünde bulundurularak 5368 sayılı Kanun kapsamında hangi kişilerin kamu görevlisi sayılacağına ilişkin düzenleme tahdidi bir sayım yolu ile sınırlandırılmadığıdır. 5368 sayılı Kanun 5. madde de yer alan “Lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarında, bu Kanun kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenler” ibaresi Kanunun açıkça yetkilileri sayma yoluna gitmemesinden dolayı kişiden kişiye farklı yorumlanacak nitelikte olup, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan kanunilik ilkesinin kanunların belirirliliği şartına yakışmayan bir düzenlemedir.

⁵² 5237 sayılı TCK md. 2 “idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaz.”

Son olarak 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. Maddesi d bendinde belirtilen tapu ve kadastro kuruluna tapu ve kadastro genel müdürü tarafından görevlendirilecek kişilerin cezai açıdan sorumluluklarını tartışmakta fayda görüyoruz. 6083 sayılı Kanun 4. madde 2. fıkraya göre "Genel Müdür tarafından görevlendirilecek üyelerin ikisi kadastro ve teknik, ikisi de tapu ve hukuk konularında bilgi ve deneyim sahibi kişiler arasından seçilir." Seçilecek bu kişilerin genel müdürlük bünyesinde görevli kişiler olması şartı bulunmamaktadır.

Kurulun görevi; Genel Müdürlüğe intikal eden tapu ve kadastroyla ilgili konular ile bunlara ilişkin uygulama ve görüş farklılıklarını gidermektir. Bu görev Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün yürüttüğü kamusal faaliyete dahil niteliktedir. Kurulan Genel Müdür tarafından dışarıdan atanan kişiler bu nedenle cezai açıdan kamu görevlisi sıfatına sahip olacaktır. Zira kamusal faaliyete herhangi bir surette katılmaları söz konusu olmaktadır.

Sonuç olarak inceleme konumuz Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü personellerince işlenen suçlar olduğundan kapsamında kalan suçların ortak noktasını fail ögesinin kamu görevlisi sıfatı oluşturacaktır. Münferit suç tiplerini incelerken bu nedenle fail ögesi açıklanılırken şu aşamaya kadar yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetinilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU GÖREVLİSİ SUÇLARI

İnceleme konumuz her ne kadar memur suçları adı altında incelenmiş olsa da -5237 sayılı Türk Ceza Kanununda memur kavramı terk edilerek kamu görevlisi kavramı esas alındığından- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ikinci kitap özel hükümler başlığı altında yer alan sadece kamu görevlisi niteliğini haiz kişiler tarafından işlenilebilen suç tiplerini açıklarken kamu görevlisi suçları alt başlığını kullanmayı uygun gördük. Bu kısımda açıklamaya çalışacağımız suç tipleri kamu idaresinin her aşamasında yer alan kamu görevlileri tarafından incelenebilecek niteliktedir. Bundan dolayı bu suçların evleviyetle Tapu ve Kadastro çalışanları tarafından da işlenmesi muhtemeldir.

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

1.GENEL OLARAK

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ikinci kitap dördüncü kısmının “Millete Ve Devlete Karşı Suçlar” başlığı altında birinci bölüm “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Karşı İşlenen Suçlar” alt başlığı altında 257. maddede üç bent olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemesi şu şekildedir.

“MADDE 257 - GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA

(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 beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır..”

5237 sayılı TCK ile ihdas edilen bu hüküm, 765 sayılı mülga ETCK da farklı madde başlıkları altındaki birden fazla suç tipinin bir araya getirilmesi ile oluşturulmuştur. Kanun koyucu meri TCK madde 257 ile mülga TCK da yer alan görevi kötüye kullanma (md.240), görevde keyfi muamele (md. 228), görevi ihmal (md.230) ve basit rüşvet alma (md.212/1)

suç tiplerini tek başlık altında toplamıştır. Böylelikle 765 sayılı ETCK 228'inci, 230'uncu ve 240'ıncı maddelerinin birbirinden ayırt edilmesindeki kargaşa 5237 sayılı TCK'nın bu fiilleri 257'inci maddenin 1. fıkrası altında toplaması ile son bulmuştur. Kamu görevlisinin eylemi kişilere karşı keyfi ve sert muamele ve genel olarak görevi kötüye kullanma ayırımına tabi tutulmaksızın, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması sonucuna bağlı olarak 257'inci maddenin 1. fıkrası ile cezalandırılacaktır. Kanun koyucuyu bu yola sevk eden düşüncenin 765 sayılı ETCK döneminde söz konusu suçların ayırımı konusunda ortaya çıkan tereddütleri gidermek ve dağınıklığı önlemek olduğu söylenebilir⁵³.

5237 sayılı TCK'nın kapsamına aldığı diğer bir suç tipi de mülga kanunda basit rüşvet alma fiilini düzenleyen madde 212/1'dir. Mülga kanunda “Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmak için rüşvet alan” olarak düzenlenen hareket tarzını kanun koyucu “görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama” ifadesi ile görevi kötüye kullanma suçu kapsamına almış ve bu suçun oluşumunu “irtikap suçunu oluşturmama” koşuluna tabi kılmıştır. 5237 sayılı yasa ile rüşvet ve irtikap suçları açısından mülga kanuna göre farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun koyucu suç politikası uyarınca, haklı işin yapılması nedeni ile yarar sağlanmasında haksızlık muhtevasının haksız işe göre daha az olması gibi gerekçelerle⁵⁴ 765 sayılı ETCK'nın aksine rüşvet suçu olarak değil irtikap suçu, hareketin irtikap suçunu oluşturmaması koşuluna bağlı olarak da görevi kötüye kullanma suçunun 3. fıkrası olarak düzenlemiştir.

Bireylerden görevinin gereklerine uygun davranmak için menfaat temin eden kamu görevlisinin cezasız kalmasını önlemek adına getirilen bu düzenleme tarzını yerinde bulan görüşler⁵⁵ olduğu kadar; görevin gereklerine aykırı hareket etme ve görevin gereklerini ihmal ve geciktirme suçlarından yapısı ve unsurları bakımından farklı nitelik taşıyan basit rüşvet suçunun, görevi kötüye kullanmanın bir türü olarak düzenlenmesinin isabetsizliği üzerinde duran⁵⁶ ve suç politikası ve tarafı olduğumuz uluslar arası antlaşmalar açısından yerindeliğini sorgulayan görüşler de vardır.

2.SUÇUN HUKUKİ MAHİYETİ

Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadırlar. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Bu yükümlülükle

⁵³ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s.749

⁵⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.114

⁵⁵ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.751

⁵⁶ERGÜN Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, s.139

bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, bu bakımdan genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır⁵⁷.

Mahiyeti itibari ile genel yardımcı bir suç söz konusudur. Bu suçun varlığı için fiilin başka bir hüküm tarafından belirli bir isimle özel bir görevi kötüye kullanma veya bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmemiş olması gerekir⁵⁸. Kamu görevlilerinin görevlerini kötüye kullanmaları durumunda kullanma biçim ve derecesine göre yasalarda çeşitli özel hükümler bulunmaktadır⁵⁹. Kanun koyucunun kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasını özel bir suç tipi olarak veyahut başkaca bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlediği suç tipleri içerisinde bir ayırım yapmak gerekir ise şu suç tipleri örnek verilebilir. TCK m. 109 “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” başlığı altında failin kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak sureti ile bu suçu işlemesini bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir. TCK m. 120 haksız arama, TCK m.247 zimmet, TCK m.250 irtikap, TCK m.251 denetim görevini ihmal, TCK m. 279 suçu bildirmeme suçlarında kamu görevlisinin görevini kötüye kullanma halleri özel birer suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suç tiplerini oluşturan fiillerde kamu görevlisi; özel hükmün önceliği kuralı gereğince sadece özel hükümden dolayı cezalandırılacaktır. Özel hükmün varlığı genel nitelikte olan 257’inci maddenin uygulanmasına engel olacaktır.

Öğretide, bu suçtan söz edilebilmesi için, fiilin başkaca bir suça vücut vermemesinin ön şart olduğu savunulmuşsa da esasen bu, normların çatışmasına ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. 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 cezalandırılacaktır⁶⁰. Aksi bir durumun uygulanabilmesi söz konusu değildir, zira görevin gereklerine aykırılığı düzenleyen hükümde belirlenen cezanın 257’inci maddenin 1. fıkrasında belirlenen cezadan daha hafif olduğu hallerde daha ağır ceza öngören 257’inci maddenin uygulanabilmesi için; İtalyan Ceza Kanunda olduğu gibi, maddede bu yönde açık bir şerh yer alması gerekirdi. Nitekim İtalyan Ceza Kanunun 323’üncü maddesinde, daha ağır bir suça vücut vermedikçe 323’üncü maddeye göre cezalandırılacağı açıkça öngörülmüştür.

Bazen de özel yasalarda görevi kötüye kullanma eylemi öngörülür ancak müeyyidenin genel nitelikteki görevi kötüye kullanma maddesinde olduğu belirtilir⁶¹. Örneğin; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 363, memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanların Türk Ceza Kanununun 257’inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılacağını öngörmüştür⁶². Görevi kötüye kullanma suçunun bu genel, tali ve tamamlayıcı yönünü vurgulamak için doktrin “kırkambar” nitelemesini kullanır⁶³.

⁵⁷ Madde gerekçesi

⁵⁸SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.521

⁵⁹ GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1725

⁶⁰ ERGÜN Güneş, s.141

⁶¹ MALKOÇ İsmail, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.58, S.1,1993, s.19

⁶²Vergi Usul Kanunu Madde 363 (Değişik madde: 23.01.2008–5728 S.K./279.mad); *Bu Kanunun 6’ncı maddesinin son fıkrası gereğince mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel*

3.KANUNİ UNSURU (TİPİKLİK)

Ceza hukukunun temel ilkeleri ancak bir hukuk devletinde uygulama alanı bulabilir. Hem Anayasa ile belirlenmiş⁶⁴ ve hem de ceza kanunu ile yasallaşmış⁶⁵ olan kanunilik ilkesi ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun garantisidir. İlkenin anlamı şudur: yasada gösterilmeyen bir fiil suç oluşturmaz (nullum crimen sine lege); suça ancak yasada gösterilen ceza uygulanabilir (nulla poena sine lege). Böylece hakimın eylemleri suç sayma ve cezalandırma yetkisini sınırlandırmış, bir yerde keyfilik önlenmiş olur. Diğer yandan, bireyler de hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve buna göre davranma olanağına kavuşurlar ve bu da onlar için güvence demektir. Nihayet ilke yasa koyucuyu nasıl bir ceza kanunu yapması gerektiği konusunda yönlendirmiş olur⁶⁶.

Keza cezada kanunilik ilkesi gereğince, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil dolayısı ile nasıl bir cezai yaptırım uygulanabileceği ve bunun miktarının ne kadar olabileceği hususları yine ancak kanunla belirlenebilir.

Kanunilik ilkesinin bir yansıması olan tipiklik ise; ceza hukukunda bir eylemin suç sayılabilmesi için önceden yasa koyucu tarafından ceza içeren bir kanunda suç olarak tanımlanmasını gerekli kılar. Çünkü ceza hukukunun harekete geçebilmesi için bir eylemin varlığı gerekli ve fakat her eylemin değil, ancak tipe uygun eylemin gerçekleşmesi zorunludur⁶⁷.

Tipiklikten kast edilen bir fiili suç sayan ve buna bir yaptırım öngörmüş bulunan bir kanun maddesinin var olmasıdır. Bir fiilin suç oluşturabilmesi için somut fiilin kanununda tarif edilmiş olması ve cezayla tehdit edilen bir hareketin soyut unsurlarına uyması gerekir⁶⁸. Tip; bir ceza ya da tedbire bağlanmış soyut insan davranışı modeli, bir takım özellikleri bireysel olaylardan soyutlanarak bir araya getirilen bir form iken; somut insan davranışının normun çizdiği davranış modelinin bütün özelliklerini taşıması ise tipikliği ya da tipe

işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılır. Bu hareketlerle vergi ziyanına neden olunması halinde, kişiye ayrıca bu Kanunun 344 üncü maddesine göre vergi ziyaı cezası kesilir.

⁶³CİHAN Erol, s.187

⁶⁴T.C. Anayasası Madde38/ (1,2,3ve 10. fıkralar) - Suç Ve Cezalara İlişkin Esaslar

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

⁶⁵TCK Madde 2 - Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi

(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

⁶⁶ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.65

⁶⁷ ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.198

⁶⁸ HAKERİ Hakan, s.115

uygunluğu oluşturur. O halde tipiklik ya da tipe uygunluk, fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gereken bütün özelliklerin bütünüdür⁶⁹.

3.1. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN KANUNİ UNSURU VE KANUNİLİK İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

5237 sayılı TCK görevi kötüye kullanma suçunu; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veyahut kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek sureti ile kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama veya irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlama” fiilleri ile düzenleme altına almıştır.

Kanun diğer özel görevi kötüye kullanma suçlarında örneğin zimmet suçunda “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirme” şeklinde suçun soyut nitelendirmesini yapmıştır. Fakat görevi kötüye kullanma suçunun ikame, boşluk dolduran bir hüküm olması nedeni ile kamu görevlisinin hangi fiilinin suç oluşturacağını belirtmemiş bunun yerine; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” gibi genel bir ifade kullanmıştır. Kanuni tanımdaki bu belirsizlik ve “görevin gerekleri” ibaresi ile suçun maddi unsurunun idarenin herhangi bir konudaki düzenlemesine bağlı tutulması görevi kötüye kullanma suçunun “suçların ve cezaların kanuniliği ve belirliliği” ilkesine aykırı olduğu hususunda tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Hatta 1961 Anayasası döneminde maddenin anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. İtiraz yoluna başvuran mahkeme, iptal sebebi olarak özetle; maddede “kanunda yazılı hallerden başka” denilmekle yetinilerek, hangi fiilin suç sayıldığına açıkça belirtilmemiş olmasının Anayasanın 33. maddesinde yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı olduğunu⁷⁰ ileri sürmüştür.

Anayasa mahkemesi 12.12.1965, 1965/27 E. 1965/55K sayılı kararında itirazı yerinde bulmayarak suçun maddi unsurlarının belirli olduğu yönünde karar vermiştir⁷¹.

⁶⁹ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / KORAY / TEPE, s.198

⁷⁰ ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhuriyet, s.194

⁷¹ “Maddede, ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağını açıkça belirtmeyerek “her ne suretle olursa olsun” diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebi ile hangi fiilin suç sayıldığına belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek doğru olmaz.

Burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir.

Hakim önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğuna göre, bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan Anayasanın 33.

Kanaatimizce; Anayasa mahkemesinin kararı yerindedir. “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek...” gibi genel bir ifade kullanılması bir ihtiyaç sonucudur. Kamu görevlisinin her türlü görevi kötüye kullanma fiilini ayrı ayrı düzenlemesi, kanun koyucunun sınırlı öngörüsü içinde güç olduğu kadar uygulayıcılar açısından da zorlukları beraberinde getirecektir. Her kamu görevlisi içinde bulunduğu statü ilişkisine girerken, görevinin gereklerinin neler olduğunu bilir. Kanun koyucunun soyut nitelendirmeyi yapmasının ardından hakim önüne gelen olayda, kamu görevlisinin görevini tespit edecek ve somut olayda görevin gereklerine aykırılık bulunup bulunmadığını değerlendirecek ve hüküm kuracaktır. Aksi durumun kabulü demek, fail kamu görevlisine baskıdan kurtarmak bir tarafa kanunun boşluklarından faydalanarak kamu güvenilirliğine ve işleyişine zarar verme imkanı kılar.

Kamu görevlisinin özel nitelikte görevi kötüye kullanılma suçları haricinde genel nitelikte unsurları açıkça belli olmayan veya tahdidi bir şekilde sayılmayan genel nitelikte görevi kötüye kullanma sayılan eylemlerinin ceza hukuku kapsamında değil de disiplin hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliği üzerinde duran, kamu görevlisinin geniş müdahaleye ve baskıya maruz kalacağını savunan görüşler karşısında bugün yürürlükte olan 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun gerekli korumayı sağlayacağını belirtmek istemekteyiz. Kaldı ki, kamu görevlisinin en büyük koruması olan, muhakeme şartı olan, izin müessesesinin bile kaldırılmasını savunan görüşlerin⁷² dile getirildiği gözden kaçırılmamalıdır

4. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçların tasnif edilmesi, bir normun anlamını ve uygulama alanının belirlenmesini kolaylaştırır; suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların belirlenmesine yardımcı olur. Sınıflandırmada “ hukuki konu” da, suçun doğrudan ihlal ettiği varlık veya menfaati gözetten bir ayırıştırma argümanıdır⁷³.

Suçun hukuki konusu suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun hukuki konusunu oluşturan, yani suç tarafından ihlal edilen varlık ve menfaatler bireylere, aileye, topluma veya devletlere ait olabilir; dolayısı ile bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir. Bu varlık ve menfaatler maddi veya manevi nitelikte olabilir⁷⁴.

Ceza kanunun sistematığı açısından görevi kötüye kullanma suçu ile kanun koyucunun görevi kötüye kullanma suçu ile himaye etmek istediği menfaatin kamu idaresinin

maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olmaz. Suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar da failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak, kastın var olmamasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir” Anayasa Mahkemesi, 12.12.1965, 1965/27 E. 1965/55K.- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:3, Ankara, 1966, s.212

⁷²Özel soruşturma usulüne karşı görüşleri için bkz, GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.290

⁷³ŞIK Hüseyin, s.35

⁷⁴TOROSLU, Nevzat, 2009, s.93

düzenli işleyişi ve kamu idaresine duyulan güveni korumak olduğunu söyleyebiliriz. Madde gerekçesi; “Bir kamu görevi ile görevlendirilen kişi, bu kamusal faaliyetin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülöklere uygun hareket etmek zorundadır. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güvenin ve inancın sarsılmaması gerekir” demektedir. Görevi kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki değeri, konu, kamu yönetiminin normal görevine ilişkin menfaattir. Bir başka deyişle; yasalar tarafından spesifik bir biçimde cezalandırılmamış bulunan ve başkalarına haksız bir çıkar sağlamaya yönelmiş bulunan kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili iktidarlarının herhangi bir şekilde kötüye kullanılmasına karşı kamusal görevlerin doğru ve çağdaş icrasını garanti etme konusundaki “güven duygusudur”dır⁷⁵.

Kamu idaresine karşı işlenen fiillerin cezalandırılması ile korumak istenen menfaatin toplumun temel ve hayati menfaatleri olan ve onun en esaslı yaşama şartını teşkil eden, kamu idaresi mekanizmasının normal surette işlenmesi olduğu sonucuna varılmaktadır⁷⁶. Ceza kanunları ferdi himaye ettiği kadar, kamu idaresinin faaliyetlerini de himaye etmelidir. Bu koruma netice de fertlerinde yararına olmaktadır⁷⁷⁻⁷⁸. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da korunan hukuki değeri ile kamu idaresinin menfaati kadar beraber özel kişilerin menfaatlerini de garanti etme amacı güttüğü söylenebilir. Keza 5237 sayılı kanunun düzenlemesi ile suçun “zarar, mağduriyet ve menfaat sağlama” öğelerini de araması karşısında kanımızca, korunan hukuki değeri içerisinde kamu idaresinin kanuna uygun işleyiş düzeni ile kamu görevlisinin görevlerini yaparken idareye ve kişilere zarar vermemesi, mağduriyetlere yol açmamasının da yer aldığı kabul edilmelidir⁷⁹.

5. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği eşya veya şahsın fiziki maddi yapısıdır⁸⁰. Şu halde suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan şahıs veya şeydir. Suçun maddi konusu herhangi bir şey olabileceği gibi nitelikli bir şey de olabilir. Cisim olmayan şeyler maddi konu olamaz⁸¹.

Suçun hukuki konusu ile suçun maddi konusu aynı eşya değildir. Suçun maddi konusu suçun objektif unsuru olup bunun vasıtası ile korunan menfaat ihlal edilmektedir. Suçu oluşturan ihmal ve icrai hareket suçun maddi konusu olan obje veya şahıs üzerinde icra edilir. Mesela hırsızlıkta çalınan eşya gibi. Ancak birçok suç maddi konuya sahip değildir⁸².

⁷⁵CİHAN Erol, s.183

⁷⁶YARSUVAT Duygun, s.671

⁷⁷YARSUVAT Duygun, s.665

⁷⁸Soyaslan; tehlikenin ve ya zararın pasif süjesinin özel olması halinde de suçun hukuki konusunun her zaman bir kamu menfaati olduğunu savunur. “Böylece fert menfaati diğer menfaatlere da karşı korunmuş olur, aynı zamanda sosyal yaşam güvence altına alınmış olur. Demek ki suçun hukuki konusu her zaman ve zorunlu olarak bir kamu menfaatidir. Çünkü cezai himaye ferdi menfaatleri de korumaya yönelmiş olsa da bunda toplumun menfaati vardır demektir. “ (SOYASLAN Doğan, 2006, s.79)

⁷⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.58, aynı görüş için; SOYASLAN Doğan, 2006, s.521

⁸⁰İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.88

⁸¹TOROSLU Nevzat, 2009, s.94

⁸²SOYASLAN, Doğan, 2006, s.79

Kural olarak sonucu olmayan suçlar aynı zamanda maddi konusu da olmayan suçlardır. Zira bunların objektif olarak tamamlanmaları için, kanuni tanımda ki davranışın gerçekleştirilmiş olması gerekir ve yeterlidir. Örneğin sırf hareket suçları ve sırf ihmal suçlarında olduğu gibi⁸³.

Görevi kötüye kullanma suçunda suçun konusu; maddede sayılan neticelerin türüne göre değişir. Kişilerin mağduriyetine yol açan bir fiil varsa, konu bir kişinin mağduriyetine veya zararına yol açan ve suçun üzerinde işlendiği malvarlığı, ekonomik veya manevi bir hak ya da benzer sonuç doğuran başka bir hak olabilir. Örneğin failin husumetle yaptığı imar planı değişikliği ile mağdurun arsasının yeşil alana dönüştürülmesinde suçun konusu arsadır⁸⁴. Benzer biçimde, fiilin kişilere menfaat sağlamasına yol açması durumunda konu, sağlanan malvarlığı ya da ekonomik bir hak veya ekonomik bir hakka yol açan başka bir statü hakkı vb. bir şeydir⁸⁵. Failin görevinin gereklerine uygun davranması için çıkar sağlaması halinde de sağlanan çıkar, suçun maddi konusunu oluşturacaktır.

6. FAIL

Görevi kötüye kullanma suçunun faili; ceza hukuku anlamında isnat kabiliyeti olan kamu görevlisidir. Failin suçtan sonra kamu görevlisi sıfatını kaybetmesi (örneğin, failin istifa etmesi, emekli olması veya başka bir eyleminden dolayı kamu görevinden çıkarılması) veya görevi ifa halinde olmaması (izin⁸⁶, hastalık, muvakkaten işten el çektirmek gibi nedenlerle görevi ifa halinde bulunmaması) TCK 257. maddesinin uygulanmasına engel⁸⁷ teşkil etmez⁸⁸.

7. MAĞDUR

Mağdur kelimesi “kadre uğramış kişi” “haksızlığa uğramış kişi” anlamına gelmektedir⁸⁹. Suçun mağduru suçun hukuki konusunun ait olduğu kişidir. Mağdur; suçu oluşturan fiilden dolayı saldırıya uğrayan, fiilin tehlikeye koyduğu ve ya zarar verdiği hakkın sahibidir.

Mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Kural olarak, mağdur aynı zamanda bir suçun işlenmesi dolayısıyla ile zarar gören kişidir. Fakat suçtan zarar gören kişi her zaman suçun işlenmesi dolayısıyla ile mağdur edilen kişi demek değildir⁹⁰. Örneğin dolandırıcılık suçunun mağduru hileye maruz bırakılan kişi iken zarar

⁸³ TOROSLU, Nevzat, 2009, s.94

⁸⁴ Madde gerekçesi

⁸⁵ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.61

⁸⁶ Memurun izinli olması halinde görevli olmadığını dolayısıyla ile izinli memurun görevini kötüye kullanmasının mümkün olmadığını, görev kapsamında kalan ve sayılan eylemleri icra etmesinin söz konusu olmadığını dile getiren müellifler de vardır. Bkz. YILDIZ, Mehmet Tan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara 2002 s.120

⁸⁷ 765 sayılı Kanun madde 280 “Memuriyet sıfatı kanuna göre cürmü teşkil eden anasırdan veya cürmün esbabı müşeddidesinden addolunduğu yerlerde memurdan bu sıfatın zail olmuş bulunması veya cürmün vukuu esnasında vazifesini ifa halinde bulunmaması bu kaidenin tatbikine mani değildir.” Hükmü 5237 sayılı TCK da yer almamıştır. Almamış olması da bir eksiklik yaratmamaktadır.

⁸⁸ ŞIK Hüseyin, s.118

⁸⁹ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü, www.tdkterim.gov.tr/bts/, erişim tarihi: 27.07.2010 saat:10.00

⁹⁰ ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.207

göreni hile ile elde edilen malvarlığı değerinin sahibidir. Suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören kimse ancak hukuki ilişkinin tarafıdır ve iddiası esas itibari ile yalnız zarar ve ziyana ilişkin olup hukuki nitelik taşımaktadır⁹¹.

5237 sayılı TCK'nın 257. maddesindeki suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir⁹². Kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısı ile kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hâkim olan güvenin sarsılmaması gerekir. Aksi takdirde toplumu oluşturan herkes suçun mağduru olur. Devlet tüzel kişiliği suçun mağduru olamaz. Bununla birlikte devlet, görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesinden dolayı malvarlığı itibari ile suçtan zarar görmüş olabilir⁹³⁻⁹⁴.

TCK 257/3. madde açısından kamu görevlisine menfaat temin eden kişinin de mağdur olup olmadığı tartışılabilir. Burada kamu hizmetinden yararlanmakta olan şahsın, bu hizmetin işleyişinden duyduğu kaygılar nedeni ile işin iyi ve zamanında yapılması talebiyle yarar sağlaması söz konusudur. Bu nedenle yarar sağlayan kişide aslında suçun mağdurudur⁹⁵⁻⁹⁶.

8. HAREKET

8.1. GENEL OLARAK

Hareket kavramını ifade için fiil, davranış gibi terimler kullanılmaktadır. Hareket, insanın dış dünyada beliren iradi davranışı olarak tanımlanır. Kişinin iç dünyası, işte bu şeklide bir hareket olarak dış dünyaya yansımadağı sürece, ceza hukukunun devreye girmesini sonuçlayamaz. Hareketsiz suç olmaz⁹⁷.

O halde hareket şu şekilde tanımlanabilir; insan tarafından iradi olarak gerçekleştirilen icrai veya ihmali davranışın dış dünyaya yansımadağıdır⁹⁸. Hareket kural olarak belli bir hedefe yönelmiş bir insan davranışıdağıdır⁹⁹.

Hareketin görünüş şekline göre suçlar ikiye ayrılır, icrai suçlar ve ihmali suçlar. İcrai suçlarda eylem doğal olarak belirir. Buna göre icrai eylem; örneğin el kol hareketi, kafa sallama, tekme vurmak, söz sarf etmek şekillerinde görülebilir. Buna karşılık, ihmali suçlarda söz konusu eylem ise, sadece normatif olarak yani, belli bir davranışın gerçekleştirilmemesi,

⁹¹DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman, s.426

⁹²GÖKCAN Hasan Tahsin, 2005, s.496.

⁹³ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.207, GÖKCAN Hasan Tahsin, 2005, s.496

⁹⁴Aksi görüş; görevi kötüye kullanma suçunun hukuki konusu, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin menfaattir buna bağli olarak söz konusu suçun pasif süjesi, belirtilen menfaatin sahibi olan devlettir. (ERGÜN Güneş, s.139)

⁹⁵GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.121

⁹⁶Aksi görüş; görevi kötüye kullanma suçunda bireyin zarar gören olduğunu, mağdur olmadığını belirtir. (ERGÜN Güneş, s.139)

⁹⁷ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.201.

⁹⁸ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE, s.204

⁹⁹TOROSLU Nevzat, 2009, s.115

belirli bir davranışta bulunmama olarak kabul edilmektedir. İhmal davranış normlarının kişiye belli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir¹⁰⁰. İhmali suçlar; kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak sureti ile işlenen suçlar veya hukuksal olarak neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu halde ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi sureti ile işlenen suçlar olarak tanımlanabilir¹⁰¹.

8.2. HAREKETİN ŞEKLİNE GÖRE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN İŞLENİŞ TÜRLERİ

Hareketin şekline göre; görevi kötüye kullanma suçu 1. fıkra icrai 2. fıkrası ise ihmali hareketle işlenebilir. 1. fıkra kanun koyucu “ görevin gereklerine aykırı hareket etmek sureti ile” icrai davranışı vurgularken, 2. fıkra “görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek” ibaresi ile ihmali hareket şeklinde suçun işlenebileceğini vurgular.

TCK madde 257/3’te “görevin gereklerine uygun davranmak için kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlamak” olarak düzenlenen suç ise; icrai hareket ile işlenebileceği gibi ihmali hareket tarzı ile de işlenebilir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenlerken kanun koyucu bu suç tipini seçimlik hareketli¹⁰² bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Fail kamu görevlisi; görevin gereklerine aykırı hareket etmek sureti ile bu suç tipini işleyebileceği gibi, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek veyahut irtikap suçunu oluşturma koşuluna bağlı olarak görevin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlayarak işleyebilir. Bu seçimlik hareketlerden birinin yapılması görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için yeterlidir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu seçimlik hareketleri ayrı ele alarak değerlendireceğiz.

8.2.1.Görevin Gereklerine Aykırı Hareket Etmek

8.2.1.1.Genel Olarak

TCK madde 257/1. fıkra tanımlanan suçun oluşabilmesi için failin hareketinin görevinin gereklerine aykırılık teşkil etmesi gerekir. Bu suçun icrai davranış ile işlenebileceğini belirtmiştik.

¹⁰⁰İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.60

¹⁰¹HAKERİ Hakan, s.135

¹⁰² Suçun tipte birbirinden bağımsız olarak gösterilen birden fazla hareketten sadece birinin gerçekleşmesi ile oluştuğu suçlara seçimlik hareketli suçlar denir. Hareketin birden fazla olması her bir hareketin yapılmasının birden fazla suç olarak kabulünü sonuçlamaz. Birden fazla hareket bir arada yapılırsa da yine tek suç sayılırsa da ceza yukarı sınırdan tayin edilir. Örneğin; devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu (m:302), konut dokunulmazlığının ihlali suçu (m.116), resmi belgede sahtecilik suçu (m.204), güveni kötüye kullanma suçu (m.155)

Görevi kötüye kullanmanın kapsamına gelince bizzat görev kullanılan bir şey değildir. Görev yapılır. Kullanılan görev dolayısı ile memura tanınan kudret ve yetkidir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunundaki genel görevi kötüye kullanma suçunda “göreve bağlı yetkilerin kötüye kullanılması” ifadesi kullanılmıştır¹⁰³. Yargıtay 4.C.D. de bu görüşle bir kararında suçu “görevde yetkiyi kötüye kullanma” olarak adlandırmıştır¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Görev, yerine getirilmesi gereken eylem ve işlem niteliğinde faaliyetdir. Bu nedenle görev kamu görevlisine yasa ve mevzuatla verilmiş olan bir yetki (kamusal güç ve otorite) ile yerine getirilir. Kamu görevlisinin kendisine görevini yapmak üzere verilen yetkiyi, görevin gereklerine aykırı davranması durumunda kötüye kullandığından söz edilir¹⁰⁶. Dolayısı ile suçun oluşup oluşmadığının tespiti için failin görevinin, görevin gereklerinin ve göreve bağlı yetkilerinin tespiti gerekir.

8.2.1.2.Bir Görevin Bulunması Koşulu

Eğer failin işlediği fiil görevine giren bir konuya ilişkin değil ise, başka bir anlatımla fail kamu görevlisi olmakla birlikte, suçun maddi konusu bakımından görevli değil ise, unsurları varsa eylem başka bir suç¹⁰⁷ oluşturabilir veya sadece disiplin suçu teşkil edebilir ise de görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz. Zira olmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından söz edilemez¹⁰⁸. Nitekim Yargıtay yasal görevi olmayan bir işten dolayı görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesinin yasaya aykırı olduğunu, suçunun oluşması için, yasaya dayalı bir görevin varlığının önkoşul olduğunu süregelen kararlarında vurgulamaktadır¹⁰⁹. Görev esnasında görevde olmanın meydana getirdiği

¹⁰³ KUNTER Nurullah, s.395, SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s.2102, DEMİRBAŞ Timur, s.268,

¹⁰⁴ “...5237 sayılı TCY’nın 257/1. maddesindeki suç genel olarak eski 240. maddenin benzeri olmakla beraber iki yeni unsur içermektedir. Bunlar memur yerine kamu görevlisi kavramının getirilmiş olması ve suçun tamamlanmış sayılabilmesi için görevde yetkiyi kötüye kullanma teşkil eden fiil ve kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açması yahut kişilere haksız kazanç sağlaması biçiminde birer seçimlik netice eklenmesi sureti ile suçun bir zarar suçu şeklinde düzenlenmiş olmasıdır.” (4.C.D. 30.03.2006, 38/10)

¹⁰⁵ Görevde yetkiyi kötüye kullanma adı suçun tanımına uygun olmakla birlikte doktrinde ve uygulamada tümü ile benimsenmemiştir. Suçun adının mutlaka suçun tanımını içinde barındırması gerekmez. Hatta çoğu kere mümkün olmaz. Suçun adı, gerek literatürde ve gerek toplumda benimsenecek ve diğer suçlarla karışmayı önleyecek biçimde suç tanımındaki bazı unsurlardan yararlanmakla birlikte, mümkün olan en az sözcükle ifade edilmelidir. Bu nedenle 257. Madde 1. fıkradaki suça yalnızca görevi kötüye kullanma demek kanaatimizce yeterli olmalıdır. (GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.56)

¹⁰⁶ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.66

¹⁰⁷ Örneğin TCK madde 255, yetkili olmadığı iş için yarar sağlama suçu oluşabileceği gibi TCK madde 262 kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun oluşabilmesi de mümkündür.

¹⁰⁸ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.3622

¹⁰⁹ “İlçe seçim kurulu hizmetlisi sanığın suça konu dava dosyasını tanık kamil B. ’e kendisinin incelemek üzere verdiğini söylemesi karşısında ilgili dosyayı vermeye yetkili olmadığı bu konuda resmi bir görevlendirmenin bulunup bulunmadığı, sanığın dosya verme tarihine göre araştırılarak ve görevlendirmeye ilişkin ilgili hakimlerde dinlenerek sonuca göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 29.11.2005, 9824/20516) “görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; memurun yasal görevlerini yaparken, yasalara ve hukuka aykırı davranması gerektiği gözetilmeden sanığın görevi ile ilgili olmayarak yardım sandığı ile bağış toplama eylemlerinin 2860 sayılı Yardım Toplama Yasasına aykırılık suçunu oluşturup, oluşturmadığı tartışılmadan; unsurları oluşmayan görevi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 23.02.2004, 2884/01859) “ köy muhtarının görevlerinin 422 sayılı köy yasının 36. ve 37. maddelerinde belirlenmiş bulunması karşısında, KİT niteliğinde olan Türkiye

ortamdan yararlanarak başkaca bir suçun işlenmesi hali de görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermez¹¹⁰. Aynı şekilde kamu görevlisinin, kendi görev ve yetki alanına girmeyen “kamu görevliliği unvan ve nüfuzu”nun kötüye kullanılması sureti ile gerçekleştirdiği eylemleri de bu suçun kapsamına girmez¹¹¹.

Şu halde kamu görevlisinin yaptığı iş veya fiil görevle ilgili olmalıdır. Ayrıca kamu görevlisinin fiili görevin gereklerine aykırılık oluşturmaldır. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin normlara veya öngörülen formalitelere yahut kendisine verilen yetkileri verilmiş amacı dışında bir amaç için kullanması gerekir¹¹². Görevin kötüye kullanılmasının bahse konu olabilmesi için işin memurun görevi ile ilgili bulunması lazımdır¹¹³.

8.2.1.3. Görevin Tespiti

Failin hareketi görev alanına dair bir işleme ilişkin olmalıdır. Kamu görevlisinin görevinin nelerden ibaret olduğu ve bu görevin gerekleri failin yürüttüğü görevle ilgili yasa, tüzük, yönetmelik, genelge ve emir ya da talimat gibi düzenleyici işlemler ile belirlenir. Fail hangi konu ya da kamusal faaliyet alanında çalışmaktaysa o alandaki mevzuata göre görevinin gerektirdiği davranış normu tespit edilmelidir. Kimi zaman da görevin gereği mevzuatla birlikte yapılacak işin zorlukları ve idari geleneklerle tespit edilebilir¹¹⁴. Nitekim Anayasa mahkemesi suçun maddi unsurunun tespitinde; “Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hakim önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğu

Şeker Fabrikaları A.Ş. tarafından bildirilen işleri yapma yönünde yasal bir görevi bulunmadığı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 19.10.2004, 10458-10231) “görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için, yasaya dayalı bir görevin varlığı önkoşuldur. Davaya konu olayda muhtara DSİ kavaklığından kesim yapılması konusunda yasaya dayalı olarak verilen bir görev ve yetkinin bulunmaması karşısında, göreve yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 27.10.2004.1 0836/10532) “ görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için Yasalara aykırı biçimde yapılan işin memurun yasal görevleri arasında bulunması gerekir. Okul müdürü olan sanığın, öğrencilere dergi alımı konusunda aracılık edip para toplatılmasının yasal görevleri arasında bulunmaması karşısında; görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağı gözetilmeden, beraati yerine hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 31.03.2004, 4246/4160)

¹¹⁰“İddianamenin içeriğine göre okul müdürü olan sanığın, aynı okulda öğretmen olarak görev yapan eşi seminere katılmadığı halde katılmış gibi ders ücreti tahakkuk ettirerek ödeme yapma eyleminin belgede sahtecilik veya kamunun zararına neden olarak dolandırıcılık eylemini; kayıt için müracaat eden öğrenci ve velilerden makbuz para toplama eyleminin ise kanıtlanmaları durumunda zimmet suçunu oluşturabileceği gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 27.06.2007, 2409/6126) “ tapu sicil müdür yardımcısı olan sanığın, yeşil kart başvurusunda bulunan kişinin başvuru belgesine gerçeğe aykırı olarak tapu kaydı yoktur şerhi vererek onaylaması eyleminin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceği gözetilmeden görevi kötüye kullanmadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 03.04.2007, 13301/3036) “ karakola gelen mağdureye sarkıntılık eden zabıta memurunun eylemi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz” (4.C.D. 17.12.1991, 7310/8002) “Tutukluya verilmek üzere yakınından para alan ancak bu parayı tutukluya vermeyen sanığın eylemi görevi dâhilinde bulunmaması nedeni ile emniyeti suiistimal suçunu oluşturur” (4.C.D. 08.07.1991, 3257/4429)

¹¹¹ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 1994, s.223, GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1730

¹¹²TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s.302

¹¹³Y.C.G.K. 20.11.2007, 2007/5.MD-83

¹¹⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.66

göre, bu konuda suç unsuru belli demektir.”¹¹⁵ hususuna vurgu yaparak hakimın önüne gelen davada kamu görevlisinin görevinin gereğini belirleyen mevzuatı tayin ve takdirle yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Kamu görevlisinin görev alanının tespitini yaparken sadece kendi görev alanı ile ilgili kanunlar değil, kendi görev alanı ile ilgili olmadığı halde yapılacak görevin kapsamı ve yürütülmesi bakımından alakalı diğer kanunların da kamu görevlisine yüklediği görevler de göz önünde tutulmalıdır. Mevzu hukukta bu hususta en sık karşılaşılan madde şudur; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 332 hangi kamu idaresinde görev yapıyor olursa olsun, kamu görevlisine suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında C. Savcısı, hakim ve ya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgileri 10 gün içerisinde cevap verme zorunluluğu öngörmektedir. Bu görevi yerine getirmeyen kamu görevlisi istem yazısında aykırı hareketin 257. madde kapsamında değerlendirileceğinin dercedilmesi şartı ile görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilir. Örneğin; CMK m. 332 kapsamında kendisinden tapu kayıt bilgileri istenen tapu görevlisi bu husustaki bilgileri mahkemeye süresi içinde vermediği takdirde her ne kadar kendi görev yaptığı kurumun mevzuatına aykırı bir davranışta bulunmasa da, görevin yürütülmesi bakımından alakalı diğer kanunun yüklediği göreve aykırı davrandığı için TCK m. 257 kapsamında sorumlu olacaktır.

Kamu görevlisin ellerine görev yükleyen diğer bir kanun ise; 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunudur. Bu kanunun 28. maddesi 1. fıkrası; “Danıştay, bölge idare mahkemesi, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak 30 günü geçemez.” hükmünü amirdir. Bu hüküm ile idarenin yargı kararlarına uyması, infazı süreye bağlanmıştır. Bu süre içerisinde keyfi nedenlerle yargı kararlarının infazını gerçekleştirmeyen veya görevin gereğine uygun şekilde yerine getirmeyen kamu görevlisi hareketinin şekline göre TCK madde 257/1 veya 2. fıkradan sorumlu olabilecektir¹¹⁶.

8.2.1.4.Görevin Gereklerine Aykırı Hareket

Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir. Maddede görev gereklerine aykırı davranışın hangi hareket ve vasıtalar ile yapılacağı hususunda bir sınırlama getirilmediğinden suç; serbest hareketli bir suçtur¹¹⁷.

¹¹⁵ Anayasa mahkemesi 12.10.1965, 1965/27E. 1965/55K, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi Sayı:3, 1966, S.212

¹¹⁶“somut olayda, şikâyetçinin iki kez görevi değiştirilmiş; bu işlemler için idari yargıya başvurulmuş ve yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Şikâyetçi mahkeme kararı ile iki kez görevine döndüğü halde, sanıklar mahkeme kararına uymuş gibi davranarak bir kaç gün ya da bir buçuk ay sonra yeniden görevden alarak başka bir göreve atama yapmışlardır. Yasama, yürütme ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri keyfi davranışları ile kişilerin haklarını çiğneyip zarar vermiş olurlar. Sanıklar eylemlerinin suç olduğu bilinç ve iradesine sahiptir. Yargı kararlarını sözde uygulamış gibi davranarak uygulamamak konusunda kararlı biçimde direnmişlerdir. Açıklanan nedenlerle sanıkların eylemleri görevi kişilere karşı kötüye kullanma suçunu (TCK m. 228) oluşturur.” (4.C.D. 22.01.1998, 10/1)

¹¹⁷ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3624

TCK madde 257 içindeki düzenlemenin; 765 sayılı ETCK 228/1 ve 230. maddelerini de kapsadığı da gözetilerek görevin gereklerine aykırı davranış sayılabilecek haller şu şeklide örneklenebilir.

1. Herhangi bir şeklide kanuni yetkinin aşılması,
2. Kanunun koyduğu usul ve şekillere uyulmaması
3. Takdir yetkisinin maksada aykırı kullanılması
4. Yargı kararlarına uyulmaması
5. Görevin gerektirdiği ön koşullara uyulmaması
6. Görevle ilgili emirlere uyulmaması, emrin keyfi biçimde yerine getirilmesi veya üstün kanuna aykırı olarak verdiği emri yerine getirmek
7. Görevin yapılmaması veya geciktirilmesi¹¹⁸.

Herhangi bir şekilde kanunun tanıdığı yetkinin aşılması hali de görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına sebebiyet veren hallerden biridir. Yetkinin sınırlarının aşılması halinde görevin kötüye kullanılmış olduğunda ittifak vardır. Bu halde “nisbi yetkisizlikten” bahis olunur. Fakat bazı yazarlar “mutlak yetkisizlik” yani memurun kanunun vermediği bir yetkiyi kullanması halinde de görevin kötüye kullanılmasını kabul ederler. Biz, istimali mümkün olmayan şeyin suiistimali de olamayacağı kanaatiyle, mutlak yetkisizlik halinin görevi kötüye kullanma suçuna dâhil olmadığını¹¹⁹ bu halde TCK m. 262’de bahsi mevzuu olan kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun meydana geleceği fikrindeyiz.

Kanunun kamu görevlisine görevi yüklerken bunun bir takım kaidelere, usul ve şekil şartlarına uyularak yerine getirilmesini emretmiş olabilir memurun hareketini kanunun emir veya tecviz ettiği hallerde, o hareket için aranılan mütekaidim şartlara riayet etmemek de vazifenin suiistimali demektir. Muhtarın azalarına danışmadan onların mührünü basmasında, zabıt kâtibinin dava ile alakalı olmayan bir kimseye davetiye çıkarmasında olduğu gibi. Kanunun aradığı formalitelere riayet etmeyerek bir harekette bulunmak da vazifeyi suiistimal demektir. Hacze giden memurun usulü kaidelere riayet etmeksizin kapı kırması gibi¹²⁰. Fakat Yargıtay’ın salt usul hükümlerine riayetsizliğin görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına imkan vermeyeceğine dair karar verdiği hallerde vardır¹²¹.

Kamu görevlisinin görevinin gereği olarak uymak zorunda olduğu mesleki etik ilkelerine uymamasının disiplin hukuku açısından cezayı gerektirdiğine kuşku yoktur. Fakat kamu görevlisinin sırf mesleki etik ilkelerine uymamasının ceza sorumluluğu açısından görevini kötüye kullanma suçuna vücut verip vermeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda etik ilkelerine aykırılığın disiplin hukukunu ilgilendirdiğini, ceza hukukunun konusu olmadığını dile getiren görüş şu şekildedir; “görevin gereğine aykırılık, failin üstlendiği görevin yerine

¹¹⁸ ŞİK Hüseyin, s.65, GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.67

¹¹⁹ KUNTER Nurullah, s.395

¹²⁰ KUNTER Nurullah, s.396

¹²¹ “1412 sayılı CMUK’nın 67. Maddesi yollaması ile 2802 sayılı Hakimler Ve Savcılar Yasasının 46. maddesine aykırı olarak aynı dosyada bilirkişi olan sanıkların, salt bu durumdan dolayı mahkeme kararının bozulmasının sanıklar açısından görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 24.04.2007, 1319/3692)

getirilmesi ile ilgili olarak mevzuatın beklediği davranış normlarına aykırılık anlamına gelmekte olup, bu davranış aslında kamu düzenini bozan bir hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Buna karşın yine genel olarak memurun- kamu personelinin görevini yaparken uyması gereken etik kurallarına aykırı davranışlar dolayısı ile oluşan hukuka aykırı sonuç ise disiplin hukukunu ilgilendirmektedir.”¹²² Fakat bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.11.2007 tarihli bir kararında¹²³ kamu görevlisinin yetki alanı dışında gerçekleştirdiği eylemde meslek etiği ilkelerine uymadığı gerekçesi ile görevi kötüye kullandığı sonucuna varmış, görev dışında mesleki etik ilkelerine uyulmaması nedeni ile de bu suçun işlenebileceği vurgulanmıştır¹²⁴.

8.2.1.5. Eylemin Disiplin Suçu Olması

Devlete oranla kapsamları sınırlı sosyal gruplarında kendilerine özgü bir düzeni bulunmaktadır. İşte bu devlete oranla daha küçük sosyal grupların düzenini sağlayan, grup içi disiplini gerçekleştiren normlardan sapıcı davranışlara disiplin suçu, bu tür davranışlara uygulanan yaptırımlara da disiplin yaptırımları denir. Bu konuyu düzenleyen hukuk dalı ise disiplin ceza hukuku olarak isimlendirilir¹²⁵. Disiplin rejimi önleyici değil cezalandırıcıdır; ancak disiplin cezası korkusu memurları gerektiği gibi davranmaya sevk ettiği için önleyici bir etkiye de sahiptir¹²⁶.

Disiplin yaptırımı gerektiren fiilleri ile suçlar arasındaki farklar şunlardır;

1. Suçlar genel sosyal düzeni bozan davranışlar iken disiplin yaptırımı gerektiren fiiller kısmi sosyal düzeni – kurum ve kuruluşların- düzenini bozar.
2. Cezanın amaçları arasında ödetme önemli iken disiplin yaptırımı gerektiren fiillerin tek amacı kısmi sosyal düzenin korunmasıdır.
3. Disiplin fiilini ancak belli meslek grubuna ait kişiler (sosyal grubun üyeleri) işleyebilir iken suçun faili herkes olabilir.

¹²² GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.66

¹²³“hakim ve savcıların görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangolar Yargı Etiği İlkeleridir. Nitekim Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce tüm hakim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır.

Avrupa Savcılar Konferansının 29–30 Mayıs 2005 tarihli 6. Oturumunda kabul edilerek Hakim Ve Savcılar Yüksek Kurulunca 10.10.2006 gün ve 424 sayılı yasa ile benimsenmesine karar verilip Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nce de hakim ve savcılara duyurulan Savcılar İçin Etik Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” de hemen hemen Bangolar İlkeleri ile benzer mahiyettedir.

Şu halde; hakimler ve savcılar Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan evrensel anlamda hakim ve savcılar bağladığından da kuşku bulunmayan etik kuralların tabi olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görevin ihmalinden ye da kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır.” (Y.C.G.K. 20.11.2007, 2007/5.MD–83)

¹²⁴MERAN, Necati, Zimmet-Rüşvet-İrtikap Ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.300

¹²⁵İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, s.33

¹²⁶GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2002, s.53

4. İdari yaptırım gerektiren fiillerde kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilir.

5. Disiplin yaptırım gerektiren fiil aynı zamanda suç oluşturuyor ise bunların birbirine etkisi bulunmaz. Suçun veya cezanın ayla düşmesi disiplin yaptırımının uygulamasını engellemez¹²⁷.

Sosyal gruba -bizim incelememiz konusu açısından idari teşkilat içinde yer almak yahut bir kamu kurum ve kuruluşunda kamu görevlisi olarak çalışmak- ait olmak dolayısı ile verilen görevlere riayetsizlik fiilleri disiplin hukukunu ilgilendirmektedir. Ancak görev olarak yüklenen yükümlerde yetkisini kötüye kullanma hali söz konusu olur ise bu durum ceza hukuku kapsamında değerlendirilmelidir, diğer şatları da oluşmuş ise eylem TCK m. 257 kapsamında değerlendirilebilir.

765 sayılı ETCK döneminde m.240 ve 230'u oluşturan fiiller ile disiplin suçu oluşturan fiillerin ayrımının net olarak yapılamaması karışıklığa neden olmakta idi.¹²⁸ Ancak TCK'nın getirdiği sistemde görevi kötüye kullanma suçunun artık zarar suçu haline dönüşmüş olmasının bu kargaşayı ortadan kaldıracığı söylenebilir. Şöyle ki; artık görevin gereklerine aykırı davranış nedeni ile kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya kişilere haksız menfaat sağlama neticelerinden biri gerçekleşmiş ise failin hareketinin m.257 kapsamında değerlendirileceği hususunda kuşku yoktur. Bu neticeleri gerçekleştirmeyen davranışlar kamu hizmetinin iç işleyiş düzenini bozan fiiller mahiyetinde kalır ise disiplin hukuku kapsamında değerlendirilebileceklerdir.

¹²⁷ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.61

¹²⁸“*sanığın sürekli olarak tanığın kullandığı otomobili hacze götürme eyleminin disiplin boyutunu aşarak ne suretle görevde yetkiyi kötüye kullanma olarak değerlendirildiği açıklanmadan yetersiz gerekçe ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.*” (4.C.D. 11.10.2004, 8701/9820) “*sanığın aşamalarda değişmeyen iş yoğunluğu nedeni ile yanlışlıkla işlem yaptığı ve yanlışlığı fark ettiğinde de kendisinin durumu C. Başsavcılığına bildirdiğine ilişkin savunması dairemizce 21.01.2004 günü incelenerek karara bağlanan Hanönü Asliye Ceza Mahkemesinin 13.02.2002 tarih 200/38–6 sayılı beraat hükmünün içeriği itibari ile gerçek yaşı nedeni ile evlenme yasağı bulunmayan bir kişiye ilişkin sanık tarafından evlenme belgesine verilen şerh nedeni ile hakkında dava açıldığı anlaşılmakla anılan hususların araştırılması; iş çokluğu, maddi yanlış dibi olguların suç kastını ortadan kaldıracağı, eylemin disiplin cezası gerektirebileceği gözetilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir.*” (4.C.D. 28.01.2004, 803/811) “*Nöbetçi adli hakim sanığın, otopsi işlemi için saat 02.00 sıralarında nöbetçi listesinde belirtilen telefonda aranmasına karşın, kendisine ulaşamaması biçimindeki eyleminin disiplin suçu kapsamında kalıp kalmadığı tartışılmadan ve olayda suçunun öğelerinin nasıl gerçekleştirildiği de açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” (4.C.D. 14.12.2004, 13091/12231) “*vicdani kanının oluşturduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak nöbetçi hakim olan sanığın, nöbetçi olduğu gün göreve gelmeme biçimindeki eyleminin disiplin cezası gerektirdiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırıdır.*” (4.C.D. 20.01.2004, 27512/258) “*Tebliğat Yasasının 19. ve tüzüğün 25. maddelerine göre ceza evinde tutuklu hükümlü olarak bulunanlara ilişkin tebligatların yapılmasını sağlamakla cezaevi müdürlüğü, müdürü yok ise orayı idare eden memurun görevli olduğu gözetilmeden tutukluyla yapılacak tebligatın işleminde ceza evi kâtipi olan sanığın ne suretle görevli sayıldığı açıklanmadan muhatabın ceza evinde bulunmadığı yolunda bilgi vermekten ibaret olan eyleminin disiplin cezasını gerektirir nitelikte olup olmadığı da tartışılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*” (4.C.D. 01.06.2004, 9102/7043) “*Sağlık ocağında nöbetçi hekim olan sanık doktorun nöbet günü ilçede bulunmaması sonucu otopsiye katılmama eyleminin disiplin cezasını gerektirir nitelikte olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*” (4.C.D. 09.02.2004, 1958/841)

8.2.2. Görevin Gereklerini Yapmakta İhmal Veya Gecikme Göstermek

8.2.2.1. Görevli Olmak

Görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden ikincisi; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek sureti ile kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama” dır. Maddenin ikinci fıkrası daha önce izah edildiği üzere ihmalî davranışla işlenilebilir.

Görevi ihmal, bir memurun bulunduğu konum itibarı ile istek ve emir olmaksızın yapmak zorunda olduğu bir işi yapmaması veya mevzuata uygun şekilde yerine getirmemesi ya da belli ve uygun bir süre içerisinde yapılabilecek işi geciktirmesi, üstün yasal nitelikli emirlerini sebepsiz şekilde uygulamaması¹²⁹ şeklinde genel olarak tanımlanabilir.

TCK m. 257/2 bakımından da bir görevin bulunması gerekir. Failin gereğini ihmal veya gecikme gösterdiği (ya da hiç yapmadığı) işlemin görevine girmesi, yani yapmak ve geciktirmemekle yükümlü olduğu bir işlemin olması gerekir. İhmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunda failin hiçbir şey yapmaması değil, yapmakla yükümlü olduğu bir davranışta bulunmaması suç sayılmaktadır. İşlemin fail tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığı onun statüsünü belirleyen mevzuata göre belirlenir¹³⁰. Kamu görevlisinin ihmal ettiği ve geciktirerek yaptığı işin göreve ilişkin olması şart olduğundan, göreve girmeyen bir işi ihmal eden veya geciktiren kamu görevlisi TCK 257 m. 2. fıkrasını ihlal etmiş sayılmaz¹³¹⁻¹³².

İhmal edilen görevin başka kamu görevlilerince yapılıp tamamlanmış olması suçu ortadan kaldırmaz¹³³.

Böyle bir görevi olmayıp da sadece görevli ile idare arasındaki ilişkinin gerektirdiği gibi davranmamak ve kurum düzenini bozan davranışlarda bulunmak veyahut kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya kişilere haksız bir menfaat sağlama neticelerinden birini gerçekleştirmediği için görevi ihmal suçu kapsamında değerlendirilemeyecek olan fiilleri disiplin hükümleri çerçevesinde ele almak gerekecektir.

¹²⁹ÇİÇEK İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görev Nedeni İle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2008, s. 47

¹³⁰TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.757

¹³¹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.762

¹³²“köy muhtarının orman idaresince köy halkının zati ihtiyaç olarak verilen odunlar kesilirken ormanda bekleyip kesim yeri dışına çıkamamasını sağlama görevi bulunmadığı gözetilmeden görevi savma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D. 20.01.1993, 7799/117) “TEK’e ait elektrik paralarını toplaması ile ilgili işlemlerin köy muhtarının görevleri ile ilgili bulunmadığı gözetilmeden sanığın hükümlülüğüne kara verilmesi...” (4.C.D. 01.11.1994, 6083/9016)

¹³³GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1661, aksi görüş için bkz. YILDIZ Mehmet Tan, Görevi İhmal Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara 2003, s.244

Uygulamada, memurun görevi sırasında yaptığı 2. ve 3. derecedeki işlemler de görev içinde ve görev gereği olarak kabul edilebilmektedir¹³⁴. Ancak görevin esasına teşmil etmeyen bu tür fiilleri disiplin hükümleri çerçevesinde değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Kamu görevlisinin göreve gelmemesi sureti ile görevin aksamasına yol açması görevi ihmal suçunu oluşturmaz¹³⁵. Çünkü burada somut olarak belirli bir görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme değil, genel olarak göreve gelmeme söz konusudur. Kamu görevlisinin bu nitelikte eylemleri disiplin cezasını gerektirir¹³⁶. Bunun gibi, salt denetim görevinin yerine getirilmemesi, görevi ihmal sureti ile kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasını gerektirmez. Denetim görevinin yerine getirilmemesinden sorumlu tutulabilmek için, bu ihmal sonucunda, suçun genel maddi ögesi olan kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama yanında bu sonuçlara kamu görevlisinin kendi davranışından kaynaklanan ihmal hareketi yol açmalı, arada illiyet bağı bulunmalıdır¹³⁷.

Kanun koyucu bu fıkra da suçun; görevin gereklerini yerine getirmede ihmal sureti ile işlenebileceği gibi görevin gereklerini yerine getirmede gecikme sureti ile de işlenebileceğini düzenlemiştir. Buna göre madde 257/2. fıkradaki suç da kendi içinde seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir.

Kanunda tanımı yapılmayan ihmal ve gecikme; kanun, tüzük veya yönetmelik gibi bir hukuk kaynağı olarak yerine getirilmesi veya belirli bir süre içerisinde yerine getirilmesi gerekirken geç yapılması şeklinde tanımlanabilir. O halde ihmal; yapılması gereken görevin yerine getirilmemesi, gecikme ise geç yerine getirilmesi şeklinde farklı anlamlarda kullanılmıştır. Nitekim Yargıtay CGK. 17.04.1978 tarih ve 1978/6–85 E. 1978/141 K. sayılı kararında benzer bir tanımlı benimsemiştir. “yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi işgal eylediği mevki itibari ile yasaca belirli bir kamu ödev veya görevini yapmaya memur olan kişinin yapmaya zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirmemesi veya belirli ve uygun bir süre içinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet ve hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması” şeklinde tanımlanmıştır¹³⁸.

8.2.2.2. Görevin Gereğini Yapmakta İhmal Göstermek

Görevi savma/ihmal; kanunun veya diğer hukuk kaynağının emrettiği bir fiili görevli kamu görevlisinin bilerek ve isteyerek yapmamasıdır. Diğer bir deyişle; kamu görevlisinin

¹³⁴GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail s.1661

¹³⁵ÖNDER Ayhan, s. 205

¹³⁶“infaz koruma görevlisi olan sanığın bir gün işe gelmeme ve iki gün geç gelme eylemleri disiplin cezası gerektirir nitelikte olup görevi savma suçunun öğeleri oluşmamıştır.” (4.C.D. 21.09.1994, 3902/6979) “hekim olan sanığın nöbetçi olduğu gün işe gelmeme biçimindeki eyleminin disiplin cezası gerektirdiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 20.01.2004, 27512/258)

¹³⁷MERAN, Necati, 2008, s.315

¹³⁸DEMİRBAŞ Timur, s.260

görevine giren bir işi bilerek ve isteyerek yapmamasıdır. Örneğin; devlet hastanesinde çalışan doktorun hastayı muayene etmemesi gibi¹³⁹.

765 sayılı ETCK döneminde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; görevin belirli bir biçimde yapılması gerekir iken, başka bir şekilde yerine getirilmesi de savma/ihmal kapsamındadır. Bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir¹⁴⁰. Buna göre, fail görev gereği yapmak zorunda olduğu işlemi yapmakla birlikte bu işlemin yapılması için gerekli yöntemi uygulamamış ise ihmali davranış ile suç işlemiş olur. Bu durumda görevin belirli bir biçimde yapılmasına yönelik olarak ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmuş olmalıdır. Örneğin; bir başvurunun özel form doldurulması gerekirken, normal bir dilekçe ile işin yapılması durumunda görev gereği gibi yapılmamış olacaktır. Fakat fiilin bu şekilde işlenmesi durumunda hareketin ihmali olduğu söylenemeyecektir. İşlemin gerektiği gibi yapılmamasında ihmali davranış var ise de, asıl eylem gerekmediği gibi işlem yapmak olacağından icrai bir davranış ile suç işlenmiş olacaktır. Bugün TCK'nın getirdiği sistemde bu suçların birbirinden ayrılmasında kullanılan hareket ögesinden yola çıkarak; yukarıda açıklananlara benzeri fiillerin m. 257/1 açısından değerlendirilmesi gerektiği çünkü işlemi gereği gibi yapmayan kamu görevlisinin tamamen hareketsiz kalmadığı, icrai davranış içerisinde işlemi görevin gereklerine aykırı olarak yerine getirdiği açıktır.

Görevin yapılması için kamu görevlisine mevzuatla belirlenen bir süre söz konusu ise ve fail görevin gereğini ihmal ederek sürenin sonuna kadar görevinin gereklerini yerine getirmez ise sürenin geçmesi ile görevin yapılmamış olduğu ve suçun oluştuğu kesinleşecektir. Örneğin; daha önce açıklanan CMK 332. madde ve İYUK m. 28/1 de kamu görevlisine görevin gereklerini yerine getirmesi için kanunen belirlenen süreler vardır. Fakat ihmali hareketin bir temadi göstermesi nedeni ile görevin yapılması için kesin bir sürenin bulunmadığı hallerde görevi ihmal sureti ile kötüye kullanma suçunun tarihinin tespiti bazen güçlük çıkarmaktadır.

8.2.2. 3.Görevin Gereğini Yapmakta Gecikme Göstermek

Gecikme; kamu görevlisinin görevini geç yapması yani yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapmasıdır¹⁴¹. Görevin geç yerine getirildiğinden söz edilebilmek için bu görevin belli bir süre içinde yapılmasını zorunlu kılan bir durum olmalıdır. Görevin yerine getirilmesi için belirlenmiş olan süre ilerlemekle beraber sona ermediği sürece görevin geciktirilerek yerine getirildiğinden söz edilemeyecektir.

¹³⁹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.455

¹⁴⁰“PTT Başmüdürlüğünde gişe memuru olan sanığın yonteme aykırı biçimde APS gönderisini kontrol etmeden kabul etmekten ibaret eyleminin TC'nin 230. maddesine uyan suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan aynı yasanın 240/2 maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 22.02.2005, 13734/1280) “TCK md. 230'dan anlaşılacağı üzere belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirilmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır.” (C.G.K. 06.10.1998, 6-214/296)

¹⁴¹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.455

Gecikmenin suçu oluşturabilmesi için, işin kanun ve idari düzenlemeler yönünden yapılması mümkün ve zorunlu olan sürenin geçmesinden sonra yapılması gerekir¹⁴². Ancak süre kanundan ve idari düzenlemeden çıkarılabileceği gibi somut olayın özelliklerinden de çıkarılabilir. Her ne kadar üstün yasaya göre verdiği buyrukların icrasında, emrin geciktirilerek yerine getirilmesi halinin suç teşkil etmeyeceği görüşü¹⁴³ ileri sürülmüş olsa da suçun oluşması açısından geciktirilen görevin doğrudan bir emir veya düzenleyici işlem den kaynaklanması arasında fark yoktur¹⁴⁴.

Mevzuat veya amirin emrinde kamu görevlisinin görevi yerine getireceği süre belirlenmiş ise bu sürenin geçmesi ile suç tamamlanacaktır. Fakat bu şekilde kesin bir süre öngörülemez hallerde görevin gereğini yapmakta gecikme gösterilip gösterilmediğinin tespiti nasıl olacaktır? Mevzuatta böyle kesin bir süre öngörülmemiş ise, görevin yapılması gereken sürenin, görevin mahiyetine göre belirlenmesi, görevin “makul süre” geçtiği halde yapılmamış olması ve geç yapılmış olması halinde suçun oluştuğunun kabulü gerekir¹⁴⁵. Bu gibi durumlarda gecikme olup olmadığı, kamu görevlisinin yapmakla yükümlü olduğu işin önemine, normal bir kamu görevlisinin çalışma temposuna, iş yoğunluğuna, emrin içeriğine göre belirlenir¹⁴⁶.

Yapılması gereken görevlerin yerine getirilmesi için esas alınacak makul sürenin belirlenmesinde failin diğer görevlerinin sayısı ve çokluğu, bu görevin yapılması gereken prosedürün biçimi, hazırlık işlemlerinin veya araştırmanın gerekip gerekmediği gibi olaya özel hususlardan yararlanılmalıdır. Bu şekilde yapılacak açık değerlendirmenin sonucunda açıkça görevin yapılması gereken makul sürenin aşıldığı kanısına varıldığında suçun oluştuğu kabul edilmelidir¹⁴⁷. Makul süre kavramının Yargıtay kararlarına “kabul edilebilir süre” olarak yansımıştır¹⁴⁸.

765 sayılı ETCK 230 hükmünde memurun görevini savma ve geciktirmesi ile suçun oluşabilmesi için “geçerli bir neden olmama” koşulunun gerçekleşmesi gerekli idi. Madde metninde geçen “hangi nedenle olursa olsun” ifadesinin “geçerli nedeni” kapsamadığı, geçerli nedenin bu ifadenin dışında kaldığı belirtilmişti¹⁴⁹. Geçerli nedenin dış menşeli (kar fırtınası yüzünden köye kadar gidilerek tebligat yapılamaması) olabileceği gibi kamu görevlisinin

¹⁴²TOROSLU, Nevzat, 2007, s.306

¹⁴³ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.456

¹⁴⁴TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.758

¹⁴⁵PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3633

¹⁴⁶TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.758

¹⁴⁷GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.110

¹⁴⁸“avukat olan sanığın... açması gereken davayı kabul edilebilir sürede açmaması, O. Ticaret Mahkemesinin... sayılı dosyasında kurum aleyhine verilen kararı temyiz etmesi için dosya kendisine gönderildiği halde bu işlemi yapmama sureti ile görevi savma suçlarının işlendiği gözetilmeden dosyadaki kanıtlara ters düşen ve yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilemesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 19.06.2000, 2788/5353) “Baş komiser olan sanığın disiplin soruşturması yaptırmak için 11.04.2001 tarihinde görevlendirildiği halde, soruşturma dosyasını ilgili teftiş kuruluna 10.07.2002 tarihinde sunmak sureti ile yapılan işin özelliğine göre makul olan süre içerisinde tamamlamayı disiplin soruşturmasının zamanaşımına neden olduğu anlaşılmaması karşısında; 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde öngörülen öğelerin bulunduğu saptanması koşulu ile sanığın görevi savma suçundan mahkumiyeti yerine yazılı gerekçeler ile beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 25.04.2007, 1995/3943)

¹⁴⁹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.456

şahsından da (hastalık) nüksedebileceği de belirtilmekte idi¹⁵⁰. TCK'nın lafzına bakıldığından ihmalin geçerli bir neden dolayısı ile oluşmasına yer vermediği gözükse de elbette uygulamada failin geçeli nedeni suçun oluşmasına engel olabilecektir. Şöyle ki failin iş yoğunluğu ve benzeri etkiler sonucu bahse konu işlemin vaktinde yapılamaması insan gücünün tahammül yetkinliğinin üstüne taşmış ise, tabi olarak gecikmeden dolayı kamu görevlisini mesul tutmak mümkün olmayacaktır, suç oluşmayacaktır¹⁵¹.

8.2.3.Görevin Gereklerine Uygun Davranmak İçin Kendisine Veya Başkasına Çıkar Sağlamak

Kanun kamu görevlisinin görevi gereği kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için kendisine veya üçüncü şahsın faydasına para alması veya başka fayda sağlaması veya menfaat vaadini kabul etmesi halini görevi kötüye kullanma saymıştır¹⁵². TCK m. 257/3'te yer alan bu suç tipi kısmen 765 sayılı mülga Kanun m. 212/1 deki basit rüşveti, kısmen de 765 sayılı mülga Kanun döneminde görevi kötüye kullanma suçu ile karşılanan bazı eylemleri yaptırım altına almaktadır¹⁵³.

Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, bir kişiyle vardığı antlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması ile rüşvet suçu meydana gelir. Buna karşılık kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak amacı ile kişilerden yarar sağlaması durumunda, rüşvet suçu değil, kural olarak "icbar sureti ile irtikap suçu" oluşacaktır. Ancak somut olayda kişinin menfaat sağlama yönünde zorlandığı yönünde somut dayanak noktalarının bulunması durumunda fiil, görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir¹⁵⁴.

Görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar temininde kamu görevlisinin yapacağı veya yaptığı hareket, görevi ile ilgili işlem pozitif (icrai) bir hareketten ibaret olabileceği gibi negatif (ihmal) bir harekette olabilir¹⁵⁵.

8.2.3.1.Görevli Olmak Ve Yapılan İşin Görevin Gereklerine Uygun Olması

Haklı işin görülmesi için çıkar sağlamak suçunda da 257. maddenin ilk iki fıkrasında olduğu gibi, kamu görevlisinin görevli olması gerekir. Yani sağlanan çıkarın görev gereği yapılmak zorunda olan işin yapılmaması veya yapılmamak zorunda olan işin yapılmaması sonucunda oluşması gerekir. Eğer ki kamu görevlisi görev alanına girmeyen bir işlem nedeni ile çıkar temin etmiş ise artık m. 257/3'teki suç oluşmayacaktır. Bu halde, kamu görevlisi yetkili olmadığı iş için yarar elde etmiş ise ve muhatap vatandaş da bunu -yani bahse konu

¹⁵⁰ŞİK Hüseyin, s.80, "karakolda yalnız olan başçavuşun karakolu boş bırakarak ihzarı infaz için köye gidememesinde, görevli açısından bir zorunluluk, fiili imkansızlık söz konusu olduğundan, görevi ihmal kasdı gerçekleşmemiştir." (4.C.D. 24.04.1995, 1499E. 8005 K.)

¹⁵¹SOYARSLAN Doğan, 2006, s.525, ŞİK Hüseyin, s.80

¹⁵²SOYARSLAN Doğan, 2006, s.526

¹⁵³TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.760

¹⁵⁴ Madde gerekçesi

¹⁵⁵SOYARSLAN, Doğan, 2006, s.527

alandaki yetkisiz olduğunu- biliyor ise TCK'nin 255'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan yetkili olmadığı iş için yarar sağlama suçu gerçekleştirilebilir¹⁵⁶.

765 sayılı mülga Kanundaki basit rüşvetten farklı olarak TCK m. 257/3 kapsamındaki fiiller de sağlanan çıkarın salt belirli, münferit bir işleme ilişkin olmasının gerekmediği dile getirilmektedir¹⁵⁷. Örneğin ilçedeki tapu dairesine çok sık işi düşen emlakçının işlemlerini gerçekleştiren memurlarla arasını sıkı tutmak amacı ile onları yemeğe götürmesi, hediyeler vermesi gibi. Gerçekten de eğer sağlanan yararın bir görev kapsamına giren ve fakat henüz yapılması gündemde olmamakla birlikte muhtemel bir işin yapılmasını temin maksadı ile verilmiş olması durumunda suçun işlendiği kabul edilmelidir. Buna karşın kanımızca sağlanan yararın muhtemel de olsa bir görevin yapılması için verildiği kanıtlanamaz ise suçun oluştuğu söylenemeyecek, fiil disiplin suçu olarak kabul edilecektir¹⁵⁸. Fakat belirtmek gerekir ki, doktrinde sağlanan çıkarın içeriği ve türü bakımından belli veya en azından belirlenebilir bir iş için olması gerektiğini savunan yazarlar vardır¹⁵⁹.

Kamu görevlisi tarafından yapılan işlemin sonucu işlem olması gerekmez. İşlemin geri alınması mümkün olmayan bir işlem olması da gerekmez. İşlemin kalitesi ve vasfı da önemli değildir¹⁶⁰.

Kamu görevlisine görevi kapsamında yapmakta olduğu bir iş için ancak mesai dışındaki çalışması veya olağanüstü gayeti nedeni ile karşılık verilmesinin hukuka uygun olup olmadığı sorulmaktadır. Mesela bir mesai biterken veya tatil günü ilgisinin resmi talep üzerine tapu sicil arşivinden bir vekaletnameyi bulan arşiv görevlisine bir miktar para vermesi halinde çıkar sağlamanın gerçekleşip gerçekleşmediği, bu hareketin TCK 257/3 kapsamında olup olmadığı sorulabilir.

Doktrinde bu konudaki ilk görüş böyle bir karşılığın suç teşkil etmemesinin üç kümülatif şartı olduğunu kabul eder;

1. Kamu görevlisi bedava hizmet vermek mecburiyetinde olmamalıdır.
2. Verilen karşılık kamu görevlisinin diğer görevlerini yapmayı ihmal etmesine veya diğer görevlerini geciktirmesine sebep olmamalıdır.
3. Teklif edilen karşılığın kamu görevlisi tarafından kabulü kamu görevlisinin prestijini hissedilebilir düzey ve derecede yaralamamalıdır¹⁶¹.

Diğer bir görüş ise; burada zaten kamu görevlisinin görevinin gereği olan bir iş söz konusu olmadığından¹⁶² TCK m. 257/3'ün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışılmasına gerek olmadığını, suçun oluşmadığını dile getirir.

¹⁵⁶ŞİK Hüseyin, s. 91, TCK md. 255 gerekçesinde; "bu suçun oluşabilmesi için menfaat temin eden kişinin, yapılmasını arzuladığı işin kamu görevlisinin görevine girmediyi ve bu hususta yetkisi olmadığını bilmesi gerekir." denmektedir.

¹⁵⁷TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

¹⁵⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.116

¹⁵⁹ERGÜN Güneş, s.150

¹⁶⁰SOYARSLAN, Doğan, 2006, s.527

¹⁶¹SOYARSLAN Doğan, 2006, s.528

Kanaatimizce; böyle bir durumda failin yaptığı iş dolayısı ile yarar sağlaması görevin gereğine aykırılık oluşturmakta ise, bu tür fiillerin de 257. madde ile cezalandırılması gerekmektedir¹⁶³.

8.2.3.2.Çıkar Sağlanması

Sağlanan çıkar, ekonomik değerlerle sınırlı olmayıp, kişinin maddi ve manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler ve hatta cinsel veya benzeri arzuların giderilmesinin de çıkar olarak kabulü gerekir. Ayrıca suçun oluşması için yapılan görevle birey tarafından sağlanan çıkar arasında nedensellik bağı bulunması diğer bir deyişle çıkarın görevle bağlantılı olarak sağlanması gerekir¹⁶⁴.

Kamu görevlisinin çıkar temininin kendisi ya da üçüncü kişi yararına olması arasında fark yoktur. Fert menfaati doğrudan kamu görevlisine sağlayabileceği gibi, onun tarafından gösterilen üçüncü bir kişiye de sağlayabilir. Ancak kamu görevlisinin haberi olmaksızın üçüncü kişinin onun adına fertten menfaat temini bu suç kapsamında düşünülemez¹⁶⁵. Bu takdirde diğer koşulları da gerçekleşmek şartı ile TCK 158. maddede 2. fıkrada düzenlenen “Kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temini” suçu oluşacaktır.

Kişi yapılan işin karşılığı olarak bir şey vermeye mecbur olmamalıdır. Karşılığa kanun açıkça izin vermeyebileceği gibi, yasaklamış ta olabilir. Eğer karşılığı hukuk kuralları veya idari işlem öngörmüş veya karşılık örf ve adet gereği ise, bunların öngördüğü kıymetten fazlasının verilmesi çıkar sağlama sayılır¹⁶⁶. Ancak buradaki gelenek, örf ve adetin uygunluk sebebi teşkil edecek boyutta olması gerekir¹⁶⁷. Kanaatimizce aksi bir durum olarak her örf ve adet gereği sağlanan çıkarı bu kapsamda değerlendirmek maddenin amacını önemli ölçüde zayıflatacaktır.

Kamu görevlisinin herhangi bir çıkar temini talebi olmadan, görevin yerine getirilmesinden sonra, kişinin memnuniyetini göstermek amacı ile kamu görevlisine “hediye” vermesi ve kamu görevlisi işini yaptığı için menfaat temini yoluna gitmesi tartışmalıdır. Bu konuda kamu görevlisinin herhangi bir talebi bulunmamasına rağmen, işin yapılmasından sonra ferdin memnuniyetini ifade etmek üzere “hediye vermesi” suç kapsamında “çıkar” olarak değerlendirilemez, her ne kadar maddede yer alan “veya bu nedenlerle” ibaresi söz

¹⁶²ERGÜN Güneş, s.151

¹⁶³GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.116

¹⁶⁴PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3636

¹⁶⁵ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.763

¹⁶⁶Örneğin, cenaze işlemlerini yerine getirmekle yükümlü olan din görevlisine, herhangi bir talebi olmadan cenazeyi yıkaması nedeni ile örf ve adet gereği bir miktar para verilmiş ise ancak bu paranın miktarı örf ve âdetin öngördüğü kıymetten fazla ise veyahut bu örf ve âdetin bir hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı bir durum mevcut ise TCK md. 257 anlamında suçun oluştuğuna şüphe yoktur.

¹⁶⁷ERGÜN Güneş, s.150

konusu hali ifade eder gibi gözükmekte ise de burada kastedilen, menfaat temini ile görev arasındaki bağıdır, görüşü ileri sürülmüştür¹⁶⁸.

Belirtmeliyiz ki; failin işin yapılmasından sonra iş sahibinden bir yarar elde etmesi durumunda da görevi kötüye kullanma suçu işlenmiş olur. Aralarında önceden çıkar sağlanması konusunda bir anlaşma bulunmadığı halde, işin yapılmasından sonra iş sahibinden haksız bir yarar elde eden kamu görevlisinin eylemi de TCK m. 257 ile cezalandırılmalıdır. Çünkü 3. fıkra da geçen “görevin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenlerle” ifadesi ile failin yaptığı iş nedeni ile çıkar elde etmesi kastedilmiştir¹⁶⁹. Bu husus madde gerekçesinde “haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısı ile kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda da, kişiler hakkın teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevisine yarar sağlanması görünüşte rızaya dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısı ile burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir.” denilmektedir.

Kanaatimizce yukarıda madde gerekçesinden alıntı yapılan kısımda görüldüğü üzere; haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur¹⁷⁰. Burada önem kazanan soru; bu kişi bir kamu görevlisi olmayıp, bu işlemi yapsa idi, acaba muhatap tarafından kendisine böyle bir menfaat temin edilecek miydi? Eğer bu sorunun cevabı “hayır” ise artık yapılan suçtur. Bu eylem suç teşkil etmez demek, kamu faaliyetlerinin satın alınmazlığı idealine büyük darbe vuracağı gibi, diğer fertlerin de kendilerini menfaat teminine mecbur hissetmelerine, aksi halin aleyhlerine sonuç doğuracağı tereddüdüne kapılmalarına yol açar ki, bu ceza hukukunun kabul ve tahammül edebileceği bir sonuç olmaz¹⁷¹.

Çıkarın kıymetinin az yada çok olması kanaatimizce suçun oluşumu için etkili değildir. Eşitlik ilkesi ile hareket etmeleri gerekenlerin, bu eksenden en ufak sapmaları dahi cezai sorumluluğa tabi olmak zorundadır. Yasa koyucu Devlet Memurları Kanunu’nun 29. maddesinde iş sahiplerinden hediye alınmasını da yasaklamıştır. Yasa koyucunun cezayı eksiltici veya tamamen ortadan kaldırıcı fonksiyon atfettiği malın değerinin az olması bazı suçlarda (örneğin; hırsızlık, yağma, zimmet) için istisnaen getirilmiş bir cezasızlık kurumu olduğundan, onu adeta genel bir cezasızlık sebebi gibi kabul edemeyiz¹⁷². Aksi bir durum TCK m.61/7. “Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” hükmüne aykırılık teşkil eder. Görevi kötüye kullanma suçunda çıkarın

¹⁶⁸ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.763

¹⁶⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.117

¹⁷⁰“devlet hastanesinde doktor olan sanığın Mart 2003’te ölen Safiye S’in bacağındaki cilt kanseri rahatsızlığı sebebi ile 2001–2002 yıllarında özel muayenehanesinde yaptığı muayeneleri için, hastanın eşi ve kardeşi olan müştekilerden aldığı ücretler dışında, hastanede yaptığı ameliyatlar sonrasında icbar ve ikna boyutunda söz ve hareketlerde bulunmadan, müştekinin hastalarıyla ilgilenmesi nedeniyle minnet altında ödedikleri anlaşılan bir kısım paraları almak sureti ile haksız çıkar sağlanmasından ibaret eyleminin zincirleme görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır. (5.C.D. 13.11.2006, 315/8838)

¹⁷¹ŞIK Hüseyin, s.93

¹⁷²ŞIK Hüseyin, s.94

miktarının az olması, sadece yargıcın temel ceza tayininde alt hadden ceza vermesinin gerekçesi olabilir¹⁷³.

8.2.3.3.Hareketin İrtikap Suçunu Oluşturmaması

TCK m. 257/3 görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar teminini “İrtikap suçunu oluşturmama” koşuluna bağlı tutmuştur. TCK m. 250 de düzenlenen irtikap suçu; görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması sureti ile ve icbar ile hileli davranışlarla ikna ile ya da kişinin hatasından yararlanmak sureti ile kamu görevlisinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolda bir vaatte bulunulmasını temin etmesi ile işlenebilmektedir. 250. maddenin 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen ikna ve kişinin hatasından yararlanmak sureti ile irtikap suçlarının görevi kötüye kullanma suçundan ayrılmasında tereddüt doğuracak bir hal söz konusu değildir. Fakat 250/1’de düzenlenen görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ve icbar sureti ile irtikap suçunun görevi kötüye kullanma suçundan ayırt edilmesi gerekmektedir.

TCK’nın getirdiği sistemde kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak amacı ile -hukuka uygun bir işin yapılması için- kişilerden menfaat temin etmesi durumunda (765 sayılı mülga Kanunun aksine) rüşvet suçu değil; kural olarak icbar sureti ile irtikap suçu oluşacaktır. Mağdurun icbar edilmesi; mağdurun iradesini zorlayan hareketleri ifade etmektedir¹⁷⁴. İcbar halinde mağdur sağladığı yararın, failin istediği şeylerin hukuka aykırı olduğunu bilerek fakat zorda kaldığı için çıkar sağlamayı kabul etmektedir¹⁷⁵. Fakat bu icbarın maddi değil manevi cebir (tehdit) niteliğinde olması ve mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldıracak derecede olmaması gerekir; aksi halde (TCK m.148) yağma suçu oluşur. İcbar ögesinin oluşması, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskını etkisinden kolaylıkla kurtulma imkanının da bulunmaması gerekir. İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için, bu baskının etkisiyle, kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü bir kişiye yarar sağlamaktadır. Ancak somut olayda icbar ögesinin varlığının kanıtlanması oldukça zordur¹⁷⁶. Bu husus gözeten kanun koyucu icbar ögesinin ispat edilemediği hallerde eylemin cezasız kalmasını önlemek istemiş ve bu halde eylemin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Bu sonuca madde gerekçesindeki; “somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunulmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir.” ifadesinden varmaktayız.

8.2.3.4. Hareketin Rüşvet Suçundan Ayrılması

TCK m. 252/3’e göre “Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar

¹⁷³ÖNDER Ayhan, s.173

¹⁷⁴PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3635

¹⁷⁵GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.119

¹⁷⁶PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3635

sağlamasıdır.”¹⁷⁷ Yani, failin görev gereği yapması gereken bir işi yapmaması ya da yapmaması gereken bir işi yapması için yarar sağlaması durumunda rüşvet suçu oluşacaktır. Buna karşılık zaten yapması gereken bir işi yapması (ya da yapmaması gereken bir işi yapmaması) için yarar sağlanması durumunda yukarıda ele aldığımız TCK m.257/3 hükmü uygulanacaktır¹⁷⁸. Belirtelim ki yasa koyucunun 765 sayılı mülga Kanun anlamındaki “basit rüşvet” fiillerini rüşvet suçu kapsamından çıkarması, bu suçla mücadele açısından anlaşılabilir bir yaklaşım değildir. Çünkü bu tür eylemlerin görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde cezalandırılması durumunda, yalnızca yararı sağlayan kamu görevlisi cezalandırılacaktır. Oysa bu tür durumlar da söz konusu yararı sağlayan kimsenin her zaman masum olduğunu söylemek mümkün değildir. Sağlana yarar, şayet kamu görevlisinin zorlamasına bağlı ise elbette icbar sureti ile irtikap suçu oluşacaktır. Fakat durumun her zaman böyle olduğunu karine gibi kabul etmek doğru değildir. Serbest iradeyle oluşan karşılıklı anlaşma sonucunda vatandaşın kamu görevlisine yapması gereken bir işi yapması için yarar sağlaması durumunda, vatandaşın bize göre cezasız kalması doğru gözükmemektedir¹⁷⁹.

Rüşvet “çok faili” suç olduğu için, gerek veren gerekse alan cezalandırılmaktaydı. Oysa TCK m.257/3 düzenlemesine göre, çıkar sağlayan kamu görevlisi tek başına faildir; bu çıkarı sağlayan vatandaş ise cezalandırılmamaktadır. Yolsuzlukla mücadele açısından bu anlayışın sakıncası ortadadır. Kaldı ki, TCK m.257/3, ilk menfaat teklifinin kamu görevlisinden gelmesi varsayımından hareket etmektedir. Oysa bazı durumlar da menfaat teklifi vatandaştan gelmiş olabilir. Böyle bir durumda vatandaş iştirak terminolojisiyle ifade etmek gerekir ise “azmettiren” durumunda olup, görevi kötüye kullanma suçuna azmettirme nedeni ile cezalandırılacaktır. Buna karşılık 765 sayılı mülga Kanun rüşvet alma ve verme fiillerini iki ayrı suç olarak düzenlendiği için rüşvet veren veya alanın etkin pişmanlıktan yararlanması söz konusu olabilmekte; bu da yolsuzlukla mücadele açısından iyi bir suç politikası aracı olarak gözükmekteydi. Bugünkü düzenleme karşısında “azmettiren” veya duruma göre “yardım eden” konumunda olan vatandaşın, kendisinin de cezalandırılma olasılığı karşısında bu suçu ihbar etmesi düşünülmemeyeceğine göre, gerekçede yer verilen yolsuzlukla daha etkin mücadele için böyle bir düzenlemeye yer verildiği yönündeki anlatımların dayanaksız olduğu söylenebilir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ 765 sayılı Kanun, rüşvet suçunu, kamu görevlisinin “yapmak zorunda olduğu bir görevi yapmak için veya yapmamakla yükümlü olduğu bir görevi yapmak için” üçüncü kişi ile varmış olduğu anlaşma şeklinde düzenlemişti. Yani yeni Kanun, önceki Kanunu tam tersine çevirmiştir. ÖZEN Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:8, Nisan 2007, s.90

¹⁷⁸ “765 sayılı Yasanın 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde, 5237 sayılı TCK.nun 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 bir işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu durumda kesinleşen mahkumiyet kararına göre sabit görülen yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma bunun vasıtası olma eylemlerinin aynı yasanın 257/3. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama ve buna iştirak mahiyetinde olduğunun düşünülmemesi...” (Y.5CD. E.2006/6032, K.2006/5755)

¹⁷⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.807

¹⁸⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

TCK'nın basit rüşvet verme fiilini suç olmaktan çıkarması karşısında, görevinin gereğine uygun davranması için kamu görevlisine çıkar teklif eden kişinin eyleminin TCK' da hangi suç kapsamında değerlendirileceği de diğer bir soru konusunu oluşturmaktadır. Görevin gereğine uygun davranması için kamu görevlisine çıkar teklif eden kişinin eylemi m. 257/3 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira 257/3. fıkrada cezalandırılan husus kamu görevlisinin çıkar teminidir. Kanun koyucu bu maddede çıkar teklif eden kişinin eylemlerini önemsememiş, çıkar temin eden kamu görevlisini hedef almıştır. Kamu görevlisine görevinin gereğini yapması için çıkar teklif eden kişinin eylemi rüşvet suçu kapsamında da değerlendirilemeyecektir. Zira rüşvet verme fiilinde kişi, kamu görevlisine görevinin gereğine aykırı olarak bir işi yapması ya da yapmaması için menfaat temin etmektedir. Kamu görevlisinin görevine uygun işlemi yapması için çıkar temini rüşvet suçu kapsamında düzenlenmemiştir. TCK'nın getirdiği sisteme göre uygulamada Yargıtay görevinin gereğine uygun davranması için kamu görevlisine çıkar temini teklif eden kişinin eylemini hakaret suçu kapsamında değerlendirmektedir. Yüksek mahkeme görevin gereğine uygun işin yapılması için çıkar teminini teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması gerekçesi ile eylemin hakaret suçunun 3. fıkrasında yer alan kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret edilmesi suçunu oluşacağına hükmetmektedir¹⁸¹.

9. NETİCE

9.1. GENEL OLARAK

Hareket insan vücudu tarafından gerçekleştirilen maddi iş iken, bu hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe de netice denir¹⁸².

Netice icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Ancak, icra edilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişiklik ceza hukuku açısından önem taşımaktadır. Bir başka deyişle, burada söz konusu edilen netice, sadece kanuni tarifte yer alan dış alemdeki değişikliktir¹⁸³. Somut olayda kanuni tariftaki neticeler dışında bazı başka neticelerde meydana çıkmış olabilir. Örneğin; insan öldürme suçunda, kanuni tarifte yer alan netice mağdurun ölmesidir. Ancak bu ölüm akrabalarının manen ve maddeten perişan etmiş olabilir. Bu da dış alemde bir değişiklik belirtir; yine bu olayların her biri ile failin hareketi arasında nedensellik bağı vardır.

¹⁸¹ “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..." (Y.5CD.E.2006/1435, K.2008/4255)

¹⁸²ÖZBEK Veli Özer / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan, Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı-1- Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.98

¹⁸³ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.178

Fakat bunlardan sadece biri hukuken önemlidir ve suç tipinde tarif edilmiştir; bu da mağdurun ölmesidir¹⁸⁴.

Neticenin suçun hareket (eylem) unsuru içersinde yer aldığına ilişkin görüş¹⁸⁵ yerini netice fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak suçun maddi unsurlarından birini oluşturur

Neticenin sadece maddi olması lazım değildir. Acı, öfke, sövmeye üzüntü ve onur kırıklığı gibi moral değişiklikleri de neticedir¹⁸⁶.

Neticesiz suç yoktur. Neticenin maddi olarak ortaya çıkmaması o suçu neticesiz hale getirmez. Neticenin mutlaka gözle görülür olması da gerekmez. Tehlike de bir neticedir. Bir zarar tehlikesinin bulunması da neticenin varlığı için yeterlidir. Bu anlamda hareketin olası sonuçları da netice kavramı içinde kabul edilmelidir¹⁸⁷.

Suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş şekli ve derecesine göre suçlar zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılırlar. Zarar -tehlike suçu ayrımı hukuken korunan menfaatin ya da varlığın ihlalini esas alır¹⁸⁸. Doğaldır ki, sonuç bakımından ne zaman zarar ne zaman tehlike yeterli olacaktır bu yasal düzenlemeden anlaşılabilir¹⁸⁹.

Netice veya zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmiş olması aranırken, tehlike ya da sırf hareket suçlarında suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi neticenin kabulü için yeterli olup, hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarara uğramış olması şart değildir. Bu anlamda bir zarar tehlikesini yaratabilme imkanının varlığı, yani eylem suç tipinin ihlali için yeterlidir. Tehlike suçlarında hareketin yönelik olduğu konunun objektif olarak zarar uğrama tehlikesi ile karşılaşmış olması, yani zarar doğmadan ceza hukukunun müdahalesi aranır. Konunun zarara uğraması tehlikesi ciddi sonuçlar doğurduğu için yasa koyucu bu yolu benimsemiştir. Ancak bu da bir ihlal olarak değerlendirilmektedir. Yasa koyucu burada hukuki değere verdiği öneme göre hareket etmektedir. Böylece yasa koyucu ceza hukukunun müdahale olanağını genişletmiş olmaktadır¹⁹⁰. Dolayısı ile bu suç tiplerinde failin henüz bir zarar doğmadığından kendisinin cezalandırılmayacağı savunması geçerli olmaz, zira esasen aranan da zarar değil, sadece tehlikeye yol açılmış olmasıdır¹⁹¹.

Mülga TCK kapsamında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun tehlike suçu olarak düzenlendiğini ancak TCK'nın getirdiği sistemde zarar suçu halinde dönüştürüldüğünü daha önce de ifade etmiştik. 257. maddenin ilk iki fıkrasında “görevin gereklerine aykırı

¹⁸⁴HAKERİ Hakan, s.140

¹⁸⁵İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, s.67

¹⁸⁶HAKERİ Hakan, s.141

¹⁸⁷ÖZBEK / BACAŞIZ / KORAY, s.98

¹⁸⁸ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.216

¹⁸⁹İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.67

¹⁹⁰ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.216

¹⁹¹ HAKERİ Hakan, s.143

hareket etmek sureti ile veya ihmal ve gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız menfaat sağlayan kamu görevlisinin” cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır¹⁹². Yani bugün 765 mülga sayılı Kanun’daki düzenlemeden farklı olarak, suçun oluşabilmesi için belirli bir neticenin de oluşması aranmıştır. Bu üç şekilde ortaya çıkabilir;

1. Kişilerin mağduriyetine neden olma veya
2. Kamunun zararına neden olma ya da
3. Kişilere haksız bir menfaat sağlama¹⁹³.

Görevi kötüye kullanma suçunun ilk iki fıkrasında; kanuni tanımda üç ayrı neticeye yer verilmiştir. Bu nedenle suç “çok neticeli suç” olarak düzenlenmiştir. Maddede aranana bu neticeler zarar-yarar kastı şeklinde sübjektif olarak değil, yapılan davranışın tabi sonucu biçiminde objektif olarak gerçekleşmelidir. Diğer taraftan maddede sayılan neticelerden üçünün de birlikte gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu neticelerden bir tanesi dahi gerçekleşmiş olsa da suç oluşmaktadır. Birden fazla neticenin gerçekleşmesi belki de cezanın bireyselleştirilmesinde gözetilmelidir. Kanunda belirtilen neticelerin gerçekleşmesi koşuluyla nitelik ve niceliğin de bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle suça bağlı olarak sağlanan menfaat veya kamu zararının az ya da çok olması suçun oluşmasına engel teşkil etmez. Fakat belirtelim ki gerçekleşen neticenin miktar ve yoğunluk derecesi 765 sayılı ETCK m. 230 ve 240’ ta olduğu gibi şimdi de cezanın tayin edilmesinde de gözetilmelidir¹⁹⁴.

Şunu da belirtmeliyiz ki suçun tehlike suçu olmaktan çıkarılıp zarar suçu haline getirilmesi de doktrinde eleştirilmektedir; bu eleştiri şu şekildedir; kanun sadece görevin gereklerine aykırılığı suç saymakta, bunun yanında kamunun zarar görmesini ve ya kişinin mağdur olması veya kişinin menfaat temin etmesini öngörmektedir. Soyut kuralın ihlali suç olmaz ise hukuk devleti korunamaz. Hukuk devletini korumak için disiplin hukukunun yaptırımını yeterli olmaz. Kamu görevlisi tarafından soyut kuralın ihlali devletin itibarına, saygınlığına, güvenilirliğine zarar verir. Bu zararın ödenmesi için görevi kötüye kullanma suçu ihdas edilmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunun koruduğu menfaat devletin itibar ve güvenilirliğidir. Hal böyle olunca hukuk devletini korumayan ceza normu, ceza kanunun maddesi ile çelişmektedir. Örneğin; bir öğretim üyesinin içeriğinde pek bir şey bulunmayan bir yazılı sınav kağıdına geçerli not vermişse bundan kamunun ekonomik bir zararı olmayacak, kişisel bir menfaat bulunmayacak, dolayısı ile fiil suç teşkil etmeyecektir. Kanaatimizce; kişisel menfaat ve mağduriyet veya kamusal zarar kavramları uygulamada tereddütlere sebebiyet verecektir¹⁹⁵.

¹⁹²MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs 2007, s.103

¹⁹³TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.749

¹⁹⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s. 86

¹⁹⁵SOYASLAN Doğan, 2006, s. 523

9.2. KİŞİLERİN MAĞDURİYETİNE NEDEN OLMA

Görevin gereklerine aykırı davranışın yol açabileceği neticelerden ilki, kişilerin mağduriyetine neden olmasıdır. Buradaki kişi kavramının hem gerçek hem de tüzel kişiyi (özel hukuk veya kamu tüzel kişisi) kapsayacak biçimde anlaşılması gerekir. Zarar kavramından daha geniş bir anlama sahip olan “mağduriyet” kavramı ise ekonomik bakımdan uğranılan zararı değil manevi zararları da kapsamaktadır¹⁹⁶.

Yargıtay kararlarında mağduriyet kavramını sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı kabul etmeyip bireysel hak ihlalini doğuracak her türlü davranış olarak niteler¹⁹⁷. Madde gerekçesinde bu hususu belirten örnekler verilmiştir; örneğin kişi tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar uygulamasında, belli bir parsel sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı halde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai ve ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı halde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir. Bütün bu durumlar da vatandaşın maddi ve manevi bir zararı söz konusudur. Kişiler hem ekonomik hem mali ve ticari mağduriyete uğramış olabilirler hem de yapılan işlemle gelecekte elde edebilecekleri manevi tatmin sağlayacak olanakları da kaybetmiş olabilirler. Belli bir konuda yapılmak istenen özel araştırma ve eğitimin maddeye uygun şekilde engellenmesi ile kişi maddi açıdan mağdur olmayabilirse de, kazanacağı sıfat ve edineceği bilgi ve becerilerle manevi tatmin sağlayabilecek iken bundan yoksun bırakılmakla da mağduriyete uğramış olabilir¹⁹⁸. Kişinin sosyal siyasi, medeni her türlü haklarının ihlali sonucunu doğuran fiillerin mağduriyet kavramına dahil olduğu gözetilmelidir¹⁹⁹.

Mağduriyet halinin varlığının somut olayda objektif olarak belirlenebilir olması, mağdurun sadece sübjektif olarak kendini haksızlığa uğramış hissetmesinin yeterli sayılmaması gerekir²⁰⁰.

Hukuka aykırı işlem yapılması durumunda, idarenin ekonomik bir zararı olmasa da işlemin ilgili olduğu kişinin mağduriyeti varsa 257. maddedeki suç oluşur²⁰¹.

Mağduriyet ögesinin varlığının kabul edilmesi için mağdur olduğu belirtilen kişi veya kişilerin bulunması gerekir. Görevin gereklerine aykırı davranılmasının doğal bir sonucu olarak bir veya daha çok kişinin mağdur olduğu belirlenebilmelidir. Ancak mağdur olan kişi veya kişilerin bu fiil nedeni ile şikayetçi olmaları zorunlu değildir. Ortada bir şikayet

¹⁹⁶PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3626; “Ancak sınırları bu denli belirsiz olan bir suçun gerçekleşmesi için aranan sonucunda son derece geniş kapsamlı bir kavram olan “mağduriyet” kavramı ile ifade edilmesi, suçun kapsamını daha da belirsizleştirmektedir.” (ERGÜN Güneş, s.143)

¹⁹⁷CGK: 03.01.2006, 4MD 196/204

¹⁹⁸KAYLAN, Keskin, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale, Erişim Tarihi:19.02.2010, Saat: 14.00, s.19

¹⁹⁹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3627

²⁰⁰PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3626

²⁰¹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3627

bulunmasa ve fiilin illi bir sonucu olarak mağdur olan bir kişi dahi olsa suç işlenmiş olur. Diğer taraftan mağduriyetin azlığı veya çokluğunun suçun oluşumunda önemi bulunmadığından somut olaya göre mağduriyetin varlığını saptama bakımından zorunlu olmadıkça zararın ölçülmesi veya belli bir hesaplara belirlenmiş olması da gerekli değildir. Hatta eylemin gerçekleşmesinden, suçun oluşmasından sonra mağduriyetin giderilmesi telafi edilmesi cezanın takdirinde gözetilebilir ise de suçun oluşmasını önlemez²⁰².

TCK m. 257 de suçun oluşması için aranılan neticelerden biri olan “kişilerin mağduriyetine” bu suç tipinde yer verilmek sureti ile 765 sayılı mülga Kanun m. 228/1’deki keyfi muamele suçun da görevi kötüye kullanma suçu kapsamına alınmıştır. Gerçekten 765 sayılı mülga Kanun m. 228’ deki suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler” keyfi muamelede bulunmak” veya “yapılmasını emretmek” veya “emrettirmek” biçiminde seçimlik olarak sayılmıştı. 765 sayılı mülga Kanun m. 240’tan farklı olarak, bu suçun oluşması için keyfi muamelenin doğrudan doğruya “kişiye” karşı gerçekleştirilmiş olması, yani kişinin şahsına ya da haklarına veya malına yönelik olması gerektiği söylenmekteydi. Artık kişiye yönelik olarak görevin gereğine aykırı olarak yapılan ve onun mağduriyetine neden olan davranışlar 257. madde kapsamında değerlendirilecektir. Bununla birlikte 765 sayılı mülga Kanun m. 228 bakımından keyfi muamele yapılması veya yapılmasının emredilmesi ile suç tamamlandığı için, keyfi muamele sonucunda kişinin bir hakkının ihlal edilmiş veya bir malının zarar görmüş olması gerekmezdi. TCK açısından ise, kişilerin mağduriyeti sonucu doğmamış ise, eylem teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak Yargıtay uygulamasında, maddede belirtilen üç neticeden birinin doğmaması durumunda suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir²⁰³.

765 sayılı mülga Kanun m. 228/2 de yer alan “kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada görevi gerektirmediği halde kişilere karşı sert muamelede bulunması” halinde oluşan suç kalıbı TCK m. 257 kapsamına alınmamıştır. Mağduriyet kavramının sert muamele fiillerini kapsamadığı anlaşılmaktadır. Sert muamele fiilleri olayın özelliğine göre kanundaki diğer suçları (örneğin görevde zor kullanma sınırının aşılmasını (m.256) veya sövme, tehdit yaralama gibi suçları gibi) oluşturacaktır²⁰⁴.

9.3. KAMUNUN ZARARINA NEDEN OLMAK

Görevin gereklerine aykırı davranan fail ikinci bir netice olarak kamunun zarar görmesine neden olmuş olabilir.

“Kamu” kelimesi lügat anlamına göre amme; halk, toplum, bütün toplumla ilgili olan ya da toplumu temsil eden anlamına gelmektedir. Toplumu temsil eden şey ise devlet veya kamu idaresidir. Kamu hizmeti gören bütün kuruluşlar “kamu idaresi” teriminin kapsamı içindedir²⁰⁵. Bu terim 765 sayılı ETCK m.230/2 de kullanılan “devlet zararı” kavramını da

²⁰² GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.88

²⁰³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.751

²⁰⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.89

²⁰⁵ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3628

içine alan kamu hizmeti yürüten tüm kurum ve kamu idarelerinin zararını kapsayan geniş bir kavram olarak düşünülmelidir.

Maddede geçen “zarar” teriminin ise yalnız maddi nitelik mi yoksa hem maddi hem de manevi nitelik taşıması gerektiği hususu ise tartışmalıdır.

“Zarar” kelimesinin dar olarak sadece maddi nitelikteki ekonomik zararları kapsadığını savunan yazarlar²⁰⁶; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması halinde doğal olarak sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmekle birlikte, kanun koyucunun burada kamusal zararı somut bir zarar olarak aradığını dile getirirler. Sadakat yükümlülüğünün ihlalinden doğan kamusal zararı ve başkaca “dolayısı ile zararları” değil, kamu idaresini ekonomik zarara uğratacak nitelikte somut ve “doğrudan zarara” yol açan fiilleri suç saymak istediğini vurgularlar. Bu hususta da madde gerekçesinde örneklenen; orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürmekle, görevin gereğine aykırı davranılmış olabilir örneğini verirler.

Buna karşılık kamu zararının “ekonomik zarar” olarak kısıtlanarak dar yorumlanmaması gerektiği de dile getirilmektedir. Bu görüşe göre; görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresinin işleyişinin ve güvenilirliğinin devamını temel alan bir suçtur. Ekonomik zarara yol açmasa bile kamu idaresinin işleyişindeki aksama ve düzensizlikler kamunun güvenliğini zedeleyecektir. Devlet idaresine olan güveni sarsacaktır. Kamu idaresinin işleyişi için zorunlu olan bir kısım görevlerine yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi kamunun ekonomik zararına yol açmasa da, kamu idaresinin işleyişini engelleyecek ve dolayısı ile zaafa uğratacaktır. Örneğin; mahkeme yazısına yanıt vermeme nedeni ile yargılamanın gecikmesine yol açma eylemi, amirin memuruna verdiği görevin yapılmaması nedeni ile kamu görevinin yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi, adli kolluk görevlilerinin savcının veya hakimın emrini geç yerine getirmeleri, kötü niyetli kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak orman alanında bulunan ve kesilmemesi gereken ağaçları kestirmesi, kamu görevlilerinin damgalama yapmadan üretimde bulunma niteliğindeki eylemleri, kişilere haksız menfaat sağlamadığı, mağdurun zararına neden olmadığı veya kamunun ekonomik zararına yol açmadığından suç oluşturmayabilecektir. Ancak bu durum kamu idaresinin keyfiliğine yol açacak ve kamu görevlilerinin görevlerini aksatmaları ya da görevlerini kanunlara aykırı olarak yapmaları sonucunu doğuracaktır. Kamu zararı, görevin kanuna uygun olarak yapılmaması nedeni ile ilgili makam ve görevlilerin daha fazla emek ve güç harcamak sureti ile bir kamu hizmetini ya da işlemi gerçekleştirmelerini ya da bir kamu görevinin hiç gerçekleşmemesini ve görevin hukuka aykırı biçimde yapılması nedeni ile devletin ekonomik zararına neden olmasa bile, “kamunun yoksun kaldığı ortak yarar” biçiminde anlaşılmalıdır²⁰⁷. Madde gerekçesinde ; “kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir” denilmektedir. Gerekçe yorumu yardımcı olacak bir

²⁰⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.758, TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.754, PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3628,

²⁰⁷MERAN Necati, 2008, s.319 vd.

olgudur²⁰⁸. İçinde birbiri ile çelişen ifadeler vardır. Bu nedenle bu görüş tarafından kamu zararının ekonomik zarar ile sınırlanmasının doğru olmadığını düşünülmektedir.²⁰⁹

Kanaatimizce; kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı davranması, her durumda kamusal görevlerin düzenli etkili ve dürüst biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaatlere aykırılık teşkil etmek sureti ile kamu idaresinin zararını ifade edecektir. Burada aranan zararın, malvarlığına ilişkin olma kaydına bağlanmaksızın, son derece geniş bir kavram olan kamu zararı kavramı ile ifade edilmiş olması da ayrıca bir eleştiri konusudur. Tüm bu eleştiriler ışığında belirtmek gerekir ki burada aranan zarar malvarlığına ait bir zarar olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten 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 zarara neden olmaya bağlanması ile bağdaşmayacaktır.

Failin görevinin gereğine aykırılık davranışının kamu zararına neden olduğunun kabul edilmesi için, zararın eylemin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkması ve zararla hareket arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Nitekim 765 sayılı ETCK m. 230'daki "devletçe bir zarar meydana gelmesi", ögesi bakımından Yargıtay da zararın doğrudan meydana gelmesini aramaktaydı²¹⁰.

Suçun oluşması bakımından neticelerden kamu zararının oluşması gerekliliği karşısında, bu zararın kesin olarak belirli bir rakam olarak tespiti geremektedir. Somut olayda oluşan kamu zararının haksızlık ögesi bakımından yeterli bir miktarda olmasının tespiti yeterli olacaktır, zararın miktarının tespiti gerekli değildir²¹¹. Yani zararın varlığının tespiti gerekli iken bu zararın miktarının belirli ve kesin bir rakam olarak tespiti gerekmemektedir.²¹² Ayrıca kanun koyucu maddede için herhangi bir etkin pişmanlık

²⁰⁸Madde gerekçesinde; " görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin; orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri ve konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir" denilmekte, yukarıda belirttiğimiz gerekçeye ters bir açıklama yapılmaktadır. Çünkü yasak yere yapılmış bir işyeri ya da konuta elektrik, su vb. sağlamakla kamu zarara uğramamakta, aksine enerji veya yaşam alanları nedeni ile kamunun bunlardan vergi alarak gelir sağlaması söz konusu olmaktadır. Kişinin bunları kendisinin sağlaması durumunda ise eylemin görevi kötüye kullanmakla ilgisi bulunduğundan söz edilemeyecektir. (MERAN Necati, 2008, s.319)

²⁰⁹MERAN Necati, 2008, s.321

²¹⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.94, "TCK md.230/2 de devletçe bir zarar husule gelmiş ise cezanın arttırılacağı kabul olunmuştur. Bu fıkranın uygulanabilmesi için, zararın doğrudan doğruya sanığın eyleminden meydana gelmesi gerekir." (CGK. 05.07.0965, 4-264/285)

²¹¹"kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınamayacağı ve aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendisine özgü özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirtme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptamamasında dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapım gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir." (CGK. 18.10.2005, 4MD. 96/118)

²¹²"belediye memuru olan sanığın... isimli kişinin su sayacını okumaya gittiğinde sayacın mühürünün koparılmış olduğunu gördüğü halde tutanak tutmayarak görevini savdığı anlaşılmasına göre 5237 sayılı TCK'nın 257. Maddesi uyarınca da miktarı tespit edilemese de kaçak su kullanımı nedeni ile kamu zararına yol açtığı ve kaçak su kullananın haksız kazanç sağlamasına neden olduğu da gözetilerek görev savma suçundan hükümlülük kararı

hükmüne yer vermediğinden oluşan kamu zararının ödenmesi, sonradan giderilmesi hali suçun oluşmasını engellemeyecektir²¹³.

Ceza kanununda “kamu zararı” kavramının tanımı yapılmamasına rağmen başka bir kanunda kamu zararı terimi kullanılmış ve bu kavramın tanımı yapılmıştır. 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanunu 71. maddesinde kamu zararı terimini tanımlamış ve belirlenmesinde gözetilecek kıstasları sıralamıştır. 5018 sayılı Kanunun 1. maddesinde amacı ; “Bu Kanunun amacı, kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemektir.”, 2. maddesinde kapsamı;” Bu Kanun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsar” şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunun 71. maddesinde ise “Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.” şeklinde tanımlanmış ve kamu zararının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler şu şekilde sıralanmıştır;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- f) (Kaldırıldı)
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Görüldüğü üzere 5018 sayılı Kanun da kamu zararı kavramını “maddi ekonomik zarar” anlamında değerlendirmektedir. Hukuk düzeninde kullanılan kavramların bütünlük arz etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kamu zararı kavramının belirlenmesinde 5018 sayılı kanunun yukarıda sözü edilen 71. maddesinden yararlanılması kanun kapsamındaki kamu idareleri bakımından zorunlu sayılmaktadır. Zararın bulunup bulunmadığıyla ilgili yapılacak bilirkişi incelemesinde, anılan madde de yer alan kriterler gözetilmelidir²¹⁴.

Ancak 5018 sayılı yasanın kamu zararının tespit edilmesinde kriter olamayacağını söyleyen yazarlarda da mevcuttur. Yazarlara göre; 5018 sayılı kanun, kamu mali yönetimine

verilmesi yerine yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (CGK, 18.10.2005, 4MD 96/118)

²¹³“...devlet zararının sonradan ödenmesinin suçun oluşmasını önleyemeyeceği düşünülmeden yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 12.07.2006, 1778/13853)

²¹⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.95

ilişkin olarak kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş bulunduğundan kamu zararının ekonomik bir kavram olarak değerlendirilmesi doğaldır. Oysaki Ceza Kanununun 257. maddesinde öngörülen kamu zararının 5018 sayılı kanunda ifade edilen kamu zararı ile bağdaştırılmasını gerektiren bir hüküm bulunmamaktadır. Madde metninden kamu zararının sadece “ekonomik zarar” ile sınırlandırılacağı anlaşılamamaktadır. Gerekçe ise yoruma yardımcı olacak bir olgudur. Bu nedenle “kamu zararı” kavramının ekonomik zarar ile sınırlandırılmasının doğru olmadığını düşünmektedirler²¹⁵.

Yargıtay’ın bu konudaki kararlarına bakıldığında ise, yüksek mahkeme kamu zararı kavramını ekonomik zarar olarak ele alır ve bu zararın tespitinde 5018 sayılı kanundaki kriterleri kullanmaktadır²¹⁶. Ancak karşı oy yazılarında bu hususun tersine savunan üyeler de vardır²¹⁷.

²¹⁵MERAN Necati, 2008, s.321

²¹⁶“sanıkların yüklenen görevi kötüye kullanma eylemleri nedeni ile 5237 sayılı TCK’nın 257. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına (5018sayılı kamu mali yönetimi ve kontrol yasasının 71. maddesi uyarınca ekonomik zarar) neden olursa ve kişilere haksız kazanç sağlama koşullarının oluşup oluşmadığına bakılmadan Sayıştay uzman denetçisi ve devlet ihale mevzuatından anlayan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılarak sonuca göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D. 02.10.2007, 5246/7625) “Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; madde gerekçesinde “ekonomik bir zarar olduğu” vurgulanan anılan kavramla ilgili olarak yasal düzenleme içeren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasasının 71. maddesinde ise; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem ve ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan kamu zararı, her somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınamayacağı ve aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendisine özgü özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirtme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapım gerçekleştiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken; norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklinde bir varsayım da hareket edilmemelidir.” (C.G.K. 18.10.2005, 4MD. 96/118)

²¹⁷“ KARŞI OY=5018 sayılı yasanın 1. maddesinde yasanın amacının “kamu kaynaklarının ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi, kullanılması ve tüm mali işlerinin kontrolünü düzenlemek” olduğu açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu yasanın konusu kamu maliyesi ve mali işleridir. Yani paradır. Bu nedenle zarar kavramının da ekonomik zarar olarak tanımlanması da gayet doğaldır. Modern devlette kamu hizmetlerinin yürütülmesi ancak para ile mümkün olabilmektedir. Devlet topladığı paraları yetkili organları ile belirlenen hizmetlere harcamaktadır. Hukuk toplumunda para ile ölçülebilen değerler dışında başka değerler de yok mudur? Salt parasal değerlerini ölçemediğimiz için kültürel değerlerimizin tümünü yok saymak mı gerekecektir?

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

Kamu zararının dar anlamda ve sadece maddi zarar olarak kabul edilmesi halinde yasalarda suç olarak tanımlandıkları halde kişilerin mağduriyeti ve kişilere haksız kazanç sağlama unsurunu kanıtlama olanağı mümkün olmayacağı için ekonomik zarar oluşturmadığı gerekçesiyle cezai yaptırım uygulanmayacaktır. Örneğin; çağrıldığı halde otopsiye gitmeyen doktor yerine başka bir hekim alınarak otopsi işlemlerinin tamamlanması halinde otopsiye gitmeyen doktora, genel ve katmalı bütçeli kamu kurumları ile belediyenin 2886 sayılı yasanın 1. ve 36. maddeleri gereğince mutlaka “kapalı teklif usulü” ile yaptırılması zorunlu olan işlerin “pazarlık usulü ile ihale” yöntemi ile yaptırılan kamu görevlilerine...” (4.C.D. 26.02.2007, 2005/13076, 2007/1959)

Görevin gereğine aykırı olarak yapılan harcamanın aslında yine kamu yararına ve kamu hizmeti yolunda kullanılmış olması suçun oluşmasını önlemeli midir? Benzer biçimde, kamu görevlisi olan failin kamu hizmetinde kullanmakla birlikte kendisine harcama yetkisi veren kalemlerden birindeki parayı diğer kalemle ilgili olarak harcaması durumunda suç işlendiği kabul edilmeli midir? Bu tür olaylarda aynı kamu idaresinin hizmetinde kullanılmak üzere usulsüz harcama yapılmaktadır. Kanaatimizce bu tür yetki aşımı sureti ile yapılan harcamalarda kamu zararının var olup olmadığını belirlemek için yine sözü edilen 5018 sayılı kanunun 71. maddesinden yararlanılmalıdır. Göreve aykırı yapılan işlem ve eylem dolayısıyla; kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması hususunda anılan maddedeki ilkelere göre araştırma yapılmalıdır²¹⁸.

9.4. KİŞİLERE HAKSIZ MENFAAT SAĞLAMAK

Madde 257/1 ve 2. fıkralar açısından maddi unsuru oluşturabilecek son netice ise; görevin gereklerine aykırı davranmak sureti ile kişilere haksız menfaat sağlanmış olmasıdır. Haksız menfaat; bir kişinin hakkı bulunmadığı halde ve hukuk düzenince onaylanmayan yöntemlerle mal varlığının artırılmasıdır²¹⁹. Bu kazancın sağlandığı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişide olabilir, yeter ki bu kişi yarar sağlandığı belirlenebilen bir kişi olsun²²⁰.

Haksız menfaat kavramının da maddi nitelikte ekonomik bir zararı mı ifade ettiği yoksa maddi nitelikte olmayan manevi yararı da içine alacak şekilde geniş yorumlanıp yorumlanmaması gerektiği doktrinde “kamu zararı” kavramında olduğu gibi tartışma yaratmıştır.

Haksız menfaat kavramını ekonomik nitelikte değerlendiren yazarlar; “malvarlığını doğrudan olmasa da failin sağladığı avantaj ya da statü ile dolaylı olarak artıran fiillerde menfaat sayılır²²¹, kanun koyucu 257/3. maddede “çıkar”, irtikap ve rüşvet suçlarında ise “yarar” kavramlarını kullanırken, 257/1,2 de “menfaat” kavramını tercih ederken bilinçli davranmıştır²²²” görüşündedir

Haksız menfaat kavramının yalnızca maddi değerleri değil, manevi yararları da kapsayacak nitelikte geniş yorumlanması gerektiğini savunanlar; hukuken hak sahibi olmadığı halde bir kişinin hukuk düzenince onaylanmayan yöntemlerle maddi ve manevi bir yarar sağlanması, malvarlığının artırılması veya artışa olanak sağlayan bir avantaj ya da çıkarın elde edilmesi hallerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini söylerler²²³. Gerekçede verilen; “kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı halde yararlandırılmış olabilir. Kişiye belirli bir sınaî ve ya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin ve koşulları taşımadığı halde, bu faaliyetlerin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir

²¹⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.95

²¹⁹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3631

²²⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.92

²²¹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3631

²²²GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.90

²²³GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.90

imar planı uygulamasında, belli bir plan tekniğine ve imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkan sağlanmış olabilir²²⁴ örneklerinin ekonomik çıkarlardan yola çıkması, ekonomik olmayan çıkarlara yer verilmemesi sebebi ile²²⁵ sadece maddi menfaatlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğini, ilgisine sağlanan her türlü haksız çıkarın bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunurlar²²⁶.

Haksız menfaat kavramının muhtevasını netleştirecek yerleşmiş yargı kararları da bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme bazı kararlarında menfaat kavramını dar yorumlamış, fakat karşı oy yazılarında ise salt maddi, ekonomik nitelikteki olmayan kazanımları bu kapsamda değerlendirmiştir²²⁷.

Kamu görevlisinin gereklerine aykırı hareketi sonucu, kişilere sağlanan menfaat haksız değil ise, hüküm kapsamında değerlendirilemez. Diğer bir ifade ile bireylerin haklarının teslimi zımnında gerçekleştirilen görevin gereklerine aykırı davranışlar, başkalarını mağdur etmemek ve kamunun da zararına yol açmamak şartı ile madde kapsamında değerlendirilemez²²⁸.

Görevin gereğine aykırı davranılması sureti yapılmaması gereken bir işlemin yapılması ile kişilere haksız menfaat sağlama neticesi oluşan görevi kötüye kullanma suçu ile yapılmaması gereken bir işlemin yapılması için haksız yarar sağlama neticesi oluşan rüşvet suçu, şeklen birbirlerine benzemektedirler. Bu nedenle bu iki suçun birbirinden ayrılmasın da kullanılabilecek ölçü “rüşvet anlaşması” dır. Gerçekten görevi kötüye kullanma suçunda faili ile vatandaşın karşılıklı olarak menfaat sağlamaya ilişkin bir mutabakatları olmadığı halde rüşvet suçunda taraflar arasında “yarar” sağlanması hususunda bir antlaşma yapılmaktadır.

9.5. KENDİSİNE VEYA BİR BAŞKASINA ÇIKAR SAĞLAMA

TCK m. 257/3’te düzenlenen 765 sayılı mülga Kanun da basit rüşvet olarak adlandırılan suçun oluşumu açısından netice; çıkarın sağlanmasıdır. Yalnız burada TCK m.257/3 ile 765 sayılı mülga Kanun m.212/1 deki basit rüşvet suçunun farklılaştığı bir noktaya vurgu yapmak isteriz. 765 sayılı mülga Kanun döneminde basit rüşvet suçunun oluşumu bakımından “vaat veya taahhüt” elde edilmesi suçun tamamlanması için yeterli idi. Suçun oluştuğu an bu vaat veya taahhüdün kabul edildiği an idi yoksa bu vaadin yerine getirildiği yahut taahhüdün ifa edildiği an değil.

Oysa TCK’nın getirdiği sistem içinde görevin gereklerine uygun davranma suçunda “çıkarm” vaad edilmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir, ayrıca bu çıkarın teslimi gerekmektedir. Kanun koyucunun “sağlama” kavramını kullandığına göre çıkarın verilmesini, elde edilmesini fiilen aramaktadır. Kamu görevlisinin işi yapmasından önce

²²⁴Madde gerekçesi

²²⁵MERAN Necati, 2008, s. 322

²²⁶MERAN Necati, 2008, s. 327

²²⁷“kamunun zarara uğraması ise, madde gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi “ekonomik bir zararı” ifade etmektedir.” (C.G.K. 17.04.2007, 4–88/94)

²²⁸ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.760

sağlanan çıkarda suçun tamamlanması için işlemin yapılması gerekmemektedir²²⁹ zira suç çıkarın verilmesi ile tamam olmuştur.

Haklı işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması halinin de çıkar sağlamak kavramında dahil olduğunu, bu hususun madde gerekçesinde; Çünkü bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısı ile kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda da, kişiler hakkın teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görünüşte rızaya dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısı ile burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir.” şeklinde izah edildiğini daha önce açıklamıştık. Haklı işin görülmesinden sonra kamu görevlisinin herhangi bir talebi olmadan “hediye” adı altında verilen değerlerinde “çıkar” kavramına dahil olduğu bu noktada gözden kaçırılmamalıdır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 29. maddesi ile “devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları” yasaklanmıştır. Ancak bizim üzerinde durmak istediğimiz başka bir yasal düzenleme daha vardır ki bu; 25.05.2004 tarihli ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3. ve 7. maddelerine dayanılarak hazırlanan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliktir.

Bu yönetmeliğin 15. maddesi 1. fıkra ile hediyein tanımı şu şeklide yapılmıştır; “Kamu görevlisinin tarafsızlığını, performansını, kararını veya görevini yapmasını etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan, ekonomik değeri olan ya da olmayan, doğrudan ya da dolaylı olarak kabul edilen her türlü eşya ve menfaat hediye kapsamındadır.”

Yönetmeliğin 15. maddesi 2.ve 3. fıkraları; “Kamu görevlilerinin hediye almaması, kamu görevlisine hediye verilmemesi ve görev sebebiyle çıkar sağlanmaması temel ilkedir. Kamu görevlileri, yürüttükleri görevle ilgili bir iş, hizmet veya menfaat ilişkisi olan gerçek veya tüzel kişilerden kendileri, yakınları veya üçüncü kişi veya kuruluşlar için doğrudan doğruya veya aracı eliyle herhangi bir hediye alamazlar ve menfaat sağlayamazlar.” hükmü ile hediye alma ve menfaat, çıkar sağlama yasağı getirmiştir. Yönetmeliğin 15. maddesi diğer fıkralarında ise hediye alma yasağı kapsamına dahil olacak veyahut hediye alma yasağı kapsamında kalacak durumları sıralamıştır.

Bu yönetmeliğinde kamu görevlisine uymakla yükümlü olduğu bir görev yüklediği göz önüne alındığı zaman bu yönetmeliğe aykırılığında görevin gereklerine aykırılık teşkil edeceği aşikardır. Bu itibarla; kişinin haklı işi gördükten sonra dahi yarar sağlaması fiili de görevi kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilecektir²³⁰.

²²⁹SOYASLAN Doğan, 2006, s.528

²³⁰PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3631

10. NEDENSELLİK BAĞI

Ceza hukuku açısından bireylerin sorumlu tutulabilmesi için; iradi bir hareketle dış dünyada bir değişikliğin meydana getirilmiş olması ve bunun cezai nitelik taşıyan normlarda tanımı bulunan tipik neticeyi oluşturması gerekmektedir. Ancak sorumluluk açısından dış dünyadaki bu değişiklik yetmemekte ayrıca yapılan hareketle meydana gelen haksız netice arasında mutlaka nedensellik bağlantısının kurulabilmesi de aranmaktadır. Nedensellik bağlantısının söz konusu olmadığı durumlarda bireylerin cezai sorumluluğundan da bahsedilemez²³¹. Bu gereklilik ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile de bağlantılıdır. Gerçekten de kimse irade dışı hareketlerle, üçüncü kişilerin meydana getirdiği neticelerden ya da doğa olaylarının neden olduğu sonuçlardan sorumlu tutulmaz²³².

Nedensellik bağlantısı konusunda çoğu kanunda olduğu gibi TCK da açık bir düzenleme bulunmadığı söylenmelidir. Bu nedenle nedensellik bağlantısı sorununun çözümünün öğretisi ve uygulamaya bırakıldığını söylemek yanlış olmaz²³³.

Gerçekte nedensellik bağı ve bunun tespiti hukuki bir konu ve kavram değildir; mantık ve insan yaşamına ait, deneylere dayanan ve kazanılan bir kavramdır. Nedensellik bağı konusunda verdiğimiz hüküm, hayat kural ve deneyimlerimizden edindiğimiz bilgiler sonunda vardığımız ve mantığı ilgilendiren bir sorun olmaktadır. Diğer ifade ile olayları ve etkenlerini algılarız ve hayatın bizlere kazandırdığı deneyimlerimize göre bir sonuca vararak, hareket ve netice ilişkisini tespit ederiz²³⁴.

Görevi kötüye kullanma suçunda nedensellik bağı; maddede belirtilen kanuni neticenin, failin görevinin gereklerine aykırılık oluşturan davranışına bağlı olarak ortaya çıkmasını ifade eder. Daha açık bir anlatımla, fail, göreve aykırı davranışının doğal ve doğrudan sonucu olarak kişilere haksız menfaat sağlamalı veya mağduriyetine veya kamunun zararına yol açmalıdır. Fiilin dolaylı biçimde yol açtığı netice kanunda kastedilen netice olmayacaktır. Örneğin; belediye hesap işleri müdürü olan sanığın, belediye işçisi (...) hakkında maaşının dörtte birine haciz konulmasını içeren icra müdürünün yazısına karşın, hiç kesinti yapmaması veya (...)’in isteğine uyarak maaşının altıda birine haciz işlemi yapması eyleminde failin hareketi (göreve aykırı işlem) ile netice (icra alacaklısının mağduriyeti veya borçlunun kazancı) arasında doğrudan ve doğal ilişki vardır²³⁵.

İhmal suçlarında ihmalin kendisi bizzat illeti teşkil ederken²³⁶ TCK m.257/2 bir zarar suçu olduğundan ve sadece ihmalin gösterilmesinin suçun gerçekleşmesi için yeterli olmayıp maddede sayılan neticelerinde oluşumu gerektiğinden illiyet bağı; bizzat ihmalin kendisi değil fakat ihmal hareket ve ihmali hareket nedeni ile oluşan neticeler arasında kurulur.

²³¹İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.71

²³²HAKERİ Hakan, s.153

²³³ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s.220

²³⁴HAKERİ Hakan, s.153

²³⁵GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.100

²³⁶ŞIK Hüseyin, s.98

11. SUÇUN MANEVİ UNSURU

11.1. GENEL OLARAK

Fiilin sübjektifliği ilkesi, suçtan söz edilebilmesi için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerektiğini yani suçu oluşturan fiil ile fail arasında sadece nedensel bir bağın değil, aynı zamanda psişik bir bağın da bulunmasını ifade eder²³⁷. İşlediği fiil ile kişi arasındaki psişik bağlantı, suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu oluşturmaktadır²³⁸

Suçun manevi unsuru veya sübjektif unsuru uzun bir süredir kusurluluk deyimi ile ifade edilmektedir²³⁹. Kusurluluk; failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına (isnad yeteneği) sahip bulunduğu halde hukuka aykırı bir davranış seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebi ile bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir²⁴⁰. Hareketin ve ihmalin mutlaka bilinçli ve iradi olmasını gerektiren bu unsur iki biçimde ortaya çıkar. Bunlar kast ve taksirdir²⁴¹.

Kast TCK m. 21’de şu şekilde tanımlanmıştır; “kast, suçun tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” Bu tanımdan kastın oluşması için aranacak iki unsura ulaşılır; bunlar suçun oluşması için fiilin kanuni tanımındaki unsurların bilinmesi ve söz konusu fiilin irade edilmesi yani istenmesidir.

Kastı kendi içinde çeşitli ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Biz bunlardan genel kast- özel kast ayrımı üzerinde duracağız.

Kanunun sadece maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasını kabul ettiği, suçun varlığı için faili harekete geçiren amacın önem taşımadığı hallerde; genel kast, kanunun maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka failin özel bir amaçla hareket etmesini gerekli kıldığı hallerde; özel kast²⁴² söz konusu olur. Örneğin; hırsızlık suçunda kanun koyucu yarar sağlamak maksadı ile taşınır malın rıza hilafına alınmasını arar. Ancak belirtmek gerekir ki; amaç ve saik olarak ifade edilebilecek olan özel kast esasen doğrudan kastın bir şeklidir. Kural olarak suç tipinde özel olarak belirtilmediği sürece bu niteliklerin failin cezalandırılmasında bir etkisi bulunmaz²⁴³.

Taksir ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanabilir ve taksirli sorumluluk istisnai nitelik arz eder. Kişi taksirli davranışı sebebi ile ancak kanunun taksirli sorumluluğu öngördüğü hallerde cezalandırılabilir.

²³⁷TOROSLU Nevzat, 2009, s.171

²³⁸ÖZGENÇ İzzet, 2009, s.223

²³⁹TOROSLU Nevzat, 2009, s.174

²⁴⁰ HAKERİ Hakan, s.270

²⁴¹ TOROSLU Nevzat, 2009, s.175

²⁴²TOROSLU Nevzat, 2009, s.188

²⁴³ÖZBEK / KANBUR / BACAĞIZ / KORAY / TEPE, s.246

5237 sayılı TCK da ise görevi kötüye kullanma suçunun tüm fıkraları için geçerli olmak üzere, suçun oluşması için, failde genel kastın bulunması yeterlidir. Görevin gereklerine aykırı davranıldığını bilen ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstererek kişilerin menfaatine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilerden bilerek haksız menfaat sağlayan, kamu görevlisinin suçu işleme kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekir. Eylem sonucunda, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunacağını ya da kişilere haksız menfaat sağlanacağını bilmesi ve istenmesi yeterlidir, ayrıca bu saikle hareket edilmesi şart değildir²⁴⁴. Belirtilen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş ya da kişilere haksız menfaat sağlamış olması şartı, davranışın bir sonucu olup maddi unsura dahildir. Bu sonuçlar suçun maddi unsuruna dahil olduğundan suçun tamamlanması için bunların gerçekleşmesi şarttır. Oysa bu sonuçları istemek özel kast şeklinde anlaşılacak olursa, suçun tamamlanması için bu sonuçların gerçekleşmesi gerekmez, failin bu sonuçları gerçekleştirmek amacıyla görevin gereklerine aykırı davranması suçun tamamlanması için yeterli olur²⁴⁵. Sonuç olarak kanuni tanımında fiil maksatlı suç tarzında düzenlenmediğinden²⁴⁶ suçun özel kasta dayandığı söylenemez²⁴⁷.

Madde 257 açısından failde doğrudan kastın bulunması halinde suçun oluşacağında tereddüt yoktur. Failin saiki ve maksadı farklı olsa dahi görevin gereklerine aykırı davranışının kesinlikle maddedeki neticelere yol açtığını bilmesi ve istemesi durumunda suç doğrudan kastla işlenmiştir²⁴⁸. Suçun olası kastla²⁴⁹ işlenmesinin ise teorik olarak mümkün olduğu belirtilmekte²⁵⁰ fakat suçun niteliği gereği olası kastın gerçekleşmesinin zor²⁵¹ oluğu dile getirilmektedir.

257. maddenin taksirli hali kanunda söz konusu olmadığından failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile kişilerin mağduriyetine, kamu zararına ve kişilere haksız menfaat sağlaması durumunda cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır. Bu tür davranışlar disiplin hükümleri içersinde değerlendirilebilir.

²⁴⁴MERAN Necati, 2008, s.329

²⁴⁵ERGÜN Güneş, s.145

²⁴⁶Eğer madde metninde “kamu zararına kişilerin mağduriyetine veya kişilerden haksız menfaat sağlama maksadı ile görevin gerekleri...” şeklinde bir düzenleme olsa idi suçun özel kastla işlenilebileceği söylenilebilirdi.

²⁴⁷GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.102

²⁴⁸GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.103

²⁴⁹TCK yeniliği ile md. 21/2 de ilk kez kanunda tanımına yer verilen olası kast; “*kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*” şeklinde yasallaşmıştır. Failin hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngördüğü hallerde, bu hareketini yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun demesi halinde doğrudan kast değil olası kast söz konusudur. (HAKERİ Hakan, s.186) ancak kanunun yaptığı tanım eksiktir ve bu yönü ile bilinçli taksir ile karışmaktadır. Olası kast, kastın isteme unsuru ile ilişkilidir. Olası kastta fail neticeyi istemez, meydana gelmemesini umut eder ama meydana gelecek olmasına aldırılmaz. Bu anlamda failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen aldırılmaz neticeyi göze almasıdır. (ÖZBEK / KANBUR / BACAĞSIZ / KORAY / TEPE ,s.249)

²⁵⁰Örneğin; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket ederken bundan doğacak sonuçları-kamu zararı, kişiler bakımından haksız menfaat, mağduriyet- sadece öngörmüş olması durumunda olduğu gibi (ERGÜ, Güneş, s.145)

²⁵¹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3636

Kamu görevlisinin hareketi, mesleki yetersizlik²⁵², iş çokluğu, hastalık, maddi yarılgı, beşeri hata²⁵³... vb gibi durumlardan kaynaklandığında failin kasten hareket ettiği kabul edilemeyecektir. Bu halde failin görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir. Fakat görevden doğan yetkilerin kötüye kullanılmasında kapris, taraf tutuculuk, gaddarlık, zorbalık, misilleme, intikam, düşmanlık nisbet yapma sebebi ile hareket edilmesi durumunda kastın varlığı için her şey mevcuttur²⁵⁴.

12. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık belli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık olarak tanımlanabilir. Hukuka aykırılık hukukun genel olarak yapılmasını ve uyulmasını istediği emir ve taleplerin (emir ve yasakların) aksine olarak fiil hakkında ifade edilen negatif bir değer hükmüdür. Tipe uygun hareket, buna izin veren bir norm nedeni ile hukuk düzenine aykırı bulunmuyorsa, hukuka aykırıda değildir. Hukuka aykırılık tipe uygun fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma içinde bulunmasıdır²⁵⁵.

Eylemin tipikliği, onun aynı zamanda hukuka aykırılığı açısından bir karine oluşturmaktadır. İstisnaen somut olayda tipik eylemin hukuka aykırılığını kaldıran bir neden yoksa tipik eylem aynı zamanda hukuka aykırıdır. Burada artık bir hukuka uygunluk nedeni ile örtülen bir haksızlıktan değil, cezalandırılabilir bir haksızlıktan bahsedilecektir. Buna karşılık somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunda, bu hukuka aykırılık karinesi çürümüş olacaktır. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri, eylemin haksızlığını örtmekte, yani onun hukuka aykırı olarak doğmasını engellemektedir²⁵⁶.

Görevi kötüye kullanma suçu açısından üzerinde durmamız gereken hukuka uygunluk nedeni ilgilinin rızasıdır.

12.1. İLGİLİNİN RIZASI

TCK m. 26/2; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” hükmünü amirdir. Maddeye göre; üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olarak rıza ehliyetine sahip bir kişinin, önceden açıklaması koşulu ile yani korunan hukuki yarar sahibinin ihlale rıza göstermesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. O halde mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabilmesi için hukuki yararın sahibi olmak, diğer bir deyişle bireylerin yararlarının korunmasına ilişkin suç/suçların bulunması gerekir. Bu nedenle her durumda mağdurun rızası geçerli olmaz.

²⁵²“görevi ihmal suçunun oluşması için failde ihmal kastının bulunması gerekir. Olay görevi ihmal kastından değil sanığın mesleki deneyimsizliğinden kaynaklanmıştır. ve nedenle muayene yanılıgı olarak değerlendirilmesi gerekir.” (Y.CGK, 06/10/1998, 6-214/296)

²⁵³“mahalle muhtarı olan sanığın insani yanılıgı sonucu mahalle mührünü yitirmekten ibaret olan eyleminde görevi ihmal suçunun öğeleri oluşmadığı halde hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4.C.D., 20/03/1997, 1329/2094)

²⁵⁴CİHAN Erol, s.191

²⁵⁵ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.256

²⁵⁶İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.92

Ancak mağdurun rızasının bir işleve sahip bulunduğu hallerde bu hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir²⁵⁷. Örneğin; malvarlığına, şerefe, hürriyet aleyhine, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda mağdurun rızasını açıklama ehliyetine sahip olması koşulu ile açıklanan rıza eylem hukuka aykırı olmaktan çıkarılabilecektir. Kanun koyucunun “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği” ibaresi ile vurgulamak istediği husus budur. Gerçekten devletin şahsiyeti aleyhine işlenen suçlar bakımından korunan değer devlet, toplum, kamuya ait olduğu için bireylerin bu değerler üzerinde mutlak surette tasarruf etme yetkisi bulunmaz²⁵⁸.

İncelememiz konusu madde açısından önem kazan soru; kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı davranışına, ihmeline veya görev nedeni ile sağlanan çıkara vatandaşın gösterdiği rıza bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilecek midir?

Bu soruya doktrinde iki cevap bulmak mümkündür. İlk görüşe göre 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. Zira her şeyden önce burada kamu idaresine karşı işlenen bir suç söz konusu olup suçun mağduru kamu görevlisinin davranışına maruz kalan kişi değil, devlettir²⁵⁹. Bu suçlarla kamu yönetiminde disiplin sağlanması da amaçlandığından, kişilerin mağduriyetine zarar olan davranışların varlığı durumunda, zarar gören mağdurun rızasının bulunması suçun hukuka aykırılığına etki etmez²⁶⁰. Dolayısıyla, bu kişinin belirtilen davranışlara gösterdiği rızanın hukuki açıdan bir değeri yoktur. Kaldı ki kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışlarına tepki göstermemek, her zaman gerçek anlamda bir rızanın bulunduğu şeklinde yorumlanamaz²⁶¹.

Bu soruya “bu suç açısından da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebileceği” cevabını veren görüş tezlerini suçun artık bir zarar suçu haline getirilmiş olması karşısında korunan hukuki yararın idarenin güvenilirliği ve işleyiş düzeninden daha geniş olması üzerine kurarlar. Buna göre; 257. maddede düzenlenen suç ile fiilin niteliğine göre kişilerin mağdur olmaması, kamunun zarar görmemesi ya da kişilere haksız menfaat sağlanmaması da amaçlanmakta ve bu yöndeki kişisel haklar korunmak istenmektedir. Bu nedenle, kamu görevlisinin, bir kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkına onun rızası ile fakat görevine aykırı olarak müdahale etmemesi durumunda (başkasına haksız menfaat sağlamamış olma ve kamu zararına yol açmama koşuluyla) rızaya dayalı hukuka uygunluk nedeninden yararlanabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin; bir yol çalışması sırasında kamulaştırma işlemi yapılmadığı halde, arsa sahibinin rızası ile bir kısım arsayı yola katma emri veren belediye başkanının gereken yasal koşullara uymadan görevi yapma (fiili kamulaştırma) eyleminin suç oluşturmayacağı söylenebilir. Buna karşın başlangıçta bulunmayan rızanın sonradan gerçekleşmiş olması suçun teşekkülüne mani olmaz²⁶².

²⁵⁷ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.314

²⁵⁸ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.315

²⁵⁹ERGÜN Güneş, s.144

²⁶⁰TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.764

²⁶¹ERGÜN Güneş, s.144

²⁶²GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.145

13. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

13.1. TEŞEBBÜS

Fail, işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doruya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu olacaktır.

765 sayılı ETCK döneminde; görevi kötüye kullanma suçu zarar suçu değildir. Failin hareketi sonucunda idarenin bir zarara uğraması, suçun tamamlanması bakımından önem arz etmez. Bu bakımdan memurun yasal görevlerini icra ederken usul ve nizamı aykırı davranması ile oluşan görevi kötüye kullanma cürümü tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir. Fail, memuriyet fonksiyonuna ait yetkileri kullanınca suç tamamlanır²⁶³. Bu nedenle bu suça teşebbüs mümkün değildir. Ancak kötüye kullanma hareketlerinin parçalara ayrılabilirdiği hallerde eksik teşebbüsün mümkün olduğu fikri hakimdir²⁶⁴. Fakat bu dönemde dahi bu suçun bir zarar suçu olduğunu savunan ve teşebbüse elverişli olduğunu dile getiren yazarlar mevcuttu.

YTCK'nın sisteminde suçun bir zarar suçu halinde düzenlenmesi ile ve eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının kaldırılması ile suçun teşebbüse elverişliliği ile ilgili tartışmaların bittiği düşünülebilir. Fakat TCK sisteminde incelememiz konusu suç açısından doğan tartışma maddede sayılan, kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız menfaat sağlama öğelerinin suçun neticeleri mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı²⁶⁵ mı olduğu hususuna dayanmaktadır.

TCK m.257/1 ve 2. fıkralardaki kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız menfaat sağlama öğelerinin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu hususunu vurgulayanlar, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını, bu tarz suçlarda failin ceza normunda yazılı hareketi gerçekleştirmesinin yeterli görülmediğini, cezalandırılabilme şartı olarak getirilen hallerin gerçekleşmesinin arandığını belirtirler. Şart gerçekleşmediği takdirde ceza hukuku anlamında yaptırıma bağlanacak bir eylemin varlığından da söz edilemez. Cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş ise artık fail tamamlanmış suçtan sorumlu tutulacaktır²⁶⁶. Aksi bir durumun yani kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız menfaat sağlama öğelerinin suçun maddi ögesi yani hareketin sonucu kabul edilmesi durumunda, görevinin gereklerine aykırı hareket eden her kamu görevlisinin bu sonuçlar oluşmuşsa tamamlanmış görevi kötüye kullanma suçundan, oluşmamış ise görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüsten cezalandırılmasını gerektirecektir²⁶⁷ ki bu durumda yasa koyucunun iradesini gölgelemiş oluruz²⁶⁸. İşte bu

²⁶³“TCY'nın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için idarenin bir zarara uğraması zorunlu değildir.. bu suç, bir memurun yasal görevlerini yaparken yasaları ve yazılı hukuka aykırı davranması ile oluşur.” (4.C.D., 18.01.1996, 7825/239)

²⁶⁴ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2004, s.477

²⁶⁵ Objektif cezalandırılabilirlik koşulları; kusur aramayan yani objektif nitelikte olan, gerçekleşmedikleri takdirde failin başka türlü cezalandırılması olanağı bulunmayan, çoğu zaman suçun işlenmesi sırasında var olan veya suçun işlenmesi ile birlikte gerçekleşen, cezalandırmayı sağladığı için olumlu nitelik gösteren olgulardır.

²⁶⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.767

²⁶⁷MERAN Necati, 2008, s.329

neticelerin çokluğu ve meydana gelmeden tespitinin zorluğu, bizi cezalandırılabilme şartı olan sonuçları beklemeye mecbur kılmakta, teşebbüs hükümlerinin yürümesini engellemektedir ki bu yönü ile görevi kötüye kullanma suçu, neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçuna benzetilebilir. Bu suçlarında teşebbüse müsait olmadığı ancak neticelerin kabil olduğu vakıanın kendisidir²⁶⁹.

Bu konudaki diğer bakış açısı; “TCK’nın sisteminde suçun oluşumunu ayrıca maddede yer alan neticelerden birine bağladığından artık bir zarar suçu söz konusu olmaktadır, suçun maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin ortaya çıkması ile tamamlanır, görevin gereğine aykırı hareketin yapılmasına rağmen bu neticeler oluşmamış ise artık suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.”²⁷⁰ demektir. Suçun oluşumu maddede öngörülen zararlı neticelerden birinin varlığına bağlandığı için bu ana kadar gerçekleştirilen hareketler icra hareketleridir ve icra hareketlerinin tamamlanmadığı veya icra hareketinin (görevin gereğine aykırı hareketini, ihmal ve gecikmenin) yapılmasına rağmen bu neticeler oluşmamışsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir²⁷¹. Failin görevinin gereğine aykırı davranışı maddedeki neticeleri gerçekleştirmeye elverişli değil ise teşebbüsten de söz edilemeyecektir²⁷².

257. maddenin 2. fıkrasında hareket tarzı olarak ihmalî bir suç düzenlendiğini daha önce ifade etmiştik. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte²⁷³ ihmalî suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı, bu suçların genellikle neticesi harekete bitişik olduğundan teşebbüse elverişli görülmediği, ancak bu suçlara teşebbüsün tümü ile mümkün olmadığını söylemenin doğru olmadığı, ihmal sureti ile icra suçlarına teşebbüsün mümkünlüğü belirtilmektedir²⁷⁴. 765 sayılı mülga Kanun döneminde bu görüşe paralel doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre görevi ihmal suçu açısından eksik ve tam teşebbüs mümkün olmamaktadır²⁷⁵. Çünkü ihmalî suçlarda, kanunun yapılmasını emrettiği hareket ya yapılmıştır ve bu halde ihmalî suç zaten yoktur, ya da yapılmamıştır ve bu durumda suç tamamlanmıştır. Bu iki ihtimalden öncesinin ise hukuken önemi yoktur. Diğer bir değişle yapmama safhasından önceki durumları cezalandırmak kastın soyut olarak cezalandırılması demek olur ki bu kabul edilemez. Örneğin; bir ceza mahkemesi katibi, hakkında tahliye kararı verilen bir tutuklunu, bu tahliye kararını kişisel ihtirasları tatmin gayesiyle iki gün ihmal etmesi halinde oluşan memuriyet görevini kötüye kullanma cürümü teşebbüse elverişli

²⁶⁸ŞİK Hüseyin, s.139, yazar bu görüşünü madde gerekçesinde yer alan; “*kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esasları ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması halinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir.*” Açıklamasına dayandırmaktadır.

²⁶⁹ŞİK Hüseyin, s.140

²⁷⁰TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.765, ERGÜN Güneş, s.143

²⁷¹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3638

²⁷²GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.528

²⁷³Eğer bir ihmalî suç, failin kanunun emrettiği hareketin yapılması bakımından bir zaman fasılasına müsait değilse, failin ihmalî hareketi ile suç tamamlanmış olacağından bu tür suçlara teşebbüse elverişli değildir. Buna karşılık, ihmalî suç tipi, failin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu hareketin yapılması için bir zaman sürecine müsait ise, bu tür ihmalî suçlara teşebbüs mümkündür. (İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.352)

²⁷⁴ÖZBEK / KANBUR / BACAŞIZ / KORAY / TEPE, s.437

²⁷⁵GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.528

değildir. Çünkü kanunun kendisine verdiği görevi yapmayarak hareketsiz kalmakla, zabıt katibi fiilini tamamlamış olmaktadır²⁷⁶.

Ancak doktrinde TCK m. 257/2 bakımından, ihmalî bir suç söz konusu olmakla birlikte suçun tamamlanması kanunda öngörülen zararlı neticelerden birinin oluşmasına bağlı olduğu için, 765 sayılı mülga Kanunun aksine artık bu suç tipinin teşebbüse elverişli olduğu dile getirilmektedir²⁷⁷. Hatta bu konuda bu suçun ihmal sureti ile icra suçu olması dolayısı ile teşebbüse elverişli olduğunu dile getiren yazarlar da vardır²⁷⁸. İhmalî suça teşebbüsün mümkünliğini savunan bu görüş; failin hareketsizliği ortadan kaldırmadığı veya hareketsizliğe devam ettiği müddetçe (görevin yapılması gereken süre dolmamak kaydı ile) ihmalî suça teşebbüsün mümkün olduğunu belirtir. Örneğin; kamu görevlisinin belli bir icrai hareketi yapması gerekirken yapmamayı tercih etmesi ve fakat henüz yapmak için var olan (makul veya kesin) sürede diğer bir görevlinin gelerek işlemi yapması ile neticenin gerçekleşmemesi durumunda suç teşebbüs aşamasına kalmış olmaktadır. Yine failin belirli bir sonucu önlemekle yükümlü olduğu ihmalî suçlarda teşebbüs mümkündür. Örneğin; hemşirenin hastaya yaşamsal önemi bulunan ilacı vermesi için gereken makul süre geçmiş ve artık hastanın sağlığı için zarar riski doğmuşsa suç tamamlanmış olacaktır²⁷⁹.

Görevin ihmal edilmesi veya geciktirilmesi sureti ile işlenen görevi kötüye kullanma suçlarında fiil, görevin maddede sayılan neticeleri temin edecek biçimde ve gereken sürede yapılmaması ile tamamlanmaktadır. Bu nedenle, görevin yapılması için makul olan sürenin dolduğu an suç tamamlanmış olmaktadır. Zamanaşımı da bu andan itibaren başlayacaktır. Görevin yapılması için gerekli olan süre mevzuatta belirli ise o kesin süredir, belirsiz ise görevin niteliğinden bu süre çıkarılmalıdır. Kesin ve belirli sürenin tespit edilmediği durumlarda eylemin temadi ettiği düşünülüp suç tarihi buna göre saptanmalıdır. Görev geç de olsa yapılmışsa, yapıldığı tarihte temadi sona ermiştir. Ancak görev idari veya adli bir soruşturma sonucu yapılmışsa, temadinin adli veya idari soruşturmanın başladığı tarihte kesildiği kabul edilmelidir. Bu durumda zamanaşımı temadinin son bulunduğu tarihten itibaren başlayacaktır²⁸⁰.

TCK m. 257/3 açısından ise, suç çıkarın sağlanması ile birlikte tamamlanır²⁸¹. Dolayısı ile mülga TCK' dan farklı olarak yürürlükteki TCK bakımından kamu görevlisi ile iş sahibi arasındaki çıkar anlaşması suçun tamamlanması için yeterli değildir²⁸². Fakat işin yapılmasından önce çıkarın sağlanmasına yönelik bir anlaşma varsa zaten tamamlanmış rüşvet suçu, anlaşma girişimi varsa rüşvete teşebbüs; kamu görevlisinin bu yönde zorlaması ya da aldatma girişimi varsa irtikap suçu oluşacaktır. Bu bakımdan, fıkra açısından teorik olarak teşebbüs hükümleri uygulanabilir ise de; bu çoğu durumda mümkün gözükmemektedir. Ancak işin yapılmasından sonra çıkar temini konusunda karşılıklı rızayla anlaşılması fakat

²⁷⁶DEMİRBAŞ Timur, s.275

²⁷⁷TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.765

²⁷⁸ERGÜN Güneş, s.148

²⁷⁹GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.530

²⁸⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.530

²⁸¹TOROSLU Nevzat, 2007, s.308

²⁸²ERGÜN Güneş, s.151

kamu görevlisinin bunu elde dememesi durumunda teşebbüs olabilecektir²⁸³. Örneğin; Menfaat temininin failin amirinin müdahalesi sonucu kesilmesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır²⁸⁴.

13.2. İŞTİRAK

Özgü suçlar ancak belli bir sığata veya niteliğe sahip kişiler tarafından işlenilebilen suçlardır. Örneğin; kadın olmak, kamu görevlisi olmak gibi. İşte failin şahsının özellik taşıdığı özgü suç niteliğindeki suçlarda, ancak bu özelliğe sahip olan kişiler fail olabilir²⁸⁵. Kamu görevlisi sıfatının arandığı özgü suçlar doktrinde yükümlölük suçları olarak da adlandırılmaktadır²⁸⁶.

Görevi kötüye kullanma suçu da bir özgü suçtur. Bu suç açısından fail olabilmek için kamu görevlisi olmak gerekir. Birden fazla kamu görevlisinin bu suçu beraber işlemeleri halinde her bir müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır²⁸⁷. Ancak müşterek fail olarak iştirak eden kamu görevlilerinin bu seviyede sorumlu tutulabilmeleri için bahse konu görev gereğini yapma ve yapmama ya da çıkar temini konusunda her bir kamu görevlisinin görevi kapsamına giren bir işlem olmalı yani kamu görevlisinin yetki sahası dahilinde olmalıdır. Örneğin; belediye encümeninin aldığı bir kararla yasa dışı bir işleme neden olması halinde tüm encümen üyeleri ve başkanı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır²⁸⁸. Kamu görevlisi olmayan kişilerin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri mümkündür. Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur²⁸⁹. Ancak bu kişilerin failin kamu görevlisi olduğunu bilmesi ve hareketinin maddedeki zararlı neticelere yol açabileceğini öngörüyor olması gerekir²⁹⁰.

Görevi kötüye kullanma suçunun üçüncü fıkrasında düzenlenen biçimini yasa koyucu sanki çıkar teklifi hep kamu görevlisinden gelecekmış gibi kaleme almıştır. Böyle bir

²⁸³TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.765

²⁸⁴SOYASLAN Doğan, 2006, s.528

²⁸⁵ÖZBEK / BACAŞIZ / KORAY, s.501

²⁸⁶Kamu görevlisi, kamu faaliyetine iştirak etmekle, bir kamu hukuku yükümlölüğü altına girmiştir ve dolayısıyla bu görevi icra ederken söz konusu yükümlölüğe uygun hareket etmek zorundadır. Bu yükümlölük ceza hukuku normlarına tekaddüm eden ve diğer hukuk alanlarından kaynaklanan bir yükümlölüktür. Bu yükümlölüğün muayyen tarzda ihlali, ceza kanunlarında suç olarak tarif edilmiştir. Örneğin; rüşvet, irtikap, zimmet gibi suçlar birer yükümlölük suçlarıdır. (ÖZGENÇ İzzet, Kamu Görevi, Yükümlölük Suçları, Yükümlölük Suçlarına İştirak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1–2, 1994, s. 344)

²⁸⁷Özel yükümlölük altındaki şahısla işlenen failin haksızlık muhtevası arasında özel bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla bu suçların işlenişinde fail olabilmek için mutlaka özel yükümlölük altında bir kişi (intraneus) olmak gerekir. Özel yükümlölük altında olmayan şahıs (extraneus) ancak öze yükümlölük altındaki şahsın fail olarak işleyebileceği yükümlölük suçuna şerik (azmettiren veya yardım eden) olarak iştirak edebilir. Suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyeti ne olursa olsun, özel yükümlölük altında bulunmayan kişinin, bu yükümlölük suçunun işlenişinden dolayı sorumluluğu tali derecede yani şerik olarak sorumluluktur. Kamu görevini kötüye kullanma suçu da bir yükümlölük suçudur. Binaenaleyh, görevi kötüye kullanma suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. (ÖZGENÇ İzzet, 1994, s.345)

²⁸⁸PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3638

²⁸⁹5237 sayılı TCK md. 40/2

²⁹⁰"sanığın SSK hastanesi idari müdür yardımcısı ve malzeme şefi ve yanı zamanda satın alma komisyonu üyesi olan diğer sanıkla hayali şirket adına teklif mektupları düzenleyip kendisi de en düşük teklif mektubu verip ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıktan sonra, kurum hastanesine mal vererek idareye zarar vermesi görevi kötüye kullanma suçunu teşkil eder." (CGK., 03.10.1988, 301/336)

çıkar teklifi işlerini daha kolaylaştırmak için pekala muhatap vatandaştan da gelebilir. Böyle bir durumda vatandaş iştirak terminoloji ile ifade etmek gerekir ise “azmettiren” durumunda olup, görevi kötüye kullanma suçuna azmettirme nedeni ile cezalandırılacaktır²⁹¹. Ve ya çıkar sağlama kararı zaten var olan görevlinin görevinin gereğine aykırı davranarak işlerini hızlandırması sonucunda kendisine çıkarın teslimi konusunda vaatle bulunulması halinde vatandaş suç işleme kararını teşvik ve yahut kuvvetlendirmekten dolayı “yardım eden” sıfatını alacaktır. 765 sayılı ETCK döneminde basit rüşvet alma ve verme iki ayrı suç olarak düzenlendiği için rüşvet alan ve rüşvet verenin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi söz konusu olabilmekte, bu da yolsuzlukla mücadele açısından iyi bir suç politikası olarak gözükmekteydi. Bugünkü düzenleme karşısında “azmettiren” veya yardım eden” konumunda olan vatandaşın kendisinin de cezalandırılma olasılığı karşısında bu suçu ihbar etmesi düşünülemeyeceğine göre, gerekçede yer verilen yolsuzlukla daha etkin mücadele edilebilmesi için böyle bir düzenlemeye yer verildiği yönündeki anlatımda geçersizdir²⁹².

Ancak bu halde kamu görevlisine menfaat sağlayan 3. kişinin iştirak kurallarına göre sorumlu tutulmamasını savunan yazarlar da vardır. Buna göre, kamu görevlisine haklı işin yapılması için menfaat sağlayan kişi, işin zamanında ve usulünce yapılacağından endişe duyduğu için bu davranışta bulunmaktadır. Örneğin; bir talep olmasa dahi, hasta sahibinin, çocuğunun ameliyatını yapacak olan hekimin masasına bıraktığı parayı hekimin alması biçimindeki bir olay ele alınabilir. Böyle bir olayda ameliyat kararının verilmesi ve tedavi süreci konusunda hekimin olumsuz bir tavır ve davranışı olmasa dahi, hasta sahibi, hastanın hayatı ve sağlığı konusunda yeterince titiz ve dikkatli davranılıp davranılmayacağı konusunda duyduğu endişeden hareketle menfaat teklifinde bulunmaktadır. Başka bir anlatımla burada bir provakatörlük değil, gerçekten kamu hizmetinden yararlanmakta olan şahsın, bir hizmetin işleyişinden duyduğu kaygıları nedeni ile işin zamanında ve iyi yapılması talebi ile bir yarar teklifinde bulunması söz konusudur. Bu nedenle de, yarar sağlayan kişi aslında suçun mağdurudur. Esasen menfaat sağlayanın da sorumlu tutulması durumunda, bu tür eylemlerin ortaya çıkarılıp cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, yarar sağlayanın mağdur olmadığı ve eylemin iştirak niteliğinde bulunduğu varsayılsa dahi, suçla mücadele politikası gereğince kanun koyucunun bu konuda bir anlamda “cezalandırılmayan iştirak” hali öngördüğü kabul edilmelidir²⁹³.

13.3. İÇTİMA

Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir norm olarak tanımlanmıştır. Zira 257. maddenin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen suç tanımlarında “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...”, 3. fıkrada belirtilen halde ise “irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde” bu suçun oluşacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, fiile uygulanması

²⁹¹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.761

²⁹²ŞIK Hüseyin, s. 143

²⁹³GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.121

mümkün olan özel norm var ise “özel normun önceliği” ilkesi gereğince sadece özel norm uygulanır²⁹⁴.

Özel- genel norm ilişkisi, bir normda düzenlenen suç tipine ilişkin özelliklerin başka bir normda da yer alması ve fakat bu normda ayrıca diğer bir veya birden fazla ögesinde bulunması durumunda söz konusu olmaktadır. Fakat özel- genel norm ilişkisinin mevcudiyeti için her iki normun koruduğu hukuki yararın aynı olması gerekir. Mahsus suçlarda da özel- genel norm ilişkisi bulunabilmektedir. Örneğin; doktrinde güveni kötüye kullanma suçu genel, zimmet suçu özel norm kabul edilmektedir. Bunun gibi; genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu ile görevi kötüye kullanma ögesini de barındıran özel nitelikte suçlar olan m. 247, 250, 251, 255, 258, 260’daki suçlar arasında özel-genel suç ilişkisi bulunmaktadır. Örneğin; rüşvet suçu özel nitelikli bir görevi kötüye kullanma suçu olduğundan faile 257. madde ile değil, özel norm olan 252. madde ile ceza verilecektir. Bu şekildeki bir fiilin 257. madde ile birlikte görevin kötüye kullanılması vasfında düzenlenmiş bulunan özel bir hükme aykırılık oluşturması durumunda özel-genel hüküm karşılaştırılmasından söz edilir ve bu halde “özel normun önceliği” ilkesi veya “özel norm, genel normun uygulanmasını engeller” kuralı uyarınca özel norm ile uygulama yapılır²⁹⁵. Burada fikri içtima kuralları değil, özel normun önceliği ilkesi gündeme gelecektir²⁹⁶. Yani özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunda yer alan ceza daha hafif olsa bile m. 257’den dolayı faile ceza verilmez²⁹⁷.

Bazen de kanunda özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiş fakat yaptırım olarak 257. maddeye yollama yapılmış olabilir. Örneğin; TCK m. 295/1 de “muhafızın görevini kötüye kullanması” suçu düzenlenmiştir. Maddenin 1.fikrasına göre; “Gözüaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri halinde, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler uygulanır”. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hükümlü, tutuklu veya gözüaltına alınanın muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri hâliyle ilgili olarak, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir yani ayrıca 257. maddede aranan yasal unsur ve neticelerin de gerçekleşmesi gerekmektedir²⁹⁸.

Zincirleme suç; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda söz konusu olur. Görevi kötüye kullanma suçu da bir kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilir ise, zincirleme suç hükümlerine tabi olacaktır²⁹⁹. Kanun koyucu; “mağduru belli bir kişi

²⁹⁴PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3638

²⁹⁵GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.124

²⁹⁶ÖNDER Ayhan, s.173

²⁹⁷TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.766

²⁹⁸ TCK m.295 gerekçesi; “Maddenin birinci fıkrasında, hükümlü, tutuklu veya gözüaltına alınanın muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri hâliyle ilgili olarak, görevi kötüye kullanma suçuna atıfta bulunulmuş ve bu suça ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri, başka bağımsız bir suçu oluşturmadığı takdirde, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.”

²⁹⁹“sanığın üst göreve atadığı görevlilerle ilgili eylemlerin gerçekleştiği tarihlerin yakınlığı ve eylemlerin işleniş biçimindeki benzerlik gibi hususlar göze alındığında, bir çok eylemin (aynı) bir suç işlememe kararı icrası

olmayan suçlarda ve aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da³⁰⁰” zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmiştir. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da; fail bir işleme dayanarak o işlem kapsamındaki birden çok şahsın mağduriyetine yol açarsa “aynı neviden fikri içtima olarak adlandırılan 43/2. fıkradaki zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca 5237 sayılı TCK’nın getirdiği sisteme göre, toplumdaki tüm bireylerin/herkesin mağdur olduğu suçlarda belirli bir mağdurun bulunamaması nedeni ile zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir.³⁰¹ Bu halde bireysel bir zarar veya mağduriyet söz konusu olsa bile, suç “kamu idaresine karşı” işlendiği için, aynı suç işleme kararı varsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilir³⁰².

Korunan hukuki yararın başka olduğu hallerde özel- genel norm ilişkisinden söz edilemez³⁰³. Bu durumda temel norm-yardımcı norm ilişkisinden söz edilir. Çünkü tali ve tamamlayıcı norm adı verilen normlar aslında ceza kanunlarında mümkün olan boşluk ve eksiklikleri doldurmak, tamamlamak görevini üzerine almış normlardır. Tali norm, ancak asli normun uygulanmadığı hallerde uygulanmak olanağı elde eder. Bu kurala “yardımcı normun sonralığı” ilkesi denilmektedir. Bu durum suçların görünüşte içtimaı olarak adlandırılmaktadır³⁰⁴.

Görevi kötüye kullanma suçu da tali bir norm niteliğindedir ve asli normun uygulanmadığı hallerde uygulama kabiliyetine haizdir. Örneğin; TCK m.120 haksız arama suçunu düzenlemektedir. Buna göre; hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin haksız arama suçuna göre cezalandırılabilme kabiliyeti olmadığı durumda görevin gereğine aykırılık teşkil eden hareketi 257. maddeye göre cezalandırılacaktır. Aynı şekilde dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (m.121), kamu görevlisi tarafında işlenen resmi belgede sahtecilik³⁰⁵ (m.204/2), kamu görevlisinin

kapsamında zincirleme suç oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan her bir atamanın bağımsız bir suç oluşturduğu kabul edilerek, ayrı ayrı hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 28.03.2007, 1529/2834)

³⁰⁰ TCK md. 43/2

³⁰¹PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3639 “ Sanıkların park yapım ihalesine ilave etmek sureti ile ilçenin giriş ve çıkışına tak yapturmaları eylemleri kısa aralıklarla bir suç işleme kararı ile yasanın aynı hükmünü birden fazla ihlal ettikleri anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması gerektirdiği gözetilmeden TCY’nin 240. maddesinin iki kez uygulanması sureti ile fazla ceza belirlenmesi, yasaya aykırıdır.” (4.C.D., 19.03.2007, 13725/2524)

³⁰²TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.766

³⁰³“İki yasal hüküm arasında genellik-özellik ilişkisinin ve ilkesinin bulunduğu (ila principio di spetialita) bulunması için, aynı hukuksal varlık ya da yararı yahut da değeri korumaları, bir başka deyişle hukuksal konularda özdeşlik ve birlik bulunması zorunludur... o yüzden TCY’nin 339 vd. maddeleriyle 240. maddesi arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu tür hükümler arasında ancak, temel hüküm-ikinci(yardımcı) hüküm ilişkisi ve ilkesi (il principio di sussidiarita) bulunabilir... sergilenen bu nedenle sanığın eylemi; 765 sayılı TCY’nin 340. maddesi aracılığı ile 334. maddesine uygun bulunmaktadır.” (CGK., 14.02.1983, 6-471/46)

³⁰⁴GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.126

³⁰⁵“Çıraklık eğitim merkezi müdürü olan sanığın; okulda herhangi bir eğitim kursuna devam etmeyen kişi hakkında, devam ediyor gibi belge düzenleyip askerliğini erteleme biçimindeki eyleminin sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilerek 765 ve 5237 sayılı TCY’lerin ilgili hükümlerinin uygulanıp karşılaştırılmak sureti ile sanık yararına olan yasa hükümlerinin saptanması zorunluluğu, bozmayı gerektirmektedir.” (4.C.D., 22.03.2006, 1483/8550)

suçu bildirmemesi (m.279) suçları ile görevi kötüye kullanma suçu arasında asli- tali norm ilişkisi vardır.

Ancak doktrinde belirtilmektedir ki; 257. maddenin artık bir zarar suçu olarak düzenlenmiş olması karşısında; bir zarar suçu ile tehlike suçu karşılaştığında zarar suçunun asli norm, tehlike suçunun tali norm olduğu kabul edilmelidir³⁰⁶.

Fikri içtima; failin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi durumunda bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasıdır³⁰⁷. Özel-genel norm hallerinin bulunduğu durumlarda fikri içtima kurallarının uygulanmayacağını dile getirmiştik. Görevi kötüye kullanma suçu açısından da özel- genel norm ilişkisinin bulunmadığı hallerde eyleme fikri içtima kurallarının da uygulanması olasıdır. Ancak “Eğer kamu görevlisi fail, icrai bir hareket yaparak bir zararı önlemek yükümlülüğü altında olur, ancak bu icrai hareketi yapmayarak pasif kalır ise, hem önlemediği suçtan ve hem de ihmal sureti ile görevi ihmalden sorumlu olacaktır. Mesela bir şahıs bıçak darbeleri ile bir şahsı öldürmek üzeredir. Bu durumu güvenlik güçleri önlemek yerine seyretmeyi tercih etmiş ve pasif kalmış olsunlar. Bu durumda hem ihmal sureti ile icra yolu ile adam öldürme ve hem de görevi kötüye kullanma suçları olacaktır. Ancak fail fikri içtima kuralı gereği ağır suçtan cezalandırılacaktır³⁰⁸.” görüşü de isabetsizdir.

Zira kamu görevinin gereği olan belli bir icrai davranışta bulunmayarak ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçunu işlemesi durumunda TCK m. 44’ün uygulanmayacağı belirtilmektedir. Buna göre; görevle bağlantılı bir yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise kişi, artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaz. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin, Kanunun 83. maddesi ya da kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde cezanın indirilerek hükmolunmasını öngören 88. maddesi uygulanmalıdır. Burada TCK m.44 hükmü uygulanamaz. Çünkü TCK’nın 257. maddesi “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevin gereğine aykırı davranma” eylemlerini cezalandırmaktadır. Failin ihmali davranışıyla kasten yaralama suçu oluşmuş ise, bu davranış TCK m.88/2’de yaptırıma bağlanmış olduğundan TCK’nın 257. maddesinin uygulanmasına elverişli değildir³⁰⁹. Artık kamu görevlisinin görevi gereği yükümlü olduğu bir icrai veya ihmali davranışı yerine getirmemiş olması 83 ve 88/2. maddelerin unsuru olarak düzenlenmekle ortada TCK’nın 42. maddesinde sözü edilen türde “bileşik/mürekkep suç” bulunmaktadır. Bu halde fiil tek fiil kabul edilerek bileşik suçtan hüküm kurulmaktadır. Anılan maddelerdeki koşullar bulunduğu takdirde, görevin gereği olan belli bir davranışı yapmayan veya yapmaktan geciken kamu görevlisi, ihmali davranışını ve neticesini bilerek ve isteyerek hareket etmesi durumunda kasten öldürme veya yaralama suçlarından sorumlu tutulacaktır. Hekimin durumunu bildiği

³⁰⁶GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.127

³⁰⁷TCK md.44 “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”

³⁰⁸SOYASLAN Doğan, 2006, s.526

³⁰⁹MERAN Necati, 2008, s.330

acil hastaya müdahale etmemesi nedeni ile hastanın ölümü veya yaralanması gibi olaylarda artık TCK'nın 83 ve 88/2. maddelerinde yazılı suçlar oluşabilecektir³¹⁰.

14. YAPTIRIM VE MUHAKEME

14.1.YAPTIRIM

Kanun koyucu 8/12/2010 tarihli ve 6086 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, suçun alt ve üst sınırlarını değiştirdiği gibi seçenek yaptırım olarak 3. Fıkra da adli para cezasına da hükmedilebileceğini öngörmüştür. Yapılan değişiklik sonrasında suçun yaptırımı şu şekildedir.

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen icrai davranışla işlenen görevinin gereklerine aykırı hareketle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama suçunun yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır.

Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen ihmali davranışla işlenen görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama suçunun üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen basit rüşvet olarak adlandırılan suç kalıbına öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili kamu görevlisinin hükmedilen cezasının 2 yıl ve daha az süreli hapis cezası olması durumunda, daha önce kasıtlı suçtan hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak ve tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanat oluşturmak şartlarına bağlı olarak TCK m.51 çerçevesinde ertelenmesi de mümkündür.

Kişinin kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak belirli hakları kullanmaktan mahrum kalması söz konusu olmaktadır. Kanuni sonucu olmasının anlamı hakim tarafından hükmedilmese bile cezanın çektirilmesi aşamasında

³¹⁰GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s.134 “Trafik kazası sonucu hastane acil getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İ.K. ile hemşire H.S.’nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol –muayene ile ölenin gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmamak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeni ile Yüksek Sağlık Surasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kururlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek sureti ile adli tıp kurumundan sanıkların tedavide kusur ve savmalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savma niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumlulukları yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayının kaçınılmaz bir biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda eylemlerinin görevi savma suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yüklenen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturma ile görevi savma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırı... görüldüğünden hükmün bozulmasına... oybirliğiyle karar verildi.” (4.C.D., 11.02.2004, 2003/1064-2004/2055)

bunların gözetilecek olmasıdır. Bu hak yoksunlukları TCK m.53 de belirtilmiştir. Bu hak yoksunluklarından biri sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden kişinin yoksun kalmasıdır. Fail kamu görevlisi 657 sayılı DMK’ ya tabi biri ise, bu halde de devlet memuru olma şartlarını kaybetmesinden dolayı bu kanunun 98. maddesi gereği memuriyeti sona erecektir.

14.2.MUHAKEME

Görevi kötüye kullanma suçu “görev nedeni ile işlenen” suçlardan olduğu için 4483 sayılı “Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” uygulamasına göre yapılacak soruşturmaya tabi tutulacaktır. Bu noktada ilerdeki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

İRTİKÂP SUÇU

1. GENEL OLARAK

İrtikâp suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250. maddesinde düzenlenmiştir. İrtikâp suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunduğu yer, kanunun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabının, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısımının, “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümüdür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 250. maddesinde irtikâp suçu;

“(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

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

İrtikâp suçu, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda ise ikinci kitabın, “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığını taşıyan Üçüncü Babının, İkinci Faslında yer alan 209. maddesinde düzenlenmiştir³¹¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda irtikâp suçunun, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, üç şekilde işlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, irtikâp suçunun işleniş şekilleri; icbar suretiyle irtikâp (m. 250/1), ikna suretiyle irtikâp (m. 250/2), hatadan yararlanmak suretiyle irtikâptır (m. 250/3).

İrtikâp suçunun 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında kaleme alınış şekilleri açısından benzerlikler bulunmakla birlikte; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak irtikâp fiillerinin, kamu görevlisinin göreviyle ilişkilendirilmesi konusunda kullanılan kavramlar bakımından değişikliğe gidilmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda memurun icbar, ikna ve hatadan yararlanma fiilleri “memuriyet sıfatı veya görevinin kötüye kullanmak” kavramlarıyla ilişkilendirilirken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kamu görevlisinin icbar fiili “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye

³¹¹765 sayılı Türk Ceza Kanunun 209. maddesi; “Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Yukarıdaki fıkra yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir. Memur kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde düzenlenmişti.

kullanmak”, ikna ve hatadan yararlanma fiilleri ise “görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak” kavramlarıyla ilişkilendirilmiştir. Yeni düzenleme ile geniş ve içeriğinin tespiti bakımından 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 240. maddesiyle karıştırılmaya elverişli olması sebebiyle eleştirilen “memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma” kavramları terk edilmiştir³¹².

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda suçun konusu olarak; haksız olarak verilen para veya sağlanan sair menfaatler ile kanunen alınmaması gereken şey kavramlarına yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda yer verilen söz konusu kavramları kapsar nitelikte olan yarar kavramı kabul edilmiştir.

İrtikâp kelimesi sözlükte “kötü iş yapma, kötülük etme, yiyicilik, yalan söyleme, hile yapma³¹³” anlamlarına gelmektedir. Hukuk dilinde ise irtikâp; kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yönde vaadde bulunmaya icbar ya da ikna etmesi veya görevinin gereği olarak almaması gereken şeyi karşı tarafın hatasından faydalanarak alması olarak tanımlanmaktadır³¹⁴. Türk doktrinde bazı yazarlar³¹⁵ ve bazı kararlarında Yargıtay³¹⁶, irtikâp suçunu ifade etmek üzere “yiyicilik” terimini kullanmaktadır.

2.SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İrtikâp suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiştir. İrtikâp suçunun düzenlendiği yer itibarıyla, korunmak istenen hukuki değer, “kamu idaresinin güvenirliliği ve işleyişi” olduğu söylenebilir³¹⁷.

İlk insan topluluklarının ortaya çıkmasından bugüne kadar, bireyin toplum içindeki yaşamını düzenleyen bir otoriteye rastlamak mümkündür. Bu otorite, günümüzde devlet olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireyin günlük yaşamının daha rahat ve sürdürülebilir olması, devlet veya devlete bağlı kamu tüzel kişilerin yerine getirilecek kamu hizmetlerinin yeterli, kapsamlı ve düzgün olmasına bağlıdır³¹⁸.

Kamu görevi ile görevli olan kamu görevlisi, bu görevinden kaynaklanan kamu hukuku yükümlülüklerini yerine getirirken sadakatli davranması gerekmektedir. Böylelikle toplumu oluşturan bireylerin, kamu hizmetlerinden faydalanırken kamu idaresine karşı duydukları güven zedelenmeyecektir.

³¹² ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 644 vd.

³¹³ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, Ankara 1998, s.1098

³¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.; Turabi Selami, İrtikâp Suçları, Ankara 2009, s. 15

³¹⁵ SELÇUK Sami, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986, s. 45

³¹⁶ Yargıtay. 5. CD., 10.05.2001, 2000/6569-2001/3234

³¹⁷ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s. 661

³¹⁸ SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, 2005, Ankara, s.492

Bireyin kamu idaresine karşı duyduğu güveni zedeleyen irtikâp fiilleri suç olarak ceza kanununda düzenlenmekle, kamu idaresinin saygınlığı, bireylerin kamu görevlilerine karşı duymaları gereken inanç ve itimat, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar korunmuş olmaktadır³¹⁹.

İrtikâp fiillerinin suç olarak kabul edilmesi ile kamu görevinin ifası kapsamında, devlet otoritesinin gücünü yanına alan kamu görevlisinin, bu gücü kötüye kullanmak suretiyle karşısına gelen vatandaşa zarar vermesi engellenerek, kamu görevlilerinin haksız yarar elde etmeleri önlenmektedir³²⁰.

Kanun koyucu irtikâp fiillerini, kamu görevlisinin konumunun sağladığı avantajı ve üstünlüğü haksız ekonomik çıkar elde etme aracı olarak kullanmasını engellemek amacıyla yaptırım altına almıştır. Dolayısıyla irtikâp suçunun faili, devletin mali menfaatlerini ihlal ettiği için değil, bireylerin kamu görevlisine olan güvenlerinin sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır.

Sonuç olarak, irtikâp suçu ile bir taraftan kamu görevlisinin görevini dürüstçe ve kurallara bağlı olarak yürütmesiyle ilgili görev disiplinine riayet edilmesi sağlanarak kamu hizmetinin kurallara uygun şekilde yürütülmesi ve toplumun idareye olan güveninin korunması sağlanmakta; diğer taraftan ise kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle sağlamış oldukları avantaj ve üstünlükten yararlanarak kişilere zarar vermeleri önlenmek istenmektedir. İrtikâp, bu yüzden birden çok hukuki değeri koruyan bir suçtur³²¹.

3. SUÇUN MADDİ KONUSU

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda irtikâp suçunun konusunu, “para veya sair menfaatler” oluşturmaktaydı. 5237 sayılı Ceza Kanununda ise irtikâp suçunun konusunu, kamu görevlisinin kendisine veya başkasına sağlanan veya vaat olunan “yarar” oluşturmaktadır. Yarar, sözlükte “bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj; çıkar; yarayan, elverişli, uygun” anlamına gelmektedir³²².

Sağlanan veya vaat olunan yarar; para veya diğer bir şey olabilir. Madde metninde yararının ne olduğundan söz edilmemiş olmakla birlikte geniş yorumlanması gerektiği söylenebilir. Yarar, kamu görevlisinin ya da onun aracılığıyla başkasının maddi olarak bir ihtiyacının karşılanmasına yarayacak her türlü şeydir. Bir borcun ödenmesi, kirasız ya da düşük bir kira ile konutta oturmak, bir işin yapılması, borcun vadesinin uzatılması vb. yarar kavramı içinde değerlendirilebilir. Para, nakit Türk lirası veya döviz cinsinden olabileceği gibi poliçe, bono veya çek cinsinden de olabilir.

³¹⁹ Yargıtay CGK., 18.05.1999, 5-119/121

³²⁰ Erman Sahir / Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 66; Üzülmmez İlhan, Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14. S.2., s. 275

³²¹ SOYASLAN Doğan, 2005, s. 503

³²² Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 2, s. 2394

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 198. maddesi hükmüne göre Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir.

Cinsel veya duygusal nitelikteki bazı arzuların tatmininin yarar kavramı içinde değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüş, cinsel veya duygusal nitelikteki arzuların tatmini yarar kapsamında değerlendirirken³²³, diğer bir görüş ise bu tür arzuların tatminini yarar kapsamında değerlendirmemektedir³²⁴. Kanaatimizce yarar kavramının geniş yorumlanarak, cinsel veya duygusal nitelikteki arzuların tatmininin de yarar olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda, sağlanan para veya sair menfaatinin haksız olması gerektiği belirtilmiştir. Haksızlık, yararın sağlanmasının hukuka uygun olmaması demektir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, kamu görevlisinin kendisinin veya kamu idaresinin alacağını almak amacıyla memuriyet görev veya sıfatını kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği icbar ve ikna fiillerinin irtikâp suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır. Bir görüş; bu durumda görevi kötüye kullanma ve ihkak-ı hak suçlarının oluşacağını³²⁵, diğer bir görüş ise irtikâp suçunun oluşacağını söylemiştir³²⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak yararın haksız olması gerektiği hususuna kanun metninde yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemeye gereği, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle, kendisinin alacağını almak amacıyla gerçekleştirdiği icbar, ikna ve hatadan yararlanma fiilleri irtikâp suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir³²⁷. Kanaatimizce de kamu görevlisinin alacağını almak için sahip olduğu nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştireceği icbar veya ikna etme veya da hatadan yararlanma fiilleri irtikâp suçuna vücut verecektir.

Kamu idaresini, kanun metninde geçen “başkası” kavramı içinde değerlendirerek, kamu görevlisin kamu idaresinin var olan bir alacağını kamu idaresinin hesabına almak için irtikâp fiillerini gerçekleştirmesi halinde de irtikâp suçu oluşacaktır³²⁸. Kamu görevlisi gerçekleştirdiği irtikâp fiilleri sonucu kamu idaresinin bir alacağını tahsil etmiş olup da bunu

³²³ SOYASLAN Doğan, 2005, s. 506

³²⁴ ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacı İle İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s.170

³²⁵ EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985, s. 365

³²⁶ ERMAN / ÖZEK, s. 83.

³²⁷ Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 2007, s.744

³²⁸ Soyaslan, kamu görevlisinin, kamu idaresinin alacağını kamu idaresi hesabına almak için irtikâp fiillerini işlemesi halinde irtikâp suçunun oluşmayacağını, eğer kamu görevlisi bu halde alacağı kendisine mal ediniyorsa zimmet suçunun oluşacağını aksi halde ortaya çıkan fiilin zimmet ve görevi kötüye kullanma suçlarını oluşturmayacağını bu halde disiplin cezasını gerektiren bir durum ortaya çıkacağını beyan etmektedir. Bkz. SOYASLAN Doğan, 2005, s. 507

kendi hesabına kullanması halinde meydana gelen suç irtikâp suçu olmayıp zimmet suçu olacaktır³²⁹.

4. FAİL

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçunda fail, madde metninden de anlaşılacağı üzere kamu görevlisidir. Kamu görevlisi dışında bir kimsenin bu suçu işlemesi mümkün değildir. Kamu görevlisi dışındaki kişiler, irtikâp suçu bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 40/2. maddesi hükmü gereğince ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.

İrtikâp suçu işlendiği sırada failin kamu görevlisi sıfatını taşıması yeterlidir. Suç işlendikten sonra bu sıfatın kaybedilmiş olması veya görev başında olunmaması suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Kamu görevlisi irtikâp fiillerini tatil gününde veya mesai saatleri dışında gerçekleştirmesi halinde de irtikâp suçu oluşacaktır³³⁰.

Suçun faili kamu görevlisi sıfatına sahip olan kişi olduğundan dolayı gereksiz tekrara yer vermemek için daha önce kamu görevlisi başlığı altında yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

5. MAĞDUR

Kelime anlamı olarak mağdur, “haksızlığa uğramış, kıygın” kimse demektir³³¹.

Ceza hukuku bakımından mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişiyi veya kişileri ifade etmektedir³³².

Suçun mağduru ancak gerçek kişi olabilir³³³. Tüzel kişiler ise “suçtan zarar gören” olarak kabul edilebilir. İşlenen her suç “devlet” aygıtının otoritesine yönelik etkiler doğursa da, devlet “mağdur” olarak kabul edilemez³³⁴. Çünkü bir hakkın öznesi olmak, haksızlık hissetmek, hüznü-ızdırabı yaşamak insan olmayı gerektirir³³⁵.

İrtikâp suçunun mağduru; icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişidir^{336, 337}. İcbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişi ile kamu görevlisine yarar sağlayan kişinin aynı kişi olması gerekmez. Bu gibi hallerde, icbar edilen, ikna edilen veya hatasından yararlanan kişi mağdur, yarar sağlayan kişi suçtan zarar gören olacaktır.

³²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.744

³³⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s. 674

³³¹ YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996, s. 507

³³² ÖZGENÇ İzzet, 2009, s. 207

³³³ ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s. 200

³³⁴ ÖZGENÇ İzzet, 2009, s. 208,

³³⁵ ŞIK Hüseyin, s. 120

³³⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.745; ÖZGENÇ İzzet, 2002, s. 174

³³⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, Devlet İdaresine karşı işlenen bir suç olması nedeniyle irtikâp suçunun mağdurunun devlet olacağını, kişinin ise bu suçtan dolayı zarar gören olacağını söyleyen yazarlar da bulunmaktaydı. Bkz. GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.118

Kamu görevlisinin bağlı olduğu kamu idaresi suçtan dolayı zarar gören kurum olarak kabul edilecektir³³⁸.

6. HAREKET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 250. maddesinde düzenlenmiş olan irtikâp suçu bakımından kamu görevlisinin üç farklı hareketi söz konusudur. İcbar suretiyle irtikâp bakımından, hareket unsuru “görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbar etme”, ikna suretiyle irtikâp bakımından, hareket unsuru “görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etme”, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından, hareket unsuru, “görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanma” dır.

6.1. GÖREVİN SAĞLADIĞI NÜFUZU KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE İCBAR ETME

Görevin sağladığı nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250/1. maddesi ile cezalandırılır.

İcbar kavramı, sözlükte; “zorlama, zorunda bırakma³³⁹” anlamına gelmektedir. İcbar hukuki anlamda, “bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde, maddi veya manevi (şiddet veya tehdit) zor kullanma³⁴⁰” olarak tanımlanmaktadır.

6.1.1. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak

İcbar suretiyle irtikâp suçunun gerçekleşebilmesi için kamu görevlisinin “görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması” gerekmektedir. İcbar suretiyle irtikâp bakımından, hareket-kamu görevi ilişkisi “nüfuzun kötüye kullanılması” kavramıyla sağlanmıştır. 765 sayılı mülga Ceza Kanununda bu ilişkilendirme “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak” şeklindeydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından, kamu görevini veya kamu görevlisi olma sıfatını kötüye kullanarak bir kimseyi yarar sağlamaya veya bu yolda

³³⁸“...3628 sayılı Yasanın 18. maddesine aykırı olarak, hazinenin irtikâp suçunun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nun 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer hakları kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’nün duruşmadan haberdar edilmemesi...”Yargıtay. 5. CD. 12.01.2010, 2009/1481-2010/2;

“Van Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanık hakkında 765 sayılı TCK’nun ikinci kitabının üçüncü babında yer alan “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” den cebri irtikâp suçunu işlediği iddia olunarak dava açılmış bulunmasına göre Sağlık Bakanlığının yargılama sonucuna göre inzibati nitelikte işlem yapma yetkisi bulunması ile 5020 sayılı Kanunun 13. maddesiyle 3628 sayılı Kanunun 18. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkra hükmü de gözetilip suçun işlenmesinden ötürü doğrudan zararının söz konusu olduğu nazara alınarak, Sağlık Bakanlığına izafeten hazine vekilinin irtikâp suçundan açılan davaya katılmasına karar verilmesi gerekirken, 29.03.2004 günlü oturumda katılma isteminin reddine karar verilip duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır”. Yargıtay. 5. CD. 26.05.2008, 2006/1416-2008/5163

³³⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, s. 1034

³⁴⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s. 645

vaatte bulunmaya icbar etmek değil, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak başkalarını yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya icbar etmek irtikâp suçunu oluşturacaktır.

Eski düzenlemede yer alan “memuriyet sıfatının veya görevinin kötüye kullanılması” kavramları sübjektif ve objektif açıdan değerlendirilerek açıklanmaya çalışılmıştır³⁴¹. Memuriyet sıfatının kötüye kullanılması³⁴², sübjektif olarak kamu görevlisinin üstlendiği görevle ilgisi olmasa bile, haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar etmek hususunda kamu görevlisi unvan ve sıfatının ileri sürülmesi olarak; görevin kötüye kullanılması³⁴³ ise, kamu görevlisinin objektif olarak kendi görev ve yetki alanına giren bir işi veya işlemi yaptığı esnada haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar ederken görevin verdiği kolaylıktan faydalanması olarak tanımlanmıştır³⁴⁴. Burada sübjektif nitelik taşıyan memuriyet sıfatı ile objektif nitelik taşıyan görev göz önünde bulundurularak bu ayırım yapılmıştır. Sübjektif nitelik taşıyan memuriyet sıfatı geniş kapsamlı bir kavram olduğundan, kamu görevlisi olan herkes göreviyle ilgili ve yer bakımından yetkili olsun veya olmasın bu sıfatını ileri sürerek icbar suretiyle yarar elde etmesi halinde irtikâp suçu oluşmaktaydı. Bu nedenle Yargıtay, suçun kapsamı genişlediği için sırf sıfatın kötüye kullanıldığı bazı hallerde, görev alanının sınırları içine girmeyen veya görevle bağlantı kurulamayan durumlarda tasarruflarda bulunulduğu, gerekçesiyle irtikâp suçunun oluşmayacağı, görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı yönünde kararlar vermişti³⁴⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kabul edilen “görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” kavramının, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda kabul edilen “memuriyet sıfatının ve görevinin kötüye kullanılması” kavramlarını kapsayan bir kavram olduğu söylenebilir³⁴⁶.

Nüfuz, sözlükte “1. İçine geçme. 2. mec. Söz geçirme, güçlü olma, erk” olarak tanımlanmaktadır³⁴⁷.

Görevin sağladığı nüfuz; kamu görevlisine görevinin vermiş olduğu yetki ve olanaklar nedeniyle sahip bulunduğu maddi- manevi güç ve etkinliği anlatmaktadır. Kamu

³⁴¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.746,

³⁴²“bir polis memurunun karakola getirilen şikâyetçinin oğlunu dövülmekten kurtaracağını söyleyerek”; 05.03.1987 tarih, 8010/1324 sayılı kararında “vergi dairesinde tahsildar ve icra memuru olan sanıkların vergi borcunu ve buna ait dosyayı ortadan kaldıracaklarından söz ederek” yarar sağlamalarının memurluk sıfatının kötüye kullanılması suretiyle irtikâp suçunu oluşturacağına...” Yargıtay 5.CD. 01.11.1985, 2339/4186

³⁴³“tapu sicili muhafızının tapu intikal işlemi için başvuranlardan eksiklik olduğunu ileri sürerek güçlük çıkarıp manevi baskı yaparak çıkar sağlaması... görevi kötüye kullanma suretiyle irtikâp suçunu meydana getirir...” Yargıtay 5.CD. 07.11.1984, 3260/4156

³⁴⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.746

³⁴⁵ “Trafik polisi olmayan bu işlerle de görevlendirilmeyen polis memurlarının trafik suçunu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için para almalarının irtikâp veya rüşvet değil görevi kötüye kullanmadır” Yargıtay. 5. CD. 27.08.1980, 2599/2721

³⁴⁶Tezcan / Erdem / Önok; “Görevin ve sıfatın kötüye kullanılmasını, görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması bakımından ortaya çıkan iki yol olarak görmek; görevin kötüye kullanılması bakımından görev ve yetki alanına giren bir işin yapılması esnasında görevin sağladığı yetkinin kullanılması, sıfatın kötüye kullanılması bakımından ise göreve girmeyen fiillerin işlenmesi esnasında sıfatın kullanılmasının görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” olarak kabul etmektedirler. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s. 746

³⁴⁷ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. 2, s. 1664

görevlisi, görevinin verdiği yetki ve olanakların sağladığı kolaylıkla kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla hareket etmektedir. Başka bir anlatımla, kamu görevlisi görevinin kendisine sağlamış olduğu etkinlik, üstünlük ve avantajları ifade eden nüfuzunu kötüye kullanarak bir çıkar elde etmek için mağduru zorlamaktadır. Örneğin, bütün şartlar var olduğu halde işin yokuşa sürülmesi, takdir hakkının mağdur lehine kullanılmak istenmemesi, görev gereğine aykırı davranılacağı beyanında bulunulması vb. davranışlarla çıkar sağlamak için zemin hazırlanması nüfuzun kötüye kullanılması kavramı içinde değerlendirilebilmektedir.

Kamu görevlisinin, görev ve sıfatını hukuka uygun bir şekilde kazanmış olması gerekir, aksi halde kamu görevlisi görev ve sıfatı gasp etmiş olacağından irtikâp suçu oluşmayacak; hem kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK md. 262), hem de yerine göre yağma (TCK md. 198) veya dolandırıcılık (TCK md. 157) suçlarından biri oluşacaktır³⁴⁸.

Kamu görevlisinin irtikâp suçu bakımından bağlı olduğu genel mevzuat gereği görevine giren bir iş veya işlemle ilgili olarak nüfuzunu kötüye kullanması gerekmektedir. Yarar sağlarken araç olan iş ve işlem kamu görevlisinin görevi kapsamında olmalıdır³⁴⁹. Nüfuzun kötüye kullanılması için failin o sırada görev başında, görev yerinde veya o işle ilgili olarak çalışıyor olması şart değildir.

6.1.2. İcbar Etme

İcbar, mağdurun iradesinin manevi baskı altında etkilenecek, isteği dışında çıkar sağlamaya zorlanmasını ifade etmektedir. Mağdurun iradesini doğrudan veya dolaylı olarak baskı altında tutmaya elverişli her türlü zorlayıcı hareket icbar kapsamında görülmektedir.

Madde gerekçesinde; “Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir” denmiştir³⁵⁰. Yağma suçunda cebir, mağdurun direncinin kırılması veya daha sonra oluşacak direncini engellemek amacıyla yapılan kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki oluşturan davranıştır. Tehdit, yağma suçunda, mağdurun veya onun bir yakınının yaşamına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağı beyanıdır. Tehditte maddi olarak bir zorlama söz konusu değildir. Tehdit ile mağdur manevi yönden

³⁴⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.746; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.662

³⁴⁹ “... İrtikâp suçu bir görev suçu olması nedeniyle memurun görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken veya o işlemi yapabilecek durumda iken çıkar sağlamasıdır. O nedenle icbar veya iknanın konusu memurun görevine girmiyor ise irtikâp suçundan söz edilemez”. Yargıtay. 5. CD. 30.10.2002, 7872/6911

³⁵⁰ Aksi görüş olarak Tezcan / Erdem / Önok, gerekçede yer alan bu açıklamanın doğru olmadığını belirtmektedirler. Çünkü eski Türk Ceza Kanununda tehdit ve yağmanın unsuru olan cebir farklı düzenlendiğini, yeni Türk Ceza Kanunun 106. maddesinde düzenlenmiş olan tehdit ile 148. maddesinde düzenlenmiş olan yağma suçunun unsuru olan tehdidin aynı mahiyette düzenlenmediğini ileri sürmektedirler. Bu nedenle gerekçeyle itibar etmeden maddi cebir olması halinde yağma suçundan, manevi cebir olması halinde icbar suretiyle irtikâp suçundan söz edileceğini belirtmektedirler. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.747-748

zorlanmaktadır. İrtikâp suçu bakımından icbarın belirtilen şekilde cebir ve tehdit boyutuna varmaması gerekmektedir³⁵¹.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde icbar kavramı tehditle özdeş biçimde yorumlanmamıştır. Yargıtay bu kavramın tehdit boyutuna ulaşmayan bir baskı ve tazyikten ibaret olduğunu ifade etmiştir³⁵². 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de Yargıtay'ın icbar kavramını tehditle özdeş olarak kullanmadığı³⁵³ tehdit kavramını kullanacağı yerlerde doğrudan “tehdit” kelimesi yerine “tehdit edici” ifadesini tercih ettiği görülmektedir³⁵⁴.

Doktrinde icbar manevi nitelikte cebir olarak kabul edilmektedir³⁵⁵. Manevi nitelikteki cebir, mağdurun talep edilen yararı temin etmediği takdirde işinin yapılmayacağı veya gereksiz yere uzatılacağı endişesine kapılmasına neden olan davranışları kapsamaktadır³⁵⁶.

Kamu görevlisi, idari işlemlerde idarenin temsilcisi konumundadır. İdare adına iş ve işlemler yapan kamu görevlisi, idarenin birey karşısında sahip olduğu üstünlüğünü yani nüfuzunu hukuka aykırı olarak kullanabilir. Başka bir anlatımla, kamu görevlisi, arkasına almış olduğu kamu otoritesinin gücünü kendi çıkarları için bireye karşı ileri sürebilir. Bir işin veya işlemin yapılması için kamu görevlisine başvuran birey, çoğu zaman iş veya işlemin bir an önce bitmesini veya düzgün bir şekilde yapılmasını istemektedir. Kamu görevlisi, yapacak olduğu iş veya işlemi o an için yapamayacağını veya birey için uzun bir zaman dilimi sonunda yapabileceğini belirtmesi ve bunun üzerine çözüm yolu olarak kendisine yarar sağlanmasını şart koşması halinde icbar suretiyle irtikâp suçu meydana gelmektedir. Burada kamu görevlisinin iş veya işlemi yapmayacağı veya geciktireceği yönündeki beyanı icbar olarak nitelendirilmektedir. Kamu görevlisinin bu yöndeki beyanı ile birey zor duruma düşmekte, karşılaşacağı daha ağır zararların önüne geçebilmek için haksız olduğunu bildiği

³⁵¹Yargıtay. CGK. 16.10.2001, 6-192/217

³⁵²“İcbar, cebir ve şiddeti tazammum edip, tehlide kadar varmayan bir halin ifadesidir. Memurun haiz olduğu memuriyet kuvvet ve kudretini kullanacağını söylemesi ile vücut bulur”. Yargıtay. CGK. 06.10.1980, 162/308

³⁵³“... sanık tarafından yapılan yoğun baskılar karşısında yarar sağlamasından ibaret eylemin cebri irtikâp suçunu oluşturduğu...” Yargıtay. 5. CD. 03.06.2008, 2005/17205-2008/5807

“İrtikâp suçunun icbar unsurundan söz edebilmek için; mağdur açısından daha büyük bir zarardan kurtulmak amacıyla, memurun istemine boyun eğmesinin yeterli olduğu da gözetilerek...” Yargıtay. 5. CD. 19.03.2008, 35/2244

³⁵⁴“... İlçe Jandarma Komutanlığında uzman çavuş olan sanığın, aynı yerde vatani görevini yapan ve kaybolan parkanın çantasında yakalanması nedeniyle hakkında tutanak düzenlenen jandarma er müştekiyi 27.04.2002 günü odasına çağırarak 300.000.000 TL para istediği vermediği takdirde hakkında daha önce görevliler tarafından tutulan tutanağı kullanarak “seni mahvederim, askerliğini yaktığım gibi 3-4 sene ceza alırsın” demek suretiyle tehdit edici ve zorlayıcı sözler sarfettiği...” Yargıtay. 5. CD. 18.06.2008, 2006/6346-2008/6602

³⁵⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.748; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.667

³⁵⁶“Osmaniye Devlet Hastanesi genel cerrahi uzmanı olan sanığın, bağırsak düğümlenmesi teşhisiyle yatırılıp ameliyat edilmesi gereken müştekiden bıçak parası diyerek 750.000 lira istediği, bu parayı getirmediği takdirde ameliyat yapmayacağını ve taburcu edeceğini söylediği, bunun üzerine müştekinin damadı tarafından getirilen 750.000 lira parayı hastanedeki muayene odasında alıp masa çekmesine koyduktan sonra yapılan operasyonla polisler tarafından yakalandığı anlaşılmış, oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın müştekinin ameliyatını geciktirmek ve kendisine para verilmediği takdirde ameliyatı yapmayacağını söylemek ve bu şekilde görevini kötüye kullanmak suretiyle onu baskı ve tehdit altında tutarak kendisine para vermeye icbar ettiği nazara alındığında, eylemi cebri irtikâptır” Yargıtay. 5. CD., 26.05.1993, 1975/2319

halde kamu görevlisine yarar sağlamak veya vaatte bulunmaktadır³⁵⁷. Bu noktada mağdura yapılan baskının icbar boyutuna ulaşp ulaşmadığı, iş veya işlemin yapıldığı idarenin mevzuatı, işleyiş düzeni, yapılacak iş veya işlemin özelliği ve olağan hayat tecrübeleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Bu bakımdan mağdurun ürkek yapısı nedeniyle objektif olarak icbar boyutuna varmayan hareketleri sanki o yoğunluktaymış gibi algılaması fiilin icbar niteliğinde görülmesini gerektirmeyecektir.

Mağdurun iş veya işlemi fiilen veya mevzuat gereği başka bir kamu görevlisine veya başka bir idareye yaptırabilmesi veyahut da iş veya işlemin yapılması bakımından bir süre sınırının bulunmaması, başka bir zamanda da yapılabilme olanağının bulunmasına karşın iş veya işlemin o anda yapılmasını sağlamak amacıyla kamu görevlisinin yarar sağlanması yönündeki teklifini kabul etmesi halinde icbarın bulunmadığı, bu halde görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu söylenebilir. Somut olayın özelliğine göre benzer durumda irtikâp suçunun oluşmadığı kabul edilebilir. Mağdurun suç tanımında da belirtildiği üzere manevi olarak zorlanması gerektiği göz önüne alındığında başkaca imkânların varlığı halinde sağlanan yararı görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmek yerinde olacağı kabul edilebilir.

Kamu görevlisinin gerçekleştirdiği icbar mağdurun haklı ve yasal çıkarından mahrum bırakılmasına yöneliktir. Kişinin yasal bir çıkarı yoksa bundan yoksun kalması da düşünülemez. Bu gibi hallerde icbardan buna bağlı olarak da irtikâp suçundan söz edilemez³⁵⁸.

“İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için bu baskının etkisiyle kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü kişiye yarar sağlamaktadır”³⁵⁹. Bu nedenle, kamu görevlisinin gerçekleştirdiği icbarın mağdurun iradesini etkilemeye elverişli olması gerekmektedir. İcbarın elverişli olup olmadığı somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir. Kamu görevlisinin gerçekleştirdiği elverişli icbara rağmen, mağdur iradesi üzerinde icbarın etki oluşturmaması ve buna bağlı olarak yararın elde edilememiş olması halinde icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs olacağı söylenebilir³⁶⁰.

Kamu görevlisinin icbarının mağdurun iradesi üzerinde etki oluşturacak derecede elverişli olmaması halinde, başka bir anlatımla icbarın belli bir yoğunluğa ulaşmaması, ciddi olmaması veya kişinin kolaylıkla kurtulma imkânının bulunulması halinde ne olacağı hususu

³⁵⁷“Cebri irtikâp suçu kamu görevlisinin yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle ferdi icbar etmesi, bu icbar sonucu ferdinde kamu görevlisinin haksız işlemini önlemek zorunluluğunda kalarak ona veya başkasına yarar sağlaması veya vaatte bulunması ile oluşacağına, burada kamu görevlisi aktif, fert ise mağdur durumda olup icbar teşkil eden ve belli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisinde kalan mağdurun istenen yararın hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için yararı kamu görevlisine vermekte ve vermeyi vaat etmektedir” Yargıtay. 5. CD. 22.12.2005, 17305/23175

³⁵⁸ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara 2003, s. 841

³⁵⁹ Madde gerekçesi.

³⁶⁰ÖZGENÇ İzzet, 2002, s.168

üzerinde durulması gerekmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde doktrinde belirtilen halde rüşvet suçunun oluşacağını ileri süren görüşler vardı³⁶¹. Yargıtay ise bu halde bazen rüşvet suçunun³⁶² bazen de görevi kötüye kullanma suçunun³⁶³ oluşacağı yönünde kararlar vermişti.

Yargıtay 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde rüşvet suçu ile irtikâp suçunu birbirinde ayırmak için yarar sağlayan kişinin “meşru zeminde” olup olmadığı kıstasını kabul etmişti. Yararı kamu görevlisine sağlayan kişi eğer meşru zeminde ise oluşan suçu irtikâp³⁶⁴, gayri meşru zeminde ise oluşan suçu rüşvet³⁶⁵ veya görevi kötüye kullanma³⁶⁶ suçu olarak kabul etmekteydi. Burada meşru veya gayri meşru zeminden kasıt, kamu görevlisinin yapacağı iş veya işlemin görevinin gereklerine uygun olup olmamasıydı. Eğer kamu görevlisinin yapacak olduğu iş veya işlem görevinin gereklerine uygun ise yararı kamu görevlisine sağlayan kişi meşru zeminde, kamu görevlisinin yapacağı iş veya işlem görevinin gereklerine aykırı ise yarar sağlayan kişi gayri meşru zeminde olduğu kabul ediliyordu.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlemesi bakımından irtikâp suçunun oluşması için yarar sağlayan kişinin meşru veya gayri meşru zeminde olmasının bir öneminin olmadığı söylenebilir. Eğer kamu görevlisi nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle, bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya yarar sağlanması konusunda vaatle bulunmaya elverişli bir icbar ile zorluyorsa irtikâp suçu oluşacaktır. Eğer mağdur elverişli icbara rağmen etkilenmez ise icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. İcbarın elverişli

³⁶¹ ÖZGENÇ İzzet, 2002, s.169

³⁶² “Tapu sicil müdürü olan sanığın, damadı adına vekâleten almak istediği gayrimenkulün satış işlemi için 26.02.1997 tarihinde kendisine başvuran müştekiye işlem için 30.04.1997 tarihine gün vermek istediği, müştekinin satıcının yaşlı olduğunu ve tekrar buraya gelmesinin zor olacağını söyleyip bir an önce bu işin yapılmasını ısrarla istemesi üzerine sanığın da “bak kardeşim dairenin bazı eksikliklerini yaptırarak, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verirken tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim” dediği, müştekinin de bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılmış, oluş mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini suiistimal etmeyen sanığın işlem için gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 lira para istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alma niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması...,” Yargıtay. 5. CD. 30.09.1998, 2335/3445

³⁶³ “Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskısının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlamaktadır. Olayımızda sanık, iki istihkak için elli bin liradan yüz bin lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını Cuma günü, yani iki gün sonra gelmesini, daha sonra ise parayı temin ederek saat 14.00 de gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise “gönlünden ne koparsa ver” demiştir. Paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatap olan şikâyetçiye etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyetinde bulunulmuştur. Sanığın “gönlünden ne koparsa ver” demesi de, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verirken ver demesi üzerine kendiliğinden elli bin lira vermiştir. Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamla aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır” Yargıtay. CGK. 06.11.1989, 5-265/355

³⁶⁴ Yargıtay. 5. CD. 26.05.1993, 1975/2319

³⁶⁵ Yargıtay. CGK. 19.10.1987, 5-205/462

³⁶⁶ Yargıtay. 5. CD. 22.01.2004, 2002/5029-2004/260

olmamasına rağmen, kişinin yarar sağlaması veya yarar sağlama konusunda vaatte bulunması halinde ise ya görevi kötüye kullanma suçu ya da rüşvet suçu oluşacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/3. maddesinde; “İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır” ifadesine yer verilmiştir. Bu noktadan yola çıkıldığında; kamu görevlisine görevin gereklerine uygun davranmak amacıyla elverişli olmayan icbar sonucu yarar sağlanmış veya yarar sağlama konusunda vaatte bulunulmuşsa görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak amacıyla elverişli olmayan icbarda bulunması halinde ise rüşvet suçunun oluşacağı söylenebilir³⁶⁷.

İcbar niteliğindeki hareketler açıkça gerçekleştirilebileceği gibi, zımni (örtülü) olarak da gerçekleştirilebilir. İcbar niteliğindeki hareketler açıksa suçun tespiti kolaydır. Fakat icbar niteliğindeki hareketler zımni ise suçun tespiti güçtür. Kamu görevlisi, icbar niteliğindeki hareketleri açık bir şekilde sergilememekle beraber diğer bazı hareketleriyle mağdurun korkmasına ve bu yüzden de kendisine yarar sağlamasına veya bu yönde vaatte bulunmasına neden olmuşsa icbar suretiyle irtikâp suçu oluşmuştur³⁶⁸.

6.2. GÖREVİN SAĞLADIĞI GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HİLELİ DAVRANIŞLARLA İKNA ETME

Görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasını veya bu yolda vaatte bulunulmasını bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 250/2. maddesi ile cezalandırılır.

İkna kavramı sözlükte; “bir konuda birinin inanmasını sağlama, inandırma, kandırma³⁶⁹” anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda ikna ise “failin, hileli hareketlerle aldatıp kandırma da dâhil her türlü yeteneğini kullanarak suçun mağdurunu kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlamaya veya vaat etme gereğine inandırması³⁷⁰” olarak tanımlanmaktadır.

6.2.1. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak

Kamu idaresinin temsilcisi olan kamu görevlisi görevini yerine getirirken kanunlara ve diğer mevzuata uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bireyler, muhatap oldukları kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak yapacakları her türlü iş ve işlemlerin kanunlara uygun olacağı, kamu görevlilerinin sahip oldukları yetki ve olanakları kanuna uygun kullanacakları inancı ve beklentisi içerisindeyler. Bireyler kamu görevlilerinin kendilerine yalan söyleyeceklerini, kendilerini kandıracaklarını düşünmezler. Kamu görevlisi, karşısına

³⁶⁷ÜZÜLMEZ İlhan, s.287

³⁶⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.668

³⁶⁹ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, İstanbul 1982, s. 571

³⁷⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s. 646

gelen bireyin, içinde bulunduğu bu inanç ve güvenden faydalanarak, iradesini çeşitli hileli davranışlarla yanıltıp, yarar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikâp suçunu işlemiş olacaktır.

Bu suç bakımından kamu görevlisi, kamunun mali menfaatlerini ihlal etmesi nedeniyle değil bireyler tarafından kamuya duyulan güvenin sarsılması nedeniyle cezalandırılmaktadır³⁷¹.

İkna suretiyle irtikâp suçu bakımından, kamu görevlisinin sahip olduğu kişisel güven önemli değildir, önemli olan kamu görevlisinin görevinin ortaya çıkardığı güvendir. Kamu görevlisine duyulan güven göreviyle bağlantılı olmalıdır.

Görevin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanılmasında, kamu görevlisi birey karşısındaki üstünlüğünü kötüye kullanmaktadır. Görevin sağlamış olduğu güvenin kötüye kullanılmasında ise böyle bir durum söz konusu değildir. Görevin sağlamış olduğu güvenin kötüye kullanılmasında iyi niyetli bireyin güven duyguları istismar edilmektedir.

6.2.2. Hileli Davranışlarla İkna Etme

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bireyin ikna olmasına yönelik kamu görevlisinin gerçekleştireceği araç belirlenmiştir³⁷². 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda kamu görevlisinin, bireyi nasıl ikna edeceği açık şekilde belirlenmemişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “hileli davranışlarla” denilmek suretiyle iknanın nasıl gerçekleştireceği kanun koyucu tarafından açıkça gösterilmiştir.

İkna suretiyle irtikâp suçundan söz edilebilmesi için öncelikle kamu görevlisinin hile niteliğindeki davranışlarının bulunması gerekmektedir. Kamu görevlisi hile niteliğindeki davranış, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmelidir. Eğer, hile niteliğindeki davranış kamu görevlisinin görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmemişse dolandırıcılık suçu oluşabilecektir³⁷³.

İkna, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak, hile niteliğindeki davranışlarla bireyi sağlamak veya vaat etmek zorunda olmadığı yararı, sağlamak veya vaat etmek zorunda olduğuna inandırmasıdır³⁷⁴. Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin edası gerekmeyen bir şeyi ifaya mecbur olduğu konusunda mağduru aldatarak kandırmasıdır. Burada mağdur gerçekte sağladığı veya vaat ettiği yararın sağlanmayacağını veya vaat olunmayacağını bilmemektedir. Kamu görevlisinin yaptığı hileli davranışlar neticesinde mağdur sanki kamu görevlisine böyle bir yararın sağlanması veya vaat edilmesi

³⁷¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.670

³⁷² ÜZÜLMEZ İlhan, s.289

³⁷³ ÖZGENÇ İzzet, 2002, s.183

³⁷⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.670

gerektiğini düşünmektedir. Kamu görevlisinin hileli davranışlarıyla mağdurun iradesi sakatlanmaktadır³⁷⁵.

İcbar suretiyle irtikâp ile ikna suretiyle irtikâbı birbirinden ayıran nokta mağdurun sağladığı veya vaat ettiği yararın hukuka aykırı bir şekilde kendisinden temin edildiğini bilip bilmemesidir. İcbar suretiyle irtikâpta mağdur kamu görevlisine veya bir başkasına sağladığı veya vaat ettiği yararın kendisinden hukuka aykırı bir şekilde temin edildiği bilincidir. Fakat ikna suretiyle irtikâpta hileli davranışın etkisi sonucu iradesi sakatlan mağdur sağladığı veya vaat ettiği yararın hukuka uygun olduğunu sanmaktadır.

İkna suretiyle irtikâp suçu bakımından hilenin elverişli olması gerekmektedir. Elverişlilikten kasıt hilenin mağduru aldatabilecek nitelikte olmasıdır. Mağdurun aldanmasını sağlamayan hareketler hile olarak kabul edilemeyecektir. Bu açıdan, kamu görevlisinin tavsiye niteliğindeki sözleri hile olarak değerlendirilemez³⁷⁶. Kamu görevlisinin yapmış olduğu hileli hareketler elverişli olmasına rağmen mağdur aldanmamış ise ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. Hilenin elverişli olup olmadığı her somut olayda hâkim tarafından belirlenecektir.

İknaya yönelik hileli hareketler sözlü örneğin; kamu görevlisinin söyleyeceği yalanlar; yazılı örneğin; kamu görevlisinin sahte olarak düzenleyeceği ödeme belgesi veya hem sözlü hem de yazılı şekilde olabilir.

İknaya yönelik hileli hareketin icrai nitelikte olması gerekir³⁷⁷. Eğer kamu görevlisi mağdurun düşmüş olduğu hatadan faydalanarak yarar elde etmiş ise hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp söz konusu olacaktır³⁷⁸.

6.3.GÖREVİN SAĞLADIĞI GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE HATADAN YARARLANMA

Sözlükte, “yanlış; istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı; suç, günah, kusur³⁷⁹” olarak tanımlanan hata, hukuki olarak mağdurun yapmaması gereken bir şeyi yapacağını düşünerek yapmasıdır.

İlk olarak hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikâp suçu bakımından, kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması gerekmektedir. Bu durum 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 250/3. maddesinde yer alan “ikinci fıkrada tanımlanan suçun”

³⁷⁵ “...İkna suretiyle irtikâp (yiyicilik) suçu, memurun memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanarak, bir kimseyi kendisine veya başkalarına haksız olarak para vermeye ya da sair menfaatler sağlamaya veya vaadine ikna ederek çıkar sağlaması ile oluşmaktadır. Mağdur, memura sağladığı çıkarın yasal olduğunu zannetmektedir. Yasa dışı çıkar sağladığını bilmemektedir. Memur, yalan beyanıyla mağduru kandırmaktadır. Mağdur, yaptığı ödemenin yasa ve yönetmelikler gereğince yapılması gerektiğine inanmakta, failin iknası ile bireyin rızası fesada uğramaktadır. İkna, bireye ödemeye mecbur olmadığı bir parayı ödemek zorunda olduğunu bildirmektedir...” Yargıtay. CGK. 17.12.1996, 5-269/286

³⁷⁶ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.671; SOYASLAN Doğan, s.289s.290

³⁷⁷ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.672

³⁷⁸ Madde gerekçesi

³⁷⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, s. 955

ifadesinden çıkmaktadır. Hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikâp suçunda kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle mağdurun içine düşmüş olduğu hatadan yararlanmaktadır. Kamu görevlisinin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması konusu yukarıda açıklanmıştır.

6.3.1.Hatadan Yararlanma

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak kaleme alınmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp, ikna suretiyle irtikâba bağlantılı şekilde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâbın, ikna suretiyle irtikâbın farklı bir işleniş şekli olduğu belirtilmiştir³⁸⁰.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta kamu görevlisinin, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketlerinden kaynaklanmayan yanılığdan haksız çıkar sağlamak için faydalanması söz konusudur³⁸¹.

Kamu görevlisinin hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu bakımından ihmali nitelikte hareketinin varlığı gerekmektedir. Kamu görevlisi, ikna suretiyle irtikâp suçunda olduğu gibi icrai nitelikte olan hileli hareketlerde bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, kamu görevlisinin mağdurun hataya düşmesi konusunda herhangi bir etkin davranışı bulunmamaktadır.

Mağdur, kamu görevlisinin sergilediği bir takım hileli hareketler sonucu hataya düşmemekte, tamamen kendinden kaynaklanan çeşitli nedenlerle hataya düşmektedir³⁸². Mağdur, kamu görevlisinin karşısına geldiğinde zaten hata içindedir. Mağdur, ödememesi gereken bir parayı ödeyeceği, gerçekte ödemesi gerekenden fazla ödeyeceği veya ödeme kabul etmeye elverişli olmayan kamu görevlisinin ödeme kabul etmeye elverişli olduğu bilinciyle hareket etmektedir. Mağdur, gerçeğin farkında değildir, iradesi gerçekte çatışmaktadır. Mağdur bilgisizliği, tecrübesizliği, dalgınlığı gibi bir takım kişisel davranışlar sonucu belirtilen şekilde hataya düşmektedir³⁸³.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun düzenleniş şekli göz önünde bulundurulduğunda, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp ile ikna suretiyle irtikâbı birbirinden ayıran noktanın, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâbın, ikna suretiyle irtikâbın ihmali hareketle işleniş şekli olduğudur. Suç politikası gereği, kanun koyucu ihmali nitelikte olan hata suretiyle irtikâp suçunun cezasını, ikna suretiyle irtikâp suçunun cezasına göre daha az olarak belirlemiştir.

³⁸⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.673

³⁸¹ ERMAN / ÖZEK, s. 78

³⁸² “Suçun oluşumu için memurun kanunen alınmaması lazım gelen bir şeyi diğerinin hatasından istifade ederek almış bulunması ve hatanın memurun değil ferdin kendisinden gelmiş olması gerekmektedir ...”Yargıtay. 5. CD. 24.04.1974, 1046/819

³⁸³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.672

Kamu görevlisi, hata suretiyle irtikâpta mağdurun hataya düştüğünü bilmekte fakat mağduru uyarmayarak, mağdurun hatasından yararlanmaktadır. Kamu görevlisinin ihmali hareket niteliğindeki uyarmama hareketi sonucu, mağdur iradesi dışında bir yararı kamu görevlisine veya başkasına sağlamaktadır.

Kamu görevlisinin hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçunun hareket unsuru oluşturan ihmali hareket niteliğindeki susması, ikna suretiyle irtikâp suçunun hareket unsurunu oluşturan icrai hareket niteliğindeki hilenin yerine geçmektedir. Kanun koyucu, mağdurun hatasını fark eden ve bu hatadan yararlanmak için susan kamu görevlisinin susmasını hile olarak kabul etmiştir.

Kamu görevlisinin hareketi icrai nitelik kazanması halinde suçun şekli değişmektedir. Kamu görevlisi, mağdurun içine düşmüş olduğu hatadan yararlanarak bir takım yararları elde edeceği sırada mağdurun durumu fark etmesi ve bunun üzerine kamu görevlisinin de mağdurun hatasından çıkmasını engelleyecek hareketler sergilemesi halinde, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu oluşmayacaktır. Kamu görevlisinin mağdurun hatasından çıkmasını manevi baskı ile sağlaması halinde icbar suretiyle irtikâp, gerçekleştireceği hileli davranışlar sağlaması halinde ikna suretiyle irtikâp suçundan söz edilecektir.

Hata suretiyle irtikâp suçu bakımından, mağdurun kamu idaresine yapacağı bir ödemenin veya vereceği bir şey konusunda düşülen hatanın varlığı aranmaktadır. Başka bir anlatımla mağdur, kendisine yüklenen bir yükümlülüğü yerine getirmekte olduğu esnada düştüğü hata söz konusu olmalıdır. Mağdurun kamu idaresi tarafından kendisine yapılacak ödeme veya verilecek şey konusunda düşmüş olduğu hata halinde zimmet suçu oluşabilecektir. Mağdur, bu halde kamu görevlisinin eksik yaptığı ödeme konusunda hataya düşmüş olacak, alması gerekenden daha azını aldığını bilmeyecektir. Kamu görevlisinin, aradaki farkı kendine mal edinmesi fiili zimmet suçuna vücut verecektir. Gerçekte kendisine 1500 TL ödenecek olan alacaklının hataya düşerek kendisine 1000 TL ödeme yapılması gerektiğini söylemesi üzerine icra müdürünün kişinin hataya düştüğünü söyleyerek 1000 TL ödeme yapması ve kasada kalan 500 TL'yi kendisinin alması halinde zimmet suçu oluşacaktır.

7. NETİCE

Netice, failin hareketinin dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerdir. Fakat failin hareketinin meydana getirdiği her değişiklik de netice olarak kabul edilmez. Ortaya çıkan değişikliklerden sadece kanununda belirtilmiş olanlar netice olarak kabul edilir. Suçun tamamlanabilmesi için kanununda öngörülen neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer kanunda öngörülen netice herhangi bir sebepten ötürü gerçekleşmemiş ise suç tamamlanmamış olacaktır³⁸⁴.

³⁸⁴ ÖZGENÇ İzzet, 2009, s. 177; ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s. 214

Ceza kanununda yer verilen suçların bazılarının kanuni tanımlarında neticeye yer verilmemiştir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal (TCK md. 116), hırsızlık (TCK md.141) gibi. Sırf hareket suçu olarak tanımlan bu tür suçlar bakımından, kanun metninde açık şekilde bir netice gösterilmemiştir. Bu tür suçların tamamlanabilmesi için failinin hareketi gerçekleştirmesi yeterli olacaktır.

Ceza kanununda failin gerçekleştirdiği hareket sonucu ortaya çıkacak değişikliğin açık şekilde belirtildiği suç tanımları da yer almaktadır. Örneğin, kasten öldürme (TCK md. 81), mala zarar verme (TCK md. 151) gibi. Neticeli suçlar olarak tanımlanan bu tür suçların tamamlanabilmeleri için kanun metninde yer alan neticenin, gerçekleştirilen hareket sonucu ortaya çıkması gerekmektedir.

İrtikâp suçunun kanuni tanımına bakıldığında neticeli suç olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. İrtikâp suçunun neticesi olarak kanuni tanımda iki kavrama yer verilmiştir. Bunlardan birincisi “yarar sağlanması”, diğeri “yarar sağlanması yönünde vaatte bulunulması” dır. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda yer alan düzenleme bakımından netice unsuru olarak, “para verilmesi”, “sair menfaatler sağlanması” veya “para verilmesi veya sair menfaatler sağlanması yolunda vaatte bulunulması” kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda daha sade bir düzenleme yapılarak sadece “yarar sağlanması” kavramı düzenlenmiştir.

7.1. YARAR SAĞLANMASI

Sağlama, kavramı fiilen bir yararın elde edilmesini ifade etmektedir. Verme kavramından daha geniş anlam içermektedir. Sağlama, mağdurdan para veya mal alınmasından başka, bir hizmet yahut iş yapılmasını temin etmeyi de kapsamaktadır. Yapılacak işin karşılığı olarak, icbar edilen veya ikna edilen mağdur ücretsiz olarak kamu görevlisinin bir işini yapmış olabilir³⁸⁵.

Mağdurun, yarar sağlaması söz konusu olabilmesi için, yararın kamu görevlisinin veya üçüncü kişinin malvarlığına intikal ettirilmesi, kamu görevlisi veya üçüncü kişinin suç konusu olan yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması gerekir³⁸⁶. Suç konusu yararın kamu görevlisi veya üçüncü kişiye intikali için mülkiyetin nakli konusunda kanunda öngörülen usullerin yerine getirilmesi gerekmez³⁸⁷. Kamu görevlisinin yararı oluşturan mal üzerinde tasarruf olanağının meydana getirilmesiyle irtikâp suçu tamamlanmış olur.

Kamu görevlisi, mağdura karşılığını ödemiş olsa bile bir iş veya hizmeti yapmaya ya da borç vermeye zorlamış ise özgür iradeyle sözleşme yapma iradesi elinden alınan mağdurdan bir yarar sağladığı kabul edilmelidir³⁸⁸.

³⁸⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.663

³⁸⁶ÖZGENÇ İzzet, 2002, s.171; ERMAN / ÖZEK, s.120

³⁸⁷TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.752

³⁸⁸ SOYASLAN Doğan, 2005, s. 506-507

İrtikâp suçu bakımından yarar mağdur tarafından sağlanmalıdır. Kamu görevlisi kendi zilyetliğinde bulunan yarar kavramı içinde yer alan şeyi karşı tarafa vermemesi irtikâp suçunu değil, zimmet suçunu oluşturur³⁸⁹. Ancak aksi bir görüşe göre bu halde verme kavramının iade etmeme kavramını da kapsar nitelikte olduğunu göz ardı edilmemeli, kamu görevlisine denemesi, kontrol etmesi veya bakması için verilen bir şeyin kendisine hediye edilmesini sağlamak amacıyla sıfatın kötüye kullanması irtikâp suçu içinde değerlendirmelidir³⁹⁰.

7.2.YARAR SAĞLANMASI YÖNÜNDE VAATTE BULUNULMASI

Vaatte bulunulması, mağdur tarafından kamu görevlisine belirli bir konuda yarar sağlama taahhüdünde bulunulması, söz verilmesi anlamına gelmektedir. Burada yarar kavramı içerisine girebilecek herhangi bir menfaatin kamu görevlisine verileceği veya temin edileceği konusunda söz verilmektedir.

Kamu görevlisi fiilen yararı elde etmediği halde kendi isteği üzerine mağdurun yapacağı vaat açıklaması ile irtikâp suçu tamamlanmış olacaktır. Başka bir söyleyişle, suçun oluşması için yararın fiilen elde edilmesi koşulu bulunmamaktadır. Mağdur vaadini yerine getirmese dahi suç teşebbüs aşamasında kalmamakta, tamamlanmış sayılmaktadır.

Vaat hukuka aykırı bir işlem bakımından söz konusu olduğu için belirli bir şekle bağlı olması söz konusu değildir³⁹¹. Vaat, yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da gerçekleşebilir.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından mağdurun, faile bir yarar vaadinde bulunması söz konusu olamayacağından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 250/3. fıkarda yapılan atıf yarar vaadi bakımından geçersiz olduğu söylenebilir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından sadece “bir şeyin alınması” kabul edilmiştir³⁹².

8. NEDENSELLİK BAĞI

Bir kimseyi ortaya çıkan neticeden sorumlu tutabilmek için, o neticenin meydana gelmesini sağlayan hareketin o kimse tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Neticeden dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesinin temelini nedensellik bağı oluşturmaktadır. Nedensellik bağı, failin hareketi ile ortaya çıkan netice arasındaki neden-sonuç ilişkisini ifade etmektedir³⁹³.

Nedensellik bağı, neticeli suçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Sırf hareket suçları bakımından, ortaya çıkacak bir netice aranmadığı için nedensellik bağından da söz

³⁸⁹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.752

³⁹⁰SOYASLAN Doğan, 2005, s.506

³⁹¹ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.664

³⁹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.752

³⁹³ ÖZGENÇ İzzet, 2009, s. 178-179, ÖZBEK / KANBUR / BACAKSIZ / KORAY / TEPE, s. 220

edilemez. Nedensellik bağı, kanunun metninde öngörülen hareket ile yine kanun metninde öngörülen neticeyi bir birine bağlayan bağıdır.

İrtikâp suçu bakımından, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar etmesi, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etmesi ve görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanması hareketlerinin sonucu olarak yararın sağlanması veya yarar sağlanması konusunda vaatte bulunulması neticelerinin ortaya çıkması gerekmektedir. Mağdurun sağladığı yarar veya sağlamayı vaat ettiği yarar, kamu görevlisinin belirtilen hareketleri sonucu olmalıdır. Kamu görevlisinin, icbar, ikna veya hatadan yararlanma şeklindeki hareketlerinin olmamasına rağmen kişi tarafından yarar sağlanması veya yarar sağlama konusunda vaat söz konusu ise irtikâp suçu oluşmayacaktır.

9. SUÇUN MANEVİ UNSURU

İrtikâp suçunun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. 5237 Türk Ceza Kanunun 22/1. maddesi gereğince, irtikâp suçunun kanuni tanımında söz konusu suçun açıkça taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden irtikâp suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kast, kısaca suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında irtikâp suçu bakımından failin, başta suçun maddi unsurları olan suçun konusu, fail, mağdur, hareket, netice ve nedensellik bağı üzerinde bilgisinin olması gerekmektedir.

İrtikâp suçunun konusu, yukarıda da belirtildiği üzere sağlanan veya vaatte bulunulan “yarar” dır. Failin irtikâp suçu bakımından kendisine veya başkasına bir yararın sağlandığını veya vaatte bulunulduğunu bilmesi ve istemesi, hareketlerini bu yönde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Fail, suçun konusu olan yararı bilmeli ve bu yararı elde etmeği istemelidir. Yarar kavramı geniş yorumlanan bir kavram olduğu için failin yarar kavramı içinde değerlendirilebilecek örneğin, para, değerli kâğıt, altın, antika eşya gibi şeyler ile cinsel arzuların tatmini, kira alınmaması, ücretsiz araba tamiri gibi hallerin kendisine veya başkasına sağlanan veya vaatte bulunulan yarar olduğunu bilmesi gerekmektedir.

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından failin kendisinin kamu görevlisi olduğunu de bilmesi gerekmektedir. Fail, kamu görevlisi olduğu bilinciyle hareket etmelidir.

Kamu görevlisi olan fail, irtikâp suçunun hareket unsurunu oluşturan; görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbar etme, görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlarla ikna etme ve görevin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle hatadan yararlanma hareketlerini yaptığı hususunda bilgiye sahip olmalı ve bu yöndeki hareketleri gerçekleştirmeyi istemelidir.

Fail, icbar suretiyle irtikâp bakımından görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullandığını; ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından ise görevinin sağladığı güveni kötüye kullandığını bilmeli ve istemelidir.

Kamu görevlisi, gerçekleştirdiği manevi nitelikteki zorlamanın icbar niteliğinde olduğunu bilmelidir. Mağdura yönelik olan manevi zorlamayı fail istemelidir. Fail, icbar niteliğindeki hareketleri gerçekleştirirken mağduru manevi olarak zorlama bilinciyle hareket etmelidir. Örneğin; doktorun, ameliyat için para vermezseniz ben ameliyatı yapmam şeklindeki beyanı sonucu karşı tarafın manevi olarak zor durumda kalacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir.

Fail, ikna suretiyle irtikâp bakımından gerçekleştirdiği hileli davranışlarla mağdurun aldanacağını ve ikna olacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. Fail, hileli davranışlar gerçekleştirdiğini bilmelidir. Fail ayrıca mağduru ikna etmeyi istemeli ve buna yönelik hileli davranışlar sergilemelidir. Örneğin, zabıt kâtibin sahte evrak düzenleyerek mağdurdan keşif ücreti alması halinde, zabıt kâtibin sahte evrakı bilerek ve isteyerek düzenlemesi buna bağlı olarak da mağdurun belli parayı ödemesi gerektiği yönünde ikna olacağını bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâpta ise failin mağdurun hataya düştüğünü bilmesi ve bu hatadan yararlanmak istemesi gerekmektedir. Fail, susma niteliğindeki ihmali hareketi gerçekleştirirken mağdurun hata içinde olduğu bilmelidir.

İrtikâp suçunun, netice unsurunu oluşturan yarar sağlanması veya bu yolda vaatte bulunmasını fail tarafından bilinmeli ve istenmelidir. Failin hareketi, kendisine veya başkasına yarar sağlanması veya bu yolda vaatte bulunmasına yönelik olmalıdır. Fail, hareketi sonucu kendisine veya başkasına bir yarar sağlanacağını veya bu yolda vaatte bulunulacağını bilmeli ve istemelidir.

İrtikâp suçu bakımından, failin kasten hareket ettiği söylenebilmesi için nedensellik bağı üzerinde de bilgisinin olması gerekmektedir. Fail, gerçekleştirdiği hareketlerin belirtilen neticeleri doğuracağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. Gerçekleştirdiği hareketler ile doğan netice arasındaki bağı bilincinde olmalıdır.

Fail, gerçekleştirdiği hareket bakımından muhakeme şartlarını, hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığı konusunda bilgiye sahip olması gerekmemektedir.

Doktrinde irtikâp suçunun hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebileceği kabul edilmektedir³⁹⁴. Kanaatimizce, suçun yapısal özellikleri nedeniyle olası kast irtikâp suçunda mümkün görülmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan farklı olarak suçun kanuni tanımında “haksız olarak” ifadesine yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde failin ayrıca sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun bilincinde olması gerekli iken³⁹⁵, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yarar sağlamak kastıyla

³⁹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s.675

³⁹⁵ ÖZGENÇ İzzet, 2002, s.174-175

hareket edilmesi suçun oluşumu için yeterli gördüğünden, icbar, ikna ve hatadan yararlanma hareketlerinin gerçekleştirilerek failin kendisinin veya bir yakının alacağını tahsil etmek de yarar sağlama kapsamında değerlendirileceğinden artık bu halde irtikâp suçu oluşacaktır³⁹⁶.

10. SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

10.1. TEŞEBBÜS

Suçlar genellikle belli bir süreç içerisinde işlenmekte, fail suç işlerken belli bir yolu izlemektedir. Failin izlediği bu yola suç yolu, “iter criminis” denmektedir³⁹⁷. Bir suç işleme kararı ile suç yoluna giren fail, bu kararını icra etmeye yönelik hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra, suçun icra hareketlerini gerçekleşmesiyle veya suç tanımında belirtilen neticenin ortaya çıkmasıyla suç yolunun sonuna gelmiş olmaktadır. Suç yolunun sonuna gelinmesi suçun tamamlanması anlamına gelmektedir.

Suç işlemek için başlanmış olan icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış veya kanuni tanımda gösterilmiş olan neticenin meydana gelmemiş olması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır. Teşebbüs, failin icrai hareketlere başlaması ile suçun tamamlanması arasında ortaya çıkmaktadır.

İrtikâp suçu bakımından teşebbüs değerlendirilecek olunursa; icbar ve ikna suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs mümkün olduğu söylenebilir³⁹⁸. Yargıtay da irtikâp suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedir. Yargıtay’a göre, mağdur icbar veya ikna nedeniyle değil de failin yakalanması amacıyla yarar sağlama vaadinde bulunulması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır³⁹⁹.

Hareket unsuru olarak icrai nitelik taşıyan icbar ve ikna suretiyle irtikâp açısından kanuni tanımda netice yer verilmiştir. İrtikâp suçunun bu iki şeklinde fail kast ettiği icbar etme ve gerçekleştireceği hileli davranışlarla ikna etme şeklindeki hareketler ile icrai nitelikteki hareketleri sergilemeye başlamaktadır. İcbar ve ikna suretiyle irtikâp yararın sağlanması veya yarar sağlanması yönünde vaatle bulunulmasıyla tamamlanmaktadır⁴⁰⁰.

³⁹⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.753

³⁹⁷ ÖZGENÇ İzzet, 2009, s. 421

³⁹⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s.753; SOYASLAN Doğan, s. 506; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007,s. 677; ÜZÜLMEZ İlhan, s. 292; ÖZGENÇ İzzet, 2002, s. 175; ERMAN / ÖZEK, s.82

³⁹⁹ “Sübutu kabul edilen olayda; ayağının kırılması nedeniyle 17.05.2000 gecesi Denizli Devlet Hastanesine yatırılan müştekinin babası ertesi gün muayene edip ameliyat edilmesi gerektiğini, ancak el emeği 300-350 milyon lira alacağını söyleyen, istediği bu paranın tedarik edilmemesi nedeniyle ameliyatı 22.05.2000 gününe kadar geciktiren, bundan sonra da “para vermezsen babanı taburcu etmeyeceğim” diyerek taburcu işlemini geciktiren sanık doktorun süregelen icbarına maruz kalan müştekinin, haksız menfaat sağlamayı düşünmeyip sanığın yakalanmasını temin etmek amacıyla para vermeye rıza göstermiş gibi görünüp aynı gün durumu polise intikal ettirerek aldığı talimat üzerine 150.000.000 lirayı vererek sanığı yakalattığı, bu itibarla sanığın eyleminin cebri irtikâba eksik kalkışma (teşebbüs) derecesinde kaldığı gözetilmeden tamamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay. 5. CD. 11.07.2001, 3098/4859

⁴⁰⁰ Her ne kadar gerekçede, “yarar vaadinde bulunulması halinde de, kamu görevlisinin tamamlanmış icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu durumda aslında icbar suretiyle irtikâp suçu henüz tamamlanmamıştır; ancak, izlenen suç politikası gereğince, failin tamamlanmış suçun cezası ile

Failin gerçekleştirmeye başladığı icbar veya hileli davranışla ikna hareketlerinin failden kaynaklanmayan bir nedenden ötürü yarıda kalmaları veya söz konusu hareketlerin tamamlanmış olsalar da yararın sağlanmaması veya yarar sağlanması yönünde vaatle bulunulmaması halinde teşebbüsün olduğu söylenebilir. Örneğin; failin karşı tarafı, hazırlamış olduğu sahte evrakları kullanmak suretiyle iknaya yönelik sözler söylediği esnada durumun başka bir kamu görevlisi tarafından anlaşılaraq failin hareketinin sona ermesinde olduğu gibi veya failin karşı tarafı manevi olarak zor durumda bırakacak nitelikte hareketi sergiledikten sonra karşı taraf yarar sağlama vaadinde bulunmadan veya yarar sağlamadan olaya güvenlik güçlerinin müdahale etmesinde olduğu gibi.

İcbar ve ikna suretiyle irtikâp bakımından gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Failin gerçekleştirmeye başladığı icbar veya hileli davranışla ikna hareketinin kendinden kaynaklanan bir nedenden ötürü yarıda bırakması veya söz konusu hareketi tamamlamış olsa da yarar sağlanmasını veya yarar sağlanması yönünde vaatle bulunulmasını engellemesi halinde gönüllü vazgeçmenin olduğu söylenebilir. Örneğin, failin karşı tarafı ikna etmeye yönelik yalanları söylemeye başladıktan sonra karşı taraf yarar sağlama veya yarar sağlama yönünde vaatle bulunmadan yalan söylemeyi bırakmasında olduğu gibi. Gönüllü vazgeçme açısından, failin geldiği noktaya kadar gerçekleştirdiği fiil kanunda başka bir suç oluşturuyorsa o suç açısından cezalandırılması söz konusu olacaktır. Örneğin, failin ikna suretiyle irtikâp suçunu işlemeye başladıktan sonra gönüllü olarak icrai hareketlerini tamamlamaması halinde vazgeçme anına kadar fail tarafından kullanılan sahte evraklar bakımından evrakta sahtecilik suçundan dolayı ceza verilmesi söz konusu olacaktır.

Hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu ihmali nitelikte bir suç olduğu ilgili bölümde belirtilmiştir. Doktrinde, gerçekleşme ihtimali çok düşük olmasına rağmen hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp bakımından da teşebbüsün söz konusu olabileceği kabul edilmektedir⁴⁰¹.

Kanun koyucu aynı bölüm altında yer almasına rağmen zimmet ve rüşvet suçları açısından etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmesine rağmen irtikâp suçu için etkin pişmanlık hükmüne yer vermemiştir.

10.2. İŞTİRAK

Ceza kanunundaki suç tanımlarına bakıldığında, büyük bir bölümünün tek kişi tarafından işlenebilecek fiiller şeklinde düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Somut olaylarda ise çoğu zaman kanunda tanımlanmış olan fiil, doğrudan veya dolaylı olarak bir araya gelen birden fazla kişi tarafından işlenmektedir. Suça iştirak olarak isimlendirilen bu halde, suçun işlenişine katkıda bulunan her kişinin cezalandırılması gerekecektir⁴⁰².

cezalandırılması öngörülmüştür” denilmişe de Tezcan / Erdem / Önok, yarar sağlanması yönünde vaatle bulunulmasıyla suçun tamamlanacağını, yararın sağlanmasıyla da suçun sona ereceğini belirtmektedir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 753

⁴⁰¹TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 753

⁴⁰²ÖZGENÇ İzzet, 2009, s. 446-448

Gerçek özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından müşterek faillik söz konusu olabilmesi için faillerden her birinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Birden fazla kamu görevlisinin, irtikâp suçunu işleme kararına bağlı olarak irtikâp suçunun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirip suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde irtikâp suçu bakımından müşterek faillik söz konusu olacaktır. Örneğin, veznedarlık görevi yapan iki kamu görevlisinin kendi aralarında almış oldukları karar doğrultusunda, kendilerine ödeme yapmak için gelen vatandaşları, birbirlerini tamamlar nitelikte hileli davranışlar sergileyerek ikna etmeleri ve bunun üzerine vatandaşların ödenmemesi gereken bir parayı ödemeleri sonucu oluşan ikna suretiyle irtikâp suçunda her iki kamu görevlisi de müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 251/1. maddesinde, irtikâp suçu bakımından müşterek failliğin özel şekline yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre irtikâp suçunun işlenmesine, kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin irtikâp suçu bakımından müşterek fail olarak sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu maddeye göre fiilin icrasına katılmayan, birlikte suç işleme kararına sahip olmayan denetimle yükümlü kamu görevlisi müşterek fail olarak sorumlu olmaktadır. Müşterek failliğin şartları oluşmamasına rağmen denetimle yükümlü kişinin kasten göz yumma şeklindeki fiilin doğurduğu tehlike nedeniyle denetimle yükümlü kişi müşterek fail gibi sorumlu olmaktadır. Kastan göz yumma şeklindeki fiil şeriklik bakımından değerlendirilmesi gerekirken oluşturduğu tehlikeden dolayı kişinin fail olarak sorumluluğuna gidilmektedir.

İrtikâp suçu bakımından dolaylı faillik çok zorda olsa karşılaşılabilecek bir iştirak türüdür. Kamu görevlisinin bir başkası tarafından, cebir veya tehditle zorlanarak ya da yanılgısından faydalanarak irtikâp suçunu işlemesi halinde dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Bu durumda kamu görevlisini irtikâp suçunu işlemesi bakımından cebir veya tehditle zorlayan veya yanılgısından faydalanan kişi dolaylı fail olarak değerlendirilecektir. Kamu görevlisini irtikâp suçunun işlenmesi bakımından araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Dolaylı faillikte belirtildiği üzere fail ve fiil üzerinde hâkimiyetin söz konusu olması gerekmektedir. Dolaylı fail olarak kabul edilen kişi kamu görevlisi ve irtikâp fiilleri üzerinde hâkimiyet kurmalıdır.

Özgü suç niteliğinde olan irtikâp suçu bakımından, suçun işlenmesine katılan kamu görevlisi olmayan diğer kişiler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 40/2. maddesine göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Bağlılık kuralı gereğince irtikâp suçun tanımında yer alan fail olma niteliğini taşımayan kişiler de irtikâp suçuna katkılarından dolayı sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Azmettirme, kamu görevlisinin işlemeyi düşünmediği irtikâp suçunu işlemeye yönelik karar almasını sağlanmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Kamu görevlisi irtikâp suçunu işlemeyi düşünmemektedir. Azmettiren kişi kamu görevlisine irtikâp suçunu işlemesi yönünde karar verdirilmektedir. Örneğin, mahkeme kaleminde çalışan ve irtikâp suçunu işlemeyi düşünmeyen bir mübaşirin, arkadaşının irtikâp suçunu çok kolay işleyebileceğini,

elinde birçok imkânın olduğunu söylemesi üzerine irtikâp suçunu işlemesi halinde mübaşirin arkadaşı azmettiren olarak sorumlu olacaktır.

Yardım etme bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 39. maddesinde belirtilmiş olan maddi ve manevi yardım etme şekilleri irtikâp suçunda da ortaya çıkabilir. Örneğin, kamu görevlisine ikna suretiyle irtikâp suçunda kullanması amacıyla sahte evrak hazırlayan kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

İrtikâp suçunda yararın kamu görevlisi dışında başka birine sağlanması veya vaat edilmesi halinde yarar sağlanan kişi irtikâp suçu bakımından yardım eden olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu halde kişinin sağladığı yararın kamu görevlisinin icbar veya ikna fiili sonucu olduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

Kamu görevlisi icbar veya ikna fiillerini doğrudan doğruya kendisi gerçekleştirmek yerine başka birine de gerçekleştirmiş olabilir. Bu halde kamu görevlisinin fiili gerçekleştiren kişi ve fiil üzerinde hâkimiyetinin olup olmadığına göre bir ayırım yapmak gerekir. Kamu görevlisinin kişi ve fiil üzerinde hâkimiyeti varsa kamu görevlisi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Kişi ve fiil üzerinde hâkimiyeti yoksa kamu görevlisi fail kişi ise yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

Azmettiren ve yardım eden kişinin sorumluluğunun doğabilmesi için irtikâp suçunun, kasten işlenmiş, hukuka aykırı ve de tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekmektedir.

10.3. İÇTİMA

İrtikâp suçunda, içtimaa ilişkin genel hükümler geçerlidir. İrtikâp suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu için irtikâp suçun gerçekleştiği hallerde ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı faile ceza verilmez⁴⁰³.

İrtikâp suçunun zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür. Failin bir suç işleme kararı doğrultusunda, irtikâp suçunu birden fazla kez, aynı kişiye karşı, farklı zamanlarda işlemesi halinde irtikâp suçu bakımından zincirleme suç hükümlerine uygulanacaktır. Bu noktada, zincirleme suç için aranan dört şartın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır. Kamu görevlisi bir suç işleme kararı doğrultusunda, kendisinden bir iş veya işlem yapmasını isteyen mağduru değişik zamanlarda icbar veya ikna ederek ya da hatasından yararlanarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa kamu görevlisine tek bir ceza verilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 43. maddesinde belirtilen oranda bu ceza artırılacaktır.

Aynı neviden fıkri içtima irtikâp suçu bakımından gerçekleşebilmektedir. Tek bir irtikâp fiili ile birden fazla kişiye karşı işlenen irtikâp suçu için tek bir ceza verilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 43. maddesinde belirtilen oranda ceza artırılacaktır. Görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak, birden fazla kimsenin icbar edilmesi veya görevin

⁴⁰³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2007, s. 677

sağladığı güven kötüye kullanılarak gerçekleştirilen hileli davranışlarla, birden fazla kimsenin ikna edilmesi ve bunun sonucunda bir yararın sağlanması veya yarar vaadinde bulunulması aynı neviden fikri içtimai oluşturacaktır. Burada önemli olan nokta kamu görevlisinin fiilinin tek olmasıdır. İcbar veya hileli davranışlarla ikna sonucu birden çok kimse yarar sağlamalı veya yarar vaadinde bulunmalıdır. Fiilin tekliğinden söz edildiği için aynı anda irtikâp suçları oluşmaktadır.

Bir suç işleme kararı doğrultusunda, farklı zamanlarda birden çok kişiye karşı işlenmiş irtikâp suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. İrtikâp suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğunu savunan görüşe göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 43/1. son cümlesi uyarınca, söz konusu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁴⁰⁴. İrtikâp suçunun mağdurunun gerçek kişi olacağını savunan görüşe göre ise bu halde zincirleme suçun “aynı kişiye karşı işlenmesi” şartı gerçekleşmediğinden dolayı mağdur sayısınınca suç oluşacaktır⁴⁰⁵. Kanaatimizce de bu halde mağdur sayısınınca irtikâp suçu oluşacaktır. Çünkü irtikâp suçunun mağduru görüşümüzce toplumu oluşturan herkes değildir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde Yargıtay, farklı kişilere karşı aynı zaman ve yerde işlenen irtikâp suçunu tek bir suç olarak kabul ederek, zincirleme suç kurallarını uygulanamayacağını belirtmekteydi⁴⁰⁶. Kanaatimizce, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından bu halde aynı neviden fikri içtima söz konusu olduğundan belirtilen halde 43/2. maddesinin uygulanma imkânı doğacaktır.

İrtikâp suçu bakımından farklı neviden fikri içtimanın ortaya çıkması suçun fiil yapısı dikkate alındığında mümkün görülmemektedir.

İkna suretiyle irtikâpta, mağduru iknaya yönelik sahte belge düzenlenmesi halinde, faile, sahte belge düzenleme ve irtikâp suçlarından dolayı ayrı ayrı ceza verilmesini gerektirir. Bu da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 212. maddesinde öngörülen hüküm gereğidir. Maddede; “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” denilerek, özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve içtimaa ilişkin hükümlerin uygulanması engellenmiştir.

⁴⁰⁴ ÜZÜLMEZ İlhan, s. 294

⁴⁰⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2007, s. 753-754

⁴⁰⁶ “Sanık hakkındaki hükme konu 13. olayın içinde yer alanlar 4; 18. olayın 14; 20. olayın 5 ve 21. olayın 6 kişiden oluşan gruplar halindeki mağdurların her olayda ayrı olmak üzere aynı zaman ve mekânda bir kişi aracılığıyla bir defada para almaktan ibaret eylemler her grup için tek bağımsız irtikâp suçunu oluşturur”. Yargıtay. 5. CD. 07.09.1987, 3713/4419

“Saniğin aynı anda, aynı amaçla birden fazla kişiden para almaktan oluşan eylemleri zor yoluyla yiyicilik suçunun maddi ögesi içinde bulunduğundan, ayrı bağımsız suçlar olmayıp zincirlenen tek suç oluştur..”Yargıtay. 5. CD. 19.10.1988, 2394/6303

11.SUÇUN MUHAKEMESİ

11.1. YAPTIRIM

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 250. maddesi uyarınca görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle kişinin hatasından yararlanarak irtikâp suçunun isleyen kamu görevlisi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 219/4. maddesine göre irtikâp suçundan mahkûm olanlara aynı zamanda memuriyetten müebbeten mahrumiyet cezası da verilmekteydi. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'da eskisinden farklı olarak memuriyetten müebbeten mahrumiyet cezası öngörülmemiştir⁴⁰⁷.

İrtikâp suçuna ilişkin verilen cezanın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi hükmüne göre ertelenme olanağı yoktur. Kişi, kasten işlemiş olduğu irtikâp suçundan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53/1. maddesinde öngörülen haklardan yoksun bırakılır.

11.2. MUHAKEME

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 250. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen ikna ve icbar suretiyle irtikâp suçuna ilişkin yargılamayı yapmakla görevli mahkeme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesi, 3. fıkra da öngörülen hatadan yararlanma suretiyle irtikâp suçu için ise, asliye ceza mahkemesidir.

3628 Sayılı Kanun 17/1. maddesine göre irtikâp suçu bakımından 4483 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. 3628 Sayılı Kanuna göre kanun kapsamında kalan bir suçu haber alan Cumhuriyet savcısı kamu görevlisinin bağlı olduğu yetkili makamdan izin

⁴⁰⁷ Diğer taraftan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5. maddesine göre irtikâp suçundan dolayı hüküm giymiş olanlar, devlet memuru olamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu suçları memuriyet sırasında işlemiş olan memurların memuriyeti ise, mezkûr Kanunun 98 inci maddesine göre sona erer. Ayrıca anılan Kanun'un 125/E-g maddesine göre irtikâp suçu memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve verici hareketlerden sayıldığı için bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere Devlet memurluğundan çıkarılma cezasını da müstelzimidir.

almaksızın doğrudan soruşturmaya başlayacak fakat durumu ilgili makama bildirecektir. Bu bildirim sadece bilgi verme amaçlı olup izin alma anlamına gelmemektedir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Gökcan / Artuç , s. 555

RÜŞVET SUÇU

1.GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ikinci kitap “Millete Ve Devlete Karşı Suçlar Başlıklı” dördüncü kısım 1. bölüm “Kamu Güvenilirliğine Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında rüşvet suçu 252 ila 254’üncü maddeler arasında düzenlenmiştir. 252. Maddede aynı zamanda tanımlanan rüşvet suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir;

“MADDE 252. - (1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de uygulanır.

(5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır. “

252. madde 3. Fıkra kanun koyucu rüşvet suçunun tanımına da yer vermiştir. Buna göre rüşvet; “Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.” Doktrinde yer alan daha ayrıntılı tanımlamalara göre rüşvet; kural olarak bir kamu görevlisiyle diğer herhangi bir kişi arasında gerçekleştirilen ve kamu görevlisinin yetkilerinin icrası ile ilgili, fakat görevinin gereklerine aykırı bir iş için karşı taraftan haksız bir yarar elde etmesi sonucu doğuran eylem⁴⁰⁹, memurun görevini menfaat karşılığında satması veya ferdin devlet fonksiyonunu menfaat karşılığında satın almaya yönelik girişimde bulunması⁴¹⁰ ya da kamu görevlisinin icbar ve ya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevinin gereklerine

⁴⁰⁹ TOROSLU Nevzat, 2005, s.291

⁴¹⁰ ÖNDER Ayhan s.153

aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için vardığı antlaşma sonucunda yarar sağlamasıdır⁴¹¹.

5237 sayılı TCK 252. maddesi hükmü ile 765 sayılı ETCK 211 ila 214. maddeleri arasında yer alan rüşvet suçuna ilişkin hükümleri terminolojik yenileme ile birlikte farklılıklar ve yeni bir sistematik içersinde tek maddede düzenlemiştir. Buna göre; 765 sayılı ETCK da rüşvet verme⁴¹² ve rüşvet alma⁴¹³ suçları ayrı maddeler halinde ayrı ayrı düzenlenmekte iken; 5237 sayılı TCK bu fiilleri tek madde altında; 252/1. Fıkra da düzenleyerek cezalandırmıştır.

765 sayılı ETCK 212/1. maddede yer alan, memurun zaten yapması gereken bir işi yapması ya da zaten yapmaması gereken bir işi yapmaması şeklinde tezahür eden basit rüşvet ve 212/2. Maddede yer alan; memurun yapması gereken bir işi yapmaması veya yapmaması gereken bir işi yapması için rüşvet alması şeklinde tezahür eden nitelikli rüşvet ayırımına 5237 sayılı TCK da yer verilmemiştir. 765 sayılı ETCK döneminde basit rüşvet suçu olarak adlandırılan filler 5237 sayılı TCK ile rüşvet suçu kapsamı dışına çıkarılarak 257. Maddede görevi kötüye kullanma suçu başlığı altında 3. Fıkra düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK bu düzenlemesi ile sadece 765 sayılı ETCK döneminde nitelikli rüşvet olarak cezalandırılan eylemleri rüşvet suçu kapsamına almıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bireylerden görevinin gereklerine uygun davranmak için menfaat temin eden kamu görevlisinin cezasız kalmasını önlemek adına getirilen bu düzenleme tarzını yerinde bulan görüşler⁴¹⁴ olduğu kadar; görevin gereklerine aykırı hareket etme ve görevin gereklerini ihmal ve geciktirme suçlarından yapısı ve unsurları bakımından farklı nitelik taşıyan basit rüşvet suçunun, görevi kötüye kullanmanın bir türü olarak düzenlenmesinin isabetsizliği üzerinde duran⁴¹⁵ ve suç politikası ve tarafı olduğumuz uluslar arası antlaşmalar açısından yerindeliğini sorgulayan görüşler⁴¹⁶ de vardır.

765 sayılı TCK 214. Maddede yer alan ağırlaştırıcı sebep bazı değişikliklere uğrayarak 252. Madde 2. Fıkra olarak düzenleme altına alınmıştır. 252. madde 2. Fıkra kanun koyucu failin yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması durumunda cezanın ağırlaştırılarak hükmolunacağını öngörmüştür. 765 sayılı ETCK döneminde yer alan “idare yetkisine sahip kişiler ve özel görevliler” madde kapsamı dışında bırakılmış, buna karşılık hakemler ve yeminli mali müşavirler bu ağırlaştırıcı sebebin kapsamına alınmıştır. Yeni düzenlemede avukatlardan söz edilmemiş ise de 5237 sayılı TCK md. 6/1-d bendindeki “yargı görevi yapan” deyimini avukatları da kapsadığından bir değişiklik söz konusu değildir. Keza yeni metinde yer verilen “bilirkişi” 765 sayılı ETCK 214. Maddesinde “resmi daireler tarafından özel bir vazife ile görevlendirilenler” kapsamına girdiğinden bu bakımdan da bir yenilik söz konusu değildir⁴¹⁷.

⁴¹¹ ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, s. 695

⁴¹² 765 sayılı TCK md. 231, 214

⁴¹³ 765 sayılı TCK md. 212

⁴¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.751

⁴¹⁵ ERGÜN Güneş, 2009, s.139

⁴¹⁶ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 2008, s.747

⁴¹⁷ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3577

252. madde 4. Fıkra kamu görevlisi sıfatına sahip olmasa da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları kamu yararına çalışan dernekler... vs. tüzel kişiler adına hareket eden kişilerinde görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlaması durumunda rüşvet suçundan cezalandırılacakları düzenleme altına alınmıştır. 765 sayılı ETCK 211/2. Madde de yer alan bu düzenleme 5237 sayılı TCK da kapsamı genişletilerek düzenlenmiştir.

252. madde 5. Fıkra hükmü ise 765 sayılı ETCK 211 madde 3. Fıkra hükmünün aynen muhafaza edilmiş halinden ibarettir. Ancak 252. Madde 5. Fıkra da yer alan düzenlemenin genel olarak 252/1 fıkra da yer alan rüşvet suçundan yapısal olarak ayrıldığı farklılıklar vardır. Bu nedenle rüşvet suçuna ilişkin açıklamalarımızı yaptıktan sonra ayrı bir başlık altında bu maddenin farklılıklarını dile getireceğiz.

5237 sayılı TCK 252. Madde sonrasında devam eden maddelerde ise rüşvet suçundan dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması⁴¹⁸ ve etkin pişmanlık hallerini⁴¹⁹ düzenleme altına almıştır.

2.SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçun hukuki konusu suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun hukuki konusunu oluşturan, yani suç tarafından ihlal edilen varlık ve menfaatler bireylere, aileye, topluma veya devletlere ait olabilir; dolayısı ile bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir. Bu varlık ve menfaatler maddi veya manevi nitelikte olabilir⁴²⁰.

Rüşvet suçu ile korunmak istenilen yararın ne olduğu hususunu açıklayan görüşlere değinmeye çalışır isek; Bazı yazarlara göre, kanun koyucu rüşvet suçlarının da içinde bulunduğu kamu idaresinin güvenilirliği ne ve işleyişine karşı işlenen fiilleri cezalandırırken, toplumun ihtiyaçlarını karşılayan huzur, sükûn ve güvenliği temin eden devlet fonksiyonlarının, gereği gibi yapılmasını sağlamak istemiştir⁴²¹. Buna göre rüşvetin suç sayılması ile bir yandan kamu idaresine duyulan güven korunmak istenmiş, diğer yandan kamu görevlisinin mensubu olduğu idareye karşı mükellef olduğu sadakat yükümüne aykırı

⁴¹⁸ 5237 sayılı TCK md.253 “Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolünür”

⁴¹⁹ 5237 sayılı TCK md.254 “(1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolünmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolünmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolünmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolünmaz.”

⁴²⁰ TOROSLU, Nevzat, 2009, s.93

⁴²¹ YARSUVAT Duygun, s.669

davranması cezalandırılmıştır. Böylece devlet mekanizmasının düzenli bir şekilde işlemesi gerçekleştirilmek istenmiştir⁴²².

5237 sayılı TCK 252. Madde gerekçesi “ kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınmaz oldukları hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır. İzlenen suç siyaseti gereğince, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması amacı ile kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde yarar sağlaması, rüşvet olarak tanımlanmıştır.” ibaresi ise suçu hukuki konusun devlet faaliyetlerinin objektifliğine yönelik kamu güvenin korunmasına yönelik olduğu izlenimi vermektedir.

Korunan hukuki yararı daha geniş kabul eden yazarlara göre; kamu hizmetinin satın alınmazlığı, hem devlet hem vatandaş hem de toplumu yakından ilgilendirir. Devleti ilgilendirir; çünkü rüşvet kamu yönetiminin kanuna bağlılığı ilkesini zedeler ve onu vatandaşa bağımlı hale getirir. Vatandaş ilgilendirir, çünkü vatandaş normal yolla talep edebileceği bir şeyin bedelini ödemek zorunda kalır. Toplumu ilgilendirir; çünkü kamu hizmetinin satın alınması, vatandaşların kanun önünde eşitliği ilkesinin (Ay md. 10) ihlali sonucunu doğurur⁴²³.

Maddenin 4. fıkrasında salt kamusal faaliyet çerçevesinde değil, kamu yararını esas olarak faaliyet gösteren bir kısım tüzelkişiliğin yürüttükleri fonksiyonları da koruma altına alınmak istenmiştir. Çünkü bu tür kuruluşların kamuya yararlı olmak maksadı ile yürüttükleri faaliyetlerin de doğru, dürüst, tarafsız ve eşit olarak yerine getirilmesinde toplumun menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu toplumdaki güvenilirliği ve işleyiş düzenini korumak istemiştir⁴²⁴.

Uluslar arası ticari işlemler nedeni ile yabancı kamu görevlilerinin rüşvet oluşturulan davranışlarının da 252. madde 5. fıkra kapsamında cezalandırılması nedeni ile burada korunan hukuksal yararın, girişimciler için uluslar arası piyasada oyunun genel kurallar içersinde gerçekleştirilmesini sağlamak ve böylece yasa dışı yollarla uluslar arası rekabetin bozulmasını engellemek olduğu söylenilebilir⁴²⁵.

3. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği eşya veya şahsın fiziki maddi yapısıdır⁴²⁶. Şu halde suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu

⁴²² GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1592

⁴²³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s. 811

⁴²⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s. 548

⁴²⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s. 811

⁴²⁶ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s.88

olan şahıs veya şeydir. Suçun maddi konusu herhangi bir şey olabileceği gibi nitelikli bir şey de olabilir. Cisim olmayan şeyler maddi konu olamaz⁴²⁷.

3.1. YARAR KAVRAMI

765 sayılı ETCK 211. madde 1. fıkra “para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark rüşvet sayılır” şeklinde suçun maddi konusunu belirtmiş idi. 5237 sayılı TCK da ise suçun maddi konusu olarak “yarar” kavramı kullanılmıştır. Kanun koyucu yarar kavramını kullanmasına rağmen bu kavramı açıklamamıştır.

3.1.1.Yararın Kapsamı

Yarar kavramı genel olarak “menfaat, kar” karşılığında kullanılmaktadır. Doktrinde ise yarar kavramının yorumu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar; yarar kavramının geniş olarak algılanarak maddi ve manevi nitelikte her türlü menfaati kapsar şekilde ele alınması gerektiğini dile getirir. Buna göre kamu görevlisinin durumunu maddi veya manevi olarak değiştirecek, onu tatmin edecek, kamu görevlisini önceki haline göre daha iyi bir duruma getirecek olan şeyler yarar kavramı kapsamında sayılıp rüşvetin konusunu oluşturmaktadır. Hatta manevi ve ya cinsel arzuların tatminine yönelik yararlar da bu kapsamda düşünülmelidir⁴²⁸.

Doktrinde bazı yazarlar; ise yarar kavramının dar olarak yorumlanması gerektiğini dile getirir. Bu yazarlara göre kavramdan sadece para ve mal gibi maddi değerleri olan yararların anlaşılması gerekir, manevi tatmin şeklindeki yararlar bu kapsamda düşünülemez⁴²⁹.

3.1.2.Yararın Miktarı

Yararın az ya da çok olması suçun oluşumunu etkilemeyecektir⁴³⁰. Yararın az ya da çok olması kanun koyucu tarafından kanuni indirim nedeni olarak düzenlenmemiştir fakat md. 61/1-d bendi kapsamında takdiri indirim nedeni olarak hakim tarafından göz önünde tutulabilir. Ancak doktrinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak yaptığı veya yapmadığı iş ile sağladığı yarar arasında belirli bir oranın bulunması gerektiğini dile getiren yazarlar da mevcuttur. Buna göre eğer yapılan iş ile sağlanan yarar arasında açık bir oransızlık mevcut ise rüşvet suçu oluşmaz⁴³¹. Bu görüşe göre böyle bir durumda sağlanan yararın kamu görevlisinin görevini haksız yapması konusundaki iradesine etki yaptığı kabul edilmez, mesela memura yapılan yemek, içki ikramları bu kapsamda değerlendirilmelidir.

⁴²⁷ TOROSLU Nevzat, 2009, s.94

⁴²⁸ ÖNDER Ayhan, s.155

⁴²⁹ ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacı İle İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s.196

⁴³⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.725

⁴³¹ SOYASLAN Doğan, 2009, s.514

3.1.3. Yararın Belirli Bir Amaca Yönelik Olması

Rüşvet suçunun oluşması için kamu görevlisinin sağladığı yararın belirli bir amaca yönelik olması başka bir ifade ile haksız yararın hukuki olmayan bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla sağlanmış olması gerekir. Önceden bir anlaşma veya teklif olmaksızın, başka bir anlatımla belirli bir işin yapılması veya yapılmaması amacı söz konusu olmaksızın, iş yapıldıktan sonra duyulan memnuniyet sonucu kamu görevlisine hediye verilmesi durumunda, bir disiplin suçu oluşabilir ise de rüşvet suçu oluşmaz. Ancak böyle bir durumda kamu görevlisine çıkar sağlanmış ise 257/3. fıkra hükmünün kamu görevlisi hakkında uygulanması mümkündür⁴³².

4.SUÇUN FAİLİ

4.1. RÜŞVET ALMA BAKIMINDAN

Rüşvet alma suçu bakımından fail ancak kamu görevlisi niteliğini haiz kişi olabilir. Bu noktada kamu görevlisi başlığı altında yaptığımız açıklamalar rüşvet alma suçu açısından da geçerlidir. Gereksiz tekrara yer vermemek için bu başlık altında yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi; 252/4. fıkra kanun koyucu kamu görevlisi sıfatına sahip bulunmasa da, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilerinde rüşvet suçunun faili olabileceğini düzenleme altına alarak suçun uygulama alanını genişletmiştir. Böylece kamu yararını ilgilendiren işlemler yapmaya yetkili birçok kurumun görevlilerinin de suçun faili olabilmesine olanak sağlanmıştır⁴³³.

4.2. RÜŞVET VERME BAKIMINDAN

Suçların çoğu tek kişi tarafından işlenirken bir kısım suçlar, kanun hükmü gereğince ya da nitelikleri gerektirdiğinden birden fazla kişi ya da bir grup kişi tarafından işlenir. Bunlara çok failli suçlar, zorunlu iştirak ya da gerçek olmayan iştirak adı verilir. Bu suçların tipe uygun bir surette işlenebilmeleri için birden fazla failin bulunması şarttır. Çok failli suçların tek fail ile işlenmesi imkânsızdır⁴³⁴.

Kanun koyucu rüşvet suçunu çok faili bir suç olarak düzenleme altına almıştır. Bir tarafta rüşvet veren vatandaş, diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır.

⁴³² PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3578

⁴³³ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3578

⁴³⁴ HAKERİ Hakan, s.385

Çok failli suçlar birleşme ve karşılaşma şeklinde iki ayrı şekilde işlenebilir. Suç işlemek için örgüt kurma suçu örneğindeki gibi, birden fazla failin aynı yönde birleşmesi sureti ile işlenebilen çok failli suçlar söz konusu olduğu gibi, birden fazla failin aynı suçta değişik nedenlerle karşılaşması da söz konusu olabilir. Karşılaşma suçları denilen bu ikinci tür çok failli suçlara örnek olarak rüşvet suçu verilebilir. Burada da hem rüşvet alan hem de rüşvet veren şeklinde iki ayrı faile gereksinim vardır⁴³⁵.

Karşılaşma suçu olarak düzenlenen rüşvet suçunda rüşvet alanın kamu görevlisi sıfatına haiz olması aranırken, rüşvet verme açısından failde herhangi bir nitelik aranmamıştır. Suçun faili herhangi bir kişi olabilir. Hatta rüşvet verme suçunun failinin kamu görevlisi sıfatına sahip olması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda rüşvet verme suçunun faili kamu görevlisinin cezasının TCK md. 266 uyarınca kamu görevine ait araç ve gereçlerin suçta kullanılması hali nedeni ile arttırılması da söz konusu olabilecektir. Yine rüşvet verme suçunun bir tüzel kişi yararına haksız menfaat sağlamak için işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında 253. maddeye göre güvenlik tedbirine hüküm olunması söz konusu olabilir.

5.MAĞDUR

Suçun mağduru suçun hukuki konusunun ait olduğu kişidir. Mağdur; suçu oluşturan fiilden dolayı saldırıya uğrayan, fiilin tehlikeye koyduğu ve ya zarar verdiği hakkın sahibidir.

Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınmaz oldukları hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır⁴³⁶. Bu itibarla rüşvet suçunun mağduru belirli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkeştir.

Rüşvet suçu bir karşılaşma suçu olarak düzenlendiğinden dolayı kamu görevlisi ile anlaşarak haksız yarar sağlayan veya bu yolda vaatle bulunan kişinin suçun mağduru olduğu söylenmez. Zira bu kişi suçun mağduru değil, bizzat rüşvet verme suçunun faili konumundadır. Bizatihi bir kişinin suçun hem mağduru hem de faili olması da mümkün değildir. Mağdur ve fail sıfatları aynı kişide birleşemez.

Fakat rüşvet suçunu; kamu görevlisinin rüşvet istemesi (yarar) ve muhatap vatandaşın bu isteği yerine getirmemesi kurgusu üzerine tartışırsak, bu durumda eylem teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bu nedenle kendisinden yarar talep edilen vatandaş bu durumda rüşvet verme fiilinin faili olmayacağı gibi, rüşvet almaya teşebbüs suçu açısından mağdur sıfatına sahip olabilecektir.

⁴³⁵ HAKERİ Hakan, s.385

⁴³⁶ Madde gerekçesi

6.HAREKET

5237 sayılı TCK 252/3. fıkra da “Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucu 252/1. fıkarda rüşvet veren kişinin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını belirtmiştir. Buna göre 252. madde tek başlık altında rüşvet alma ve rüşvet verme şeklinde iki fiilin soyut nitelemesini yapmıştır. Fakat dikkat edilmesi gereken husus rüşvet alan ve veren aynı amacın gerçekleştirilmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla veren ve alan açısından rüşvet suçu tek suçtur⁴³⁷.

6.1.RÜŞVET ALMA

Rüşvet alma; rüşvete konu yararın rüşvet verenin egemenlik alanından çıkarılarak rüşvet alan kamu görevlisinin veya onunla anlaşmalı üçüncü kişinin egemenlik alanına girmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁴³⁸.

6.1.1.İşin Kamu Görevlisinin Görev Alanı İçersinde Olması

Rüşvet alma suçunda kamu görevlisinin görevinin gereğine aykırı olarak bir işi yapması ya da yapmaması hususunda rüşvet veren kişi ile bir anlaşma içerisinde olması yani; taraflarca amaçlanan şeyin kamu görevlisin görev alanına dahil olması gerekir. Kamu görevlisinin görev ve yetki alanı içerisinde bulunmayan bir işin görevin gereğine aykırı olarak yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşma ya da menfaat temini rüşvet suçunu oluşturmayacaktır. Bu durumda diğer unsurları da tamam ise 255. madde de yer alan kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı konuda işin görüleceği veya gördürüleceği kanaati uyandırılarak yarar sağlanması şeklinde tezahür eden “yetkili olmadığı iş için yarar sağlama” suçu oluşabilir.

Bir işin kamu görevlisinin görev alanına girip girmediği onun görev ve yetkilerini belirten hükümlere ve işlemin niteliğine göre belirlenir⁴³⁹. Bazı yazarlara göre; yapılması ya da yapılmaması gereken işin göreve girip girmediği konusunda geniş yorumdan hareket edilmekte ve işin kamu görevlisinin görev yaptığı kuruma ait olması suçun oluşması bakımından yeterli sayılmaktadır⁴⁴⁰. Kanaatimizce görev alanını kamu görevlisinin görev yaptığı kurumun tüm iş ve işlemleri şeklinde algılamak suçun uygulama alanını genişletmektedir. Zira kamu idaresinde organizasyon içerisinde örgütlenme esası hakim olup, bu örgütlenme ve hiyerarşi içerisinde her birimin, görevlinin yapacağı işler, yetki ve sorumlulukları diğerlerinden ayrı olarak, yasa, yönetmelik, genelge... vs idari düzenleyici işlemler ile belirlenmiştir. Kısaca idari organizasyon içerisinde her kamu görevlisin yetki alanını belirleyen idari düzenleyici işlemler vardır. Kamu görevlisinin görev alanı her somut olayda işlemin niteliğine ve bu konudaki düzenlemelere göre tespit edilmelidir.

⁴³⁷ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3580

⁴³⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.718

⁴³⁹ TOROSLU, Nevzat, 2005, s.297

⁴⁴⁰ ÖNDER Ayhan, s.163

Kamu görevlisinin yapmak ya da yapmamak zorunda olduğu işi, “genel olarak” yapmaya ya da yapmamaya yetkili olması suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca o iş için “özel olarak” görevlendirilmesine gerek yoktur. Fakat her halde yapılması ya da yapılmaması gereken işin “belirli bir iş” olması gerekir. Bu açıdan belirli bir kamu görevlisini yanına çekmek yada sempatisini kazanmak için ona önceden; belirli bir iş ile bağlantısı olmadan sağlanan yararlar bu suçu oluşturmaz. Örneğin, belirli bir daireye sıklıkla işi düşeceğini anlayan vatandaşın oradaki amirle yakınlık kurmak için onu lüks restoranlarda ağırlaması. Bu örnekte rüşvet suçu oluşmasa da diğer unsurları da tamam olmuş ise 257/3. madde uygulama alanı bulabilecektir⁴⁴¹.

Kamu görevlisin yapması ya da yapmaması gereken iş ile görev arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. Eğer failin bu nedensellik bağının bulunmadığı, görevli olmadığı, bir iş için yarar temini söz konusu ise bu durumda rüşvet suçu oluşmaz. Fail görevinin sağladığı nüfuzu ve sıfatı kullanarak zorlama ya da ikna sureti ile bir yarar elde etmiş ise irtikap suçu açısından eylem değerlendirilebilir. Buna karşılık sıfat dahi kullanılmış değil ise 765 sayılı ETCK döneminde Yargıtay 240. madde kapsamında görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı sonucuna varmakta fakat doktrinde bu durumda dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluştuğu dile getirilmekte idi⁴⁴². Gerçekten fail görev alanına girmeyen bir iş için, kamu görevlisi olma konumunun ona sağladığı olanaklardan da yararlanmaksızın, mağdur için bir şey yapabileceğini düşündürerek ondan yarar sağlamış ise artık dolandırıcılık suçu açısından inceleme yapmak doğru olur⁴⁴³.

Kamu görevlisinin görevi dahilinde bulunmayan bir işi görevi nedeni ile kazandığı bilgi ve tecrübesi ile yapmış olması durumu da rüşvet suçu olarak değerlendirilemeyecektir. Hatta söz konusu işi, görev sırasında ve görev sahasında yapmış olsa bile suç oluşmayacaktır. Örneğin öğretmenin ücret karşılığında bir öğrenciye özel ders vermesi⁴⁴⁴ yine bir kamu görevlisin kendi uzmanlık sahasına giren bir konuda görüş beyan etmek sureti ile yarar elde etmesi başka bir suçu oluştursa bile rüşvet suçunu oluşturmayacaktır⁴⁴⁵.

Kamu görevlisin yapması ya da yapmaması gereken işlemi kesin nitelikte olması veya itiraz yolunun açık olması ve itiraz sonucunda da değiştirilmesinin mümkün bulunması, denetim veya onaya tabi tutulmuş olmasının rüşvet suçunun oluşumu bakımından önemi yoktur. Yine rüşvete konu işin kamu görevlisin tek başına yapabileceği bir işlem olması ya da üyesi olduğu kurulun görev sahası dahilinde olması da muhtemeldir. Yani yapması ya da yapmaması gereken işe kamu görevlisinin iştirak etmesi yeterlidir⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 2008, s.814

⁴⁴² ÖZGENÇ İzzet, 2002, s.201

⁴⁴³ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 2008 s.814

⁴⁴⁴ ÖNDER Ayhan, s.163

⁴⁴⁵ GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s. 1597

⁴⁴⁶ GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s. 1595

6.1.2. Görevin Gereğine Aykırı Olarak Bir İşin Yapılması Ya Da Yapılmaması

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin elde ettiği menfaatin belirli bir amaca yönelik olması gerekir. Bu amaç; “hukuki olmayan” bir işin yapılması ya da yapılmamasına yöneliktir. Kamu görevlisi görevinin gereğine aykırı davranarak yapması gereken bir işi yapmaması ya da yapmaması gereken bir işi yapmasının karşılığı olarak haksız yarara sahip olmakta ya da bu yönde bir vaat elde etmektedir.

5237 sayılı TCK’nın 765 sayılı mülga kanundan farklı olarak basit rüşvet olarak nitelendirilen fiilleri rüşvet suçu kapsamı dışında bıraktığını daha önce belirtmiştir. Buna göre görevinin gereklerine uygun davranmak için kişilerden menfaat temini şeklinde tezahür eden fiilleri rüşvet suçu olarak değil, 257/3. maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilecektir.

765 sayılı ETCK döneminde rüşvet anlaşmasının varlığı halinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi geciktirmesinin basit rüşvet suçu kapsamında mı yoksa nitelikli rüşvet suçu kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda tartışmalar mevcut idi⁴⁴⁷. 5237 sayılı TCK ‘nın basit rüşvet verme fiillerine 257. Madde kapsamında yer vermesi nedeni bu tartışmanın önemi kalmamıştır. Eğer işin görevin gereklerine aykırı olarak geciktirilerek yapılması konusunda taraflar arasında bir anlaşma mevcut ise bu halde fail rüşvet suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

6.1.3. Rüşvet Anlaşması

Rüşvet suçunu diğer kamu güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan ayıran en temel karakteristik özellik diyebileceğimiz unsur rüşvet anlaşmasıdır.

Rüşvet anlaşmasından söz edilebilmesi için belirli bir işin yapılması ya da yapılmaması karşılığında kamu görevlisine bir yarar sağlanması konusunda kamu görevlisi ile rüşvet veren arasında bir uyuşmanın bulunması gerekmektedir. Anlaşmanın bulunması için kamu görevlisi tarafından ferde ya da fert tarafından kamu görevlisine doğrudan ya da dolaylı bir teklifin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Anlaşma rüşvete konu olan işin yapılmasından önce veya en geç bu anda mevcut olmalıdır⁴⁴⁸.

Kamu görevlisi ile fert arasında önceden bir anlaşma olmadan görevinin gereklerine aykırı hareket ettikten sonra, kamu görevlisine menfaat sağlanması ya da bu yönde bir vaat ya da taahhütte bulunulması rüşvet suçuna vücut vermez⁴⁴⁹.

Rüşvet anlaşmasının varlığını kabul için, anlaşmanın tarafların iradelerinin serbest ürünü olması gerekir. Başka bir deyişle bu iradeler cebir, hile, tehdit, ikrah ile sakatlanmamış olmalıdır. Ancak bu anlaşmanın her halükarda hukuken geçerli bir anlaşma olması şeklinde yorumlanmamalıdır. Bizatihi konusu hukuka, kanuna aykırı olan bir işin yapılması olan rüşvet

⁴⁴⁷ GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, s.1604

⁴⁴⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.720

⁴⁴⁹ ÖNDER Ayhan, s.161

anlaşması sözleşme serbestisinin sınırlarını çizen BK 19 ve 20. maddelere aykırılık nedeni ile geçersiz olacaktır. Burada vurgulanmak istenen taraf iradelerinin geçerli olmasıdır.

6.1.3.1. Gerçek Rıza-Görünüşte Rıza

Kişinin iradesi rüşvet vermeme yönünde olmasına rağmen sırf rüşvet alan kamu görevlisini yakalatmak amacı ile teklifin kabulü halinde suç oluşacak mıdır? Bu örneği elbette tersten düşünmekte mümkündür. Kamu görevlisi rüşvet vermek isteyen kişiyi yakalatmak amacı ile rüşvet anlaşmasını görünüşte kabul etmiş olabilir. Bu husus doktrinde görünüşte rıza-gerçek rıza olarak adlandırılmaktadır.

Yargıtay'ın bazı kararlarında bu halde serbest iradeler uyuşmadığı için suçun oluşmadığı, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı⁴⁵⁰ ya da görevi kötüye kullanma suçu kapsamında düşünülmesi gerektiği şeklinde tezahür eden kararlar verdiği, bazı kararlarında ise rüşvet alanın serbest iradesi ile teklifi kabul etmesinden mütevellit rüşvet suçunun oluştuğu yönünde kararlar⁴⁵¹ verdiği görülür.

Bu halde suçun oluşmayacağı ya da görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı şeklindeki görüşler doktrinde ittifakla kabul görmese de rüşvet suçunun tamamlanmış olup olmadığı hususunda tartışmalar devam etmektedir. Buna göre bazı yazarlar bu halde 252. maddenin aradığı anlamda bir rüşvet anlaşması olmadığından rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmektedir⁴⁵². Ancak bazı yazarlar ise bu halde, karşı tarafın istememesine rağmen ancak görünüşte rızası ile anlaşmaya katılması nedeni ile rüşvet anlaşmasının teşekkül edeceğini, suçun oluşacağını belirtirler. Bu halde görünüşte rızası ile rüşvet anlaşmasını yapan kişinin 254/2. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerine göre cezalandırılmayacağını fakat anlaşmaya gerçek rızası ile taraf olan açısından suçun oluşacağını ve cezalandırılacağını dile getirirler⁴⁵³.

6.1.3.2. Anlaşmanın Suçun Tamamlanması İçin Yeterli Olması

Kanun koyucu izlediği suç politikası gereğince 252. Madde 1. Fıkrasında “Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” Hükmünü öngörmüştür. Buna göre kanun koyucu yararın sağlanmasını değil anlaşmanın yapılma anını suçun tamamlanma anı olarak kabul etmiştir. İzlenilen suç politikası gereği anlaşma safhasında hala teşebbüs aşamasında kalan rüşvet suçlarını kanun koyucu tamamlanmış suç gibi cezalandırma yoluna gitmektedir.

Kanun koyucunun bu düzenlemesi gereği; rüşvet veren ve alan arasında anlaşma yapıldıktan sonra, kişinin rüşvete konu yararı kamu görevlisine verip vermemesinin ve ya kamu görevlisinin anlaşmada belirlenen işi yapıp yapmamasının suçun vücut bulması açısından önemli yoktur. Zira anlaşma ile rüşvet suçu oluşmuştur.

⁴⁵⁰ Yargıtay 5. CD. 26.11.2007, 4751/ 9297

⁴⁵¹ Yargıtay 5. CD 03.04.1996, 380/1067, Yargıtay 5. CD 29.11.1995, 2963/4075

⁴⁵² PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3581, ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.720

⁴⁵³ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, s.816, MERAN, Necati, 2008, s.217

6.1.3.3. Şarta Bağlı Rüşvet Anlaşması

Fert ile kamu görevlisi arasında hukuka aykırı, görevin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak ya da yapmamak konusunda yapılan rüşvet anlaşmasının belirli bir koşulun gerçekleşmesine tabi tutulmasının suçun oluşumu üzerindeki etkisi nedir?

Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun görüşü⁴⁵⁴ rüşvet sözleşmesinin konusu işin yapılması veya yapılmaması olduğundan, şartın gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin gereğinin yerine getirilemeyeceğini ve anlaşmanın ortadan kalkacağını esas alarak rüşvet anlaşmasının şarta bağlı olarak yapılamayacağı şeklindedir. Yargıtay failin eylemini bu halde görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmektedir.

Fakat doktrinde Yargıtay Ceza Genel kurulunun kararı haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre; doktrinde yararın sağlanmasının veya vaadin yerine getirilmesinin belli bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olması halinde de rüşvet suçunun oluşacağı dile getirilmektedir.⁴⁵⁵ Zira rüşvet suçunun zaten anlaşmanın yapılması ile tamamlanır, vaat edilen yararın karşılığını oluşturan işin yapılıp yapılmamasının suçun unsuru değildir⁴⁵⁶. Anlaşma tamamlanmış ise bu safhadan sonra vaat edilen işin yapılıp yapılmamasının, vaat edilen yararın yerine getirilip getirilmemesinin suçun oluşumu üzerinde etkisi olmaz. Önemli olan husus iradelerin uyuşması ile anlaşmanın oluşması ve suçun vücut bulmasıdır. Bu nedenle kanaatimizce Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararı yerinde olmadığı kadar tartışmaya da açıktır.

6.1.3.4. Anlaşma Konusunun 3. Kişiye Yarar Temini Olması

Rüşvet suçunun oluşumu açısından, kamu görevlisi ile fert arasında yapılan anlaşmada yararın bizzat kamu görevlisine sağlanması ile 3. Kişiye sağlanması açısından fark yoktur. Kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapma ya da yapmamasının karşılığı olarak 3. Bir kişiye yarar temin edilmesi durumunda da rüşvet suçu oluşacaktır.

Burada önem kazanan nokta rüşvet anlaşmasının oluşumu esnasında kamu görevlisin yararın 3. Kişiye sağlanacağı bilinci ile hareket etmesi ve iradesini buna göre ortaya koymasıdır. Kamu görevlisi rüşvet anlaşmasına taraf olmadan üçüncü kişinin kamu görevlisinin adını kullanarak ve bir işi gördüreceğinden söz ederek yarar sağlamış olması halinde üçüncü kişinin eylemi md. 158/2 kapsamında nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturabilir⁴⁵⁷. Böyle bir halde olay kamu görevlisinin bilgisi dışında olduğundan, kamu görevlisi rüşvet konusu anlaşmaya taraf olmadığından dolayı, suçlanamaz.

⁴⁵⁴ Y. CGK. 4.5.1987, 600/245

⁴⁵⁵ ÖZGENÇ İzzet, s.201

⁴⁵⁶ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, s.818

⁴⁵⁷ MERAN, Necati, 2008, s.218

6.2. RÜŞVET VERME

Rüşvet suçunun çok failli olarak düzenlendiğini ve bir karşılaşma suçu olduğunu, suçun oluşması bakımından rüşvet alan ve rüşvet veren olarak üzere iki kişinin varlığının gerektiğini ancak oluşan suçun iki ayrı suç olmayıp tek bir rüşvet suçu olduğunu daha önce de belirtmiştik.

İşte rüşvet alan kamu görevlisinin karşısında haklı olmayan amaca ulaşmak gayesi ile anlaşmaya taraf olan ve yarar sağlama vaadinde bulunan kişinin eylemi rüşvet verme suçunu oluşturmaktadır.

Rüşvet suçunun maddi unsurunu, rüşvet verme ve almanın karşılıklı olarak oluşturulduğu düşünülünce, rüşvet vermenin mümkün olabilmesi için rüşvet teklifinin kamu görevlisine yapılmış olması gerekmektedir⁴⁵⁸. Pek tabi ki burada teklifin kamu görevlisine görevi kapsamında bir iş konusunda yapılması gerektiği gibi, teklif kamu görevlisine görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması ya da yapmamasını sağlamak amacı ile yapılması gerekir. Görev dâhilinde olmayan bir iş için bir kamu görevlinin yarar vaadi rüşvet verme suçunu oluşturmayacağı gibi görevinin gereğine uygun davranması hususunda yapılan teklifte rüşvet suçuna vücut vermeyecektir.

Rüşvet veren açısından da suç rüşvet analaşmasının oluşması ile tamamlanır ve daha sonra vaat edilen yararın sağlanıp sağlanmaması suçun oluşumunu etkilemez.

6.3. MADDENİN 5. FIKRA DÜZENLEMESİNİN FARKLILIKLARI

Madde 252/5. Fıkraya göre; “Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.”

Burada yabancı devlet ya da uluslar arası kuruluş görevlilerine veyahut uluslar arası ticari kuruluş bünyesinde çalışan personele sağlanan bazı yararlarında rüşvet suçunu oluşturacağı ön görülmüştür. Bu hükmün amacı 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “uluslar arası ticari işlemlerde yabancı kamu görevlilerine verilen rüşvetin önlenmesi sözleşmesi”nin iç hukuka aktarılmasıdır⁴⁵⁹.

Kanun koyucu beşinci fıkra hükmü ile rüşvet suçuna yeni bir içerik kazandırarak “yabancı kamu görevlisine” rüşvet verilmesini cezai yaptırım altına almaya çalışmıştır. Burada söz konusu olan “yabancı kamu görevlilerinin” “yabancı bir ülkede seçimli veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görev yürüten kamu kurum ve

⁴⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Mukayeseli Türk Ceza... s.104

⁴⁵⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s. 812

kuruluşlarının memur ve görevlileri” olması gerekir. Keza “yabancı bir... ülkede uluslar arası nitelikte görevleri yerine getirenler” de “yabancı kamu görevlisi addedilmişlerdir”⁴⁶⁰.

5237 sayılı TCK da basit rüşvet olarak adlandıran fiillerin görevi kötüye kullanma suçu kapsamına alındığını daha önce ifade etmiştir. Fakat belirtelim ki bu açıklamamız 252/1. Fıkra yazılı suç tipi için geçerlidir. Zira maddenin 5. Fıkrasında kanun koyucu gerek basit gerekse nitelikli rüşvet olarak nitelendirilen halleri cezalandırmaktadır⁴⁶¹.

Maddede sayılan kişilere “uluslar arası ticari işlemler nedeni ile bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla” maddi bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde teklif veya vaatte bulunulmuş olması da, rüşvet olarak nitelendirilmiştir⁴⁶².” Yani kanun koyucu 5. Fıkra sayılan kişilere görev gereğine uygun olarak bir işi yapması ya da yapmaması için menfaat temin veya vaadini (basit rüşvet) cezalandırdığı gibi haksız bir menfaat elde edilmesi veya muhafazası amacı ile menfaat temin ve vaadini de (nitelikli rüşvet) bulunulmasını da cezalandırmaktadır.

Maddenin 1. Fıkra dan farklılaştığı diğer bir durum da şudur; 5. Fıkra sayılan yabancı kamu görevlilerine uluslar arası ticari işlemler neden ile doğrudan veya dolaylı olarak yarar “teklif” veya “vaat” edilmesi veya “verilmesi” rüşvet sayılmaktadır. Görüldüğü üzere bu fıkra bakımından rüşvet suçu “verme” ile oluşmakla birlikte rüşvetin “teklif veya vaat edilmesi” de suçun tamamlanması için yeterli kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla 252/1. Fıkrasında belirtilen suçun varlığı için rüşvet teklifi yeterli olmayıp bir rüşvet anlaşmasının varlığı şarttır. 1. fıkradaki kişilere karşı anlaşma ile sonuçlanmayan rüşvet verme teklifinde bulunma fiili; rüşvet verme suçuna teşebbüs olacaktır. Buna karşılık 5. Fıkra sayılan kişilere rüşvet verilmesinin “teklif edilmesi” dahi rüşvet verme suçunun oluşmasını, tamamlanmasını sağlamaktadır. Bu halde rüşvet teklifi karşı tarafça kabul edilmese dahi suç tamamlanmıştır⁴⁶³.

Kanun koyucu bu düzenlemesi ile uluslar arası alanda işlenen rüşvet suçlarının kapsamını ulusal alanda işlenen rüşvet suçlarına oranla geniş tutmasından dolayı doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır⁴⁶⁴.

5. fıkra açısından üzerinde durmak istediğimiz son husus, bu fıkra kanun koyucunun yalnızca rüşvet verme fiilini suç olarak düzenlemek istediği intibakına sahip olduğumuzdur. 5. Fıkra yazılı suç rüşvet veren üzerinden, “doğrudan veya dolaylı olarak yarar “teklif” veya “vaat” edilmesi veya “verilmesi” rüşvet sayılmaktadır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu halde kendisine rüşvet teklif edilen yabancı kamu görevlisinin teklifi kabul etmesi durumunda sorumluluğu ne olacaktır. Örneğin; Türkiye’de görevli uluslar arası kamusal örgütlerce kurulan uluslar arası bir örgütte görevli kişinin, kendisine yapılan rüşvet teklifini kabul etmesi halinde sorumluluğu hangi hükme göre olacaktır. Kanaatimizce bu

⁴⁶⁰ Madde gerekçesi

⁴⁶¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s. 812

⁴⁶² Madde gerekçesi

⁴⁶³ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s. 566

⁴⁶⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s. 812

halde kişinin eylemi 252/1. Fıkra kapsamında -kamu görevlisi olma şartını gerçekleştiremediğinden dolayı- değerlendirilemeyecektir. Bu halde teklifi kabul eden yabancı kişi iştirak hükümleri sayesinde rüşvet verme eylemine iştiraktan sorumlu tutulabilir⁴⁶⁵.

7.NETİCE

Hareket insan vücudu tarafından gerçekleştirilen maddi iş iken, bu hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe de netice denir⁴⁶⁶.

Ceza hukukunda neticenin belirleniş şekline göre suçlar tasnife tabi tutulmaktadır. Bu tasniflerden biri de neticesi harekete bitişik suç (sırf hareket suçları- şekli suçlar) ve neticesi hareketten ayrılabilen suçlar ayrımıdır.

Neticesi harekete bitişik suçlarda (sırf hareket suçları), hareketin yapılması ile netice de gerçekleşmiş olur. Zaman ve yer bakımından hareket ile neticenin birbirinden ayrılması mümkün olmaz. Netice zaman ve yer bakımından hareketin içinde olup onunla kaynaşmış bir halde ise neticesi harekete bitişik suç (şekli suç), neticenin zaman ve yer bakımından hareketten sonra meydana geldiği hallerde ise neticesi hareketten ayrılabilen suç (maddi suç) söz konusu olur⁴⁶⁷.

Neticesi harekete bitişik suçlarda ihlali belirten hareket yapılır yapılmaz suç tamam olmuştur; bu itibarla suç hareketin yapıldığı zaman ve yerde işlenmiş, zamanaşımı da o andan itibaren işlemeye başlamıştır. Bu tip suçlarda icra hareketleri tamamlanıp da neticenin gerçekleşmemesi asla mümkün olmaz. Zira icra hareketleri tamamlandığı anda netice de gerçekleşir⁴⁶⁸.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan sonra belirtelim ki rüşvet suçu doktrinde şekli suç olarak adlandırılan suçlardandır. Zira rüşvet suçunun gerçekleşmesi için neticenin gerçekleşmesi şart değildir. Kamu görevlisine yararın sağlanıp sağlanmaması, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı işi yapıp yapmaması önem arz etmez. Çünkü kamu görevlisi ile fert arasında rüşvet anlaşması olduğu anda suç tamamlanmıştır.

Yine belirtelim ki rüşvet suçları hareketin yapılması ile tamamlandığından, suçun icrası devamlılık göstermediğinden ani suç niteliğindedir.

8. MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsurunu oluşturan kusurluluk, fiil ile fail arasında psikolojik nitelikte bir bağlantıdır. Ceza hukukunda kusurluluk kast ve taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kast, suç teşkil eden fiilin düşünülmesi, öngörülmesi ve istenmesidir. Nitekim 5237 sayılı

⁴⁶⁵ GÖKCAN Hasan Tahsin, 2008, s. 566

⁴⁶⁶ ÖZBEK Veli Özer / BACAŞIZ Pınar / KORAY Doğan, 2006, s.98

⁴⁶⁷ HAKERİ Hakan, s.141

⁴⁶⁸ HAKERİ Hakan, s.142

TCK'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında kast tanımlanmış olup, söz konusu fıkra; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” denilmektedir. Bu itibarla, kastın varlığı için iki unsurun bulunması şarttır. Bu unsurlar, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin bilinmesi ve istenmesidir⁴⁶⁹.

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK 252. Maddede rüşvet suçunun taksirli haline yer vermemiştir. Bu nedenle rüşvet suçu sadece kasten işlenebilir.

Bu nedenle rüşvet alan kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir işi bunun gereklerine aykırı olarak kendisi veya başkasına yarar sağlanması karşılığında yapacağını veya yapmayacağını, rüşvet veren kişinin ise, kamu görevlisine görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için rüşvet verdiğini veya bu konuda anlaşmaya vardığını, teklif veya vaat ettiğini bilmesi ve istemesi gerekir⁴⁷⁰.

Suçun bir işin göreve aykırı yapılması için yarar sağlanması neticesine yönelik olarak işlenmiş olması gerektiğinden, kanımızca ancak doğrudan kast ile rüşvet suçu işlenebilir⁴⁷¹. Ayrıca rüşvet suçunun işlenmesi bakımından failde özel bir kastın yada başka bir saikin bulunması gerekmez⁴⁷².

Peki, failin görev alanı veya görevinin gereklerine aykırılık veya uygunluk kapsamında hataya düşmüş olması halinde nasıl bir yol izlenilmelidir? Failin, yapacağı veya yapmayacağı işin görevine girip girmediği konusunda hataya düşerek, görevine giren bir konuda görevine girmediğini zannederek işlem yapması halinde hukuki hata söz konusu olmaktadır. Bu nedenle hukuki hatanın düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nun 30/4. maddesi gereğince değerlendirme yapılması gerekir. Yine görevin gereklerine uygun davranmak için yarar sağlayan kamu görevlisi, görevin gereklerine aykırı davranmak için rüşvet aldığını zanneder ise bu durumda, hataya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer şartları da oluşmak koşulu ile gerçekleşen icbar sureti ile irtikap veya görevi kötüye kullanma suçlarından sorumlu olabilir⁴⁷³.

Eğer rüşvet veren kişi uğradığı veya uğraması muhtemel haksız işleminden kurtulmak için kamu görevlisine yarar sağlamışsa, suç kastı olmadığından rüşvet suçu söz konusu olmaz⁴⁷⁴. Bu halde fail kamu görevlisi diğer unsurları da mevcut olmak kaydı ile irtikaptan cezalandırılabilir⁴⁷⁵. Örneğin; kişinin kendisini karakola getiren jandarmaya bir işi yaptırmak ya da yaptırmamak niyet ve maksadı için değil, dayak yememek maksadı ile para vermesi durumunda rüşvet suçu oluşacaktır⁴⁷⁶.

⁴⁶⁹ TOROSLU Nevzat, 2009, s.171

⁴⁷⁰ SOYASLAN Doğan, 2009, s.518

⁴⁷¹ GÖKCEN Hasan Tahsin, 2008, s. 561

⁴⁷² MERAN, Necati, 2008, s.222

⁴⁷³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.731

⁴⁷⁴ ÖNDER Ayhan, s.171

⁴⁷⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.731

⁴⁷⁶ Yargıtay CGK. 01.06.1942, E. 4-128, K. 134

9. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

9.1.TEŞEBBÜS

Failin işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerine başlamış olmasına karşın, elinde olmayan nedenlerle suç tipinin unsurlarını tamamlayamaması halinde teşebbüs söz konusu olmaktadır.

Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisine temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması ya da yapılmaması amacına yönelik menfaat temini öngören bir anlaşma yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir⁴⁷⁷. Kanun koyucu bu hususu 252/1. Fıkra da açıkça düzenleme altına alarak teşebbüs aşamasındaki rüşvet suçunu tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktadır. Bu nedenle rüşvet suçunun tamamlanma anını, kamu görevlisi ile fert arasındaki haksız amaca yönelik iradelerin uyduğu an, yani rüşvet anlaşmasının oluştuğu an olarak kabul etmek gerekir.

Buna göre kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması ya da yapmaması için yarar sağlamak istemesi ve muhatabın reddetmesi sonucunda bir anlaşmaya varılamamış olması halinde rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir. Yine rüşvet vermeyi teklif eden kişinin eylemi için de aynı şey söylenebilir. Görevin gereklerine aykırı olarak yapılması ya da yapılmaması istenilen iş karşılığında yarar sağlama vaadinde bulunulmuş fakat muhatabın bu teklifi karşısında anlaşma sağlanamamışsa rüşvet verme eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir⁴⁷⁸.

Yargıtay kararlarında da, rüşvet suçunun rüşvet anlaşmasının yapılması ile tamamlanacağını ve kamu görevlisinin rüşvet talebinin fert tarafından kabul edilmemesi halinde rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kalacağı kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Yukarıda daha öncede belirttiğimiz gibi 252/5. Fıkra hükmünde kanun koyucu suçun kapsamını 252/3. Fıkra ile daha geniş olarak çizmiştir. Şöyle ki 252/3. Fıkra kanun koyucu rüşvet anlaşmasının varlığını suçun tamamlanması için yeterli görmekte iken, 252/5. Fıkra sayılan yabancı ülkede görev yapan kişilere doğrudan ya da dolaylı olarak haksız yarar verilmesi ve vaat edilmesi yanında “teklifini” dahi suçun tamamlanması için yeterli saymıştır.

Doktrinde “teklifin” dahi kanun koyucu tarafından suçun tamamlanması için yeterli görülmesinden dolayı 252/5. Fıkra yer alan suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı, bu suç tipinin teşebbüse elverişli olmadığı dile getirilmektedir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Madde gerekçesi

⁴⁷⁸ MERAN, Necati, 2008, s.223

⁴⁷⁹ Yargıtay CGK. 13.12.1982. E. 422, K. 991

9.2. İŞTİRAK

Rüşvet suçunun çok failli bir suç olduğunu, yapısal olarak suçun rüşvet veren ve alan olmak üzere iki failin varlığını gerektirir şekilde tanzim edildiğini, ancak rüşvet veren ve alan açısından rüşvet suçunun tek suç oluşturduğunu daha öncede ifade etmiştik. Öncelikli olarak belirtelim ki suçun yapısal özelliği iki kişinin varlığını gerektirdiğinden dolayı rüşvet alan ve veren arasında her hangi bir iştirak ilişkisi yoktur. Bunun sonucu olarak rüşvet alan ve verenden herhangi birisinin bir nedenle cezalandırılmamış olması diğerinin cezalandırılmasına engellemeyecektir. Bu kişilerden her biri suçun faili konumundadır. Rüşvet suçuna iştirak bu kişiler dışındaki kişilerce gerçekleştirilebilir.

765 sayılı ETCK da 216. Maddede “rüşvete aracılık eden kişi rüşvet veren ya da alandan hangisinin vasıtası ise onun suç ortağı sayılır” hükmü mevcuttu. Mülga kanun döneminde rüşvet alma ve verme eylemleri kanun içinde farklı maddelerde, yaptırım ve gerçekleşme koşulları bakımından birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiş idi. “Rüşvete aracılık eden” kişinin rüşvet veren ve alandan hangisine aracılık yapmış olmasına göre sorumluluğu da farklı özellik gösterebilmekte idi.

5237 sayılı TCK da rüşvet suçuna iştirake ilişkin münferit herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu gün pratikte böyle bir düzenlemeye de gerek bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu rüşvet verme ve alam fiillerini tek rüşvet suçu olarak değerlendirmiş ve rüşvet veren ve alanı aynı cezai müeyyideye tabi kılmıştır. Şu anda uygulamada genel iştirak kuralları çerçevesinde rüşvet alam ve ya verme fiillerine iştirak eden kişinin cezai sorumluluğu belirlenecektir. Aracılık eden kişi iştirak iradesine göre azmettiren yahut yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Rüşvet alma fiili ancak kamu görevlisi niteliğini haiz kişiler tarafından işlenebileceğinden dolayı özgü suçtur. Kamu görevlisi olmayan kişilerin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri mümkündür. Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur⁴⁸¹.

Ancak bu rüşvet suçunun birden fazla kamu görevlisi tarafından müşterek fail sıfatı ile işlenemeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Eğer rüşvet suçuna iştirak eden birden fazla kamu görevlisi birlikte hareket ederek yarar sağlamaya ya da bu yolda vaatle bulunmaya yönelik bir fert ile anlaşma yaparlar ise müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirler. Ancak bu kamu görevlilerini müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmek için, rüşvet anlaşmasına konu görevin gereğine aykırılık oluşturan iş her iki kamu görevlisinin de görev alanında, yetki sahasında bulunan bir iş olmalıdır. Kişi, kamu görevlisi sıfatına sahip olmasına rağmen görev ve yetki alanına dâhil olmayan bir iş için başka bir kamu görevlisinin rüşvet alma eylemine katılması durumunda sıfatı müşterek fail değil, azmettiren ya da yardım eden olabilir.

⁴⁸⁰ MERAN, Necati, 2008, s.223

⁴⁸¹5237 sayılı TCK md. 40/2

Kanun koyucu rüşvet anlaşmasının varlığı durumunda, rüşvet anlaşmasına konu yarar temin edilmese yahut iş yapılmasa da, faili suç tamamlanmış gibi cezalandırmaktadır. Yani suçun tamamlanma anını rüşvet anlaşmasının oluştuğu andır. Fakat suçu iştirak açısından ele aldığımız da kanun koyucunun suçun tamamlanma anını yarar, menfaat temini anı olarak kabul ettiği görülür. Madde gerekçesinde “söz konusu suç, menfaat temin edildiği anda tamamlanmış bulunmaktadır. Menfaat temin edilinceye kadar suça iştirak mümkündür.” şeklinde bu husus belirtilmektedir.

9.3. İÇTİMA

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişi ile birden fazla rüşvet anlaşması yapılması ve birden fazla rüşvet anlaşması ile yarar sağlanması durumunda TCK md.43/1de düzenlenen zincirleme suç hükümleri gereği fail hakkında bir cezaya hükmedilebilir. Ancak bu ceza arttırılır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir rüşvet anlaşması ile işlenmesi durumunda da aynı hüküm uygulanır⁴⁸².

Öte yandan yapılan rüşvet anlaşması sonucu olan yararın kısım kısım sağlanmış olması, suçun da birden fazla olduğu anlamına gelmez⁴⁸³.

Kamu görevlisi tarafından somut olayda yarar karşılığı yapılması gereken iş, başka bir suçu oluşturuyor ise örneğin fail bu işi yapmak için sahte resmi bir belge düzenlemiş⁴⁸⁴ ise, ihaleye fesat karıştırmak⁴⁸⁵ için ya da öğrendiği bir suçu yetkili makamlara bildirmemek⁴⁸⁶ için rüşvet almış ise bu durumda hem rüşvet alma hem de işlediği diğer suç veya suçlardan dolayı ilgili kanun hükümleri uyarınca içtima kurallarına göre cezalandırılması gerekir⁴⁸⁷.

10. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

765 sayılı ETCK 219/3. fıkrası alınan veyahut verilen yararın değerinin hafif veya pek hafif olması halini cezanın indirilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlemiş idi. 5237 sayılı TCK da rüşvet suçu açısından böyle bir cezadan indirim yapılmasını gerektiren nedene yer verilemiştir. Rüşvet suçu açısından sağlanan veya vaat olunan yararın değeri önem arz etmemektedir. Fakat daha önce de ifade ettiğimiz gibi doktrinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak yaptığı veya yapmadığı iş ile sağladığı yarar arasında belirli bir oranın bulunması gerektiğini dile getiren yazarlar da mevcuttur. Bu müelliflere göre eğer yapılan iş ile sağlanan yarar arasında açık bir oransızlık mevcut ise rüşvet suçu oluşmaz⁴⁸⁸.

⁴⁸² MERAN, Necati, 2008, s.225

⁴⁸³ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, s.821

⁴⁸⁴ 5237 sayılı TCK md.204

⁴⁸⁵ 5237 sayılı TCK md.235/4

⁴⁸⁶ 5237 sayılı TCK md.279

⁴⁸⁷ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3585

⁴⁸⁸ SOYASLAN Doğan, 2009, s.514

10.1.CEZANIN ARTTIRILMASINI GEREKTİREN NİTELİKLİ HAL

5237 sayılı TCK 252. Madde 2. Fıkra da rüşvet alan veya bu konuda analaşmaya varan kamu görevlisinin, yargı görevi yapan⁴⁸⁹ kişi, hakem, bilirkişi, yeminli mali müşavir olması halinde cezanın attırılacağını öngörmektedir.

Bu nitelikli hal hem rüşvet alan hem de rüşvet veren hakkında uygulanacaktır. Ancak rüşveti veren vatandaş açısından bu nitelikli halin uygulanabilmesi için rüşvet veren kişi tarafından karşı tarafın kamu görevlisi sıfatına ek olarak yargı görevi yapan kişi, hakem, bilirkişi yahut yeminli mali müşavir sıfatlarının da bilinmesi gerekir⁴⁹⁰.

10.2.ETKİN PİŞMANLIK

5237 sayılı TCK 254. Maddesinde rüşvet suçu açısından etkin pişmanlık hükmüne yer vermiştir. Buna göre;

“MADDE 254. - (1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle analaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.”

765 sayılı ETCK benzer şekilde 215. maddesinde rüşvet suçu bakımından etkin pişmanlık hükmüne yer vermekle birlikte, bu hükümden faydalanabilmek için rüşvet konusu hususun kısmen de olsa yerine getirilmemiş olmasını aramakta idi. 5237 sayılı TCK’da bu şart aranmamıştır. Şöyle ki, etkin pişmanlık hükmünden faydalanmak bakımından haksız işin yerine getirilip getirilmemesinin önemi yoktur. Fakat doktrinde aksi görüşü savunan yazarlarda mevcuttur⁴⁹¹.

Gerek rüşvet alan gerekse veren kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için haklarında henüz “soruşturma başlamamış” olmalıdır. Burada

⁴⁸⁹ 5237 sayılı TCK md. 6/1-d “Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar anlaşılır.”

⁴⁹⁰ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, s.3584

⁴⁹¹ Aksi grş; bkz.KAYLAN Keskin, s. 15

soruşturma kavramına sadece adli makamlarca yapılan soruşturmaların mı yoksa idari makamlarca yapılan soruşturmaların mı dahil olduğu hususunda doktrinde tartışmalar vardır.

Madde gerekçesinde kanun koyucu; “etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kamu görevlisi hakkında idari de olsa her hangi bir soruşturmaya girililmemiş olması gerekir.” demektedir⁴⁹². Fakat aksi görüşe göre CMK 2/1-e bendinde belirtilen soruşturma tanımı⁴⁹³ esas alınmalı ve bu hükme uygun olarak soruşturmaya başlanmama kaydından adli makamlarca suç şüphesinin öğrenilmesinin anlaşılması gerekir⁴⁹⁴.

Rüşvet alan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan evvel bizzat durumdan soruşturmaya yetkili makamları haberdar etmesi gerekir. Üçüncü bir kişinin ihbarı üzerine kamu görevlisi etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmayacaktır. Yine yetkili makamlarca başvurmaksızın sağladığı yararı iade eden kamu görevlisi yetkili makamlarca suçun öğrenilmesinden sonra etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamayacaktır.

Kamu görevlisinin anlaşılan yararı elde etmiş olması halinde bu yararın da yetkili makamlara aynen teslimi gerekir. Aksi halde kamu görevlisi elde ettiği yararı yetkili makamlara değil de yararı sağlayan kişiye iade etmesi halinde yine etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamayacaktır. Bu halde kamu görevlisinin etkin pişmanlık duyması üzerine iade ettiği yarar rüşvet verene iade edilmeyecek ve müsadereye tabi tutulacaktır.

Rüşvet veren açısından da kanun koyucu 254/2. Fıkra da etkin pişmanlık hükmüne yer vermiştir. Buna göre soruşturma başlamadan önce pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar eden rüşvet veren ya da bu yolda anlaşmada bulunan kişi hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Hatta yararın sağlanmış olması halinde verdiği rüşvet alınarak kişiye iade edilecektir.

1. Fıkradan farklı olarak kanun koyucu 2. Fıkra da kişinin “pişmanlık duyarak” durumu bildirmesinden söz etmiştir. Doktrinde 1. Fıkra da her ne kadar bu vurgu yapılamış olsa da burada bir etkin pişmanlık hüküm söz konusu olduğundan dolayı; kamu görevlisi açısından da aynen teslimin bizzat ve pişmanlık nedeni ile yapılması gerektiği kanaati mevcuttur⁴⁹⁵.

254. madde 3. Fıkrasında ise suça iştirak eden diğer kişiler için etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

⁴⁹² Aynı grş; bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.736

⁴⁹³ 5271 sayılı CKM md. 2/1-e “Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, ifade eder.”

⁴⁹⁴ TOROSLU Nevzat, 2005, s.300

⁴⁹⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s. 824

11. SUÇUN MUHAKEMESİ

11.1. YAPTIRIM

252/1. Fıkra uyarınca rüşvet alan kamu görevlisi 4 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de rüşvet alan kamu görevlisi gibi 4 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.

Rüşvet alan kamu görevlisinin 252/2. Fıkroda sayılan sıfatlardan birine sahip kamu görevlisi olması halinde verilecek ceza 1/3'ten 1/2'sine kadar arttırılır.

Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur⁴⁹⁶. 5237 sayılı TCK 60. Maddesi tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri olarak; izin iptali ve müsadere tedbirlerini öngörmüştür. Bu halde rüşvet suçunun işlenmesi ile yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişi, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunuyor ise bu halde iznin iptaline karar verilebileceği gibi, rüşvet suçu sonucunda sağlanan haksız menfaat 55. madde hükümlerine göre menfaat müsadereğine konu olabilir.

11.2. MUHAKEME

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. Maddesi gereği rüşvet suçu, ağır ceza mahkemelerinin görev alanındadır.

Her ne kadar fail kamu görevlisi sıfatına sahip olsa da rüşvet suçu 3628 sayılı yasa kapsamındadır. Bu nedenle 4483 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz ve kamu görevlisi hakkında izin şartı aranmadan, suç doğrudan savcılık makamlarınca soruşturulur.

⁴⁹⁶ 5237 sayılı TCK md. 253

RESMÎ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU

1. GİRİŞ-KAVRAM-TANIM

5237 sayılı TCK ikinci kitap “topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısım dördüncü bölümünce “kamu güvenine karşı suçlar” düzenlenmiştir.

Kamunun güveni; hukuk düzeninin, herhangi bir hukuksal olayı kanıtlama yeteneği tanıdığı şeylerle doğruluk ve gerçekliğine herkesçe güvenilmesini öngördüğü şekil ve alametler; belirti, iz, işaret, nişan, simgenin sahtecilikten korunmalarını görmek ve bilmek biçiminde oluşmuş genel, sürekli, toplumsal bir hak ve yaradır. Diğer bir anlatımla kamunun güveni; özel veya kamu hukukunun kanıtlama gücü tanıdığı şey, şekil ve alametlere karşı olan genel güvendir. Toplumun inanma ve bireyin aldatılmama hakkı kamu güvenini oluşturur⁴⁹⁷.

Bu başlık altında kanun koyucu parada, kıymetli damgada, mühürde, resmi ve özel belgede sahtecilik eylemlerini cezai müeyyide altına almıştır. Biz inceleme konumuzda kamu görevlilerince işlenen suç tipleri üzerinde durmaya çalışmakta olduğumuzdan bu suç tipleri içerisinden sadece “yetkili kamu görevlisince işlenen resmi belgede sahtecilik” (md. 204/2) suçunu ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağız.

Kanun koyucunun 204. maddede “resmi belgede sahtecilik” başlığı altında düzenlediği suç tipi şu şekildedir.

“Madde 204- (1) Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır”

Fakat bu suç tipini açıklamaya geçmeden önce sahtecilik, belge gibi kamu güvenine karşı işlenen suçlar açısından ortaklık arz eden kavramları öncelikli olarak açıklamak da fayda görüyoruz.

1.1. SAHTECİLİK KAVRAMI

Arapça bir kelime olan sahtecilik; sözlükte, taklitçilik, sahte şey yapma, kalpazanlık manasına gelir. Ceza hukuku ıstılahında ise kavram gerçeğin hileli şekilde değiştirilmesi

⁴⁹⁷ KAYA Özgür Katip, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, s.5

şeklinde tanımlanabilir. Genellikle sahtecilik, gerçeğin her hangi bir şekilde değiştirilmesi ve tahrifini ifade eder⁴⁹⁸ manada kullanılmaktadır.

Sahtecilik, bir kimse tarafından bir başkasını aldatmak için kullanılan her türlü hile ve usullerdir. Sahtecilik kelimesi; bir şeyi gerçekmiş gibi göstermek, bu amaçla düzmece, yalan-dolanda bulunmak, hile yapmak gibi anlamları barındırmaktadır⁴⁹⁹. Kanıtlama araçlarında, gerçekliğine inanılması gereken biçim ve alametler; belirti, iz, işaret, nişan, simgede gerçeğin bozulması, değiştirilmesi sahteciliktir. Hile, sahteciliğin ayrılmaz bir ögesidir⁵⁰⁰.

Sahtecilik kavramı doktrinde geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Sahtecilik geniş anlamıyla ceza kanunu tarafından cezalandırılan bütün yalan şekillerini ifade eder. Bu sebeple eski yazarlar sahteciliği sözde, yazıda ve fiilde olmak üzere üçe ayırmışlardır. Bazı şekil ve alametler üzerine yapılan hileler bunları olduklarından farklı göstermeye yönelmiş hareketler dar ve cezai anlamda sahteciliği oluştururlar⁵⁰¹.

Sahtecilik; Geniş anlamda sahtecilikte, bir amaç değil, amacı gerçekleştiren; haksız çıkar elde etmek, amaçlanan bir başka suça ulaşmak için kullanılan araçtır⁵⁰². Oysa dar anlamda sahtecilikte aynı zamanda gayedir. Yani dış alemde husule gelen netice ile kullanılan vasıta aynı sahtecilik kavramında birleşmiştir. Başka bir anlatımla, dar anlamıyla sahtecilikte failin gerçeği değiştirmesi, suçun teşekkülü için yeterli olurken, geniş anlamıyla sahtecilikte suçun teşekkülü için sadece gerçeğin değiştirilmesi aranmaz. Aynı zamanda diğer bazı şartlar aranır⁵⁰³.

1.1.1. Maddi Sahtecilik-Fikri Sahtecilik Ayrımı

Sahtecilik fiilleri doktrinde maddi ve fikri sahtecilik olarak ikiye ayrılmaktadır. Fikri sahteciliğe entelektüel sahtecilik de denmektedir⁵⁰⁴.

Bu iki sahtecilik arasındaki farkı belirtmek için, genellikle maddi sahteciliğin belgenin maddi varlığı yönünden, fikri sahteciliğin ise belgenin özü, yani fikrin içeriği yönünden değişikliğe uğraması olduğu ileri sürülmektedir⁵⁰⁵.

Söyle ki; maddi sahtecilik suçu, belgenin düzenleyeni olarak görülen kişiden başka biri tarafından düzenlenmesi veya gerçek belgede değişiklik yapılmasıdır. Maddi sahteciliği

⁴⁹⁸ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.383

⁴⁹⁹ GÖKCEN Hasan Tahsin, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı:3, 2009, s.93

⁵⁰⁰ KESKİN Kaylan, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm, s. 7,

⁵⁰¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.384

⁵⁰² KESKİN Kaylan, s. 7

⁵⁰³ AYDİL Ertan, Yetkili Kamu Görevlisinin Resmi Evrakta Sahtekarlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, S. 11

⁵⁰⁴ SOYASLAN Doğan, 2006, s.417

⁵⁰⁵ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.228

oluşturan bu iki işleniş biçimi aynı zamanda; belgenin sahilliğine karşı işlenen suç olarak kabul edilir⁵⁰⁶. Ancak burada sahil deyimini açıklamakta fayda vardır.

Bir belge ne zaman sahilirdir? Bir belgenin sahil olmasından söz edilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi zorunludur. Birincisi belgenin düzenleyeni gözüken kişi tarafından düzenlenmiş olmasıdır; yani belgenin görünüşte düzenleyeni ile fiilen düzenleyeninin aynı kişi veya kurum olmasıdır. İkincisi ise, belgenin değişikliğe uğramamış olmasıdır. Değişikliğe uğramama, son şeklini aldıktan sonra belgede yapılan her türlü değişiklik örneğın; ilave kararlama olarak anlaşılmalıdır⁵⁰⁷.

Şu halde belgenin sahil olmaması sonucunu doğuran maddi sahtecilik sadece iki biçimde söz konusu olabilir. Birincisi taklit biçimi olup bu, belgenin düzenleyeni gözüken kişi veya kurumdan başka bir kişi veya kurum tarafından düzenlendiğinde gerçekleşir. İkincisi ise değiştirme biçiminde olup bu belgenin görünüşte düzenleyeni tarafından kaleme alınmasından sonra az önce belirtilen değişikliklere uğratılmasıdır⁵⁰⁸. Örneğın sahte bir vasiyetname üretilmesi ile gerçek vasiyetnamenin bir şartının değiştirilmesi eylemleri maddi sahteciliktir.

Belge sahil olmakla birlikte (içeriğı bakımından) gerçek olmaması mümkündür. Fikri sahtecilikte, belgeyi düzenleyen olarak görünen kişi ile düzenleyen kişi aynıdır ve belgede değişiklik de yapılmamıştır (başka deyişle belge sahilirdir) ve fakat sahtecilik eylemi; belgenin özüyle, fikri yapısı ve içeriğı ile (tespit ettiğı olgu veya vakıanın gerçekliğıyle) ilgilidir. Örneğın, bir noterin gerçekte meydana gelmeyen bir olayı, huzurunda meydana gelmiş gibi göstermesi veya tanık beyanlarını değiştirerek yazması halinde fikri sahtecilik bulunmaktadır. Fikri sahteciliğe ‘içerik sahteciliğı’ de denilmektedir⁵⁰⁹. Bu halde sahtecilik işlemleri belge tamam olmadan, düzenlendiğı esnada gerçekleştirilmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken belge son halini aldıktan sonra belgeyi düzenleyen hak sahipleri tarafından yetki almaksızın yaptığı değişiklikler de maddi sahtecilik kavramına dahildir. Örneğın; bir noterin düzenlediğı bir vekaletnamede, vekalet verenin talebi olmadan vekilin yetkisine ilişkin eklemelerde bulunması maddi sahtecilik fiilini oluşturur. Çünkü bir belge düzenlenip son şeklini aldıktan sonra düzenleyeninden kopar ve bu kişi kendi isteğine göre böyle bir belgede değişiklik yapacak olur ise her hangi bir kimse gibi hareket etmiş olur⁵¹⁰.

Şu halde ilerde de yeniden üzerinde durmak üzere kısaca şu hususu belirtelim. 5237 sayılı TCK 204. maddesi 1. fıkrasında yer alan resmi belgede sahtecilik suçunu işlemeye yönelik bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleme” ve “gerçek bir resmi belgeyi değiştirme” davranışları maddi sahtecilik kapsamına dahildir. Zira bu fıkarda failin düzenlemeye yetkisi olmadığı bir belgeyi sahte olarak düzenlemesi yahut düzenlenmiş olan resmi belgede değişiklik yapması hali söz konusudur. Asıl incelememiz kapsamında yer alan 204. madde 2.

⁵⁰⁶ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 107

⁵⁰⁷ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.229

⁵⁰⁸ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.230

⁵⁰⁹ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 107

⁵¹⁰ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.230

fıkrasında yer alan kamu görevlisince yapılan “resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleme” ve “gerçek bir resmi belgeyi değiştirme” hareketleri maddi sahtecilik kapsamında iken; kamu görevlisince yapılan “gerçeğe aykırı olarak belge düzenleme” hareketi fikri sahtecilik kapsamındadır.

1.2. BELGE

1.2.1. BELGE KAVRAMI

Belge kavramı kanunda açıklanmayarak içeriğinin tespiti öğretiyeye bırakılmıştır.

Doktrinde belge; olayları nakleden veya irade beyanlarını içeren ve bir kimse tarafından oluşturulan⁵¹¹, onu meydana getiren kişinin delil amacıyla belirli bir beyanını içeren yazı parçasıdır⁵¹².

Belge eski dilimizdeki evrak kelimesinin karşılığı olarak kullanılmakta olup, yazılı kağıt anlamına gelmektedir⁵¹³.Türk doktrininde belgenin her şeyden önce yazılı bir materyal olduğu kabul edilmektedir. Fakat yazılı bir evrakın belge olarak kabulü için bazı ek unsurlar daha aranmaktadır. Bu unsurlar belgenin hukuki bir değer taşıması ve delil niteliğini taşıması ve belgeyi düzenleyenin belli olmasıdır.

Şu halde ceza hukuku anlamında belgenin belirli bir düşünce, hukuki ilişki veya vakayı yansıtan, başka deyişle hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir irade beyanını içeren ve düzenleyicisinin kim olduğunu da gösteren yazılı evrak⁵¹⁴ olarak tanımlanması mümkündür.

1.2.1.1. Yazılı Olma

Türk doktrininde belgenin yazılı olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan yazılı kağıt niteliğinde olmayan şey ispat kuvveti ne olursa olsun belge niteliği taşımaz⁵¹⁵. Bu yüzden söz gelimi sözlü açıklamalar, manyetik şeritler, elektronik ortamda depolanmış veriler, fotoğraflar ve bilgisayar programları belge niteliği taşımaz⁵¹⁶.

Yazıdan maksat bir keyfiyetin harfler vasıtası ile tespit edilmiş olmasıdır. Harflerin bir yazı teşkil edip etmemeleri bakımından şu veya bu alfabeye ait olmaları -örneğin; körlere ait kabartma yazı yahut şifreli bir yazı- ve şu veya bu vasıta -örneğin;daktilo makinesi, mürekkepli veya kurşun kalem, tebeşir- ile tespit edilmiş bulunmalarının bir önemi yoktur⁵¹⁷.

⁵¹¹ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.220

⁵¹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.675

⁵¹³ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵¹⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 96

⁵¹⁵ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵¹⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.675

⁵¹⁷ Hakkı DEMİREL, “Türk Ceza Kanunun Evrakta Sahtekarlık Cürmü Hakkındaki Hükümlerin Sistematik İzahı Üzerine Bir Deneme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, Sayı 1-2 , 1956, s.32

Fakat belirli konulardaki belgelerin belirli bir vasıtayla kaydedilmesi yasa gereği aranmakta ise (el yazısıyla vasiyetname gibi) bu koşula uyulması zorunludur⁵¹⁸.

Yazının meydana getirildiği vasıta önem arz etmediği gibi, silinmesi imkansız ya da güç yahut kolaylıkla silinebilen bir vasıta ile yazılmasının da önemi yoktur. Zira belirli kimyevi usuller ile her türlü yazının silinmesi mümkündür⁵¹⁹. Önemli olan kullanılan vasıtanın izi hiç olmaz ise belirli bir süre devam etmelidir⁵²⁰.

Yazının bir fikri yansıması ve bu nedenle delil değeri taşıması nedeniyle, okunabilir olması gerekir. Bazı harflerin kayıtlı olduğu görülmekle birlikte, okunamayan, içerdiği düşünce anlaşılamayan bir yazı belge olarak kabul edilemez. Buna karşın, yazı içeriği okunabiliyor ve anlaşılıyor olmak koşuluyla, bazı harflerinin silinmiş olması veya okunamaması belge niteliğini etkilemeyecektir⁵²¹.

Türk hukukundan belgenin yazılı olması hususunda çoğunlukla ittifak mevcut iken, yazının üzerinde yazıldığı şeyin taşınabilen bir şey olması gerektiği konusunda fikir birliği mevcut değildir. Bazı hukukçular yazının belge niteliğini kazanabilmesi için elden ele nakli mümkün bir şey üzerine yazılması gerektiğini⁵²², yani üzerine yazıldığı şeyin taşınır olması gerektiğini⁵²³ kabul ederler. Karşıt görüş de olanlar ise belgenin tüm diğer şartlarını içeren şeylerin bir taşınmaz üzerinde bulunması halinde bunu belge saymamak için bir neden olmadığı kanaatinde dirler. Mesela evin duvarına yazılan yazı gibi⁵²⁴.

5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesinde yazının üzerine yazıldığı nesnenin taşınır ya da taşınmaz olup olmaması bakımından bir açıklamaya yer verilmemiş ise de yazının üzerine yazıldığı nesnenin mutlaka kağıt olması gerekmediğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Buna göre; her ne kadar belgeden söz edilen durumlarda yazılı kağıdın varlığı gerekli ise de bazı durumlarda belgenin varlığını kabul için yazının kağıt üzerinde bulunması gerekmez. Bir metal levha üzerine yazı yazılması halinde de belgenin varlığını kabul etmek gerekir. Bu itibarla araç plakaları da resmi bele olarak kabul etmek gerekir⁵²⁵.

Belgenin maddi bir varlığı olan bir şeyle sıkı bir bağıllık içinde bulunması ve görüntü olarak da algılanabilmesi gerekmektedir. Bu yüzden bilgisayar ortamında depolanmış veriler, bilgisayar programları, işletim sistemleri belge niteliğine haiz değildir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü açısından Takbis ortamında tutulan taşınmaz bilgileri de bu kapsama dahildir. Bu bilgilerin tahrifi, değiştirilmesi belgede sahtecilik suçuna vücut vermez. Zira bu veriler belge niteliğinde değildir. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK md. 244/2’de “bilişim alanında suçlar” içinde bilişim sistemlerindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme, erişimine

⁵¹⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 96

⁵¹⁹ ERMAN Sahir, Evrakta Sahtekarlık Suçlarında Varaka Mefhumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:15 Yıl:1949, s.171

⁵²⁰ SOYASLAN Doğan, 2006, s.410

⁵²¹ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 96

⁵²² Hakkı DEMİREL, s.332,

⁵²³ ERMAN Sahir, 1949, s.77

⁵²⁴ SOYASLAN Doğan, 2006, s.410

⁵²⁵ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

engelleme, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme eylemleri suç olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu tür bilgisayar verilerine karşı işlenen tahrifat eylemleri bu suç kapsamında düşünülebilir⁵²⁶.

1.2.1.2. Düzenleyenin Belli Olması

Belgedeki yazı belirli bir kimsenin eseri olmalıdır. Yazıdaki irade bildiriminin belli bir şahıs veya Makama ait olması gerekir. Aksi halde kime ait olduğu anlaşılamayan yazı belge niteliği taşımaz⁵²⁷.

Yazının kime ait olduğu içeriğinden anlaşılabilir. Burada yazının okunması belirli bir kişiye ait olması vurgulanmıştır. Yoksa okuma ile değil ancak grafolojik araştırma sonucunda yazının düzenleyicisi anlaşılabilir ise yazıda kimlik mevcut değildir⁵²⁸. Bu halde belgeden söz edilemez.

Yazının belli bir kişiye ait izafe edilebilmesi halinde bu kişinin gerçek yahut hayal ürünü olması belgenin geçerliliğini etkilemez. Bu husus madde gerekçesinde; “bu yazının belli bir kişiye veya kişilere izafe edilebilir olması gerekir. Ancak bu kişilerin gerçekten mevcut kişiler olması gerekmez. Bu itibarla gerçek veya hayali bir kişiye izafe edilmeyen yazılı kağıt, belge niteliği taşımaz.” Şeklinde açıklanmıştır.

Kağıt üzerindeki yazının belli bir kişiye izafe edilebilmesi için, bu kişinin ad ve soyadının kağıda eksiksiz bir şekilde yazılması ve kağıdın bu kişi tarafından imzalanmış olması şart değildir. Ancak bazı belgelerde örneğin; poliçe gibi kambyo senetleri açısından belge üzerinde kişinin el yazısı ile imzasının alınmış olması gerekir. Zira imza ilgili kambyo senedinin zorunlu şekil şartını oluşturur⁵²⁹.

İmza belge açısından bir zorunluluk olmamakla birlikte, belgeye kim imza attı ise belge ona aittir. İmza kural olarak el yazısı ile atılmalıdır. İmzanın geçerliliği için isim soy isim yazılması da yeterli değildir. İmzanın atıcısını belirlemeye yetmesi kafidir. Müstear isimle atılan imza da geçerlidir⁵³⁰. Belge altına adı yazılan ve adına imza koyulan kişi gerçek veya hayali olabilir. Bunun belgenin varlığına etkisi bulunmamaktadır⁵³¹.

Bir kişinin düzenlediği belgeye başkasının adını yazması ve belgeyi imzalaması durumunda da belge vardır, ancak bu belge sahtedir⁵³².

Buna karşın ilgili mevzuat, bazı belgeler bakımından düzenleyenin bilinirliği konusunda belli bir şekil öngörmüş bulunabilir. Örneğin imza koşulu aranabilir. İmzanın

⁵²⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.675

⁵²⁷ ERMAN Sahir, 1949, s.77

⁵²⁸ ESEN Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar Belgede Sahtecilik Ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, 2007, s.453

⁵²⁹ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵³⁰ SOYASLAN Doğan, 2006, s.410

⁵³¹ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵³² 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

atılmasıyla ilgili olarak da belirli bir kural varsa, bu kurala uygun davranılmış olmalıdır. Dolayısıyla bu hallerde ilgili imza veya bilinmeyi sağlayan şeklin eksikliği halinde söz konusu yazılı kağıt belge olarak kabul edilemez. Belge kabul edilemeyen bir yazıyla ilgili sahtecilik yapılması, belgede sahtecilik suçunu oluşturmaz. İmzanın ilgili belge için zorunlu görüldüğü hallerde elle atılmış bir imzanın varlığı, belge niteliğinin varlığı bakımından zorunlu bir unsurdur. Örneğin özel hukukta, hukuk usulü bakımından senetlerin paraf edilmesi yeterli olmayıp, imzalanmış bulunması gerekmekte ve imzasız belge ikrar edilse dahi, senet olarak kabul edilmemekte, koşulları varsa yalnızca yazılı delil başlangıcı sayılmaktadır. Fotokopiler de imza unsuru oluşmadığından, senet olarak kabul edilemez⁵³³.

İmza kural olarak el ile atılır. Fakat 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bu kurala istisna getirilmiştir.

İmza içermeyen belgeler de vardır. Örneğin ticari defterler gibi. Bunlarda evrakın aidiyeti diğer unsurlardan çıkarılmaktadır. Yine tarih belgenin esaslı bir unsuru değildir. Fakat tarih işlem veya belgenin geçerliliği veya bir takım hukuki neticeler doğurması için gerekli ise evrakın tamamlayıcı unsuru olmakta, böyle bir belgede tarih değişikliği yahut olmayan tarihin koyulması sahtecilik teşkil etmektedir⁵³⁴.

Yukarıda yapılan açıklamaların resmi belgeler açısından farklılık arz ettiğini vurgulamamız gerekir. Şöyle ki yazının kime ait olduğunun içeriğinden anlaşılabilmesi özel belgeler ve özel belge olup resmi belgeye eşit tutulan belgeler için geçerli olup buna karşılık kamu görevlisinin sahteciliğinde aynı durum söz konusu değildir. Çünkü yetkili bir memurun imzasını taşımayan resmi bir belge kural olarak hiçbir hukuki değer taşımaz. Bu itibarla, remi belgenin içeriğinden hangi makam ve kamu görevlisi tarafından düzenlendiği anlaşılrsa dahi altında yetkili memurun imzası bulunmadıkça yazılı belge niteliği elde edilemez⁵³⁵.

1.2.1.3. Hukuki Değer Taşıyan, Anlaşılabilir Bir İçeriğe Sahip Olma

Kağıt üzerindeki yazının, anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması ve ayrıca, bir irade beyanını ihtiva etmesi gerekir⁵³⁶. Yani belgenin bir içeriği olmalıdır. Bu içerik, bir olayın nakli veya bir irade beyanı şeklinde olabilir⁵³⁷. Buna göre belgeler nakledici ve beyan edici olmak üzere ikiye ayrılır⁵³⁸.

Bir belgeden söz edebilmek için, kağıt üzerindeki yazının içeriğinin hukukî bir kıymet taşıması, hukukî bir hüküm ifade etmesi, hukukî bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir⁵³⁹.

⁵³³ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 9

⁵³⁴ SOYASLAN Doğan, 2006, s.410

⁵³⁵ ESEN Sinan, s.454

⁵³⁶ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵³⁷ GÖKCAN Ahmet, Memur Tarafından İşlenen Resmi Evrakın Aslında Sahtekârlık Suçu, www.akader.info/KHUKA/index.htm

⁵³⁸ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.222

⁵³⁹ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

Belge içeriğinin önem taşıyıp taşımadığı genel hukuk kurallarına, kullandığı hukuki ilişkinin özelliklerine göre tespit edilir⁵⁴⁰. Belge öncelikle hukuksal açıdan önem taşıyan olayların ispatına elverişli olmalıdır. Bu öğretilde geniş anlaşılmakta ve belgenin olayların ispatına belli bir katkı sağlaması yeterli görülmektedir. Hukuk alanında önem taşıyan her olgu ve olay ispata elverişlilik kavramı içinde yer alır. Belgeye konu olay ve olgunun hukuksal alanda bir etkiye sahip olması gerekir. Bu nedenle yok hükmünde olan açıklamalar belgeye konu olamaz⁵⁴¹. Yine delil değerinden yoksun (hukuken anlamı olmayan bir yazıyı içeren) yazılı bir kağıt üzerinde yapılacak değişikliğin, herhangi bir zarar olasılığı da olmadığından, eylem sahtecilik olarak kabul edilemeyecektir. Aynı şekilde ispat gücü olmayan yazılar üzerindeki değişiklikler veya sahtecilikler, belge ögesinin (ve dolaylı olarak zarar olasılığının) bulunmaması nedeniyle belgede sahtecilik suçunu oluşturmaz⁵⁴².

Doktrinde hâkim fıkre göre mutlak butlanla sakat işlemlere ait yazılar belge niteliğinde sayılmaz, nispi butlanla sakat olan işlemlere ait yazılar belge niteliğinde sayılır. Çünkü mutlak butlanla sakat işlemler hukuki netice doğurmazlar⁵⁴³. Nispi butlanla sakat işlemler ise fesihlerine kadar hukuki muamelenin bütün sonuçlarını meydana getirdiğinden dolayı sahtekarlığa konu olurlar⁵⁴⁴.

Belgenin içeriğinin herkes ya da belirli bir grup tarafından anlaşılabilmesi lazımdır. Yazı, yalnızca yazarı tarafından anlaşılabiliriyorsa ya da tüm tekniklerin kullanılmasına rağmen anlamı çözülemiyorsa varaka niteliği kazanmaz⁵⁴⁵.

1.2.2. BELGE TÜRLERİ

Belgeler düzenleyicilerinin sıfatına göre resmi ve özel belge olarak ikiye ayrılırlar. Ayrıca kanun koyucu özel belge niteliğinde olmasına rağmen bazı belgeleri resmi evraka benzetmiştir.

1.2.2.1. Resmi Belge

Resmi belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Bu itibarla, düzenlenen belge ile kamu görevlisinin ifa ettiği görev arasında bir irtibatın bulunması gerekir⁵⁴⁶. Resmi belgeler ispat güçleri bakımından özel belgelere oranla kamu güvenine daha çok sahiptir.

Burada kanun gereğince yapılan görev ve belgenin kanuni yetkiye dayanılarak tanzimi söz konusudur. Bu itibarla belgenin kamu görevinin yapıldığı sırada tanzim edilmiş olması yetmez. Mühim olan düzenlenen belge ile kamu görevlisinin yaptığı görev arasında bir

⁵⁴⁰ ESEN Sinan, s.454

⁵⁴¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.676

⁵⁴² GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 97

⁵⁴³ SOYASLAN Doğan, 2006, s.412

⁵⁴⁴ DONAY Süheyl, “Hukuken Batıl Olan Senetlerin Varaka Olup Olmayacağı Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXV, Sayı 1-4, 1970, s.501

⁵⁴⁵ GÖKCAN Ahmet, Memur Tarafından İşlenen Resmi Evrakın Aslında Sahtekârlık Suçu

⁵⁴⁶ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

sebebiyet bağının bulunmasıdır⁵⁴⁷. Kamu görevlisi görev alanı dışında bir resmi belge düzenler ise, resmi bir belge söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu doğrultuda olup; belgenin bir memur tarafından düzenlenmiş olmasından ziyade memurun vazife salahiyeti ile düzenlenen belge arasında doğrudan bir münasebetin bulunması aranmaktadır. Bu itibarla belgeyi meydana getiren kamu görevlisi şayet görevine girdiği konuda yaptığı sahtecilik 204/2 uyarınca, o belgeyi düzenleme yetki ve görevini taşııyorsa yani göreviyle düzenlendiği belge arasında nedensellik bağı yok ise meydana gelen sahtecilik 204/1 nci maddeye uygulanacaktır⁵⁴⁸.

Nitelikleri itibariyle kısmen kamu görevlisi, kısmen özel kişiler tarafından düzenlenen belgede kamu görevlisinin tanzim ettiği bölüm resmi belge sayılırken özel kişiye ait olan kısım özel belge vasfını korur⁵⁴⁹.

Ayrıca belgenin resmi belgeye vücut veren yasal dayanağına uygun olması ve zorunlu biçimsel koşulları da taşıması gerekir⁵⁵⁰. Yani belge mevzuatta öngörülen usul ve formalitelere uygun olarak düzenlenmelidir ki resmi belge vasfına kavuşabilsin.

Şu halde bir belgenin resmi belge niteliğine kavuşabilmesi doktrinde üç şart aranmaktadır;

- 1- Kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi,
- 2- Görevi gereği düzenlenmesi
- 3- Öngörülmüşse, usul ve şekil kurallarına uyulması⁵⁵¹

1.2.2.1.1.İspat Gücü Bakımından Resmi Belgeler

Resmi belgeler ispat gücü bakımından; “sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belge” ve “aksi sabit olana kadar geçerli belge” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

5237 sayılı TCK 204. madde 3.fıkarda ispat gücü bakımından sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgeler üzerinde yapılacak olan sahtecilik eylemleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, suçun konusunu oluşturan resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, cezanın artırılması gerekir.

Bu hüküm, belgelerde sahtecilik suçları ile delil teorisi arasındaki ilişki göz önüne alınarak, daha üstün ispat gücüne sahip belgeyi daha fazla korumak ihtiyacını karşılamaktadır.

⁵⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, “Belgelerde Sahtecilik Cürümleri”, Adalet Dergisi, Yıl.61, S.2, Şubat 1970, s.79

⁵⁴⁸ AYDİL Ertan, s.51

⁵⁴⁹ AYDİL Ertan, s.49

⁵⁵⁰ Yargıtay CGK. 08.12.1986, 6-328/573

⁵⁵¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.678

Ancak, değişik yorumlara son vermek maksadıyla bir belgenin böyle bir güce sahip olup olmadığının saptanması için kanunlarda bu hususu belirten bir hüküm bulunması gerekli sayılmıştır⁵⁵². Örneğin; HUKM md. 295 uyarınca mahkeme kararları, düzenleme şeklindeki noter senetleri sahteciliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge sayılmaktadır. HUMK md. 295 yetkili kamu görevlilerinin yetkileri dahilindeki hususlara ilişkin düzenledikleri belgeleri ise aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge sayar.

Belgeyi düzenleyen kamu görevlisi ve düzenlenen belge kamu güvenine sahip olduğu için, belgenin sahteciliğine ilişkin şikâyet yapıncaya kadar belge doğru kabul edilir⁵⁵³.

Kanun koyucunun bu düzenlemesi yani sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belgelerde yapılan sahtecilik eylemlerinin niçin sadece 204. madde 1. ve 2. fıkra bakımından nitelikli hal olarak düzenlendiği, 205. maddede yer alan resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçları bakımından niçin nitelikli hal olarak kabul edilmediği doktrinde soru konusu edilmektedir⁵⁵⁴.

1.2.2.1.2. Yabancı Ülkede Tanzim Olunan Resmi Belgeler

Yabancı ülkede düzenlenen resmi belgelerin ülkemizde resmi belge olarak kabul edilip edilemeyecekleri ve yabancı ülkede düzenlenen resmi belgeye karşı sahtecilik suçunun işlenip işlenemeyeceğinin üzerinde durulmasında fayda vardır. 1947 tarihli Brüksel’ de toplanan 8 nci Ceza Hukuku Birleştirmek Milletlerarası Konferansında katılan ülkelerin kanunlarında mevcut sahtecilik cezalarının yabancı belgelerde yapılan sahteciklerde de kararlaştırılmıştır⁵⁵⁵. Buna bağlı olarak yabancı memleketlerde düzenlenen resmi belgeler için memleketimizde kullanılmak şartıyla belgede sahtecilik hükümleri uygulanır. Başka bir deyim ile yabancı memleketlerde düzenlenen resmi belge ile milli belge arasında sahtecilik suçu açısından fark yoktur⁵⁵⁶.

Konu ile ilgili iç hukuk düzenlememiz HUMK md.296⁵⁵⁷ da yer almaktadır. Bahsi geçen maddeye göre yabancı ülkede usulüne uygun olarak yetkili görevlilerce düzenlenmiş olan resmi belgelerin ülkemizde resmi belge kuvvetinde sayılması için yetkili makamlarca yani konsolosluklarca onaylanması gerekmektedir.

Bununla beraber, ülkemizin 27.07.1984 tarih ve 94/8373 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile “Yabancı Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına Dair La Haye

⁵⁵² 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵⁵³ SOYASLAN Doğan, 2006, s.413

⁵⁵⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.679

⁵⁵⁵ AYDİL Ertan, s.55

⁵⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Belgelerde Sahtecilik Cürümleri, s.80

⁵⁵⁷ Madde 296-“Ecnebi memlekette usulüne tevfi kanlahiyettar memurları tarafından tanzim veya tasdik kılınmış olan senetlerin mahallinde mer’i kanunlara mutabık olduğu mahalli Türkiye şehbenderi veya Türk siyasi memurları tarafından tasdik kılınmış ise resmi senet hüküm ve kuvvetinde addolunur. Bu suretle tasdik kılınmamış senetlerin delil teşkil edip etmiyeceği mahkemece takdir olunur. Mahkeme huzurunda ikrar olunan senetler resmi hükmündedir.”

Sözleşmesi”ni onayladığından bu sözleşmeye göre yargı organına bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenen belgelerle, idari belgeler, noter senetlerini bu sözleşme amaçları bakımından resmi belge sayılacaktır. Sonuç olarak düzenlendiği ülkenin yetkili makamlarınca onaylanan bir resmi belge HUMK 296. maddesinde yazılı koşulları taşımasa bile ülkemizde aynı nitelikte işlem görecektir⁵⁵⁸.

1.2.2.2. Özel Belge

Özel bir şahıs tarafından tanzim edilmiş olan yahut kamu görevlisi tarafından görevi dışında düzenlenmiş bulunan belgeler özel belgelerdir. Yani özel belge, kamu görevlisinin görevi nedeniyle düzenledikleri dışında kalan, resmi belgeden sayılmayan, resmi bir işlem nedeniyle düzenlenmiş olmayan, ancak; doğrudan hukuken hüküm, sonuç meydana getiren, bir hakkın doğmasına veya kanıtlanmasına yarayan yazıdır⁵⁵⁹. Ancak, özel belgenin de belge niteliğinin, yani belge sayılması için gereken öğelerin bulunması aranmalıdır. Bu nedenle, belge kavramı ve unsurları ile ilgili açıklamalar özel belgeler hakkında da geçerlidir. Başka bir anlatımla; yazılı bir evrakın, hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir biçimde kamu görevlisi olmayan belirli bir kimse tarafından düzenlenmesi durumunda özel belgenin varlığı söz konusu olur⁵⁶⁰. Kuşkusuz konusu hukuka aykırı da olmamalıdır⁵⁶¹.

1.2.2.3. Resmi Belge Hükmünde Belgeler

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK da bazı özel belgeler aleyhine işlenen sahtecilik suçlarını bu belgelerin önemleri nedeni ile resmi belgelere karşı işlenen sahtecilik suçları gibi, özel belgelere nazaran daha ağır cezalandırma yoluna gitmiştir.

Kanunun 210. maddesi 1. fıkrasında sayılan bu belgeler “emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname” dir. Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun bu sayılan belgelerden biri olması halinde resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Bu hüküm ticarî hayatta büyük yer tutan ve basit bir ciro ile veya buna bile gerek görülmeksizin tedavül eden bazı evrakı daha ciddi bir şekilde korumak maksadına yöneliktir. Burada söz konusu olan, sadece resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin cezanın uygulanması değildir. Sayılan belgelerde sahtecilik yapılması durumunda, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler bütün olarak uygulanır⁵⁶².

⁵⁵⁸ ESEN Sinan, s.467

⁵⁵⁹ KESKİN Kaylan, s. 13

⁵⁶⁰ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 102

⁵⁶¹ KESKİN Kaylan, s. 13

⁵⁶² YERDELEN Erdal, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.nevsehir.adalet.gov.tr / ... / Kamu % 20Güvenine % 20 Karşı % 20Suçlar.pdf, s.17

2.YETKİLİ KAMU GÖREVLİSİNİN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU

2.1. GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK 204. maddesinde 2. Fıkrasında inceleme konumuz olan kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçu düzenlenmiştir. Düzenleme “Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Şeklindedir.

Bu fıkrada tanımlanan suçun bağımsız bir suç olup olmadığı sorusu ile karşılaşabiliriz. Bu halde kanun koyucunun madde gerekçesinde “ resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi ayrı bir suç oluşturur.” şeklindeki açıklama bu soruların cevabını oluşturabilir. Kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçunun sivil kişiler tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçundan farkı, bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesinin yanı sıra, suçun konusunu oluşturan belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belge olması gerekir.

Kanun koyucunun 765 sayılı ETCK da resmi belgede sahtecilik suçunu düzenler iken izlediği karmaşık sistematiği terk ettiğini söylemek kanaatimizce yanlış olmaz.

Şöyle ki; 765 sayılı ETCK da resmi belgeler arasında kanıtlama gücü bakımından iki farklı maddede aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge⁵⁶³-sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belge⁵⁶⁴ ayırımına gidilmiş ve farklı cezai müeyyidelere bağlanmıştı. Bunun yanında resmi belgenin özünde⁵⁶⁵, onaylı suretinde⁵⁶⁶ ve onaylı özetinde⁵⁶⁷ yapılan sahtecilikler ayrı ayrı düzenleme altında idi. İlave olarak özel yarar sağlayan belgelerde sahtecilik⁵⁶⁸ ve hüviyet cüzdanı, nüfus teskeresi, pasaport ve ruhsatnameler de sahtecilikler⁵⁶⁹ de ayrı olarak düzenlenmişti.

5237 sayılı TCK da kanun koyucu resmi belgede sahtecilik suçunu daha sistemli olarak düzenlemiş, kamu görevlisi veya kişiler tarafından işlenen sahtecilik ayırımı yanında delil olma gücüne göre aksi sabit oluncaya kadar geçerli veya kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgeler ayırımı dışında farklı düzenlemelere yer vermemiştir⁵⁷⁰.

⁵⁶³ 765 sayılı TCK md.339/1

⁵⁶⁴ 765 sayılı TCK md.342/2

⁵⁶⁵ 765 sayılı TCK md.340

⁵⁶⁶ 765 sayılı TCK md.341

⁵⁶⁷ 765 sayılı TCK md.341/2

⁵⁶⁸ 765 sayılı TCK md.355, 356

⁵⁶⁹ 765 sayılı TCK md.350, 351

⁵⁷⁰ ESEN Sinan, s.460

765 sayılı ETCK'nun 346. maddesinde ayrıca düzenlenen sahte resmi belgeyi kullanma suçu, 204. maddede öngörülen seçimlik hareketleri içinde bir maddede formüle edilerek hüküm altına alınmıştır⁵⁷¹.

765 sayılı ETCK 357. maddesinde düzenlenen “gerçek bir belgenin kendisine yahut başkasına ait olduğu hususunda yalan beyanda bulunma” fiili 5237 sayılı TCK’ da hüküm altına alınmamıştır. Böylece gerçek kimliği konusunda yalan bildirim başka bir suça vücut veriyor ise o suç kapsamında, aksi durumda idari yaptırım kapsamında değerlendirmek gerekir⁵⁷².

2.2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kamu güvenine karşı suçların koruduğu hukuki varlık, her türlü saldırı ve ihlallere karşı korunmak istenen belgelere ilişkin kamu güvenidir. Hukuk düzeni, bir olguyu kanıtlama yeteneği tanıdığı belgelerin öz ve biçimleri ile gerçekliklerine ve doğruluklarına beslenen ortak inancını kamu güveni kavramı içinde korumak ve o yüzden de bu soyut varlık ya da yararın, değerın somutlaştığı belgeleri ilişilmez ve dokunulmaz kılmak istemiştir. Gerçeğe aykırı olarak bu türden bir belgenin düzenlenmesi ya da gerçek bir belgeye ekleme yapılması ile ya da bunun bütününün veyahut da bir kesiminin şu veya bu yolla ortadan kaldırılması ile onların doğruluklarına olan toplum (kamu) güveni sarsılacak ve böylelikle de zarar doğmuş olacaktır⁵⁷³.

Ancak belirtelim ki resmi belgede sahtecilik suçu ile korunmak istenen hukuki değer konusunda yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda bazı yazarlar kamu güvenine ilave olarak özel mülkiyetin, devlet idaresinin de korunduğu kabul etmektedir⁵⁷⁴.

2.3. SUÇUN MADDİ KONUSU

Resmi belgede sahtecilik suçunun maddi konusunu resmi belge oluşturur. Resmi belgenin üç özelliği taşıması gerektiğini daha önce de yukarıda ifade etmiş idik bunlar;

- 1- yetkili kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi,
- 2- görevi gereği düzenlenmesi,
- 3- öngörülmüşse, usul ve şekil kurallarına uyulması

Birinci fıkrada tanımlanan suçtan farklı olarak, ikinci fıkrada yer alan suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesinin yanı sıra, suçun maddi konusunu oluşturan belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belge olması gerekir. Bu

⁵⁷¹ ESEN Sinan, s.461

⁵⁷² ESEN Sinan, s.462

⁵⁷³ TAŞDEMİR Kubilay / ÖZKEPİR Ramazan, Uygulamada-Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar Ve Bilişim Alanında Suçlar, Adil Yayın Evi, Ankara, 1998, s.98

⁵⁷⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.391

bakımdan, resmi belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından yapılmasına rağmen, düzenlenen sahte resmi belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir belge olmaması hâlinde, bu fıkra hükmü uygulanamaz⁵⁷⁵.

2.4. SUÇUN FAİLİ

Resmi belgede sahtecilik suçunun ilk fıkrasında yer alan suç herkes işleyebilir. Kanun koyucu failde özel bir sıfat aramamıştır.

İkinci fıkra da yer alan inceleme konumuzu oluşturan suçun faili ise kamu görevlisi sıfatına haiz kişiler olabilir. Burada da kamu görevlisi başlığı altındaki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Yalnız ilave olarak belirtelim ki kamu görevlisi sıfatına sahip failin bu suçu işleyebilmesi için suçun maddi konusunu oluşturan resmi belgenin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir resmi belge olması gerekir. Sadece kamu görevlisi sıfatı ve resmi belgenin varlığı bu suçun oluşmasına vücut vermez. Düzenlenen resmi belge ile kamu görevlisinin görevi arasından bir bağlantının olması gerekir.

2.5. MAĞDUR

Resmi belgede sahtecilik suçu ile korunmak istenen hukuksal yarar kamu güveni olduğundan, bu suçun mağduru bireyler değil, kamuyu oluşturan tüm toplumdur⁵⁷⁶.

2.6. MADDİ UNSUR

2.6.1. Hareketin Zarar veya Zarar Tehlikesi İçermesi

765 sayılı ETCK aksine 5237 sayılı TCK’ da özel ya da resmi belgede sahtecilik suçlarında “zarar” kavramına yer verilmemiştir. Ancak doktrinde; hukukun koruduğu bir hak ve çıkarın bozulması anmanla gelen “zarar”ın sahtecilik suçları açısından bir ortak unsur olduğu ve zararın olasılık dahilinde olmasının aranması gerektiği⁵⁷⁷ yani zarar doğurmayan ya da en azından böyle bir tehlike yaratmayan sahtecilik fiillerinin cezalandırılmasının anlamsız olacağı üzerinde durulmaktadır⁵⁷⁸.

Sahteciliğin icrasıyla kamu güveni bozulup sarsıldığı veya tehlikeye düşürüldüğü için, zararın gerçekleştiğinin araştırılması veya ispat edilmesi gerekli değildir. Esasen sahtecilik suçunun kamu güvenine karşı suçlardan olması nedeniyle, fiilin suçla korunan kamu güveninin ihlal edilmesine elverişli biçimde işlenmesi gerekir. Ancak suçla tali olarak kişilerin belgede somutlaşan kişilik hakları da korunmaktadır. Dolayısıyla belgede sahtecilik suçunun kamu güvenliğini bozma veya kişilerin haklarına zarar verme tehlikesi yaratması

⁵⁷⁵ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁵⁷⁶ PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı TCK’ da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 616

⁵⁷⁷ ESEN Sinan, s.470

⁵⁷⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.683

gerekir ki cezalandırılabilirsin⁵⁷⁹. Bu sadece zarar vermeyen sahtecilikler değil, zarar vermeye elverişli olmayan sahtecilikler de cezalandırılmaz ilkesinin⁵⁸⁰ bir sonucudur⁵⁸¹.

Buna karşın doktrinde, ‘belge’ unsurunun oluşması durumunda zarar olasılığının doğal olarak gerçekleşeceği düşüncesiyle, zarar verme olasılığının ayrı bir suç ögesi olarak incelenmesine gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Fakat suça konu evrakın hukukten korunan yazılı bir belge olduğu kabul edilmekteyse, yapılacak sahteciliğin de zarar olasılığına sahip bulunacağı açık ise de Yargıtay, belge niteliğinin (hukukten korunmaya değer olup olmadığının) araştırılmasında zarar olasılığı ögesinden yararlanmaktadır⁵⁸². Yargıtay kararlarında, zarar olasılığının sahtecilik suçunun oluşması için yeterli olduğunu zararın varlığının şart olmadığını⁵⁸³ belirtmiştir.

Suç zararın varlığına bağlı olmayıp, zarar olasılığının yeterli görülmesi nedeniyle, resmi belgede sahteciliğın sonucunda meydana gelen zararın sonradan giderilmiş olması, suç ortadan kaldırmaz⁵⁸⁴.

2.6.2.Aldatma Kabiliyeti

Aldatma yeteneği; belgedeki sahteciliğın ilk bakışta anlaşılabilmesi, başkalarını aldatabilecek biçim ve içerikte olmasıdır⁵⁸⁵.

765 sayılı ETCK’ da aldatma yeteneği suçun sahtecilik suçunun unsuru olarak yer almamakta idi. Ancak doktrin ve Yargıtay içtihatları ile sahtecilik suçun oluşabilmesi için sahteciliğe konu belgenin iğfal kabiliyetine yani aldatma yeteneğine sahip olması gerektiği kabul edilmiş idi.

Ancak 5237 sayılı TCK’nın 204. madde de yer alan suçun oluşması için failin sahtecilik eyleminin “bir başkasını aldatacak şekilde” yapılmasını araması aldatma kabiliyetinin suçun maddi unsurlarına dahil etmesinin bir sonucudur. Bu husus madde gerekçesinde “sahtecilikten söz edebilmek için, düzenlenen belgenin gerçek bir belge olduğu hususunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Başka bir deyişle, sahteciliğın beş duyu organı ile anlaşılabilir olmaması gerekir. Özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmayan belge sahte belge kabul edilir.” Şeklinde açıklanmıştır⁵⁸⁶.

⁵⁷⁹ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 103

⁵⁸⁰ Doktrinde, sahtecilik suçlarının tarihçesi bakımından da hemen hemen bütün kanunlar tarafından; ‘zarar vermeye elverişli dahi bulunmayan sahtekarlık cezalandırılmaz’ ilkesinin benimsendiği ve sahtecilik fiilinde suç kastı ne kadar yoğun olursa olsun başlı başına cezalandırmayı gerektirmediği, cezalandırma için bilfiil bir zararın doğması ya da zararın imkan dahilinde bulunmasının şart olduğu belirtilmektedir; GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 103 dipnot; 64

⁵⁸¹ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.233

⁵⁸² GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 103

⁵⁸³ “Evrakta sahtekarlık suçlarında ...fiilden bir zararın ortaya çıkması aranmamakta, zarar olasılığı yeterli görülmektedir.” Yargıtay CGK. 8.6.2004, 6-94/32;

⁵⁸⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 104

⁵⁸⁵ KESKİN Kaylan, s. 8

⁵⁸⁶ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

Aldatma kabiliyeti ile yapılan sahteciliğin 3. kişileri kandırıcı nitelikte olması ifade edilmek istenmektedir. Dolayısıyla, sahtecilik kimseyi aldatamaz nitelikte ise, zarar verme yeteneği bulunmayacağından suç oluşmayacaktır. Çünkü bu halde, sahteciliğin kolayca anlaşılır biçimde olması, zarar tehlikesi yaratmayacak ve kamu güveninin bozulması risk dahilinde bulunmayacaktır.

Aldatma kabiliyeti ile zarar olasılığı arasındaki bağ; Yargıtay tarafından şu şekilde ifade edilmiştir; “‘Zarar olasılığının bulunması için belgede yapılan sahteciliğin çok sayıda kişiyi aldatacak nitelikte olması, bir başka anlatımla belgenin nesnel olarak aldatıcılık yeteneğinin bulunması gerekir. Aldatma keyfiyeti belgeden objektif olarak anlaşılmalıdır. Muhatabın hatasından, dikkatsizlik ya da özensizliğinden kaynaklanan fiili iğfal, aldatma yeteneğinin varlığını göstermez.⁵⁸⁷”

Yargıtay’ın aldatma yeteneğinin tespitinde kullandığı objektif kriter doktrin tarafından da kabul edilmektedir. Yapılan sahteciliğin objektif olarak çoğu kimse tarafından ve ilk bakışta anlaşılamayacak derecede olması halinde, aldatma yeteneğinin varlığı kabul edilmelidir. Belgenin aldatma yeteneği bulunmamasına karşın, işlem yapan görevlinin dikkatsizliği nedeniyle kabul görmesi, aldatma yeteneğinin var olmasını gerektirmez⁵⁸⁸. Nitekim Yargıtay da aldatma kabiliyeti olmayan belgenin ibraz edilen memurca dikkatsizlik nedeni ile kabul edilmesi halinde resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir⁵⁸⁹.

İlgili mevzuat gereği belgenin bir işleme esas olmak üzere sunulduğu idarenin, belgenin sahilliğini araştırması zorunlu ve bu araştırma sonucunda sahteciliğin ortaya çıkması olanaklı ise, aldatma yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Yargıtay, yabancı ülkelerden alınan diplomaların denkliği için sahte diploma ile başvurulduğunda, ilgili yönetmelik uyarınca diplomanın gerçekliğinin araştırılması gerektiğinden, araştırma sonunda sahtelik ortaya çıkacağı için aldatma yeteneğinin bulunmayacağını ve bu tür sahtecilikte suçun oluşmadığını kabul etmektedir⁵⁹⁰.

Yargıtay’a göre aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitine öncelikli bilirkişi hakim olup⁵⁹¹, bu hususun hakim tarafından belirlenmesi gerektiğini, ancak aldatma gücü kavramının değişken ve göreceli bir kavram olması nazara alındığında açıklanan yöntemle sonuca ulaşılamazsa ya da tahrifat konusunda doğabilecek tereddütlerin

⁵⁸⁷ Yargıtay CGK. 14.10.2003, 6-232/250.

⁵⁸⁸ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 105

⁵⁸⁹“Sanığın oluşturduğu sahte belgeden çektiği fotokopi onaysız olup, bu yönüyle suret belge özelliğini taşımadığı, hukuki sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı ve aldatıcılık yeteneğinin bulunmadığı, şirket görevlilerinin belgenin onaylı suretini istememeleri biçimindeki özensiz davranışları nedeniyle ortaya çıkan fiili iğfalın de aldatıcılık yeteneğinin varlığını göstermeyeceği anlaşıldığından, sahte resmi belge düzenleme suçunun unsurları da oluşmamıştır.” Yargıtay CGK. 14.10.2003, 232/250

⁵⁹⁰Yargıtay 11.CD. 15.4.2008, 4570/2836, GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 105

⁵⁹¹ Yargıtay 6. CD. 14.03.2006, 3840-2497

giderilmesinde mahkemeye yardımcı olma ve aydınlatma bakımından konusunda uzman kişinin görüşüne de başvurulabileceği⁵⁹² görüşündedir⁵⁹³.

Yargıtay'ın aldatma kabiliyetinin bulunmadığını kabul ettiği bazı kararlarından örnekler isek; başkasına ait nüfus cüzdanına yapıştırdığı kendi fotoğrafı üzerinde soğuk damga izinin bulunmaması⁵⁹⁴ kimlik kartındaki soğuk damga izinin fotoğrafa taşmamış olması⁵⁹⁵ düzenlenen belgede personelin açık kimliği, rütbesi, veriliş tarihi ve sayısının olmaması⁵⁹⁶, memur parafının sahte olduğunun ilk bakışta sezilmiş olması⁵⁹⁷, vekaletnamede ilgilinin imzası ve noter onayının yer almadığı eklemeler yapılarak Noterlik Kanununun 81. maddesine aykırı sahte belge üretilmesi⁵⁹⁸ hallerinde belgede aldatma kabiliyetinin olmadığını kabul etmiştir.

2.6.3.Resmi Belgede Sahtecilik Suçunu Oluşturan Seçimlik Hareketler

Resmi belgede sahtecilik suçu kanun koyucu tarafından seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir⁵⁹⁹. 204. madde 2. Fıkrasında yer alan suçun; bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek, bir resmi belgeyi başkasını aldatacak şekilde değiştirmek, gerçeğe aykırı olarak resmi belge düzenlemek ve sahte belgeyi kullanmak hareketleri ile işlenebileceği belirtilmiştir. Fıkra da sayılan seçimlik hareketlerden birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir.

2.6.3.1.Bir Belgeyi Sahte Olarak Düzenlemek

Maddede sayılan ilk seçimlik hareket bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemektir. Madde gerekçesinde “Bu seçimlik hareketle, resmi belge esasında mevcut olmadığı hâlde, mevcutmuş gibi sahte olarak üretilmektedir.” şeklinde düzenleme fiili açıklanmaya çalışılmıştır.

Kullanılan “düzenlemek” terimi doktrinde “taklit etmek” olarak anlaşılmaktadır. Aksi halde “resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek” ipotezini aynı fıkra da yer alan “gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemek” ipotezinden ayırmak mümkün olmayacaktır⁶⁰⁰.

Resmi belgeyi düzenleme; belgenin üzerindeki bilgilerin bir kısmına veya tamamına ilişkin olmasının, suçun oluşması açısından bir önemi bulunmamaktadır⁶⁰¹. Bu halde fail belgeyi tamamen baştan sahte olarak düzenleyebileceği gibi belgenin bir kısmını da sahte olarak düzenleyebilir.

⁵⁹² Yargıtay CGK. 01.04.2003, 6-12/76

⁵⁹³ PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, s.618

⁵⁹⁴ Yargıtay 6.CD. 18.10.1999, 5755/5798;

⁵⁹⁵ Yargıtay 6.CD. 12.11.1988, 10066/10280.

⁵⁹⁶ Yargıtay 6.CD. 11.10.2001, 11713/12137.

⁵⁹⁷ Yargıtay 6.CD. 9.2.2000, 7408/479.

⁵⁹⁸ Yargıtay 6.CD. 26.3.1986, 1890/3280.

⁵⁹⁹ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

⁶⁰⁰ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.228

⁶⁰¹ 5237 sayılı TCK 204. Madde gerekçesi

Tamamen sahte belge düzenlemek belgenin kimliğini yanlış yansıtmak şeklinde olabileceği gibi daha önce var olan gerçek bir belgenin taklidi şeklinde de olabilir⁶⁰². Tamamen sahte resmi belge düzenlemede belgenin düzenleyicisi olarak görünen kişinin gerçekte mevcut veya hayatta olup olmadığı veya tamamen uydurma bir ismin düzenleyen olarak gösterilmesi önem taşımaz⁶⁰³.

Kısmen sahte resmi belge düzenleme de ise fail belgenin gerçeğe uygun olarak düzenlenip tamamlandıktan sonra belgenin tamamına zarar vermeden sahte eklemeleri belgeye aktarır. Bu fiil gerçek belgeyi düzenleyen kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi başka bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir⁶⁰⁴. Geçerli bir belgeye fail tarafından sahte hükümler veya bölümler eklenmek sureti ile kısmen sahte bir belge vücuda getirilebilir. Belgenin tarihi ve tanzim yeri gibi tali kısımlarında yapılan sahtecilik, bunlara hukuki sonuç bağlandığı takdirde önem arz edecektir⁶⁰⁵.

Fail esas resmi belgeyi düzenlediği sırada bu belgeye gerçeğe aykırı hükümleri ihtiva etmesi ilerde değineceğimiz 5237 Sayılı Türk ceza Kanununun 204/2. maddesinde seçimlik fiil olarak görülen fıkri sahteciliğin unsurunu içine alan “gerçeğe aykırı resmi belge düzenlemek” hareketini oluşturacağı dikkatinden kaçırılmaması gereken bir husustur⁶⁰⁶.

2.6.3.2.Gerçek Bir Belgeyi Başkalarını Aldatacak Şekilde Değiştirmek

765 sayılı ETCK ‘da 339. Madde 1. Fıkrasında yer alan “hakiki bir varakayı taşıyıcılar” şeklindeki hareketin karşılığını oluşturan seçimlik hareket gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek hareketidir. Burada mevcut geçerli bir belgedeki olay veya irade beyanlarının içeriğinin sonradan değiştirilmesi söz konusu olup, böylece düzenleyen kişinin başlangıçtan itibaren sanki değişiklikten sonraki gibi bir irade ortaya koyduğu görüntüsü amaçlanmaktadır. Bu bizzat belgenin düzenleyicisi olarak görünen kişi tarafından gerçekleştirilmiş olabileceği gibi bir başkası tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir. Fakat değişikliği belgeyi düzenleyen kamu görevlisinden başka bir kimsenin yapması halinde 204/1. Fıkra hükümleri uygulanır. Bununla birlikte belgenin bizzat düzenleyicisi olarak görünen kişi tarafından değişikliğe uğratılmasının 204/2. Fıkra yazılı suçu oluşturabilmesi için düzenleyenin belgenin içeriğini sonradan değiştirmeye yetkili olmaması gerekir⁶⁰⁷.

Değiştirmek “gerçek ve geçerli bir belgede kazımak, silmek, kimyevi vasıtalarla metinden çıkarmak veya metne bir takım eklemeler yapmak demek olup değiştirmenin mevcudiyeti için gerçek bir belgenin olması gerekir. Aksi halde resmi belgeyi değiştirmek suçu oluşmaz⁶⁰⁸.

⁶⁰² ESEN Sinan, s.466

⁶⁰³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.683

⁶⁰⁴ ESEN Sinan, s.466

⁶⁰⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.390

⁶⁰⁶ AYDİL Ertan, s.84

⁶⁰⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.684

⁶⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, 1970, s.285

Değiştirmek resmi belgenin metni üzerinde yapılmalıdır. Bunun dışında belgenin arkasına veya altına yapılan ilaveler değiştirme sayılmaz. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre “sahte belge düzenlemekten” bahsedilir ve buna göre değerlendirme yapılır⁶⁰⁹. Yani değiştirmenin yazıda belirli bir olayın delilini teşkil eden, başka bir ifade ile bir hak veya bir durumun kazanımı, devri ve tespiti bakımından delil olmaya ayrılmış olan kısımlarında meydana gelmelidir. Yazının delil teşkil etmeyen kısımlarına ilişkin değişiklikler belgede sahtecilik fiiline konu olmaz. Belgenin metninde yapılıp ve yazının bir kısmının anlamı değişiyor ise değiştirme vardır. Aksi takdirde hukuken anlamı değiştirmeyecek şekilde maddi hataların değiştirilmesi durumuna değiştirme fiili söz konusu olmaz. Bunun yanında değiştirme belgenin kaynağına, tarihine ilişkin de olabilir⁶¹⁰.

Belgenin maddede belirtilen anlamda değiştirilmesinden söz edilebilmesi için fiilin belgenin anlamını değiştirmesine bağlıdır. Eğer belgenin anlamının gizlenmesine sebebiyet verilmiş ise gerçek bir belgenin ortadan kaldırılması veya bozulması söz konusu olur. Bu halde resmi belgede sahtecilik suçu vücut bulmaz⁶¹¹.

Gerçek bir belgeyi değiştirme fiili değişikliğin yapılması ile tamamlanır ve suç oluşur. Değiştirilen belgenin kullanılması, bundan yarar sağlanması veya bunla bir kimseye zarar verilmesi suçun oluşması bakımından önem arz etmez⁶¹².

İlave eldim ki yapılan değişiklik aldatıcı nitelikte olmalıdır. Aldatma kabiliyeti olmayan değişiklikler resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturmaz. Ancak bu halde resmi belgeyi bozma suçunun unsurları tartışılabilir.

2.6.3.3.Sahte Remi Belgeyi Kullanmak

Özel belgede sahtecilikten farklı olarak resmi belgede sahteciliğin cezalandırılabilmesi için, yalnızca düzenlenmesi yeterlidir. Düzenlenen bu belgenin ayrıca kullanılmış olmasına gerek yoktur. Bununla birlikte sahte olarak düzenlenen belge aynı zamanda kullanılmış ise ve eğer kullanan aynı zamanda belgeyi sahte olarak düzenleyen kişi ise, ayrıca kullanmaktan dolayı ceza verilmez. Çünkü resmi belgede sahtecilik suçunda düzenleme ve kullanma aynı suçun seçimlik hareketi olarak öngörülmüştür. Burada söz konusu edilen “kullanma” alternatifi, belgeyi sahte olarak düzenleyen kişi dışında bir başka kişi tarafından kullanılması durumunu kapsamaktadır⁶¹³. Zira seçimlik hareketli suçlarda failin seçimlik hareketi ile suç tamamlanacağından failin birden fazla seçimlik hareketi ihlali de tek suç sayılır. Şu halde resmi belgenin düzenlenmesi yahut değiştirilmesi halinde seçimlik hareketlerden birinin yapılması ile suç tamamlanmaktadır. Buna ilave olarak kullanma halinde, birden fazla seçimlik hareketin ihlali söz konusu olacaktır, bu durumda ise tek suç oluşturacaktır. Bu nedenle failin bu suçtan sorumlu olabilmesi için resmi belgeyi sahte olarak

⁶⁰⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.396

⁶¹⁰ ESEN Sinan, s.466

⁶¹¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.396

⁶¹² ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.396

⁶¹³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.684

düzenleme ve değiştirme eylemlerine iştiraki olmamalıdır. Fakat sahte olarak düzenlendiğini veya değiştirildiğini bildiği belgeyi kullanması gerekir.

Doktrinde kısmen sahte bir belge düzenlenmesi veya değiştirilmesi halinde kullanmanın bu kısımlara ilişkin olması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca sahte belge hangi iddianın delili olmak üzere meydana getirilmiş ise o maksatla kullanılmalıdır⁶¹⁴.

2.6.3.4. Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemek

765 sayılı ETCK’ da 340. madde de ayrı bir düzenlemede yer alan fikri sahtecilik suç, 5237 sayılı TCK’ da 204. madde 2. fıkrada seçimlik hareketlerden biri olarak yer almıştır.

204. madde 2. fıkrada yer alan yukarıda açıklanan resmi belge düzenleme, değiştirme ve kullanma eylemleri doktrinde maddi sahtecilik kapsamında yer alan hareketler olarak değerlendirilir iken gerçeğe aykırı resmi belge düzenleme fikri sahtecilik kapsamındadır. Yukarıda açıklanan diğer seçimlik hareketler 204. madde 1. fıkrada yer alan hareketlerden pek fazla farklılık göstermese de “gerçeğe aykırı resmi belge düzenlemek” seçimlik hareketi 1. fıkrada düzenlenen suçtan maddi unsur bakımından farklılıklar göstermektedir. Zira diğer seçimlik hareketlerde belge tanzim edilip tamamlandıktan sonra düzenleme, değiştirme eylemleri vukuu bulur iken bu halde belge kamu görevlisince tanzimi esnasında gerçeğe aykırı olarak, içerik olarak bir sahteciliğe konu olmaktadır. Yani diğer alternatiflerde belgenin maddi varlığı yönünden değişikliğe uğraması söz konusu olur iken bu halde belge özü ve içeriği yönünden değişikliğe uğramaktadır.

Bu anlamda maddi sahtecilik eylemleri iki biçimde ortaya çıkar. Birincisi “düzenleme” olup, belgenin düzenleyicisi olarak gözüken kişiden başka bir kişi tarafından meydana getirilmesi anlamına gelir. İkincisi “değiştirme” olup, belgenin düzenlenmesinden sonra düzenleyen veya bir başka kişi tarafından ekleme ve çıkarma yapılması anlamındandır. Belirtilen iki durum dışında belgenin gerçeğe uygun olmayan beyanları ve olayları içermesi durumunda ise gerçeğe aykırı olarak düzenlemeden yani fikri sahtecilikten söz edilir⁶¹⁵.

Fikri sahtecilikte kamu görevlisi şekil bakımından doğru fakat öz bakımından sahte bir belge meydana getirir. Bu halde fiil yazının yazıldığı anda, belgenin oluşumu esnasında gerçekleştirilir. Bu halde fikri sahtecilik suçunu meydana getiren hareketler iki şekilde kendini gösterebilir. a) gerçeğe uygun olmayan keyfiyet ve ifadelerin gerçek ve huzurda cereyan etmiş gibi gösterilmesi, b) tespit ile görevli olunan ifadelerin tespit edilmemesi veya değiştirilmesi⁶¹⁶. Yani kamu görevlisi meydana gelmemiş bir hadiseyi meydana gelmiş gibi⁶¹⁷ belgeler ise ilk halde belirtilen şekilde, tespiti ile görevli olduğu ifadeleri kısmen veya

⁶¹⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.405

⁶¹⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.685

⁶¹⁶ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, 1970, s.340

⁶¹⁷ Örneğin; tespit esnasında hazır bulunmayan bilirkişi tespiti katılmış gibi kadastro tutanağı düzenlenmesi hali

tamamen tespit etmemesi veya deęiřtirmesi⁶¹⁸ ve belgeyi bu şekilde tanzim etmesi halinde ikinci halde belirtilen şekilde gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemek seçimlik hareketini gerçekleştirecektir. “Kamu görevlisinin gerçeğe aykırı olarak bir olayı kendi huzurunda gerçeğleşmiş gibi, bir beyanı kendi huzurunda yapılmış gibi göstererek belge düzenlemesi” şeklinde madde gerekçesinde bu husus açıklanmaya çalışılmıştır.

Gerçeğe aykırı olayları gerçek imiş gibi göstermek fiili sırf kamu görevlisinin huzurunda meydana gelen olaylara özgü olmayıp bizzat yaptığı hareketleri de kapsar. Örneğin; yapmadığı bir işlemi yaptığını bildiren, bir belgeyi düzenlediği yerden başka bir yerde veya tarihte düzenlediğini beyan eden kamu görevlisi bu suçı işlemiş olur⁶¹⁹.

Kamu görevlisinin yazmaya zorunlu olduğu ifadeleri yazmaması yahut değiştirmesi; belgede yazılması gereken beyanın, hukuken önem taşıyan bir kısmını bilerek belgeye geçirmemektir. Beyanları değiştirmek ise beyanı gerçeğe uygun olmayacak şekilde belgeye geçirmektir. Yalnız beyanın değiştirilmesi farklı anlama gelecek şekilde olmamış ise suç oluşmaz⁶²⁰. Yine beyanın belgeye kısmen geçirilmemesinde önemli olan husus, bu kısmın hukuken değer taşıması gerekliliğidir. Hukuken değer taşımayan bir kısım belgeye geçirilmemiş ise suç oluşmayacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar maddi-fikri sahtecilik ayırımına ihtiyaç duyar iken, bir kısım yazarlar bu ayırımın gereksiz olduğunu ileri sürmektedir. Bu tartışmalara girmeden belirtelim ki, 5237 sayılı TCK’ da bu ayırım kaldırılmış ve fikri sahtecilik maddi sahtecilik hükümleri çerçevesinde yaptırıma bağlanmıştır. Ayırım kaldırıldığından dolayı suçun oluşması bakımından sahtecilik yapılması yeterli olacak, somut olayda fikri sahtecilik mi maddi sahtecilik mi olduğunun araştırılmasına ihtiyaç kalmayacaktır. Nitekim 204. madde 2. fıkrada fikri sahtecilik eylemi kamu görevlisinin gerçeğe aykırı belge düzenlemesi seçimlik hareketlerinden biri olarak düzenlenmiştir⁶²¹.

2.7.MANEVİ UNSUR

Resmi belgede sahtecilik suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden suç sadece kasten işlenilebilir. Bu halde genel kastın yeterli olduğu kabul görmektedir. Fail belgede sahtecilik yaptığını bilmeli ve bunu istemelidir. Failin kastının suçun seçimlik hareketlerinden birini gerçekleştirmeye yönelik olmasının yanı sıra suçun konusunu oluşturan şeyin belge olduğunu da kapsamaması gerekir⁶²². Fakat failin suç konusu belgenin resmi bir belge olduğunu bilip bilmemesinin bir önemi yoktur⁶²³.

Doktrinde kastın varlığı için sadece belgede sahtecilik yapmak bilinç ve iradesinin yetmeyeceği, ayrıca failin kendisine ait olmayan menfaatleri ihlal etmek (yani onlara zarar

⁶¹⁸ Örneğin tespit esnasında bilirkişi ifadelerine göre A isimli sahsa ait olduğu belirtilen arazinin B isimli şahıs adına kadastro tutanağının düzenlenmesi

⁶¹⁹ ESEN Sinan, s.467

⁶²⁰ ESEN Sinan, s.467

⁶²¹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2006, s.434

⁶²² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.686

⁶²³ AYDİL Ertan, s.97

vermek, onları tehlikeye koymak) bilincine de sahip olmasının gerektiği, dolayısı ile failin yaptığıнын zararsız olduğu inancı ile hareket etmiş olması halinde kastının varlığının ileri sürülemeyeceği⁶²⁴ de kuvvetle ileri sürülmektedir.

Peki, bu zarar verme bilinci genel kastı aşan bir özel kast mıdır? Bu halde zarar verme bilinci ile kastedilen failin amacının göz önüne alınması değildir. Dolayısı ile zarar verme bilinci amaçtan ayrıdır. Bu nedenle sahtecilik suçlarında söz konusu olan genel kasttır. Ancak bu kastın varlığı için de failin fiilinden bir zarar doğabileceğini öngörmüş olması lazımdır⁶²⁵. Bu halde failin zarar verme bilincinin zarar verme kastı şeklinde geniş yorumlanmaması gerekir.

Doktrinde suçun doğrudan kast yanında olası kast ile de işlenebileceği kabul edilmektedir⁶²⁶. Örneğin; bir avukatın belgenin sahte olabileceğini düşünmüş olmasına rağmen bu belgeyi mahkemeye delil olarak ibraz etmesi⁶²⁷.

2.8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.8.1. Teşebbüs

Resmi belgede sahtecilik suçunun teşebbüse elverişliliği doktrinde tartışmalı bir husustur.

Suçun teşebbüse elverişli olmadığını kabul eden görüşe göre resmi belgede sahtecik suçları şekli suçlardandır, bu suç icra hareketinin bölümlere ayıramadığı durumlarda teşebbüse elverişli değildir. Bu suçta da icra hareketleri bölümlere ayıramamaktadır. Resmi belgeyi kamu görevlisinin sahte olarak düzenlemesi, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi, gerçeğe aykırı olarak bir belgeyi düzenlemesi ve ya sahte belgeyi kullanması icra hareketlerinin birinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmaktadır ve bu nedenle teşebbüs de olanaklı değildir⁶²⁸.

Fakat çoğunluk görüşe göre resmi belgede sahtecilik suçu teşebbüse istisnai de olsa elverişlidir. Buna göre, resmi belgede sahtecilik suçu, suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden herhangi birisinin gerçekleştirilmesiyle birlikte tamamlanır. Belgede sahtecilik suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden herhangi birisini doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenler yüzünden suçu tamamlayamaması durumunda fail teşebbüs nedeni ile sorumlu tutulur. Maddi unsuru oluşturan hareketlerle belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleştirilmesi ile birlikte fail teşebbüs alanına girmiş olur ise de belgede sahtecilik

⁶²⁴TOROSLU, Nevzat, 2007,s.233

⁶²⁵ ESEN Sinan, s.471

⁶²⁶ PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, s.619

⁶²⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.687

⁶²⁸ AYDİL Ertan, s.98, PARLAR / HATİPOĞLU, 2007, s.620

suçlarında icra başlangıcını belirlemek çoğu zaman mümkün olmadığı için, bu suça teşebbüs ancak istisnai durumlarda gündeme gelebilir⁶²⁹.

2.8.2. İştirak

204. madde 2. Fıkra da yer alan su ancak kamu görevlisi sıfatına haiz kişiler tarafından işlenebilir. Buna göre İkinci fıkra bakımından failin kamu görevlisi olması bulunması zorunludur. Aynı dairede görevli olsa bile, ilgili belgeyi düzenleme, kullanma görevi bulunmayan kişinin sahtecilik eylemi ikinci fıkraya değil, ilk fıkraya girmektedir⁶³⁰.

Yetkili kamu görevlisin resmi belgede sahtecilik suçuna iştirak eden ve suça konu belgeyi düzenlemekle görevli kamu görevlisi sıfatına haiz olmayan 3. kişiler 5237 sayılı TCK 40. madde 2. fıkra da yer alan bağıllık kuralı gereği azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir.

Buna karşın, müşterek faillikte bağıllık kuralının (m.40/2) bir etkisi yoktur. Örneğin kamu görevlisinin gerçek bir resmi belgede değişiklik yaparak sahtecilik fiilini icra etmesini sivil bir kişiyle birlikte gerçekleştirmesi halinde, her ikisi de fiilin işlenmesinde hakimiyet sahibidir. Aslında sivil kişinin, eylemi 204/1. madde ile birlikte, kamu görevlisi failin 204/2. madde kapsamındaki eylemine iştirak olarak da ortaya çıkmakla birlikte, ortada görünüşte içtima şekillerinden asli-tali norm ilişkisi bulunmakta olup, bu hallerde asli normun önceliği (veya yardımcı normun sonralığı) kuralı gereğince (ki faillik-şeriklik ilişkisinde faillik asli normdur) sivil kişinin yalnızca faillikten sorumlu tutulması gerekir. Dolayısıyla müşterek faillikte bağıllık prensibinin bir etkisi de bulunmamaktadır. Bu nedenle suça müşterek fail olarak katılanların her birinin fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Örneğin kamu görevlisinin yetkili olduğu bir belgeyi sahte olarak düzenlemesi, sivil kişinin de bunu kullanması durumunda, kamu görevlisi fail 204/2. madde, sivil fail 204/1. maddeler ile sorumlu tutulmalıdır. Fakat Yargıtay bu açıklamalara aykırı görüşü benimsemekte olup bu halde suça katılan kişilerin her birini kendi eyleminden dolayı müşterek fail olarak değil, kamu görevlisinin eylemine iştirak eden azmettiren ya da yardım eden kişiler olarak cezalandırmaktadır⁶³¹.

Sivil bir kişinin, düzenlediği sahte resmi belgeyle kamu görevlisini aldatıp onun da sahte bir resmi belge düzenlemesine yol açması durumunda, sivil kişi 204/1. madde ile cezalandırılacak, kamu görevlisi yönünden suçun manevi unsuru oluşmayacaktır. Fakat kamu görevlisinin, sahte belgeyi resmi işleme esas alması nedeniyle, koşulları varsa ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan (m.257/2) sorumlu tutulması gerekir⁶³².

⁶²⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.687

⁶³⁰ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 123

⁶³¹ GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 124

⁶³² GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 124

2.8.3. İçtima

5237 sayılı TCK' da 212. Maddede sahtecilik suçları bakımından özel bir içtima kuralına yer verilmiştir. Buna göre “Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.” Kanun koyucunun bu düzenlemesi sonucunda sahtecilik suçunun bir başka suçun işlenmesi amacı ile gerçekleştirilmesi halinde amaç suç, araç suç ayrımı gözetilmeyecek fail hem gerçekleştirmeyi amaçladığı suçtan hem de sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Veleve ki sahtecilik eylemi diğer suçun unsurunu yahut nitelikli halini oluşturmaz. Örneğin; resmi belgeyi sahte olarak değiştiren kamu görevlisi daha sonra bu belgeyi kullanarak dolandırıcılık suçunu işler ise hem dolandırıcılık suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Resmi belgede sahtecilik suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Kamu görevlisin aynı suç işleme kararı ile birden fazla resmi belge düzenlemesi halinde zincirleme suç oluşacaktır. Gerçekten 5237 sayılı TCK md. 43/1 “mağduru belirli bir kişi olmayan” suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir⁶³³.

Resmi belgede sahtecilik suçunu işleyen fail, işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermesi halinde fikri içtima hükümleri gereği bu suçlardan ağır olanı ile cezalandırılacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunun 204/2 nci maddesinde yazılı kamu görevlisinin belgede sahtecilik suçu ile meydana getirdiği sahte belge 281/1 nci maddesinde yazılı suç delillerini değiştirmesini meydana getirmiş ise; burada hem 281 hem de 204/2 madde ihlal edilmiştir. Hal böyle olunca 44 ncü madde fikri içtima kuralı gereği daha ağır cezayı içeren resmi belgede sahtecilik suçundan ceza verilecektir. Bununla birlikte, 204 ncü maddenin 2 nci fıkrasının maddi unsurları arasında yer alan “ gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen” seçimlik hareketinin tatbikinde aynı zamanda başka bir suçun ihlali de meydana gelebilir. Şöyle ki; yetkili bir kamu görevlisi olan kolluk gücünün alenen sarhoş olarak yakaladığı kişinin kendisine hakaret ettiğini yalan yere zapta geçirirse, gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemek suretiyle resmi belgede sahtecilik suçu işlemiş olacağı gibi, 267 nci maddede yazılı iftira suçu da oluşmuş olacaktır. Burada tek fiil ve ihlal birden fazla farklı suçun oluşumu, yani fikri içtima kuralı gereği olduğundan en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır⁶³⁴.

⁶³³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2008, s.688

⁶³⁴ AYDİL Ertan, s.106

2.9.SUÇA ETKİ EDEN HALLER

2.9.1. Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Haller

5237 sayılı TCK 204. madde 3.fıkıradaki ispat gücü bakımından sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgeler üzerinde yapılacak olan sahtecilik eylemleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, suçun konusunu oluşturan resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, cezanın artırılması gerekir. Bir belgenin sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli bir belge olarak kabul edilmesi için, bir belgenin böyle bir güce sahip olup olmadığının saptanması için, kanunlarda bu hususu belirten bir hüküm bulunması gerekli sayılmıştır

Resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin olarak öngörülen diğer bir ağırlaştırıcı hal 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 12. Maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “Gümrük idarelerinde işlem görmediği halde işlem görmüş gibi herhangi bir belge veya beyanname düzenleyenler veya bu suçları bilişim yoluyla işleyenler hakkında Türk Ceza Kanununun evrakta sahtekarlık ve bilişim alanındaki suçlarla ilgili hükümlerinde belirtilen cezalar bir kat artırılarak uygulanır.” Gümrük idaresinde görevli kamu görevlisinin işlem görmediği halde işlem görmüş gibi herhangi bir sahte belge veya beyanname düzenlemesi halinde resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin ceza bir kat arttırılarak hükmolunacaktır

2.9.2.Cezanın Hafifletilmesini Gerektiren Nitelikli Hal

5237 sayılı TCK md. 211’e göre “Bir hukukî ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi hâlinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

Söz konusu cezayı azaltıcı nedenin uygulanabilmesi için, failin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacı ile hareket etmiş olması gerekir. İspat edilmek istenilen alacağın veya belgelenmek istenilen durumun gerçek ve sahih olması şart değildir, failin böyle olduğuna inanarak hareket etmiş olması yeterlidir. Aynı şekilde alacağın veya durumun sahih kanıtlarla kanıtlanamaz veya belgelenemez olması da gerekmez. Ancak bilerek gerçek olandan fazlasını kanıtlamak için sahte belge düzenlemek durumunda söz konusu hafifletici neden uygulanmaz⁶³⁵.

2.10.SUÇUN MUHAKEMESİ

2.10.1.Yaptırım

5237 sayılı TCK md.204/2. fıkrada yer alan yetkili kamu görevlisinin işlediği resmi belgede sahtecilik suçunun cezası üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Sahteciliğe konu olan belgenin maddenin 3. fıkrasında sayılan sahteliği sabit

⁶³⁵ TOROSLU, Nevzat, 2007,s.234

oluncaya kadar geçerli kabul edilen belgelerden biri olması halinde faile verilen ceza yarı oranında arttırılacaktır.

2.10.2.Muhakeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. Maddesi gereği kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçu, ağır ceza mahkemelerinin görev alanındadır.

Resmi belgede sahtecilik suçu 3628 sayılı Kanun kapsamında istisna tutulmadığından savcılık makamının bu suç bakımından takibat yapabilmesi için 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre izin alması gerekmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4483 SAYILI KAMU GÖREVLİLERİN YARGILANMASI HAKKINDA KANUN UYGULAMASI

1.Giriş

Devlet'in organik bir yapıdan ibaret olup, faaliyetlerini gerçekleştirmesi esnasında insan unsurunu oluşturan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin gücünden faydalanır. Devletin vatandaşlar ile temasında ilk etkileşim sahası yine memurlar ve diğer kamu görevlileridir. Yani devletin vatandaşlar nezdinde vücut bulan ilk hali memurlar ve kamu görevlileridir. Bu nedenle devlete yani değişen tabiri ile kamuya olan güvenin timsali olan kamu görevlilerince görevleri gereği işlenen suçlarda korunan hukuksal yararın toplumda, vatandaşlar nezdinde kamuya olan güven olduğu kabul edilmektedir. Normal bir vatandaş tarafından işlenen suça oranla daha anti sosyal nitelik taşıyan bu suçlar kanun koyucular tarafından daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır.

Ancak etkili, verimli, süratli ve saygın bir kamu yönetimi de toplumun vazgeçemeyeceği bir olgudur. Kamu yönetiminin hizmet görürken bunu memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yapacağı tabiidir. Bu noktada, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir. Bu sakıncaları gidermek, memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adli mercie intikal ettirilmesini ön gören sistemler geliştirilmiştir⁶³⁶.

Anayasa 129. madde 6 fıkrasına göre “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.” Anayasa ile getirilen bu düzenleme gereği kanunun gösterdiği idari merciinin izni olmadan memurlar ve kamu görevlileri hakkında işlediği iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılamayacak, izin olmadan memur ve kamu görevlileri yargılanamayacaktır.

Anayasa'nın 129. maddesine yer alan bu hükümden yola çıkarak kamu görevlilerinin soruşturma usullerini düzenleyen 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun çıkartılmıştır.

636 4483 sayılı kanun genel gerekçesi

1.1. Memurların Yargılanması Usulünde Sistemler

Kuvvetler ayrılığı ilkesinden yola çıkarak, kamu gücü, kamu hizmetine yön veren ilkeler ve korunan değerler, kamu hizmeti ilkelerini çiğnemenin doğurduğu zararlar, kamu personel anlayışı ve devletin genel kamu yönetimine ilişkin özel rejimi gözetildiğinde iki temel sistem karşımıza çıkmaktadır⁶³⁷.

1.1.1. Yargısal Güvence Sistemi

Bunlardan ilki yargısal güvence sistemidir. Bu sistemde memur hakkında suç isnadı halinde, bütün işlemler adli makamlarca yürütülmekte olup, memur normal bir vatandaşın farksız olarak soruşturmaya ve kovuşturmaya tabi tutulmaktadır. İdari makamların bu sürece hiçbir şekilde dalil olmaları söz konusu değildir. Bu sistem kuvvetler ayrılığının sert bir şekilde uygulandığı ve yargılama birliği sisteminin egemen olduğu İngiltere’de gelişmiştir. Yargısal güvenceden amaç; memurların yargılanmasını bağımsız organlara bırakmaktır. Bu sistemde memurlar, diğer kişiler gibi ceza hukuku anlamında suç teşkil eden eylemlerinden ötürü genel kurallar uyarınca adli makamlar tarafından yargılanır ve cezalandırılır. Türk hukuk ve ceza usulünde, bazı suçlar hariç Osmanlı Devleti dönemi dahil yargısal güvence sistemi hiç uygulanmamıştır⁶³⁸.

1.1.2. Yönetmel Güvence Sistemi

Bu sistemlerden ikincisi olan yönetmel güvence sisteminde; memur veya kamu görevlisi hakkında soruşturma ve/veya kovuşturma yapılması konusunda, memur veya kamu görevlisi yönetimin güvencesi altındadır. Bu sistem içinde, memur veya kamu görevlisi bir suç işlediği zaman onun soruşturulmasından, yargılanmasına kadar geniş yelpazede alt sistemleri barındırır⁶³⁹.

Bu sistemin dayanağını oluşturan hususlar şöyle açıklanabilir; memurların görevleri sebebiyle isledikleri suçlar nedeniyle doğrudan ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının azalmasına yol açabilir, memurlar kişilerle olan ilişkileri nedeniyle kin ve düşmanlıkla karşılaşabilirler, öte yandan kamu görevlilerinin sık sık ceza mahkemelerinin önüne çıkmaları devletin ve ulusun güvenliği açısından da sakıncalı olabilir, ayrıca memurların soruşturulması özel bir ihtisas gerektirir⁶⁴⁰.

Yönetmel güvence sisteminin uygulanma şekline göre üç alt sisteminden bahsedilebilir. Bu sistemler; yargılama, soruşturma ve izin sistemleridir.

637SELÇUK Sami, Memurların Yargılanması Hakkında , TSİASD Yayınları, 1997, s.18

638 AKKAN Tahir Murat, 4483 Sayılı Kanun’a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, Ankara, s.4

639 GÖKCAN / ARTUÇ, s.288

640 AKKAN Tahir Murat, s.4

1.1.2.1. Yargılama (Muhakeme) Sitemi

Bu sistemde hakkında suç isnadı bulunan memur/kamu görevlisi hakkında hem soruşturma hem de kovuşturma idare tarafından yapılmaktadır. Adli makamların herhangi bir müdahalesi olmadan hüküm kesinleşmesi safhasına kadar tüm yetkiler idari makamlara aittir.

1.1.2.2. Soruşturma (Tahkik) Sistemi

Bu sistemde soruşturma safhası hazırlık soruşturması (ön soruşturma) ve son soruşturma olarak ikiye ayrılmaktadır. Hakkında suç işlediği isnat edilen memur/kamu görevlisi hakkında hazırlık soruşturması idari makamlar tarafından yürütülür, tamamlanan hazırlık soruşturmasının sonucuna göre adli makamların olaya dahil olup olmayacağı karara bağlanır. Yani son soruşturma açılıp açılmamasına yönelik karar hazırlık soruşturması sonucunda idari makamlarca verilir.

1.1.2.3. İzin Sitemi

İzin sisteminde memurun göreve ilişkin suçundan dolayı hakkında adli soruşturmaya başlayabilmek idarenin iznine bağlanmıştır. Bu sistemde yasa koyucu bir eylemin açık duruşma önüne getirilip getirilmemesine ilişkin değerlendirme yetkisini bir mercie vermektedir. Mercii bu değerlendirme yetkisini, eylemi işlediğinden kuşulanılan kişinin kişiliğine göre değil yalnızca kamu yararı ölçütüne göre kullanacaktır. Kamu davasının açılmasının yararı açılmamasından daha çok ise buna izin verecek, tersi durumdaysa vermeyecektir. Kuşkusuz bu bir ceza yargılama koşuludur⁶⁴¹.

1.2.TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL SÜRECİ

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere Türk hukukunda yargısal güvence sistemi birkaç istisnai suç tipi haricinde hiçbir zaman uygulanmamıştır.

Türk hukukunda öncelikli olarak kabul edilen sitem yargılama sistemidir. Şöyle ki; Osmanlı Devletinde Tanzimat'tan sonra Meclis-i Valay-ı Ahkâm-ı Adliye (Şüray-ı Devlet) adıyla oluşturulan kurulun görevlerinden birisi de, memurların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçları soruşturmak ve ayrıca yargılama görevini ifa etmekte idi. Daha sonra 1855 tarihli Men-i İrtikâba Dair Cezaname Lahiyası adıyla çıkarılan bir kanunla, memurların şahsi suçları teminat dışı bırakılmıştır. Memur suçlarının soruşturulması ve memurların yargılanması konusunda ilk kapsamlı hukuksal düzenleme ise 1872 tarihli Memurin Muhakematı Nizamnamesi ile yapılmıştır. Bu nizamname ile memurların görevlerinden doğan suçlar nedeniyle haklarında uygulanacak usulü işlemler tespit edilmiş ve ayrıca Şurayı Devlet Nizamnamesi çıkarılarak memur suçlarının soruşturulması hakkındaki düzenleme Danıştay ile irtibatlandırılmıştır. Bu nizamnameye göre memurlar hakkında görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlar için son soruşturmanın açılmasına gerek

641 GÖKCAN / ARTUÇ, s.288

olup olmadığına yönelik bir tahkikat yapılması ve son soruşturmanın açılmasına gerek duyulması halinde ise bunun da idari makamlar tarafından yapılması öngörülmekte idi⁶⁴².

Ülkemizde yargılama sisteminden tahkikat sistemine yargı erkinin gelişmesi sonucunda 1913 yılında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile geçilmiştir. İdari makamlarca yapılan hazırlık soruşturması sonucunda hakkında son soruşturma yapılmasına karar verilmesi durumunda memur/kamu görevlisi adli makamlar önüne çıkarılmıştır.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat 86 yıl uygulandıktan sonra 14.12.1999 tarihinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun yayınlanması ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4483 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte izin sitemine geçilmiştir. Buna göre görevi sebebi ile suç işlediği iddia edilen kamu görevlisinin adli makamlar önüne çıkarılabilmesi için hakkında yetkili idari mercilerce verilmiş bir izinin bulunması gerekmektedir.

Anayasa 129/6. fıkra “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır” ve 657 sayılı DMK 24. madde “Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.” hükümleri mevzuu hukukumuzda izin sisteminin yasal dayanaklarıdır.

Ülkemizde kamu görevlilerinin özel yargılama usullerine tabi tutulması tarihsel bir sürece dayanmakla birlikte, bu sistemler zaman içinde eleştire de maruz kalmıştır. Bu eleştirile değinmeden kısaca belirtelim ki; bu eleştirilerin özü hukuk devleri ilkesinin alt ilkeleri olan kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargılama birliği ilkesine dayanmaktadır. Yargı birliği prensibinde asıl sorun, yargılama mercilerinin bağımsızlıklarında toplanmaktadır. Çözülecek uyuşmazlığın-yargılamanın farklı, mahiyetine göre ayrı ayrı makamlar tarafından (ihtisas mahkemeleri) ayrı ayrı yargılama kurallarına göre yerine getirilmesi mümkün olmakla birlikte, yargılama makamlarının bağımsızlıklarının sağlanması önde gelen bir zorunluluktur. Anayasa ile hüküm altına alınan yargı bağımsızlığının, yargı organlarının tarafsızca çalışmalarına olanak sağlandığı ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini sağlandığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle yargı makamları dışında idareye yargı niteliğinde faaliyet gösterecek yollar açılması⁶⁴³ veya yargı organının olaya el atmasının önünü kesebilecek yetkilere idarenin sahip olması hallerinde bazı sakıncalı durumlar doğması söz konusu olabilecektir.

Öncelikli olarak belirtelim ki, gerek MMHK gerekse de 4483 sayılı kanunlarla uygulanan yönetsel güvence sistemleri Anayasa mahkemesi tarafından yargılamanın

642 İĞDELER Serdar, 4483 Sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, www.erdemli.gov.tr/dosyalar/.../4483sayili_kanun_acikklamalari.doc, Erişim Tarihi: 09.02.2011, Saat:11.30, s.1

643 CEYLAN Sedat, Memurun Muhakematı Kanunu Uygulamaları, Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı Eğitim Seminer Çalışmaları

bağımsızlığı ilkesine aykırı bulunmayan bir husus⁶⁴⁴ olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu⁶⁴⁵ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları⁶⁴⁶ aynı yönde değildir. Bu kararlar gereği memur yargılaması rejiminin yargılamanın bağımsızlığına aykırılık teşkil ettiği hususunda ülkemiz tazminatlar ödemek yükümü altında kalmıştır⁶⁴⁷.

Fakat şu husus da yadsınamaz bir geçektir ki; ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi ile paralel olarak farklı şekillerde uygulansa da her zaman yönetsel güvence sistemi varlığını korumuştur. Bu husus yargı erkinin güçlenmesi ile de ilgilidir. Ülkemizde bir ihtiyacın sonucu olarak doğan yönetsel güvence ilkesi hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ilkeler ile birlikte yargısal birlik yolunda yargı erkinin güçlenmesi ile paralel ihtiyacını kaybedecek ve yargısal güvence sistemine yerini bırakabilecektir. Tahkikat sistemini öngören MMHK'un 90 yıla yakın süre uygulanması göz önünde bulundurulunca, hukuk devleti ilkesine daha çok yaklaşan izin sistemini öngören 4483 sayılı Kanun ülkemiz şartlarında bir süre daha ihtiyaç gereği uygulanmaya devam edecektir diyebiliriz.

Bu gün sadece 4483 sayılı Kanun ile değil, cumhurbaşkanı, bakan, milletvekili, yüksek mahkeme üyeleri, hakim, savcı, noter, yüksek öğretim elemanı , asker..vs sıfatları nedenleri ile yönetsel güvence altında olan tüm kişilerin yargısal birlik sistemi içerisinde sıfatlarına dayalı güvence zırhını bir kenar bırakmaları yine hukuk devleti ilkesi ve alt ilkelerinde düğümlenen bir sorundur.

2.4483 Sayılı Kanunun Amacı

4483 sayılı Kanun 1. maddesinde yasanın amacı “Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.” şeklinde ifade edilmiştir. Gerçekten de Anayasa 129. madde 6 fıkra hükmü karşısında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza doğrudan yargılanmaları Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Özellikle 1913 tarihli Memurun Muhakematı Hakkında Kanun'un getirdiği sistemlerdeki soruşturmanın çokluğu ve bu aşamalarda görev alanlarının yetersizliği sebebi ile soruşturmanın uzaması ve sürüncemede kalmasına neden olmakta, bazen de bu süreçte zamanaşımının dolması nedeni ile suçun cezasız kalmasına yol açmakta idi. Aynı kanun konu ve kapsam yönünden de sakıncalar taşımakta idi. Bu sakıncalar, görev sırasında işlenen ancak görevle ilgisi bulunmayan suçların da bu Kanun kapsamında bulunması nedeni ile belirtilen suçlar hakkında adli mercilere doğrudan soruşturma yapılmasına olanak verilmemesi ve kanunun memuriyet statüsünde bulunmayan kişilere de teşmil etmesi nedeni ile çok geniş bir personel grubunu sistemin içine dâhil etmesi ⁶⁴⁸... şeklinde açıklanmaktaydı.

644 Anayasa mahkemesi, 07.02.1967, E.1967/4-5, Anayasa Mahkemesi, 27.02.1992, E.1991/29, K.1992/42

645 Avrupa insan hakları komisyonu 30.10.1997 tarihli rapor

646 Avrupa insan hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli kararı

647 AKYILDIZ Ali, Memur Yargılamasında İdari Süreç, GÜHFD, Haziran-Aralık, 2001, C.V., s.167

648 4483 sayılı kanun genel gerekçesi

Bu sakıncaları gidermek amacı ile MMHK döneminde memuriyet görevinden doğan veya memuriyet görevinin yapılması sırasında işlenen suçlar kapsamda iken 4483 sayılı Kanun'un kapsamı görev sebebi ile işlenen suçlar olarak daraltılmış ve bu husus yasanın amacı içerisinde belirtilmiştir. Yasanın genel gerekçesinde de açıklandığı gibi görev sırasında işlenen ancak görev ile ilgisi bulunmayan suçların yasa kapsamından çıkarılması, amacın memurla işledikleri iddia olunan suçlar nedeni ile bir zümre, bir sınıf olarak imtiyaz tanınmaması olduğu ve sağlanan güvencenin şahsi olmayıp memurluk görevi bakımından olduğu hususunu pekiştirmiştir. Yani yetkisiz olarak görev ile ilişkisi bulunmayan bir fiil işleyen memur veya diğer kamu görevlisinin eylemi, görev sırasında işlenmiş olmasına rağmen genel hükümlere göre soruşturulacaktır. Bu nedenle soruşturma konusu her somut olayda memur veya diğer kamu görevlisinin gerçekleştirdiği eylemin görevine dahil olup olmadığı araştırılacaktır⁶⁴⁹. Bu saptamanın yapılması ve isnat olunan suç iddialarının idarece araştırılmasında 4483 sayılı Kanun öninceleme esasını getirmiştir. Kamu yönetimini zaafa uğratmadan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebi ile işledikleri iddia olunan suçlarda yargılama aşamasına geçilmeden yapılacak soruşturmanın basit, etkili, ve süratli biçiminde işlemlerini sağlamak ve suçların cezasız kalmasını engellemek amacı ile Yasanın hazırlandığı⁶⁵⁰ ifade olunmuştur.

Kısaca 4483 sayılı Kanunla getirilen sistemin iki amacı gerçekleştirmeyi hedeflediğini, bunlardan birinci amacın memurların sadece görevleri dolayısıyla işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargı önüne çıkarılmadan önce, konuyu bilen, idarenin gerçeklerini bilen, memurun psikolojisini bilen bir denetim elemanı veya elemanları yahut da o memurun çalıştığı dairede, ondan daha üst sıfatlarla çalışanlar tarafından bir inceleme yapılmasını sağlamak olduğunu, yani ceza kavuşturması açılmadan önce idare tarafından yapılacak ön incelemeye göre karar verilmesi esasının getirildiği ikinci amacın ise, gerçekten suç işlediği anlaşılan memurun en kısa zamanda yargı önüne çıkarılmasını ve suç işlemişse mahkûm edilmesini, işlenmediği anlaşılabilecek olursa aklanmasını sağlamaktır⁶⁵¹.

3.4483 Sayılı Kanunun Uygunla Alanı

4483 sayılı Kanun 2. maddesi “Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.” şeklinde yasanın kapsamını açıklamıştır. 2. maddede belirtilen kapsamı incelememizde üç ana başlık altında incelemeye çalışacağız.

3.1.İstihdam Eden Bakımından Kapsamı

4483 sayılı Kanun 2. maddesinde Kanunun istihdam eden bakımından “Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini” kapsadığı ifade edilmiştir. Yani bir kişi hakkında 4483 sayılı

649 ELİŞ Yavuz, KABİL Ali, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama şartları, Ön inceleme Usul ve Esasları, s.3

650 4483 sayılı Kanun genel gerekçesi

651 ELİŞ / KABİL, s.3

Kanunun uygulanabilmesini için onun Devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak görev yapıyor olması gerekir.

Devlet veya bir kamu tüzel kişiliğine bağlı olarak görev yapmayan fakat özel bir yasa hükmü gereği cezai sorumluluğu bakımından kamu görevlisi sayılan kişiler bu nedenle 4483 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyecek, bu kişiler her ne kadar cezai bakımdan kamu görevlisi sayılsalar da genel hükümlere göre yargılanacaklardır.

Şu halde 4483 sayılı Kanun 2 tür istihdam eden öngörmektedir; “devlet ve diğer kamu tüzel kişileri”. Bunlardan devlet; yasama, yürütme ve yargı erklerinden oluşmaktadır. Türk idare hukukunda devlet; yaygın olarak merkezi idare veya genel idare olarak da tanımlanan, merkezi idareyi ve taşra teşkilatını da içine alan tek bir tüzel kişiliği ifade eder. Şu halde yasama, yürütme yargı erklerinin merkez ve taşra ayrımı olmadan hiyerarşik her kademesinde görev yapan kişiler devlet tüzel kişiliği altında çalışmaktadır.

Kanunun 2. maddesinde ifade edilen diğer istihdam eden ise “diğer kamu tüzel kişileridir”. Anayasa md. 123 hükmüne göre; Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.

Belirtelim ki devlette bir kamu tüzel kişisidir. Şu halde 2. maddede kullanılan diğer kamu tüzel kişileri kavramı, devlet tüzel kişiliği yani genel idare dışında kalan kuruluşları nitelerek için kullanılmaktadır. Örnekleme gerekir ise; belediyeler, il özel idaresi, köyler, Türkiye Amme İdaresi Enstitüsü, Vakıflar Genel Müdürlüğü... gibi.

Ülkemizde kurulan kamu tüzel kişileri incelendiğinde bir kısmının kamu hukuku kurallarına göre bir kısmının ise özel hukuk kurallarına göre yürütüldüğü⁶⁵² görülmektedir. Bu nedenle kamu hukuku kurallarına göre yönetilen kamu tüzel kişileri ile özel hukuk hükümlerine göre yönetilen kamu tüzel kişilerinin 4483 sayılı Kanun kapsamında istihdam eden sıfatlarının farklı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki; kamu görevlilerine bünyesinde çalıştıkları kuruma uygulanan hukuk kuralları uygulanır. Kamu tüzel kişiliğine kamu hukuku kuralları uygulanıyor ise kurum bünyesinde çalışan kamu görevlilerine de kamu hukuku kuralları uygulanacaktır. Eğer kamu tüzel kişiliği özel hukuk hükümlerine göre yönetiliyor ise kurum bünyesinde çalışan kamu görevlilerine de özel hukuku kuralları uygulanacaktır. Bu kuralın uygulanması durumunda özel hukuk hükümlerine göre yönetilen kamu tüzel kişileri 4483 sayılı Kanunun belirttiği istihdam eden kapsamında kabul

652Ülkemizde özel hukuk kurallarına yönetilen kamu tüzel kişilerinin büyük bölümü Kamu iktisadi teşekküllerinden müteşekkildir. Örneğin; , Türkiye Petrolleri A.O., Devlet Malzeme Ofisi, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu, Devlet Demir Yolları, PTT Genel Müdürlükleri gibi. Kamu iktisadi teşekküllerine ilave olarak Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu, Maden Tetkik Araştırma Enstitüsü Türkiye Bilimsel Ve Teknik Araştırma Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü, , Atatürk Orman Çiftliği gibi kuruluşlar da özel hukuk hükümlerine göre yönetilen kamu kuruluşlarıdır.

olunamayacaktır⁶⁵³. Meğerki kurumların kanunlarında aksini öngören bir düzenleme olmasın⁶⁵⁴.

3.2.Kişi Bakımından Kapsamı

Kanun'un 2. maddesinde kişi bakımından kapsamı olarak memur ve diğer kamu görevlileri kavramları kullanılmıştır. Ancak memur ve ya kamu görevlisi sıfatı başlı başına 4483 sayılı Kanuna tabi olmak açısından yeterli olmamakta, memur ve kamu görevlisinin devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idari esaslara göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memur veya kamu görevlisi olması gerekmektedir. Şu halde 4483 sayılı Kanun kapsamındaki memur veya kamu görevlisi sıfatlarını açıklamaya geçmeden önce kamu hizmeti, genel idari esaslar ve asli ve sürekli görev kavramlarını açıklamakta fayda vardır.

3.2.1.Kamu Hizmeti

Anayasanın 128. maddesi ve 4483 sayılı Kanun “kamu hizmeti” kavramını kullanmaktadır. Ancak idare hukukunda devletin faaliyetlerini tanımlar iken kullanılan tek kavram kamu hizmeti kavramı değildir. Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları çoğu zaman birlikte ya da 4483 sayılı Kanun da olduğu gibi ayrı ayrı kullanılmaktadır. Örneğin 765 sayılı ETCK’da kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları birlikte kullanılmasına rağmen bu iki kavramın farkı ortaya koyulmuş değildir. Kavramlar arasındaki fark uygulamada şu şekilde ortaya çıkmıştır;

Kamu görevi, Devletin devlet olarak gerçekleştirmekle zorunlu olduğu ve kamu hukuku kurallarına göre kamu kudretinin kullanarak yaptığı etkinliklerdir. Savunma, güvenlik, yargılama gibi. Kamu hizmeti ise, Devlet ve diğer kamu hukuku tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimi ve denetimi altında genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı ve kamu çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulan sürekli ve düzenli faaliyetler olarak tanımlanmıştır. Kamu hizmeti, Devlet ikincil nitelikteki faaliyetlerdir⁶⁵⁵.

4483 sayılı Kanun kamu hizmeti kavramını esas alarak memur ve diğer kamu görevlilerinin kapsam dahilinde olmaları için kamu hizmetinde çalışmaları koşulunu öngörmektedir. Şu halde kapsam dahilinde olmanın birinci koşulu kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görevlendirilmiş olmaktır. Ancak kamu hizmeti gören herkes idare hukukuna

653GÖKCAN / ARTUÇ s.298

654 Örneğin; idare hukukuna göre memur, ceza hukukuna göre de kamu görevlisi sayılan esas görevleri, devletin amacı gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu sosyal güvenliği sağlamaya yönelik kurumların personelleri 4483 sayılı yasa da açık hüküm bulunmaması nedeni ile kapsam dışında tutulmuş idi. Ancak uygulamanın bu yanlışlığını gidermek amacı ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Yasası ile bu kurumların personellerine 4483 sayılı yasanın uygulanacağı açık hüküm altına alınmıştır.

655 İGDELER Serdar, s.6

göre memur sayılamazlar. İdare hukukuna göre kişinin memur sayılabilmesi için kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir⁶⁵⁶.

Şunu da belirtelim ki yukarıda yapılan tanımlar Ceza hukukuna göre yorumlanmış tanımlardır. İdare hukukunda, Ceza Kanununda olduğu gibi kamu hizmeti-kamu görevi ayrımı yoktur. Bilâkis, kamu idarelerine verilen kamu görevlerinin, bu idarelerce yerine getirilmesi faaliyetlerine kamu hizmeti denmektedir. Diğer bir ifadeyle, kamu hizmeti, idarenin kamuya sunduğu ikinci derecede kamu görevlerinin adı olmayıp, bütün kamu hizmetlerinin adıdır. O hizmeti sunanlara kamu görevlisi, onların görevlerine de kamu görevi denirse de, yapılan faaliyetin genel adı kamu hizmetidir⁶⁵⁷.

3.2.2.Genel İdari Esaslar

Hukukumuzda kanunlarda kullanılmasına rağmen tanımı yapılmayan diğer bir kavram da genel idari esaslar kavramıdır.

Doktrine göre bu kavramdan anlaşılması gereken “kamusal yönetim biçimi” dir. Kamusal yönetim usulleri ise kamu gücünü kullanarak idari işlemler yapabilme ve karar alabilme yetkisini ifade eder. Bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, kamu gücü kullanılarak idari işlemler yapılabilir ise o hizmet genel idari esaslara göre yürütülüyor demektir⁶⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi genel idari esaslar kavramını açıklamamakla birlikte, devletin temel araç ve görevlerini yerine getirir iken bu esasları göz önünde bulundurması gerektiğini vurgulayan kararlar vermiştir⁶⁵⁹.

3.2.3.Asli Ve Sürekli Görevler

Anayasanın 128. maddesine göre Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

İdare hukuku anlamında bir idari faaliyet ya da kamu hizmeti, bu faaliyet ya da hizmetin yürütülmesi için gerekli çeşitli görevlerin yerine getirilmesi ile mümkündür. İşte bir idari faaliyet ya da kamu hizmetinin yürütülmesi için yerine getirilmesi gerekli olan görevlerden ancak asli ve sürekli nitelikte olanlar kamu görevlileri tarafından yerine getirilecektir. Kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması

656 ÇAĞLAYAN Ramazan, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme, AÜHFD, C.VII, S. 1-2, s.112

657 AKYILDIZ Ali, s.180

658 ÇAĞLAYAN Ramazan, s.112

659 Anayasa Mahkemesi 9.2.1993 gün ve E:92/44, K:93/7 sayılı kararında; İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu, idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden ve yerinden yönetim esaslarına göre yürütüleceği, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi gerektiği, idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu, dolayısıyla “genel idare esasları” kavramının, Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirirken, bu esasları göz önünde bulundurması gerektiğini ifade ettiğiilmektedir.

gereken ise, o görevin bir kadroya bağlanmış olmasıdır. Dolayısıyla, kamu görevlisi kamu hizmetine ilişkin bir kadro ile bütünleşmektedir⁶⁶⁰.

3.2.4.5237 Sayılı TCK'nın Kamu Görevlisi Tanımı Karşısında 4483 Sayılı Kanun'un Durumu

Daha önce kamu görevlisi başlığı altında açıkladığımız üzere 5237 sayılı TCK, 765 sayılı ETCK'nın aksine memur ve kamu hizmetlisi kavramlarını terk ederek kamu görevlisi kullanmış ve kişinin kamusal faaliyete herhangi bir surette katılmasını kamu görevlisi sayılma bakımından yeterli görmüştür.

Bu değişiklikten sonra 765 sayılı ETCK karşısında kişi yönünden kapsamını daha iyi bir şekilde çizen bir kanun olan 4483 sayılı Kanunun, 5237 sayılı Kanun'a oranla kişi bakımından kapsamı daha dar olarak kalmıştır. 5237 sayılı Kanun başka herhangi bir şart öngörmeden kişinin kamu görevlisi sayılması bakımından herhangi bir suretle kamusal faaliyete katılmasını yeterli görür. Kişinin idare ile organik bağ içinde olmasına gerek yoktur. 4483 sayılı Kanun ise kişi yönünden kapsamını memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak belirlemiş ve bunları devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin genel idari esaslara yürüttükleri kamu hizmetlerine asli ve sürekli olarak katılıma şartlarına tabi kılmıştır, idare ile mutlak olarak bir organik bağ aramıştır.

Bu durumda ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılan ve cezası bu nedenle nitelikli hal kapsamında olan kişinin 4483 sayılı Kanun kapsamına dahil olmaması gibi sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Sorun temelinde 4483 sayılı Kanunun kişi yönünden tanımının ceza hukukuna mı göre belirleneceği yoksa idare hukukuna göre mi belirleneceği noktasında düğümlenmektedir.

Bu konuda bir görüş 4483 sayılı Kanun açısından 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi tanımının uygulanması gerektiğini dile getirir. Bu görüşe göre 4483 sayılı Kanun; ceza kanunu ve diğer kanunlarda islenen suçların faillerini dikkate alarak suçun soruşturulmasında CMK'da öngörülen soruşturma usullerinden ayrılarak bir takım ek veya farklı koşullar öngörmektedir. Ancak 4483 sayılı Kanun uygulama alanı ceza kanunundaki ve özel ceza kanunlarındaki suç tanımlarında belirlenen kamu görevlisi sıfatına sahip faile ilişkin düzenlemelerde kendini göstermektedir. Yani ceza kanunundaki ve diğer özel ceza kanunlarındaki suç tanımlarında fail kamu görevlisi olarak tanımlanmışsa 4483 sayılı Kanun uygulanacaktır. Aksi takdirde bu Kanunun uygulanması söz konusu olmayacaktır. Demek oluyor ki ceza kanunundaki kamu görevlisi ile ilgili tanım, 4483 sayılı Kanun açısından da bağlayıcıdır. Bu açıdan 5237 sayılı TCK 6. maddesindeki kamu görevlisi ile ilgili tanım 4483 sayılı Kanunun 1. maddesi içinde bağlayıcıdır. Bu nedenle yukarıda yapılan 5237 sayılı

⁶⁶⁰ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2004, s. 519

TCK’da kamu görevlisine ilişkin açıklamalar 4483 sayılı Kanun içinde geçerlidir. Burada önemli olan failin Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi olup olmadığıdır⁶⁶¹.

Kanaatimizce bu görüş kamu görevlisi olmanın külfetlerine katlanmak ile nimetlerinden yararlanmak ilişkisi içerisinde hakkaniyet düşüncesine en çok yaklaşan fikirdir. Kamusal faaliyete herhangi bir şekilde katılan bir kişinin örneğin; idare ile hiçbir şekilde istihdam bağı içerisinde olmayan şahitlerin, kamu görevlisi sayılması ve bu görevleri ile ilgili işledikleri suçlar bakımından cezalarının ağırlaştırılması karşısında, genel idari esaslara göre asli ve sürekli nitelikte kamu hizmetine katılımı olmayan bu kişilerin 4483 sayılı Kanun güvencesi kapsamı dışına çıkarılması hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır. Önemli olan kamusal faaliyete her hangi bir şekilde katılımdır. Yoksa bu katılımı asli, tali şeklinde derecelendirmek değildir.

Ancak bu görüş uygulamada ve doktrinde çoğunlukla kabul görmemektedir. 4483 sayılı Kanun’un bir ceza usul kanunu değil, idari usul kanunu olduğunu ve bu nedenle bu kanunda kullanılan kavram ve terimlerin idare hukukuna göre yorumlanması gerektiğini savunan yazarlar çoğunluktadır. Bu görüşün temel dayanak noktalarından bir şudur ki; 4483 sayılı Kanunun amacı, genel olarak kamu hizmetlerinin aksamaması için memurlara bir güvence olarak soruşturmaya başlanabilmesinde “izin” sisteminin geçerli olmasıdır. Burada izin vermeye yetkili olan merciler de kural olarak idare hukuku bakımından amir konumundadır. Bu yüzden 4483 sayılı Kanunun kapsamı belirlenirken, idare hukukunun memur tanımının kabul edilmesi daha uygun bir çözüm olur. Caza kanunun tanımı kabul edilecek olur ise izin sisteminin işlemei bazen mümkün bile olmayabilir. Örneğin; ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olan şahitlerin görev suçlarından dolayı soruşturma izni kararını kimler verebilir⁶⁶²?

Yargı organının bu tartışma konusuna ilişkin görüşü Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2006 tarihli bir kararında⁶⁶³ şu şekilde somutlaşmaktadır. “TCK’nın 6/c maddesi gereğince kamusal faaliyete katılanlar kamu görevlisi olarak nitelendirilmiş ise de bu düzenleme maddi ceza hukuku ile ilgili olup, soruşturma yöntemi açısından 4483 sayılı Kanuna bir göndermede bulunulmadığından... Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı mülga Kanun döneminde olduğu gibi 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki uygulamalar bakımından da bu durumun değişmeyeceği gözetilmeden verilen kararın kanun yararına bozulmasına...”

Şu halde çoğunlukta ve Yargıtay tarafından da kabul gören görüşe göre 4483 sayılı Kanun bakımından memur ve diğer kamu görevlisi kavramları idare hukukuna göre belirlenecek, kişi TCK kapsamında kamu görevlisi sayılsa dahi devlet ve ya diğer kamu tüzel kişisi ile organik bir bağ olmadan, genel idari esaslara göre bir kamu hizmetine asli ve sürekli olarak katılmıyor ise 4483 sayılı Kanun kapsamında sayılamayacaktır.

⁶⁶¹ ZENGİN Raşit, Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Isparta, 2006, s.53

⁶⁶² ÇAĞLAYAN Ramazan, s.115

⁶⁶³ 05.12.2006, E.2081, K.17292

3.3.Konu Bakımından Kapsamı

4483 sayılı Kanunun konu bakımından kapsamı 2. maddede “ Bu kanun ...görevleri sebebi ile işledikleri suçlar hakkında uygulanır.” şeklinde çizilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere 4483 sayılı Kanun görev sırasında işlenen suçları MMHK’ dan farklı olarak kapsam içerisine almamış, suçun niteliği açısından daha dar bir kapsam belirlemiştir. Zira MMHK’un görev sırasında işlenen suçları görevle ilgisi olmasa dahi kapsam içerisinde sayan hükmü –elbette halı olarak- onun en çok eleştirilen yönlerinden idi⁶⁶⁴. Şu halde görev sebebi ile işlenen suç ve görev sırasında işlenen suç kavramlarını açıklamakta fayda vardır.

3.3.1.Görev Sırasında İşlenen Suç

Görev sırasında işlenen suç; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.1964 gün ve 223/219 sayılı kararında tanımlanmıştır. Kararda, Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri belirlenmiş çalışma saatleri içinde ve yerlerinde bulundukları sürece görevli sayılacakları, bu sırada işledikleri suçların görev sırasında işlenmiş suç sayılacağı, ancak mevzuatça belirlenen usul ve esaslar dışında işledikleri suçların görev sırasında işlenmiş suç olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile görev sırasında işlenen suç, anlamından da anlaşılacağı üzere görev yapıldığı sırada işlenen suçtur, işlenen suçun görevle ilgisi aranmaz, sadece görev yerinde ve görev zamanında işlenmiş olması yeter sebeptir.

Görev sırasında işlenen suçlar, memurlar ile memurlar dışındaki herkes tarafından işlenmesi mümkün olan suçlardır. Bu tür suçlara örnek vermek gerekir ise, bir memurun görevi sırasında herhangi bir nedenle iş sahiplerine ya da diğer memurlara hakaret etmesi veya müessir fiilde bulunmasını ifade edebiliriz. Bu hallerinde memurun görevi dışında bir şahsa hakaret etmesi ya da müessir fiilde bulunması gibi kabul edilerek hakkında genel hükümler uygulanacaktır. Böylece 4483sayılı Kanunun suç kapsamı daraltılmıştır⁶⁶⁵.

3.3.2.Görev Sebebi İle İşlenen Suç

Görev sebebi ile işlenen suç; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin memuriyet görev ve işlemlerinin yapılması ya da yapılmaması nedeniyle işlenebilen suçlardır.

Suçun memuriyete mahsus yerde veya çalışma saatleri içinde işlenmesi şart değildir. Önemli olan suçun görevden kaynaklanması, hizmetle ilgisi olması ve memurun yetkilerini kullanması veya kullanmaması yoluyla işlenmesidir. Bu tür suçlar ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından işlenebilir⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ AKYILDIZ Ali, s.71

⁶⁶⁵ İĞDELER Serdar, s.2

⁶⁶⁶ İĞDELER Serdar, s.2

Yargıtay tarafından kamu görevlisinin görev yaptığı sırada işlediği taksirli suçların “görev nedeni ile” işlendiği ve soruşturma izini gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶⁷. Bu taksirli suç hallerinde izin almadan yargılamaya başlanması halinde Yargıtay mahkemenin durma kararı vermesini⁶⁶⁸ ve izin alınarak yargılamaya devam olunması gerektiğini kabul etmektedir.

3.4.Özel Hükümler Gereği 4483 Sayılı Kanun Kapsamında Olanlar

Kanun koyucu 4483 sayılı Kanun kapsamında olmayan kişileri özel hükümler öngörerek Kanun’un uygulama alanına dahil etmiştir.Bu özel hükümler bizzat 4483 sayılı Kanundan kaynaklanabileceği gibi, diğer özel kanunlarda da bu yönde düzenlemeler bulunabilmektedir.

Büyükşehir belediye başkanları, il, ilçe ve belde belediye başkanları ile tüm belediye memurları, belediye meclis üyeleri ve belediye encümen üyeleri; il genel meclis üyeleri; köy muhtarı ve ihtiyar heyeti üyeleri mahalle muhtarları, TBMM Jandarma personeli, Milli Piyango personeli, Özel idare personeli, Emniyet teşkilatı mensupları, Çarsı ve mahalle bekçileri, Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli, müftüler, KİT genel müdür ve yönetim kurulu üyeleri görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlarının soruşturulması usulünde, özel hükümler gereği 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabidirler⁶⁶⁹.

3.5.4483 Sayılı Kanun Kapsamına İlişkin İstisnalar

Kanun koyucu 4483 sayılı Kanunun kapsamında istisnalar öngörebilmektedir. Bu istisnaların bazıları suçun niteliğini hedef alırken yani konuya getirilmiş bir istisna niteliğinde iken bazıları ise suç failinin sıfatına yönelik istisnalar teşkil etmektedir. Yine bu istisnaların bazıları bizzat 4483 sayılı Kanunda sayılmakta iken bazı suç tipleri için özel yasalarda öngörülmüştür.

3.5.1. Suç Konusuna İlişkin İstisnalar

Suçun konusuna ilişkin istisnalardan bazıları bizzat 4483 sayılı Kanunda sayılmış iken bazı istisnalar diğer yasalarda belirtilmiştir. Bu istisnalardan bazıları genel hükümlere tabi iken bazıları için özel soruşturma usulleri öngörülmüştür.

3.5.1.1. 4483 sayılı Kanunda Belirtilen İstisnalar

Kanun 2. maddesinde; suçun niteliği yönünden kanunlarda yer alan özel soruşturma usulleri varsa, görev ve sıfatları gereği özel soruşturmaya tabi olanlar hakkında, disiplin hükümleri uygulandığında, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin varlığında, açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmektedir.

⁶⁶⁷ Y. 9.C.D. 11.10.2005, 2923/7289, Y.C.D., 21.11.2007, 9909/8443,

⁶⁶⁸ Y.9.C.D., 12.02.2007, 4721/9156

⁶⁶⁹ ZENGİN Raşit, s.60

Yine Kanun'un 15. maddesi uyarınca ihbar veya şikayetin kişiyi mağdur etmek amacıyla ve uydurma bir suç isnadı sureti ile yapıldığı soruşturma ve yargılama sonucunda anlaşılır ise haksız isnatta bulunalar hakkında 4483 sayılı Kanuna tabi olup olmadıklarına bakılmaksızın Cumhuriyet Başsavcılığınca resen soruşturma açılacağı öngörülmektedir.

3.5.1.2.Özel Yasalarda Belirtilen İstisnalar Ve Özel Soruşturma Usulleri

Aşağıda sayacağımız suçlar 4483 sayılı Kanun kapsamında olmayıp bu suçlardan bazıları için özel soruşturma usulleri Yasa koyucu tarafından öngörülmüştür. Bu suçlara; Sıkıyönetim Kanunu kapsamına giren, İcra ve İflas Kanunu 357. madde de yer alan, Atatürk aleyhine işlenen, seçim, CMK md. 250 kapsamında kalan, C. Savcısına ve mahkemeye bilgi vermemeyi konu edinen, Çocuk Koruma Kanunundan doğan görevlerle ilgili olan, 3816 sayılı Kanunda yer alan gerçeğe aykırı yeşil kart alınması, düzenlenilmesi veya böyle bir karttan yararlanılması suçları, müfettiş ve muhakkikin ihbar görevini yapmaması ve 3628 sayılı Kanunda düzenlenen suçlar örnek olarak sayılabilir.

3.5.2.Fail Sıfatına İlişkin İstisnalar

Aşağıda yer alan kişilerin görev sebebi ile bir suç işlemeleri halinde bunlar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Kişinin sıfatından kaynaklanan bu istisnalardan bazıları Anayasadan kaynaklanmaktadır, örneğin; Cumhurbaşkanı, TBMM üyeleri, başbakan ve bakanlar, hakimler ve savcılar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.

Kişinin sıfatından kaynaklanan istisnalardan bazıları ise özel kanunlarla öngörülmüştür. Özel kanunları gereği 4483 sayılı Kanun kapsamında yer almayan kişilere örnek olarak; TSK mensupları, üniversite öğretim üyeleri, YÖK personeli, Anayasa mahkemesi başkan ve üyeleri, Yargıtay başkan ve üyeleri, Danıştay başkan ve üyeleri, Sayıştay başkan ve üyeleri sayılabilir.

Yine 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanuna göre görevlendirilenler, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu mensupları, Rekabet Kurumu personeli, müftüler dışındaki din görevlileri, KİT personeli, TRT personeli, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlar personeli, kendi kanunlarında 4483 sayılı Kanun'na tabi olacaklarına dair hüküm bulunmadığından görevleri nedeniyle isledikleri iddia edilen suçlardan dolayı genel hükümlere göre soruşturulacaklardır. Bu kişiler hakkında da 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

4.Soruşturma İzni Vermeye Yetkili Merciler

Soruşturmaya izin vermeye yetkili merciler 4483 sayılı Kanun'un 3. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır.

Öncelikli olarak belirtelim ki “soruşturma izni verme yetkisi” İdarece yapılan “ön inceleme” sonucunda iddia edilen suçun işlediği kanaati üzerine ilgili memur ve diğer kamu

görevlileri hakkında ilgili Cumhuriyet başsavcısına, CMK hükümlerine göre “soruşturma” yapmasına izin verme ya da vermeme yetkisidir⁶⁷⁰.

4483 sayılı Kanunun 3. maddesinde, hangi memur ya da kamu görevlisi için hangi merciin soruşturma izni vereceği ayrıntılı olarak belirtilmiş, ayrıca bunların yokluklarında izin yetkisinin vekilleri tarafından kullanılacağı öngörülmüştür. Kanunda izin mercileri sıralanırken, yetkiyi kullanacak belli unvanlara sahip kişilerden söz edildiğinden, yetkili kişilere bağlı münhasır yetki olduğu kuşkusuzdur⁶⁷¹. Kişiye bağlı bu yetkinin de bizzat kullanılması zorunludur. Mercilerin bu yetkiyi başkasına veya astlarına devretmesi söz konusu değildir. Örneğin, Bakanlar, Müsteşarlarına; Valiler, Vali Yardımcılarına ve Kaymakamlarda astlarına bu yetkiyi devredemezler⁶⁷².

Kanunun 3. maddesinde, yetkili merciin saptanmasında memur veya diğer kamu görevlisinin suç tarihindeki görevinin esas alınacağı belirtilerek memur ya da diğer kamu görevlisinin suçun işlendiği tarihte fiilen görevli olduğu yerin yetkili merciinin soruşturma izni verilmesi sağlanmış, böylece işlendiği iddia edilen bir suçtan sonra yer veya görev değişikliği sebebiyle izin mercii konusunda çıkması olası sorunların önlenmesi yoluna gidilmiştir⁶⁷³.

Kanun’un 3. maddesinde yer alan bu yetkili mercilerin tamamını sayma yoluna gitmeden Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün örgütlenmesi açısından önem taşıyan mercileri saymakta fayda görüyoruz.

Kaymakam; İlçede bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri hariç diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memur ve diğer kamu görevlileri, ilçe belediye başkanı ve ilçe belediye meclis üyeleri hariç ilçe belediyesi memurları, ilçeye bağlı belde belediye başkanları, belde belediye meclis üyeleri ve belde belediyesi memurları, köy ve mahalle muhtarları ve birlikte olmaları halinde ihtiyar heyeti üyeleri ile ilçede görevli olan ve bu Kanun kapsamına giren diğer memur ve kamu görevlileri hakkında soruşturma izni vermeye yetkilidir.

Vali; İlçe kaymakamları ve vali yardımcıları, bölge düzeyinde teşkilatlanan kamu kurum ve kuruluşlarının o ilde ve bağlı ilçelerinde bulunan memur ve diğer kamu görevlileri, il merkez ilçede ya da büyükşehir ise il düzeyinde teşkilatlanan kamu iktisadi teşebbüsleri hariç diğer kamu kurum ve kuruluşlarının memur ve diğer kamu görevlileri, il ya da büyükşehir ise büyükşehir belediyelerinin başkan ve meclis üyeleri hariç memur ve diğer kamu görevlileri, il merkez ilçeye bağlı belde belediye başkanları, belde belediye meclis üyeleri ve belde belediyesi memur ve diğer kamu görevlileri, il genel meclisi üyeleri hariç özel idare memur ve diğer kamu görevlileri, il merkez ilçeye bağlı köy ve mahalle muhtarları ile birlikte olmaları halinde ihtiyar heyeti üyeleri ile merkez ilçede ve ilde görevli olan ve bu

⁶⁷⁰ İĞDELER Serdar, s.8

⁶⁷¹“...4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yolundaki karar vermeye... Valisinin yetkili bulunduğu, bu yetkinin başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından, ... sayılı kararın kaldırılmasına...” Danıştay 1. D. E:2004/416 K:2004/398

⁶⁷² ELİŞ / KABİL, s.42

⁶⁷³ ELİŞ / KABİL, s.42

Kanun kapsamına giren memur ve diğer kamu görevleri hakkında soruşturma izni vermeye yetkilidir.

Örnelemek gerekir ise; Tokat ili Erbağ ilçesi Tapu Müdürlüğünde görevli personel hakkında soruşturma izni verme yetkisi Erbağ Kaymakamlık Makamına ait iken, Tokat ili Tapu Müdürlüğünde görevli personel hakkında soruşturma izni verme yetkisi Tokat Valilik Makamına ait olacaktır. Ancak Ankara ili Polatlı ilçesinde ve Çankaya ilçesinde görevli personel hakkında soruşturma izni verme yetkisi Kaymakamlık Makamlarına aittir.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün Bölge Müdürlüklerinde çalışan personel hakkında Bölgenin bulunduğu yer Valilik Makamının soruşturma izni vermeye yetkili olduğunu belirtmekte fayda vardır. Burada Bölgenin yetki sahasında herhangi bir il veya ilçede suçun işlenmiş olduğunun önemi yoktur.

Örneğin; Hatay Bölgesine bağlı Mersin ili hudutları dahilinde Hatay Bölge Müdürlüğü personelinin görevini kötüye kullanarak çıkar temin etmesi halinde soruşturmaya izni vermeye yetkili mercii Hatay Valiliği olacaktır. Şu hususu karıştırılmamalıdır ki suçun soruşturulması ayrı, soruşturmaya izin verilmesi ayrı yetkilerdir. Örnekte elbette suç işlendiği yerde yani Mersin Cumhuriyet Başsavcılığının yetkisinde soruşturulacaktır, fakat soruşturma izin yetkisi Hatay Valilik Makamı tarafından verilecektir. 4483 sayılı Kanunda da bu izin verilmesinden sonra suçun genel hükümlere göre soruşturulacağı ve kovuşturulacağı açık olarak düzenleme altına alınmıştır⁶⁷⁴.

En üst idare amiri; Başbakanlık ya da bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının merkez teşkilatının en üstünde bulunan müsteşar, genel müdür, başkan gibi unvanlara sahip kişilerdir. En üst idare amirleri Başbakanlık ya da bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının Bakanlar Kurulu kararı ile ya da ortak kararla atananlar dışında kalan merkez teşkilatında görevli memur ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izin verme yetkisini uhdelelerinde bulundurlar.

Örnelemek gerekir ise Bayındırlık ve İskan Bakanlığına Bağlı kuruluş olan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde en üst idare amiri Genel Müdürlük Makamıdır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü merkez teşkilatında görev yapan bir Uzmanın görevi nedeni ile işlediği suçlarda 4483 sayılı Kanuna gereği soruşturma izni vermeye yetkili mercide Genel Müdürlük Makamıdır.

Başbakan ve bakanlar; Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni vermeye yetkili mercidir.

5241 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunun 1 sayılı cetvelinde sayılanlar Bakanlar Kurulu kararı ile atanmaktadırlar. Bunlara örnek olarak

⁶⁷⁴ 4483 sayılı Kanun md. 12, md.13

valiler, büyükelçiler, MGK Genel Sekreteri, Diyanet İşleri Başkanı, Yüksek Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri sayılabilir.

2 sayılı cetvelde ise, ortak kararla atananlar sayılmıştır. Bunlar müsteşarlar ve yardımcıları, genel müdür ve yardımcıları, bakanlık müfettişleri, bakanlık müşavirleri, vali yardımcılığı, kaymakamlar, il idare şube başkanları, bölge müdürleri, il emniyet müdürleri sayılabilir.

Bakanlıklar bağlı kuruluşlarının merkez ya da taşra teşkilatlarında Bakanlar Kurulu kararı ile ve Bakanlıkların bağlı kuruluşlarının görevli ortak kararla atanan memur ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan soruşturma izni vermeye yetkilidir⁶⁷⁵.

Örneğin; Tapu ve Kadastro Genel Müdürü ve Yardımcıları ya da Bölge Müdürleri hakkında soruşturma izni vermeye yetkili mercii Bayındırlık ve İskan Bakanındır.

4.1.Geçici Görevli Memur Hakkında Soruşturma İzni Vermeye Yetkili Mercii

Daha önce de belirttiğimiz gibi suçun soruşturulması ayrı, soruşturmaya izin verilmesi ayrı yetkilerdir olup ayrı esaslar ile tespit edilir. Suç işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığı ve Mahkemeleri suçun soruşturma ve kovuşturmasında yetkili iken, soruşturma izni verme yetkisi atama şekli ve sürekli görev yapılan yer esasına dayanılarak tespit edilmektedir. Nasıl ki bir suç hakkında soruşturma ve kovuşturma en iyi şekilde işlendiği yerde yapılabilir, delillere en kolay bu şekilde ulaşılabilir... vs. ise bir kamu görevlisinin hakkında isnat edilen suç nedeni ile soruşturulması gerekip gerekmediği onun sürekli görev yaptığı yerdeki mercii tarafından bilinebilir.

Bu nedenle geçici görevli bulunduğu yerde suç işleyen memur hakkında geçici görevli olarak bulunduğu değil, esas görev yerinin bulunduğu yerdeki mercii soruşturma izni vermeye yetkilidir.

Ancak belirtelim ki idari sistemimizde geçici görevlendirmelerin çok uzun olduğu göz önünde bulundurulunca personeli kadrosunun bulunduğu yerdeki yetkili mercii mi yoksa geçici görevli, bulunduğu yerdeki yetkili mercii mi en iyi tanıdığı konusu tartışmaya açık bir hale gelmekte, kanunun amacının sorgulaması olası hale gelebilmektedir.

4.2.Ast Memur İle Üst Memurun İştirak Halinde Suç İşlemleri Halinde Soruşturma İzni Vermeye Yetkili Mercii

4438 sayılı Kanun 3. maddesi son fıkrası ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde izinin, üst memurun bağlı olduğu merciden isteneceğini hüküm altına almıştır.

Vurgulayalım ki aynı fiile iştirak iradesi yok ise ast memur ve üst memur hakkında bu hüküm uygulanamaz.

⁶⁷⁵ İÇDELER Serdar, s.9

Ast üst ilişkisi idare hukukuna göre tespiti gereken bir sorun olup, hiyerarşi ilişkisi içerisinde belirlenir. Ast-üst ilişkisinin varlığı, idare hukuku açısından sicil ve disiplin yetkisi ile idari görev kavramlarıyla açıklanabilir. Memurlar arasında sicil, disiplin yetkisi bağılığı ya da idari görev verebilme yetkisi yok ise ast-üst ilişkisinden bahsedilemez. Ancak idarede bazı görevliler sicil, disiplin ve idari görev bağılığı bulunmadan sadece belli bir görevin ifa edilmesi için kanunlarla yapılan düzenleme ile bir araya gelmektedirler. Bu durumda, aralarında bir ast-üst ilişkisi olmamakla birlikte sadece belli bir görev nedeniyle oluşturulmuş bir ast üst ilişkisi vardır. Örneğin vali yardımcısı ile il belediye başkanının bir araya gelmesi ve komisyon başkanının vali yardımcısı olması halinde, soruşturma izni verme yetkisi vali tarafından kullanılacaktır⁶⁷⁶.

5.İhbar Ve Şikayetlerin Yetkili Mercie İletilmesi

İhbar ve şikâyetlerin yetkili merice iletilmesi üç şekilde mümkün olabilmektedir; öncelikli olarak ihbar ve şikâyet bizzat yetkili mercii tarafından öğrenilmiş olabilir, ikinci olarak olay C.Başsavcılığı tarafından öğrenilerek yetkili mercie iletilmiş olabilir. Üçüncü olarak olay diğer makam ve memurlar ile kamu görevlileri tarafından öğrenilerek yetkili mercie iletilmiş olabilir.

5.1.Olayın Cumhuriyet Savcılığınca Öğrenilerek Yetkili Mercie İletilmesi

İhbar ve şikâyet doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılmış olabilir ya da olay bizzat C. Savcılığı tarafından öğrenilmiş olabilir. Bu halde 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi 1. fıkrasına göre “Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyetle bulunan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.”

C.Savcı bu görevi yaparken ilk olarak suç isnadı yapılan kişinin 2. maddede belirtilen “memur ve diğer kamu görevlisi” olup olmadığını, ikinci olarak 1. madde gereği, suçun “gören sebebi ile işlenip işlenmediğini” sonra da şikâyetin 4. maddede belirtilen niteliklere sahip olup olmadığını takdir edecektir⁶⁷⁷.

Belirtelim ki, 4. maddenin içeriği ve C.Savcının yetkilerini değerlendirmede bazı tereddütler ile karşılaşmamak da mümkün değildir. 4. maddeye göre savcı ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayacaktır. Özellikle savcının bu aşamada hakkında suç isnat olunan memur ve diğer kamu görevlisinin ifadesini alma yetkisi bulunmamaktadır.

⁶⁷⁶ İĞDELER Serdar, s.10

⁶⁷⁷ ÇAĞLAYAN Ramazan, s.118

İlk olarak “ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan deliller” ifadesi açık ve yeterli değildir. Göreceli ve tartışmalara açık bir ifade olduğundan her zaman sorun yaratabilecektir. Başsavcının acilen toplanmasını gerekli gördüğü bir delil, başka makamlarca gereksiz veya her zaman toplanması mümkün olan bir delil olarak kabul edilebilir. Ayrıca delilin sadece “tespit edilmesi” de sakıncalıdır. Değerlendirecek şekilde elde edilmesi gerekir. Örneğin: tespitten, yabancı ve az sonra ülkeyi terk edecek bir tanığın ifadesini değil de kimliğini ve tanık olduğunu tespit etmeyi anlarsak, o delili kaybetmiş oluruz. Ayrıca deliller kanuna aykırı olarak toplanmış olursa CMK’nın 217. maddesi gereğince hükme esas alınmayacaklardır. Zira delilin toplanması konusundaki yetki ve görev yokluğu, o delilin böylece hukuka aykırı olarak toplandığı ve kovuşturma aşamasında kullanılamayacağı savunmalarını karsımıza çıkaracaktır⁶⁷⁸.

4483 sayılı Kanunun 12. maddesi bu Kanun kapsamındaki memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında hazırlık soruşturması yapacak C. Başsavcılıkları özellikle belirtilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla 4. maddeye göre yetkili merciden soruşturma iznini, 12. madde de belirtilen hazırlık soruşturması yapmaya yetkili C. Başsavcısının talep etmiş olması gerekir. Başka bir deyişle C. Başsavcılarının 12. maddeye göre hazırlık soruşturması yapmaya yetkili kılınmadığı memur ve diğer kamu görevlisi hakkında yetkili merciden soruşturma izni istemesi mümkün görünmemektedir⁶⁷⁹.

Kanaatimizce genel hükümlere göre yetkili olmayan bir Başsavcılığın yetkili merciden isnat edilen suç hakkında soruşturma izni istemesini Kanunun 4. maddesi 2. fıkrası kapsamında bir ihbar niteliğinde olduğunu kabul etmekte fayda vardır.

5.2. Olayın Diğer Makam Ve Memurlarla Kamu Görevlileri Tarafından Öğrenilmesi Ve Yetkili Mercie İletilmesi

4483 sayılı Kanun 4. madde 2. fıkraya göre “Diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikayet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletirler.”

Buna göre herhangi bir kamu görevlisi, herhangi bir memurun suç işlediğini öğrenir ise, izin vermeye yetkili amire bunu iletacaktır. Kanunun lafzını sadece yetkili amire şeklinde anlamamak gerekir ki kişi böyle bir suçu öğrendiğinde durumu C. Başsavcılığına da iletir.

5237 sayılı TCK’nun 279 uncu maddesi, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi suç işlemiş sayılacağını hükme bağlamıştır. Keza Kanunun 280 inci maddesi ile görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu da suç işlemiş sayılacaktır.

⁶⁷⁸ ZENGİN Raşit, s.86

⁶⁷⁹ GÖKCAN / ARTUÇ, s.332

Esasen suçun öğrenilmesi, ihbar ve şikâyet ile ilgili hükümler yeni CMK'nın 158. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valiliğe, kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak islendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (CMK, m.158/1,2,4). Yeni CMK, 4483 sayılı Kanundan'dan sonra yürürlüğe girdiği için öncelikli olarak dikkate alınmalıdır⁶⁸⁰.

6.İhbar Ve Şikâyetin İçeriği Ve İşleme Konulmayacak İhbar Ve Şikâyetler

6.1.İhbar Ve Şikâyetin İçeriği

Kanun'un 4. maddesi 3. fıkrası ihbar ve şikâyetlerin taşınması gereken asgari şartları belirtmiştir. Buna göre; “ memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.”

Soyut ihbar ve şikâyet, anlaşılması, kavranılması güç, hiçbir anlam ifade etmeyen, konusu anlaşılabilen, belirsizlik ifade eden ihbar ve şikâyet anlamındadır. İhbar ve şikâyetin genel nitelikte olmaması da gerekmektedir. Diğer yandan ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olayın belirtilmesi de zorunludur. Söz konusu fıkra “kişi veya olay” ibaresi kullanıldığından, kişi belirtilmesinin mümkün olmadığı durumlarda sadece olayın belirtilmesi de ihbar ve şikâyetin işlem görmesi için yeterlidir.

İhbar ve şikâyetle bulunan kişinin kimlik bilgileri C. Savcılığı tarafından ve yetkili merici tarafından gizli tutulmak zorundadır⁶⁸¹.

6.2. İşleme Konulmayacak İhbar Ve Şikâyetler

Kanun'un 4. madde 4. fıkrası belirtilen şartları taşımayan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulmayacağını belirtmiştir. Buna göre; “üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir.”

Şu halde; soyut ve genel nitelikte olan, kişi ya da olay belirtmeyen, ciddi bulgu ve belgelere dayanmayan, dilekçe sahibinin ad, soyad ve imasını içermeyen ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet Başsavcılığı makamınca ve izin vermeye yetkilim merici tarafından işleme konulmayacaktır.

⁶⁸⁰ ZENGİN Raşit, s.87

⁶⁸¹ 4483 sayılı Kanun md. 4/4

Ancak yasa koyucu “iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartının aranmayacağını⁶⁸²” hüküm altına almıştır.

Kanaatimizce 4. madde 3. fıkrada yer alan şartları taşımayan bir dilekçenin işleme koyulması ya da koyulmaması hususunda idarenin takdir yetkisi yoktur. İdare dilekçenin işleme koyulmaması kararı vermek zorundadır. Şartları taşımayan soyut ve genel nitelikte olan, kişi ya da olay belirtmeyen, ciddi bulgu ve belgelere dayanmayan, bir dilekçenin işleme konulması halinde hakkında suç isnat olunan kamu görevlisi işleme koyma kararına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir. Bu konuda idarenin tek takdir hakkı iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halidir. İddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde dilekçe sahibinin ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin bilinmesi şartı aranmayabilir.

İşleme konulmama kararı ön inceleme aşaması başlamadan verilebilecek bir karardır. Niteliği itibari ile idari bir işlem niteliğindedir, 4483 sayılı Kanun 4. madde 4.fıkraya uygunluğu açısından yargı denetimine tabidir. İdare tarafından verilecek işleme koymama kararına karşı her hangi bir idari işlem gibi 60 gün içerisinde yargı yoluna başvurabilmek mümkündür. Zira Ay. md. 125 gereği idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Ayrıca işleme koymama kararına karşı 4483 sayılı Kanun 9. maddesinde öngörülen itiraz yoluna başvurulamaz. 9. maddede yer alan itiraz münhasıran soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararına karşı başvurulabilecek bir hukuki yoldur.

Ancak Danıştay duraksamaksızın C. Savcısı tarafından verilen dilekçenin işleme koyulmaması kararına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı yolunda kararlar vermiştir⁶⁸³. Danıştay’ın bu görüşüne zıt olarak Yargıtay ise C. Savcısı tarafından verilen dilekçenin işlememe koymaması kararının idari yargının denetimine tabi olduğunu kabul etmektedir⁶⁸⁴.

Bu konuda doktrinde dilekçenin işleme koyulmaması kararının soruşturma izni verilmemesi kararı ile aynı hüküm ve sonuçları doğurduğu ve bu nedenle 4483 sayılı Kanun 9. maddesinde yer alan itiraz yoluna müştekinin ya da C. Savcılığının sahip olduğunu ileri süren görüşler⁶⁸⁵ mevcuttur. Fakat yukarıda da belirttiğimiz üzere kanaatimizce dilekçenin işleme konulmaması kararı yetkili mercii ya da C. Başsavcılığı tarafından verilmesi açısından farkı bulunmaksızın idari bir karar niteliğindedir. İster yetkili merci ister C.Başsavcılığı tarafından verilesin bu karara karşı idari yargı yoluna başvurulmalıdır. Zira bu halde isnat olunan suça ya da şüpheliye ilişkin değil, iddianın ileri sürüldüğü dilekçenin şartlarına ilişkin idari bir irade açığa vurulmaktadır. Kaldı ki, müştekinin aynı isnadını 4. maddede yer alan şartları taşıyan bir dilekçe ile ileri sürmesini engelleyen yasal bir hüküm yoktur.

⁶⁸² 4483 sayılı Kanun 4. madde 4. fıkra 2. cümle

⁶⁸³ Danıştay 1.D. 03.03.2005, 794/301

⁶⁸⁴ Yargıtay 4.C.D., 23.01.2007, 2006/8381, 2007/487

⁶⁸⁵ Bu görüş için bakınız; AKYILDIZ Ali, s.100

C. Savcısı tarafından verilen dilekçenin işleme koyulmaması kararı Yargıtay’a göre CMK md. 172 ve 173 kapsamında itiraza konu olabilecek bir karar da değildir⁶⁸⁶. Zira bu halde dilekçenin işleme koyulmaması kararı kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin bir karar niteliğinde de değildir.

Dilekçenin işleme koyulmamasına ilişkin kararının bildirileceği kişiler ihbarda bulunan ve şikayette bulunanlardır⁶⁸⁷. Kanaatimizce idareden bir talebi olan dilekçesi işleme koyulmayan ihbar eden ve şikayet eden bu dilekçenin işleme konulmamasına karşı idari yargıda dava açabilmelidir. Açılacak bu dava niteliği itibari ile bir iptal davasıdır. Ancak bir görüşe göre dilekçenin işleme koyulmaması kararına karşı ihbarda bulunanın dava hakkı olmadığı yoktur⁶⁸⁸. Bu görüşün gerekçesi; 4483 sayılı Kanun kapsamında verilen soruşturma izni verilmemesi kararlarına karşı dava açma hakkı olmayan ihbarcının evleviyetle dilekçenin işleme koyulmaması kararına karşı da dava hakkı olmayacağıdır.

Kanaatimizce bu dilekçenin işlemle koyulmaması her hangi bir idari işleminden farklı olmayan bir karardır. Özel bir usul kanunu niteliğinde olan 4483 sayılı Kanunda yer almış olması onu daha farklı bir noktaya taşımaz. Nasıl ki herhangi bir idari işleme karşı iptal davası açmak için sadece menfaat ihlali yeterli görülüp, mutlak bir hak ihlali aranmıyor ise, dilekçenin işleme koyulmaması kararına karşı açılacak iptal davasını da menfaati ihlal olan ihbarda bulunan da açabilmelidir.

7.Ön inceleme

4483 sayılı Kanun 5. maddesine göre, “İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.”

Ön inceleme; 4483 sayılı Kanun kapsamına giren memur ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılan ihbar ve şikâyetle konu olan eylem ve işlemlerin hukuki durumunun tespiti amacıyla yapılan inceleme ve soruşturma çalışmalarıdır⁶⁸⁹.

Ön inceleme bir idari faaliyettir. İhbar ve şikayete konu eylem ve işlemlerin tespitine, soruşturma izni vermek hususunda yetkili mercide bir kanaat oluşmasına yöneliktir. Yapılan faaliyet sonucunda kanaati oluşan yetkili merci soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yönelik bir karar verir.

4483 sayılı Kanunun kapsamında kalan kişi ve suça ilişkin ihbar ve ya şikayete muttali olan yetkili merci dilekçenin işleme koyulmaması kararı vermediği sürece ön inceleme başlatmak zorundadır. Ön inceleme çalışması yapılmadan merci soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararı veremez. Kanun’un 5. maddesi 1. fıkrası emredici nitelikte

⁶⁸⁶ Yargıtay 4.C.D., 23.01.2007, 2006/8381, 2007/487

⁶⁸⁷ 4483 sayılı Kanun 4. madde 4. fıkra 1. cümle

⁶⁸⁸ ELİŞ / KABİL, s.22

⁶⁸⁹ Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Uygulanması ile ilgili Olarak İçişleri Bakanlığınca Yürütülecek işlemlere ilişkin Yönerge md. 5

olup, mercie takdir yetkisi vermemektedir. Kanun lafzında kanun koyucu “... başlatır.” vurgusunu yapmıştır.

Ön inceleme, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirtilmesine ilişkin bir inceleme-araştırmadır. CMK’daki soruşturma safhasına göre çok daha öznel, çok daha dar kapsamlı olması kaçınılmazdır. Fakat doktrinde aksi görüşler mevcut olup ön incelemenin bizzat adli soruşturma çalışması olduğu dile getirilmektedir. Bu görüşe göre, her ne kadar 4483 sayılı Kanun’da öngörülen ön inceleme işlemi idari işlem olarak kabul edilse de adli mercilerin uyguladığı CMK hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesinin kavram kargaşasına sebep olduğu, yapılan işleminin soruşturmanın bizatihi kendisini oluşturduğu, zira 5271 sayılı CMK’nın tanımlar başlıklı 2’nci maddesinde soruşturmanın, kanuna göre yetkili mercilerin suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreyi ifade ettiği, Kanunun bu tanımlaması sonucunda araştırma sonunda veya doğrudan suç şüphesinin yetkili mercie geldiği tarihten itibaren soruşturma sürecinin başlayacağı ve dolayısıyla ön inceleme emri verilmesi tarihinden itibaren başlayan sürecin soruşturma kapsamı içinde sayılması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁹⁰ Yine bu görüşe göre; ön inceleme yetkisi, soruşturma yetkisine benzer ve eşdeğer niteliktedir. Bu husus Kanunun 6. maddesinin ifadesinden de anlaşılmaktadır. Buna göre, ön inceleme ile görevlendirilenler bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK’ya göre işlem yapacaklar; hakkında inceleme yaptıkları kamu görevlisinin ifadesini alacaklar; inceleme konuları ile ilgili bilgi ve belgeleri toplayacaklardır. Bütün bunlar yapılan işin bir incelemeden ziyade “soruşturma” olduğunu kanıtlamaktadır⁶⁹¹.

Kanaatimizce hukuk devletine yakışan husus kuvvetler ayrılığı ilkesinden sapmamaktır. İdarenin yargının yetkisinde yer alan soruşturma evresine müdahalesi kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmaz. Soruşturma evresi yargının ve savcılığın yetkisinde olan bir husustur. Öninceleme soruşturma ve dava şartı olan “izin” için yapılan bir idari nitelikte faaliyetir. CMK md. 2 de tanımlanan soruşturma evresi ön inceleme faaliyetini kapsamamaktadır. Zaten 4483 sayılı Kanun 12. maddesinde hazırlık soruşturmasının/ilk soruşturmanın savcılığın yetkisi dâhilinde olduğunu açık düzenleme altına almıştır. Daha sonra yürürlüğe giren CMK ise hazırlık soruşturması ve soruşturma ayrımını terk etmiş, soruşturma evresinde yetkiyi adli makamlara C. Savcısı, sulh ceza hakimi ya da bazı hallerde mahkemeye vermiştir. Ancak CMK ile 4483 sayılı Kanun arasında yer alan bu kavram kargaşasının var olduğu da yadsınamaz. Bu nedenle bu kavram kargaşasının giderilmesi için iki kanunun birbiri ile uyumlu hale getirilmesine yönelik çalışmaların Yasa koyucu tarafından yapılması yerinde olacaktır.

7.1.Öninceleme Esasları

4483 sayılı Kanun 5. madde 2. fıkrası “ Cumhuriyet başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymazlar. Ancak ihbar veya şikâyet eden kişilerin konu ile

⁶⁹⁰ AKKAN Tahir Murat, s.56

⁶⁹¹ ZENGİN Raşit, s.90

ilgili olarak daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabilirler.” hükmünü amirdir.

Yukarıdaki fıkra gereği izin vermeye yetkili mercii ya da kendisine ihbarda bulunan başsavcılık ihbar ve şikayete konu dilekçe hakkında daha önce yapılmış bir ön inceleme olması halinde bu müracaatı işleme koymazlar. Kanun lafzında müracaatı işleme koymazlar şeklinde yer alan ifade esasında 4. maddede yer alan dilekçenin işleme koyulmaması kararından başka bir şey değildir. Bu fıkra ile kanun koyucu 4. maddede yer alan şartları taşıyan bir dilekçe söz konusu olsa dahi, dilekçe konusuna ilişkin daha önceden yapılmış bir ön inceleme faaliyeti olması durumunda dilekçenin işleme konulmamasına karar verebilir.

Şu halde aynı konuda aynı kamu görevlisi hakkında ön inceleme yapıp, soruşturma izni verilmemesine karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, yeni delil ortaya çıkmadığı sürece, tekrar o olaydan dolayı, o memur ve diğer kamu görevlisi hakkında ön inceleme yapılmayacaktır⁶⁹². Kanun koyucu bu fıkra da savcılık ve yetkili merice bir takdir hakkı öngörmüştür. Eğer ki hakkında ön inceleme yapılmış konu hakkında yeniden vukuu bulan şikayet ön inceleme neticesini etkileyebilecek yeni bir belge yahut bilgi içeriyor ise bu halde dilekçe işleme konulabilir ve ön inceleme başlatılabilir.

Dilekçenin işleme koyulmaması kararına karşı idari yargıya, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararına karşı kural olarak Bölge idare mahkemesine itiraz yoluna başvurulabilir iken, ön inceleme kararına karşı hakkında ön inceleme başlatılanların itiraz hakları ya da idari yargı yoluna başvurma hakkı yoktur. Ön inceleme yetkisi mutlak bir yetkidir, bu yetkinin kullanılması halinde herhangi bir kanun yoluna başvuru imkanı yoktur. Ön inceleme emri de bir idari işlem olsa da hakkında ön inceleme emri verilen kişi bu emrin iptalini idari yargıdan isteyemez.

7.2. Ön inceleme Emri Veya Görevlendirme

Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında ön inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir⁶⁹³.

Yetkili mercein bizzat ön inceleme yapması durumu pek sık rastlanılan bir durum değildir. Genellikle ön inceleme görevlendirilen denetim elemanı ya da hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri tarafından yapılmaktadır.

Kanunda geçen denetim elemanı deyiminden; denetim, teftiş, inceleme ve araştırma ile görevli kurul mensupları ifade edilmektedir. Bu kurullardan tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ortak adı olan teftiş kurullarının ayrı bir yeri vardır. Bunun dışında kurumların hizmet alanlarıyla ilgili olarak faaliyet gösteren, görevleri arasında denetim hizmetleri ön plana çıkan aynı zamanda inceleme, araştırma ve bazen de teftiş yapan kurullar, örneğin

⁶⁹² GÖKCAN / ARTUÇ, s.289

⁶⁹³ 4483 sayılı Kanun 5. maddesi 3. fıkra

bakanlık merkez teşkilatı kontrolörleri, mahalli idareler kontrolörleri, bağlı ve ilgili kuruluşlar kontrolörleri, Maliye Bakanlığı hesap uzmanları, sigorta denetleme uzmanları, denetim elemanları deyimine dâhildirler⁶⁹⁴.

Ön incelemenin denetim elemanı tarafından değil de hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri tarafından yapılması durumunda alt üst ilişkisi yine hiyerarşi ilişkisi ile tespit edilecektir. Görevlendirilecek muhakkik sayısı birden fazla ise bunların tamamının hakkında öninceleme yapılandır hiyerarşik olarak üst konumda olmaları gerekir. Danıştay'ın kararlarında da görüşü bu yöndedir⁶⁹⁵. MMHK döneminde “eşit”lerin biri diğer için muhakkik tayin edilmesi mümkün iken 4483 sayılı Kanun mutlak surette üstü olma şartını getirmiştir. Örneğin; aynı ilçede görevli il sağlık müdürü, tapu müdürü hakkında muhakkik tayin edilemez.

Denetim elemanı ya da üst konumundaki memur ve kamu görevlisinin ön incelemeye her hal ve durumda bir “ön inceleme emri” veya “görevlendirme” ile başlaması gerekir. Bu ön inceleme emrinin açık ve net şekilde ön inceleme konusu olayı ortaya koyması gerekir. Ortaya koyulması gereken hususu olay olup hakkında ön inceleme yapılacak kişilerin belirtilmesi gerekmez. Bu sonuca 4483 sayılı Kanun'un 8. maddesinden ulaşmaktayız. Zira soruşturma izinin kapsamı olarak kanun “ izin, şikayet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak ilerde soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek konular” olarak asgari sınırını çizmiştir. Soruşturma izni için dahi olay yeterli görüp, kişi belirtilmesini aramaz iken ön inceleme emrinde mutlak surette hakkında öninceleme yapılacak kişilerin belirtilmesini aramak yerinde olmayacaktır⁶⁹⁶.

Fakat ön inceleme yapılması sırasında ihbar ve şikayete konu emir verilen konudan tamamen farklı bir fiil ortaya çıktığında bu eylem için yeniden ön inceleme emri alınması ve yeniden bir ön inceleme yapılması gerekir.

Ön inceleme yetkisinin mutlak nitelikte olduğunu hakkında ön inceleme başlatılan kişiler in ön inceleme kararına itiraz hakkı olmadığını daha önce ifade etmiştik. Ön inceleme emrinin geri alınmasıyla ilgili olarak Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte uygulamada ön inceleme emrinin geri alınıp alınamayacağı da önemlidir. Kanaatimizce yetkili merciiler soruşturmacı görevlendirmek suretiyle yapılan incelemelerde soruşturmacıyı

⁶⁹⁴ AKKAN Tahir Murat, s.56

⁶⁹⁵ “Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanı hakkında, kendisiyle halef-selef olan ve üstü konumunda olmayan yeni Teftiş Kurulu Başkanının ön inceleme yapamayacağı” Danıştay 2. D. E:2003/56 K:2003/69

“...Müsteşar Yardımcılarının Teftiş Kurulu Başkanının üstü konumunda olmadığı, Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanı ve iki Başmüfettiş hakkındaki ön incelemeyi üstü konumunda bulunmayan Müsteşar Yardımcısının yaptığı ve düzenlenen rapor üzerine Bakanın soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılması...”Danıştay 1.D., E:2005/13 K:2005/135

“...Bakanlık Müfettişleri varken, ilgili kuruluş müfettişlerinin Müsteşar Yardımcısı, Bakanlık Müfettişi ve Bakanlığın diğer görevlileri hakkında ön inceleme yapmaları hukuken mümkün değildir.” Danıştay 1. D.,E:2004/802 K:2005/523

⁶⁹⁶Danıştay 2. Dairesinin 01.10.1973 tarihli 1973/573, 1973/1861 sayılı emirde hakkında öninceleme emri verilen kişi veya kişilerin belirtilmesinin mutlak surette belirtilmesi gerektiğini belirten kararı mevcut olmakla birlikte bu kararın MMHK döneminde verildiği, 4483 sayılı Kanun döneminde hukuki geçerliliğinin tartışılması gerektiği ortadadır.

değiştirebilir, bir başkası aracılığı ile ön incelemenin tamamlanmasını sağlayabilir. Ancak yetkili mercii ön inceleme emrini geri alamaz⁶⁹⁷.

4483 sayılı Kanun 5. maddesinde düzenlen diğer bir husus da; ön inceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesi esasıdır. Ancak işin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilecektir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır⁶⁹⁸.

Yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler, başka mercilerin ön incelemelerinde görevlendirilemez⁶⁹⁹.

Ön incelemenin birden fazla kişi tarafından yapılması emredilmiş ise bunlardan biri başkan olarak görevlendirilir⁷⁰⁰.

7.3.Ön incelemecinin Yetkileri

7.3.1. CMK ‘ya Yapılan Atıf Gereği Ön İncelemecinin Sahip Olduğu Yetki

4483 sayılı Kanunun en tartışma yaratan düzenlemesi ön inceleme yapanların yetkisini düzenleyen 6. maddedir. Maddeye göre “Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar.”

CUMK’a atılan atfın bugün yürürlükte olan CKM hükümlerine yapıldığı açıktır. Maddeye göre ön inceleme ile görevlendirilen kişi 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK’ya göre işlem yapacaktır. Bu noktada CMK da yer alan yetkilerden hangilerinin kullanılacağı tam anlamı itibari açıklanmadığından önem kazanan soru ön inceleme yapan kişinin C. Savcısına ait yetkilerin tamamını ya da bir kısmını kullanıp kullanamayacağı yoksa sadece 4483 sayılı Kanunda bizzat tahdidi olarak belirtilen yetkileri mi kullanacağıdır.

Her ne kadar bazı yazarlar, 4483 sayılı Kanun’un CMK’ya yaptığı yollamayı çok geniş yorumlayarak, ön inceleme görevlisinin Cumhuriyet savcısının sahip olduğu tüm yetkilere sahip olacağını, hakimden tutuklama, yakalama emri talep edeceğini, şüphelinin evinde arama kararı alabileceğini hatta gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kendi kararı ile bu işlemi yapabileceğini savunmakta iseler de bu hususların MMHK döneminde geçerli olduğunu, zira MMHK’nın yönetsel güvence sistemlerinden tahkik sistemini benimsediğini,

⁶⁹⁷ Danıştay 2. D. 24.10.2002, 2002/932, 2002/35810

⁶⁹⁸ 4483 sayılı Kanun md.5/3

⁶⁹⁹ 4483 sayılı Kanun md.5/4

⁷⁰⁰ 4483 sayılı Kanun md.5/5

bu sistemde yukarıda açıklandığı üzere, soruşturma idari makamlar tarafından yapıldığını, bu bakımdan CMK anlamında, suç şüphesinin başlamasından iddianamenin kabulüne kadar geçen safha olan soruşturma evresinin tümünde idari makamlar görevli olmaları sebebiyle soruşturmacı tarafından Cumhuriyet savcısının soruşturma safhasındaki tüm yetkilerinin kullanılması zorunluluğu bulunduğunu, bu uygulamanın yasal dayanağının, MMHK'nın 2'nci maddesinde yer aldığını, bu maddede idari makamın CMUK çerçevesinde hazırlık soruşturması yapacak bir soruşturmacı görevlendireceği hükmü bulunduğunu ve burada ayrıca 6'ncı maddede ise hazırlık soruşturması ile ilgili olarak CMUK hükümlerinin uygulanacağını belirtildiğini belirtmekte fayda vardır⁷⁰¹.

4483 sayılı Kanun'un izin sistemini benimsemesi karşında bugün ön incelemececinin yaptığı faaliyet, yetkili mercicide/idarede suçun soruşturulup soruşturulmamasına ilişkin bir kanaat oluşturmaya yöneliktir. Bu sistemde idare soruşturma safhasında dahil olmamakta soruşturma yine genel hükümlere göre C. Savcısı tarafından yapılmaktadır. Burada ön incelemececinin beklenenin olayı tüm yönleri ile aydınlığa kavuşturması ya da kamu davası açılması için gerekli tüm delillerin toplanması değil, bu isnadın soruşturulmaya değer olup olmadığı konusunu belirlemek olduğu düşünülmelidir⁷⁰².

Ancak şu hususta unutulmamalıdır ki öninceleme konusu olay ile ilgili C. Savcısının ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri toplanması gerekmektedir. Bu çalışmayı yapan savcı soruşturma izninin verilmesi aşamasına kadar pasif kalmaktadır. Bu safhada ise olay ile ilgili çalışmanın tamamı ön incelemececi tarafından yapılmaktadır. Ön incelemececinin hakkında ön inceleme yapacağı kişinin kaçacağı, delilleri karartacağı.. vs izlenimleri gibi delil tespiti gerekli durumları C. Savcılığına ihbarı ileride yapılacak soruşturmanın sıhhati açısından önemlidir. Kanaatimizce yukarıdaki görüş kadar kesin çizgileri ile CMK da yer alan yetkileri kullanır ibaresinin tamamen hukuki geçerliliğinin olmadığını kabul etmeden, ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan bir delil ortaya çıktığı zaman bu hususu C. Savcılığına ihbar etmesi ve C. Savcısının gerektiğinde arama, iletişimin tespiti... vs yetkilerini kullanması gerektiğini kabul etmek daha yerinde olacaktır.

Kısaca Kanunda CMK'ya yapılan atfı ön incelemececinin CMK'da yer alan yetkileri bizzat kullanabileceği şeklinde değil gerektiğinde C. Savcısına yapacağı ihbar ile savcının yetkilerini kullanması şeklinde anlamak daha uygundur. Burada da kullanılacak yetkilerin ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan bir delili tespiti yönelik olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira soruşturma izni verilmeden önceki safhada C. Savcısının yetkileri de bu iki husus ile tahdit edilmiştir.

Bu yetki karmaşasının kaldırılması açısından ise kanun koyucunun 4483 sayılı Kanunun kendisinden sonra yürürlüğe giren CMK da yer alan hangi maddelere atıf yaptığının belirtilmesinin en uygun çözüm yolu olacağı kanaatindeyiz.

⁷⁰¹ AKKAN Tahir Murat, s.78

⁷⁰² Gökcan / Artuç , s. 294

7.3.2. 4483 sayılı Kanunda Sayılan Yetkiler

Ön incelemecinin yukarıda CMK'ya yapılan atfın haricinde bizzat 4483 sayılı Kanunda sayılan bazı yetkileri vardır. Bu yetkiler kanunda şu şekilde belirtilmiştir; “...hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek...”

Şu halde ön incelemecinin bizzat 4483 sayılı Kanundan kaynaklanan yetkilerini şu şekilde sıralayabiliriz;

7.3.2.1.İlgililerin Dinlenmesi

Ön incelemeci ilgilileri istinabe yolu ile ya da talimat yolu ile dinleyebilir. Yani ilgililer yazılı ya da sözlü olarak dinlenilebilir. İlgililerin sözlü dinlenmesi halinde bu ifade yeminli zabıt katibi kullanılarak yazıya dökülmeli ve ilgililer ve hazır bulunanlarca imzalanmalıdır.

7.3.2.1.1.Muhbir Ve Şikayetçinin İfadesini Alma

Ön inceleme ile görevlendirilen kimsenin, delilleri toplamaya başlamadan önce muhbir veya şikayetçiyi dinlemesi incelemenin daha sağlıklı yürümesi açısından önemlidir. Ön incelemeci bu kişilerin ifadesini ayrıntılı olarak alacak, delillerin nelerden meydana geldiğin, şikayetçi ise ne şekilde suçtan zarar gördüğünün tam olarak tespitini yapacaktır.

Mağdur ve şikayetçinin çağırılması⁷⁰³, hakları⁷⁰⁴, çağrı davetine uymamaları⁷⁰⁵ ve bu kişilerin dinlenmesinde usul⁷⁰⁶ CMK da düzenlenmiştir. Ön incelemeci muhbir ve şikayetçiyi

⁷⁰³ Suçun mağduru ile şikâyetçinin çağırılması CMK md. 233 “(1) Mağdur ile şikâyetçi, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinlenir. (2) Bu hususta yapılacak çağrı bakımından tanıklara ilişkin hükümler uygulanır.”

⁷⁰⁴Mağdur ile şikâyetçinin hakları CMK md. 234 “(1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

a) Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,

2. Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme,

3. Vekili yoksa, baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme,

4. 153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,

5. Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma.

b) Kovuşturma evresinde;

1. Duruşmadan haberdar edilme,

2. Kamu davasına katılma,

3. Tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme,

4. Tanıkların davetini isteme,

5. Vekili yoksa, baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme,

6. Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma.

(2) Mağdur, onsekiz yaşını doldurmuş, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

(3) Bu haklar, suçun mağdurları ile şikâyetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır.”

dinlerken CMK da yer alan usule riayet etmelidir. Şikayetçi ve muhbire haklarını hatırlatmalıdır. Yine bu kimseler hakkında tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır ancak bu kişileri yeminsiz dinlemelidir.

7.3.2.1.2.Tanık İfadesi Alma

Öninceleme ile görevlendirilenler ön inceleme konusu olay ile ilgili tanık dinleme yetkisine de sahiptir. Tanık dinleme hususunda da 4483 sayılı Kanun'un CMK'a ya yaptığı atıf gereği CMK hükümlerine riayet edilmelidir. Tanıklığa ilişkin hükümler CMK 43 ila 61. maddeler arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Tanıklar çağrı kağıdı ile çağrılabilceği gibi, telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak sureti ilde de çağrılabilir⁷⁰⁷. Çağrıya uymayan tanıkların zorla getirilmesi mümkündür. İhazaren celp koruma tedbiri niteliğinde olduğundan bu yetkinin bizzat değil C. Savcılığından kullanılmasının istenmesi gerekmektedir.

Tanığın kimliğinin öncelikli olarak tespit edilmesi de önemlidir. Zira tanık ile hakkında ön inceleme yapılacak kişi arasında tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek nitelikte bir münasebet olabilir⁷⁰⁸.

CMK'ya göre tanıklar yemin verdirilmek sureti ile dinlenir. Ancak kanaatimizce ön inceleme esnasında yapılan işin yargısal nitelikte değil, idari nitelikte olmasından dolayı

⁷⁰⁵Mağdur ile şikâyetçinin davete uymamaları CMK md. 235 “(1) Mağdur, şikâyetçi veya vekilinin, dilekçelerinde veya tutanağa geçirilmiş olan beyanlarında belirttikleri adresleri tebligata esas alınır. (2) Bu adrese çıkartılan çağrıya rağmen gelmeyen kimseye yeniden tebligatta bulunulmaz. (3) Belirtilen adresin yanlışlığı, eksikliği veya adres değişikliğinin bildirilmemesi nedeniyle tebligat yapılamaması hâllerinde adresin araştırılması gerekmez. (4) Bu kimselerin beyanının alınması zorunlu görüldüğü hâllerde üçüncü fıkra uygulanmaz.”

⁷⁰⁶Mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi CMK md.236 “ (1)Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, **yemin hariç**, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır. (2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır. (3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.”

⁷⁰⁷ CMK md.43

⁷⁰⁸ Tanıklıktan çekinme CMK md. 45 “(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy.
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

(2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.

(3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.”

tanığın mutlaka yemin verdirilerek dinlenebilmesi gerekmemektedir⁷⁰⁹. Pek tabi ki yemin verdirebilerek de dinlenilebilir.

7.3.2.1.3.Hakkında Ön İnceleme Yapılan Kişinin İfadesini Alma

4483 sayılı Kanun'un C.Savcısına dahi vermediği hakkında ön inceleme yapılan kişiyi dinleme yetkisini ön incelemeciye verdiğini Kanun'un 6. maddesinde görmekteyiz. Kanun koyucu bu konuda ön incelemeciye takdir hakkı tanımamıştır. Ön incelemeci hakkında ön inceleme yapılan kişinin ifadesine mutlak suretle başvurduktan sonra raporunu tanzim edebilir.

Kanun koyucu bu hükümle; hakkında ön inceleme yapılan memur ve ya diğer kamu görevlisinin vereceği ifade ile suçsuzluğunu ortaya koyması halinde, yargı yerlerinin gereksiz yere meşgul edilmesinin önüne geçilmesinin yanında, hakkında suç isnadında bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin de yargı yerleri önünde gereksiz yere zaman kaybederek kamu hizmetinin aksamasının engellemesini amaçlamıştır⁷¹⁰.

Hakkında öninceleme yapılanın ifadesine başvurulur iken CMK md. 147⁷¹¹ de yer alan ifade ve sorgu usulü uygulanmalıdır. Kimliği tespit edildikten sonra kendine isnat edilen suç anlatılmalı, müdafî bulundurma hakkı ve susma hakkı, delillerin toplanmasını isteme

⁷⁰⁹ Benzer görüşte bkz: PINAR İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.440

⁷¹⁰ PINAR İbrahim, s.440

⁷¹¹ İfade ve sorgunun tarzı CMK md. 147 "(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.

i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.

2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.

3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.

4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.

5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri."

hakkı açık bir şekilde bildirilmelidir. CMK md.148⁷¹² de yer alan ifade almada ve sorguda yasak usullere de riayet edilmelidir.

İfade alınmasının mutlak olarak zorunlu olduğu yasa da belirtilmesine rağmen ifadenin alınması gereken süreye ilişkin bir düzenleme yasada bulunmamaktadır. Bu konuda yargı kararlarında suçun nitelik ve niceliğine göre makul süre kavramının kullanıldığını görmekteyiz⁷¹³. Yine yargı kararlarına göre hakkında ön inceleme yapılmadan ifadesine başvurulmadan isnat edilen suç veya suçların neler olduğunun açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir ki bu CMK 142/2. fıkra açısından da yasal bir zorunluluktur.

Ön inceleme olayının niteliğine, suçlanan kişilerin sayısına göre makul süre kavramı değişiklik gösterecektir. Bu nedenle en fazla 45 günlük bir sürede tamamlanması ön görülen bir ön incelemede ön inceleme süreci yönünden zor bir durumda bulunmaktadır. Bu nedenle uygulamada yaşanan bazı zorlukları aşmak düşüncesi ile mutlak olarak ifadeye başvurma değil yasa maddesine "...gerektiğinde..." ifadesine başvurarak olayın niteliğine göre ön incelemeceye takdir hakkı tanınmak istenmiştir. Ancak değişiklik Cumhurbaşkanı tarafından iade edilmiş, yasalaşamamıştır.

Mutlak surette ifadeye başvurmak zorunda olan ön incelemececinin elinde yer alan en önemli zorlayıcı güç ihzaren celp koruma tedbiridir. Ancak bu yetkinin özgürlüğü kısıtlayıcı bir koruma tedbiri niteliğinde olduğu göz önüne alınınca doktrinde bu yetkinin C. Savcısına dahi verilmesi eleştiri konusu olur iken⁷¹⁴, doğrudan ön incelemece tarafından kullanılamayacağı açıktır. Kanaatimizce mutlak surette ifadeye başvuru zorunluluğu öngören yasanın en azından ön incelemececinin talebi ile C.Savcısı ya da sulh ceza hakimi tarafından zorla getirme kararının verileceğini düzenlemesi gerekmekte idi. Zira ifadeye başvurulmadan ön inceleme raporu düzenlenemeyecek, izin alınamadığı sürece de adli makamlar olaya dahil olamayacaktır ki bu da kanun koyucunun hedeflediği amaç değildir.

⁷¹² İfade alma ve sorguda yasak usuller CMK md. 148 "(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir."

⁷¹³ "Öte yandan, ön inceleme elemanının kanaatinin oluşmasında en az diğer deliller kadar önemli yer tuttuğundan şüphe bulunmayan hakkında suç isnadı bulunan memur ve diğer kamu görevlisinin ifadesinin alınmasında ise, ön inceleme elemanınca **hakkında ön inceleme yapılmadan isnat edilen suç veya suçların neler olduğunun açık bir şekilde belirtilmesi ve verilecek sürenin da isnat edilen suç veya suçların nitelik ve niceliğine göre makul ve yeterli olması gerekmektedir.** Başka bir anlatımla anılan Kanunda hakkında ön inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesinin ne kadar süre içerinse vereceği konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, yasa koyucunun ön inceleme müessesesinin beklediği amacın gerçekleştirilmesi için bu sürenin hazırlık soruşturması açılıp açılmayacağına ilişkin sağlıklı bir kanaatin oluşmasına katkı yapacak nitelikte olması kaçınılmazdır." Danıştay 1. D., 2004/137, 2004/240

⁷¹⁴ ÖZBEK Veli Özer, CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanunun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.645

Hakkında ön inceleme yapılan kişinin ifadesine başvuru imkanının olmaması durumunda nasıl bir yol izlenileceği de açık olarak hüküm altına alınmamıştır. Zorla getirme kararını veren savcılığın aramalarına rağmen hakkında ön inceleme yapılan kişi bulunamıyor ise yapılan ön incelemenin akıbeti ne olacaktır? 45 günlük süre duracak mıdır? CMK md. 247 vd. da kaçağın yokluğunda yargılamanın ne surette yapılacağı düzenlenmiştir. Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabileceği ancak daha önce sorgusu yapılmamış ise mahkumiyet kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir⁷¹⁵. Fakat ön inceleme sonuçlanıp izin dahi verilmiş iken bu maddenin uygulanırlığı tartışılır.

Doktrinde bu halde ifadenin alınamaması durumunda soruşturmanın geçici olarak durdurulması kararı verilmesi gerektiği⁷¹⁶ ya da susma hakkının kullanıldığının kabul olunması gerektiği⁷¹⁷ dile getirilse de hakkında yapılan ön inceleme esnasında kaçak olan bu nedenle zorla getirme kararı uygulanamayan kişi hakkında Kanunda değişiklik yapılarak ifadeye başvuru zorunluluğunun kaldırılması ya da soruşturma izni verilmesinin yasal bir karene olarak kabul edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira bu halde sürenin durması durumunda adli makamlar olaya daha geç müdahil olacaklardır ki bu yasa koyucunun kaçak olan kişiyi ödüllendirmesi niteliğinde olacaktır.

7.3.2.2.Diğer Kurum Ve Kuruluşlardan Bilgi Ve Belge İsteme

CMK md. 332. “Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.

(2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.” hükmünü amir olup, bu hüküm 4483 sayılı Kanun 6. maddesinde yapılan atıf nedeni ile ön inceleme içinde uygulanma kabiliyetini haizdir.

Bu madde nedeniyle ön inceleme görevlisi, kendi kurumu veya diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel veya tüzel kişilerde bulunan, delil niteliğindeki bilgi ve belgeleri isteyebilir. Bunları elinde bulunduran kamu kurum ve kuruluşları ile kişiler bu yazı cevabını yerine getirmekle yükümlüdürler.

7.3.2.3.Keşif Yapma

Keşif kural olarak hakimin ispat konusunda kanaat sahibi olmak için yaptığı bir araştırmadır. Ön incelemecinin kural olarak böyle bir yetkisi yoktur. Ancak 4483 sayılı Kanun 6. madde içerisinde yer alan “...bilgi toplama...” ibaresi geniş yorumlandığında

⁷¹⁵ CMK md. 247/3. fıkra

⁷¹⁶ PINAR İbrahim, s.442

⁷¹⁷ AKKAN Tahir Murat, s.86

gecikmesinde sakınca bulunan ve gerekli olan durumlarda ön inceleme görevlisi “olay yeri incelemesi” yaparak bilgi toplayabilir. Ön incelemesi katip olarak atadığı kişi ile hatta gerektiğinde bilirkişi olarak atadığı kişi ile birlikte olay yerine gidecek, gerekli gözlemlerini tutanağa bağlayıp huzurundakilere imzalatacak, olayı aydınlatmaya çalışacaktır⁷¹⁸.

7.3.2.4.Bilirkişi Atama

Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde ön inceleme bilirkişi atayabilir. Kanunda aksi öngörülmediği sürece tanıklar hakkındaki hükümler bilirkişiler hakkında da uygulanacaktır.

7.3.3.DMK’den Kaynaklanan Görevden Uzaklaştırma Yetkisi

4483 sayılı Kanun 6. maddesinde ön inceleme görevlisinin kendisini görevlendiren yetkili mericinin ve Bakanlık Müfettişlerinin her türlü yetkilerine haiz oldukları belirtilmiştir. Kanunda geçen bu “her türlü” ibaresine görevden uzaklaştırma yetkisinin de dahil olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Görevden uzaklaştırma, Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir, soruşturmanın herhangi bir safhasında da alınabilir. 657 sayılı DMK’nın 138. maddesinde tahdidi olarak görevden uzaklaştırma yetkisine sahip kişiler sayılmıştır⁷¹⁹.

Bu konuda Danıştay 1. Dairesinin 17.04.2000 tarihli kararı şu şekildedir; “...Burada ön inceleme ile görevlendirilen kişilerin görevden uzaklaştırma kararı verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusu duraksamaya neden olabilmektedir. Görevi başında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında uygulanacak olan görevden uzaklaştırma tedbirine ilişkin hükümler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 137 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve bu kararı almaya yetkili olanlar gösterilmiştir. Görevden uzaklaştırma kararı idari bir işlemdir. Ön inceleme ile görevli kişilerin 657 sayılı Kanunun 138. maddesinde sayılan kişilerden olması durumunda, görevden uzaklaştırma kararı vermeleri doğaldır. Ancak, ön inceleme ile görevli kişilerin 138. maddede gösterilen kimselerden olmamaları durumunda, bu kişilerin münhasıran 4483 sayılı Kanun kapsamında bir suçun açığa çıkarılması amacına yönelik işleri yapmaya yetkili olmaları nedeniyle idari bir işlem olan görevden uzaklaştırma kararını vermeye yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır...”

Karardan da açıkça anlaşıldığı üzere görevden uzaklaştırma kararı ancak ön inceleme görevlisinin 657 sayılı Kanunun 138. maddesinde sayılan Valiler, Kaymakamlar, Bakanlık ve Genel Müdürlük Müfettişleri olması halinde verilebilecektir. Aksine bir düşünce durumunda

⁷¹⁸ Gökcan / Artuç, s. 388

⁷¹⁹ 657 sayılı DMK md. 138 “Görevden uzaklaştırmaya yetkililer şunlardır.

- a) Atamaya yetkili amirler;
- b) Bakanlık ve genel müdürlük müfettişleri;
- c) İllerde valiler;
- ç) İlçelerde kaymakamlar (İlçe idare şube başkanları hakkında valinin muvafakati şarttır.)”

4483 sayılı Yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasında geçen “...kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine haiz oldukları ...” hükmü gereğince ön incelemecilerin kendilerini görevlendiren yetkili merciin sahip olduğu atama, görev yerini değiştirme, görevden alma, disiplin cezası verme, sicil doldurma gibi yetkilerine de sahip oldukları anlamını doğuracaktır ki, böyle bir uygulama kişileri yanlış sonuca götürür ve idaredeki hiyerarşik düzenin altüst edilmesine neden olur. Eğer ön inceleme 138. maddede sayılan kişilerden değil ise bu durumda bir inceleme raporu düzenleyerek memurun görevden uzaklaştırılması için yetkili amire teklifte bulunması gerekecektir⁷²⁰.

7.4.Ön inceleme Raporu

4483 sayılı Kanun 6. maddesi ön inceleme raporunun görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek raporu izin vermeye yetkili mercie sunmalarını öngörmektedir. Bu raporun sonuç kısmında, mevcut bilgi ve belgeler değerlendirilerek iddia konusu eylemin suç olup olmadığı kanaati ortaya konularak, yetkili merciler tarafından soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarından birinin verilmesi yönünde görüş belirtilir. 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suç ve görevliler olması halinde, yapılacak ön inceleme sonucunda ön inceleme raporu düzenlenecek ve yetkili merciler tarafından bu rapor esas alınarak “soruşturma izni verilmesi” ya da “soruşturma izni verilmemesi” kararlarından biri verilecektir⁷²¹.

Ön inceleme raporunun ne şekilde ve usulde yazılacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Raporun şeklinden ziyade önemli olan husus yetkili mercide soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kanaat oluşturmaya yönelik olmasıdır. Ama her kurum ve kuruluşun kendi idari düzenlemeleri ile ön inceleme raporunda aradığı şekil şartları vardır ve görevlendirilen ön inceleme bu şekil şartlarına da riayet etmek zorundadır.

Doktrinde düzenlenen ön inceleme raporunda TCK da yer alan suç maddesinin belirtilmesine gerek olmadığı ancak memur ve diğer kamu görevlilerinin kusurlu olup olmadığının belirtilmesi gerektiği⁷²² belirtilmektedir. Mahkemenin C. Savcısının dahi yaptığı suçun hukuki nitelmesi ile bağlı olmadığı⁷²³ gerçeği karşısında bu görüş haklı gibi durmaktadır. Bu görüş önemli olan olaya ilişkin kusurluluğun tespiti demektir.

Fakat kanaatimizce suç maddi ve manevi unsurları ile bir bütün olup, suçun manevi unsuru olan kusurluluğun tespiti durumunda maddi unsurlarının da vücut bulup bulmadığı araştırılmalı, tipik fiil hangi suç kalıbına uyuyor ise ön inceleme raporunda suçun hukuki nitelmesi de yapılmalıdır. Pek tabi ki yapılan bu nitelme ile adli makamlar bağlı değildir. Bizatihi soruşturma emrinin suçun hukuki nitelmesine değil ön inceleme konusu olan olaya verildiği göz önünde bulundurulunca da aynı sonuç elde edilebilecektir.

⁷²⁰ ELİŞ / KABİL, s.24

⁷²¹ İĞDELER Serdar, s.36

⁷²² Aktaran MALKOÇ İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2006, s.278

⁷²³ CMK md. 174

Suçu maddi ve manevi öğeleri ile bir bütün olarak kabul etmek gerekir. Tek başına kusurluluğun varlığı suçun sübut bulması için yeterli değildir. Aynı zamanda kusurlu irade ile gerçekleştirilen kanunda soyut tanımı yapılan kalına uygun somut bir hareketin olması gerekir. Hatta kusurluluk ve hareket öğelerin kanunda çizilen tipikliğe uygun olması durumunda dahi olayda eylemi suç olmaktan çıkarabilecek hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı söz konusu olabilecektir. Ön incelemeci raporunu hazırlarken tüm bu hususları değerlendirmelidir.

İdare mahkemelerinin ve Danıştay'ın hakimleri ceza hukukçusu olmadıkları halde nasıl ki maddeleri tartışıyor ve değiştiriyor ve uygun görüyorlar ise bu işle görevlendirilenler de aynı şekilde hazırlık ve araştırma yapmak zorundadırlar⁷²⁴. Ön incelemecinin suçun hukuki nitelemesini yapmasını yargılamaya müdahale olarak da algılamamak gerekir. Zira mahkemeler daha önce de belirttiğimiz üzere C.Savcısı tarafından yapılan hukuki niteleme ile dahi bağlı olmadan isnada konu olay hakkında karar vermektedirler. Burada ön incelemecinin yapacağı niteleme de olayın açıklanması ve mercide kanaat oluşturmaya yönelik bir çalışma niteliğinde olacaktır.

7.5.Soruşturma İzni Verilmesi Ya Da Verilmemesine İlişkin Karar

7.5.1.Hukuki Niteliği

Bir yargılama şartı olarak izin, belli suçların yargılanması bakımından dava açılmasında, kamu menfaati görüldüğü zaman kanunun koyduğu engeli kaldıran bir işlemdir. İzin verildiğinde, o görev suçunun aleniyete çıkmasında toplumun zarar görmeyeceği açıklanmış olur. İzin bir ceza yargılaması şartıdır⁷²⁵.

4483 sayılı Kanun'a göre bir karar verilmek üzere ön inceleme emri veren makama sunulan rapor ve ekleri yetkili mercie ulaştığında, artık memur ve diğer kamu görevlisi hakkından karar verilme aşamasına gelinmiş olur. Yapılan inceleme sonucunda memur veya diğer kamu görevlisinin fiili, idari işlerin özelliği ve gerekleri göz önüne alınarak değerlendirilir ve sonuçta verilen kararlar memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma açılmasının gerekip gerekmediği belirlenmiş olur. Ön inceleme izni vermeye yetkili merci aynı zamanda soruşturma izni vermeye de yetkilidir. Ve soruşturma konusunda mutlaka bir karar vermek zorundadır⁷²⁶.

On inceleme raporuna dayanmaksızın, yetkili merci tarafından soyut bir karar verilemez. Yetkili mercie bu anlamda bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Ancak, toplanan kanıtların kanaatin oluşumu bakımından elbette ki yetkili merci tarafından bir takdiri yapılacak, karar da ona göre olacaktır⁷²⁷. Danıştay soruşturma izni verilebilmesi için öncesinde öninceleme izni verilmiş olması⁷²⁸, hakkında öninceleme yapılmadan kişi hakkında

⁷²⁴ MALKOÇ İsmail, s.278

⁷²⁵ ZENGİN Raşit, s.98

⁷²⁶ AKKAN Tahir Murat, s.92

⁷²⁷ AKYILDIZ Ali, s.195

⁷²⁸ Danıştay 2.D., 2000/3057, 2000/3666

soruşturma izni ile ilgili kararın verilmemesi⁷²⁹, ön inceleme emri verildikten sonra mutlaka öninceleme raporu düzenlenmesi⁷³⁰,... gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Yani ön inceleme emri ile başlayan süreç ön inceleme raporunun düzenlenmesi ile devam etmekte ve bu rapora dayanılarak verilecek soruşturma ile ilgili karar ile son bulmaktadır. Bu süreç bir zincir gibi birbirine bağlıdır. Ön inceleme raporunun yetkili merciye verilmesinin ardından yetkili merci iki türlü karar verebilir. Bunlar; soruşturma izni verilmesi ya da soruşturma izni verilmemesidir.

Yetkili merci yukarıdaki iki karar dışında bir karar veremez. Fakat bazı ayrıksı durumlarda “karar verilmesine yer olmadığına” ilişkin karar verilmesi de mümkün olabilmektedir. Ancak bu halde bizatihi ön incelemeye konu olmaması gereken bir durum söz konusudur. Yoksa verilen karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar ön inceleme raporu ve faaliyetine ilişkin bir karar niteliğinde değildir.

Şöyle ki; soruşturma izni konusunda karar verecek merci, ön inceleme görevlisinin ön inceleme raporunu incelediğinde değişik ihtimallerle karşılaşabilir. Soruşturma izni konusunda karar verecek merci, ön inceleme görevlisinin raporunu incelediğinde, memur veya diğer kamu görevlisi hakkında yürütülen soruşturmanın ve ya memur veya diğer kamu görevlisinin 4483 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, genel hükümlere veya o görevlinin kendisinin görevi nedeniyle tabi olduğu usul hükümlerine göre yapılmasını gerekli görürse evrakı bu nedenleri belirterek Cumhuriyet savcılığına gönderir, bu gönderme kararını da varsa şikâyetçi veya ihbarcıya bildirir. İkinci ihtimalde memur veya diğer kamu görevlisinin islediği iddia edilen eylem, görev sebebiyle islenen bir eylem olmaması veya konu yönünden istisnalar arasında yer alması halinde yetkili merci bu durumda da evrakı bu durumu belirterek Cumhuriyet savcılığına gönderir, bu gönderme kararını da varsa şikâyetçi veya ihbarcıya bildirir. Bu şekilde verilen kararlara itiraz mümkün değildir⁷³¹.

Soruşturma izniyle ilgili karar, mutlaka gerekçeli verilmelidir. Ön inceleme raporu, bu kararın gerekçesini oluşturacaktır. Hatta yetkili mercein soruşturma raporunu onaylaması dahi bir karar sayılabilmelidir. Bundan ötesi, yani kararın yasal bildirimlerinin yapılması, artık bir büro işlemi olarak da yürütülebilir, yeter ki, ön inceleme raporu soruşturma izniyle ilgili karar yerine geçebilecek açıklık ve düzende hazırlanmış bulunsun⁷³².

Yetkili merciler düzenlenen ön inceleme raporunda yer alan soruşturmacı kanaat ve düşüncesine katılmak zorunda değildir. Kaldı ki ön incelemecinin görüş ve kanaatleri de bağlayıcı değildir. Nitekim Danıştay 2. Dairesinin bu mahiyetteki E:2001/588 K:2001/1372 sayılı kararında “...Mülkiye Başmüfettişi olan soruşturma konusu olan şahısların müfettişlik bilgi ve tekniğine uygun olmayan eksik inceleme yaptıkları ileri sürülmekteyse de soruşturmacı olarak ortaya konulan görüşlerin mutlak anlamda karar veren makamı bağlayıcı özelliği bulunmadığı ve soruşturmacının görüşünden dolayı suçlanamayacağı anlaşıldığından

⁷²⁹ Danıştay 2.D., 2000/2034, 2000/3017

⁷³⁰ Danıştay 2.D., 2000/2526, 2000/3570

⁷³¹ AKKAN Tahir Murat, s.93

⁷³² AKYILDIZ Ali, s.194

yakıncı vekilinin soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara yönelik itirazının reddine...” şeklindedir.Yine yetkili merciler incelemeyi dosyadaki deliller üzerinde yaparlar. Verilecek kararlarda yetkili merciler delillerin değerlendirilmesini yapamaz ve vicdani kanaate göre karar veremezler. Ayrıca yetkili merciler, memur veya diğer kamu görevlisinin ve suçunun 4483 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığı, sanığın suç tarihindeki görevi, suçun görev sebebiyle işlenip işlenmediği, suç tarihi, af ya da zamanaşımı olup olmadığı, şikâyetin varlığı, geri alınması, sanıkların ifadelerinin alınıp alınmadığı, alınan sanık ve tanık ifadelerinin ve eğer ölüm varsa ölümün belgelenmesi, her bir suç için ayrı ayrı soruşturma yapılması ve bunların fezlekedede belirtilmesi gibi hususların varlığını dikkate alarak karar vermeleri gerekir⁷³³.

Ayrıca, soruşturma izni konusunda karar vermeye yetkili merci, yaptığı veya yaptırdığı ön inceleme sonucunda, memurun üzerine atılı suçun zamanaşımına uğradığını veya af kapsamında kaldığını yahut bu sahsın öldüğünü tespit ederse, bu durumları da gerekçe göstererek, soruşturma izni verilmesine yer olmadığına karar verecektir⁷³⁴.

Kanunun 8. maddesine göre; soruşturma izni, şikâyet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak ileride soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek konuları kapsar. Bu nedenle adli makamlar sadece bu kapsamda yer alan konular hakkında kamu görevlisini soruşturulup kovuşturabilir. Bu kapsam dışında kalan, soruşturma sırasında izin verilen olay ve konudan tamamen ayrı veya farklı bir suç olarak nitelendirilebilecek bir fiil ortaya çıktığında, yeniden izin alınması zorunludur. Bu halde tüm süreç baştan başlamalı ve ortaya çıkan konu hakkında yeniden bir ön inceleme yapılmalıdır. Fakat suçun hukuki niteliğinin değişmesi, yeniden izin alınmasını gerektirmez. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi izin isnat edilen olaya verilmektedir, suçun hukuki nitelemesini yapmak ise mahkemenin görevidir, mahkeme yetkili merciin ya da C. Savcısının yaptığı hukuki niteleme ile bağlı değildir.

7.5.2. Kararı Verme Süresi

Kanunun 7. maddesine göre; yetkili merci, soruşturma izni konusundaki kararını suçun 5. maddenin 1. fıkrasına göre öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dahil en geç otuz gün içinde vermek zorundadır. Bu süre, zorunlu hallerde on beş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir.

Kanun sürenin başlangıcı olarak isnadın öğrenilme anını esas almaktadır. Dikkat edilecek olur ise kanun koyucu yetkili merciin isnadı öğrenme anını esas almaktadır, C.Savcılığının ya da diğer kurum ve kuruluşların isnadı öğrenme anını değil.

Fakat uygulamada öğrenme anın tespit edilmesi zordur. Kanunda merciin suçu ne zaman öğrenmiş sayılacağına ilişkin açık bir hüküm de yoktur. Bu konuda Danıştay suçun

⁷³³ ELİŞ / KABİL, s.43

⁷³⁴ AKKAN Tahir Murat, s.94

öğrenilme anı olarak sürenin başlangıcında “ön inceleme emrinin verildiği tarihin” kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷³⁵.

Kanuna göre; yetkili merci, herhalde yukarıdaki fıkrada belirtilen süreler içinde memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda karar vermek zorundadır.

Peki maddede ön görülen süreler içinde izin konusunda bir karar verilmemiş ise ne olacaktır? 4483 sayılı Kanun tasarısında yer alan, “maddede öngörülen sürelerde izin verilmediği takdirde izin verilmiş sayılır” şeklindeki hüküm TBMM Genel Kurulunda tasarıdan çıkarılmıştır. Bu durumda gösterilen süre içinde izin verilmediği takdirde izin verildiğinin kabulü mümkün değildir. Ancak yetkili mercilerin belirlenen sürenin sonunda soruşturma izni konusunda bir karar vermemeleri durumunda, TCK kapsamında cezai sorumlulukları doğacaktır. Bu nedenle izin vermeye yetkili mercilerin belirlenen 45 günlük süre aşılsa dahi karar vermeleri gerekir. Ancak bu 30 ve 45 günlük süreler hak düşürücü süre olmadığından, bu durum hakkında ön inceleme yapılan kişiye herhangi bir hak sağlamaz⁷³⁶.

Danıştay 1. Dairesi de sürenin aşılmış olması durumunda dahi yetkili merciin olumlu ya da olumsuz bir karar alması gerektiğini belirtir⁷³⁷.

Belirmekte fayda vardır ki 15 günlük uzatma süresi ön incelemecinin resen kullanabileceği bir süre değildir. Zira süreler ön incelemeciye değil, yetkili merice kararını açıklaması için tanınan sürelerdir. Ön inceleme safhası da bu süre içerisinde gerçekleştiğinden sürenin ön incelemenin tamamlanması için öngörülen bir süre olduğu yanlışlığına düşülmemelidir. Bu nedenle ön incelemecinin raporunu hazırlayıp vereceği sürenin emrin verildiği tarihten itibaren 30 günü aşması durumunda, yetkili mercii durumdan haberdar edip 15 günlük ek süre istemesi gerekir. Bu halde dahi yetkili merici 15 günlük ek süre vermek hususunda takdir hakkını haizdir.

Sürenin bitiminin tatile rastlaması durumunda, CMK md. 39 hükmü uygulanır, süre tatilden sonraki ilk iş günü mesai bitimine kadar uzar.

7.5.3.İlgililere Bildirilmesi

Kanunun 9. maddesine göre; yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirir.

Merciin ilgililere yapacağı bildirimde; verilen karar, bu sonuca varılmasını haklı kılan gerekçe, karara karşı ne kadar sürede, kimlerin hangi usulle, hangi yargı merciine başvuracakları hususlarına açıkça ve ayrıntılı olarak belirtilmelidir. Bu anayasal bir zorunluluktur.

⁷³⁵ Danıştay 1. D, 2000/29, 2000/59

⁷³⁶ GÖKCAN / ARTUÇ, s394

⁷³⁷ Danıştay 1. D., 2000/29, 2000/59

Kanun bildirimde bulunulacak kişiler arasında şikayetçi saymasına rağmen ihbarda bulunan kişiye bildirim yapılması gerektiğini belirtmemiştir. Fakat kanun 4. maddesinde daha önce ifade ettiğimiz üzere dilekçenin işleme koyulmaması kararının ihbarda bulunana bildirilmesi gerekliliğini öngörmüştür.

Kanun yapılacak bildirimin şeklini açık olarak düzenleme altına almamıştır. Fakat maddenin 2. fıkrasında kararın “tebliğinden” ifadesi kullanıldığından dolayı tebligatların 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Tebliğ anı; 4483 sayılı Kanuna göre idari sürecin tamamlanması açısından önem taşımaktadır. Kararın tebliği ile idare 4483 sayılı Kanun’a göre izin verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararını açıklamıştır. Bu safhadan sonra gelişecek işlemlerde adli merciiler yetkili olacaktır.

7.6.Soruşturma İzni Verilmesi Ya Da Verilmemesi Kararına İtiraz

Tebliğ ile birlikte idari sürecin tamamlandığını yukarıda belirtmiştik. Bu aşamadan sonra Kanun yetkili merci tarafından verilen kararlara karşı adli bir yol öngörmüştür. Kanunun 9. maddesi 2. fıkrasına göre; soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi itiraz yoluna gidebilecektir.

Soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin karar her ne kadar idari bir karar niteliğinde olsa da idari işlemlerin kaldırılması, geri alınması ve değiştirilmesi usullerine göre geri alınıp değiştirilip değiştirilemeyeceği ve ya idari işlemin iptali davasına konu olup olamayacağı tartışmalıdır.

Danıştay soruşturma izninin verilmesine ilişkin kararın iptal davasına konu olamayacağına karar vermiştir⁷³⁸. Danıştay’ın bu kararına katılmaktayız, zira idari süreç tamamlandıktan sonra yasa koyucu kararın idari yargıda denetimini itiraz mekanizması ile öngörmüştür.

⁷³⁸ “Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran "soruşturma izni", Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, yasayla gösterilen yetkili makam, suçlamanın niteliğini, Devlet memuru yada diğer kamu görevlisinin kamusal yetkileri ve yöntemleri kullanmasından kaynaklanan eyleminin suç teşkil edip etmediğini, buna ilişkin delillerin niteliğini araştırarak soruşturma izni verilir, verilmemesine karar vermektedir. Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait alması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Kaldı ki, yetkili makamın ceza takibatına başlanması ya da başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulabileceğinin kabulü, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası bir yürütmenin durdurulması ya da iptal kararının uygulanması sonucunu doğuracağından, bu durumun ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olacağı da açıktır” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2004/125, 2007/2320

Yine Danıştay soruşturma izninin verilmesine ya da verilememesine ilişkin kararın yetkili mercii tarafından kaldırılamayacağını kabul etmektedir⁷³⁹. Fakat karşı oy yazılarında sadece kararın hukuka aykırı olması yani 4483 sayılı yasanın ruhuna ve getirilen prosedüre aykırı olması halinde kararın kaldırılmasının mümkün olduğu, hukuka uygun olan soruşturma iznine ilişkin karar yetkili merci tarafından resen kaldırılamayacağı da ileri sürülmektedir⁷⁴⁰.

7.6.1.Usulü ve İtiraza Bakacak Merciler

Soruşturma izni verilmesi kararlarına karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi Bölge İdare mahkemesine itiraz edebilirler.

Bölge idare mahkemesi itirazları, öncelikle incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlara karşı temyiz yoluna ya da başka bir kanun yoluna başvurulamaz.

Kanunda itiraza, 3 üncü maddenin (e), (f), g (Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesinin bakacağı da düzenleme altına alınmıştır. Bu kişiler hakkında yapılacak itirazlarda yetkili mahkeme Danıştay 2. Dairesidir.

4483 sayılı Yasaya göre soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlara eğer itiraz edilmemişse kararlar kesinleşmiş sayılır. Danıştay 2. Dairesinin E:2003/98 K:2003/321 sayılı kararına göre, soruşturma izni verilmemesine ilişkin yetkili merci kararına ihbarda bulunan kişinin ya da yasada açıkça belirtilmeyenlerin itiraz hakları bulunmamaktadır⁷⁴¹. Bu nedenle kararı veren yetkili merciinde verdiği kararı kaldıramayacağı gibi kararına karşı itiraz yoluna da başvuramayacağını belirtmekte fayda vardır.

8.Soruşturma Evresinin Başlaması

Soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosya, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet

⁷³⁹ “4483 sayılı Kanunun 5 inci maddesi hükmüne göre izin vermeye yetkili merciler tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emir doğrultusunda ön inceleme raporu düzenlenmesi ve bu raporun değerlendirilmesi sonucunda 3 üncü madde uyarınca verilen yetkinin kullanılması ve sonrasında 9 uncu maddenin işletilmesi, itiraz hakkının kullanılması durumunda da belirtilen idari yargı yerlerince itirazların incelenerek 3 üncü madde uyarınca verilen kararın kesinliğe kavuşturulması anılan Kanunun öngördüğü hukuki süreçtir. 3 üncü madde uyarınca kullanılan yetki sonrasında oluşan kararın, kararı veren mercii tarafından kaldırılması yani geri alınması konusunda anılan Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre, idari makamlar kullandıkları yetkiyi Kanundan alırlar. İdari makamlarca tesis edilen işlemlerin hukukten geçerli sayılabilmesi için işlem tesis edebilme yetkisinin, kanuna dayalı olması bir başka ifadeyle hukuk normuna ihtiyaç duyması gerekir.”

⁷⁴⁰ Sağlık müfettişleri derneği internet sitesi; http://smd.org.tr/v2009/index.php?option=com_content&view=article&id=85:4483-sayili-kanunun-3-uncu-maddesi-hukukie-uyarinca-verilen-soruturma-zn-kararinin-karari-veren-yetkl-merc-tarafindan-kaldirilamayacai-hkdanitay-karari&catid=1:son-haberler&Itemid=50

⁷⁴¹ ELİŞ / KABİL, s.46

başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır⁷⁴².

Hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılır⁷⁴³. Davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemedir⁷⁴⁴.

⁷⁴² 4483 sayılı Kanun md.12

⁷⁴³ 4483 sayılı Kanun md.13

⁷⁴⁴ 4483 sayılı Kanun md.14

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARINCA EN ÇOK İŞLENEN SUÇLAR, NEDENLERİ VE ÖNLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER

İncelememizin bu bölümünde Tapu ve Kadastro çalışanlarınca en çok işlenen suçların neler olduğunu, çalışanları suç işlemeye iten nedenlerini tespiti ve çalışanların suç işlemesini önlemek için İdarenin alabileceği tedbirlerin neler olduğu üzerinde durmaya çalışacağız.

Öncelikle belirtelim ki, toplumsal bir olgu olarak suçu doğuran ve etkileyen toplumsal çevre, eğitim, kültür, yaş, cinsiyet, sınıf, işsizlik, göç, devlet, din ve iktidar gibi etmenleri ve bunlar arasındaki ilişkileri incelemek suç sosyolojisinin kapsamına giren bir konudur. Suç sosyolojisi suçun nedenleri, nitelikleri, nicelikleri, toplumsal tetikleyici özelliklerini içine katarak tahlillerde bulunur. Bizim bu başlık altında yapmaya çalışacağımız sosyolojik tespitler kesin gözlem ve ölçme değerlerine dayanmasa da, Tapu ve Kadastro Teftiş Kurulunda uzun süredir hizmet veren Başmüfettiş ve Müfettişlerimizin mesleki deneyimlerine ve gözlemlerine dayanmaktadır. Yine bu başlık altında yapacağımız tespitlere Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü İnsan Kaynakları Dairesi Başkanlığında personel özlük dosyalarına işlenen ceza mahkemesi mahkumiyet kararlarından sondajlama usulünde seçilen karar esas olmuştur. Bu kararlar ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay temyiz ilamlar olup kesinleşmiş kararlardır.

1. TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARINCA EN ÇOK İŞLENEN SUÇLAR

Tapu ve kadastro genel müdürlüğünde merkez ve taşra teşkilatında farklı coğrafyalarda görevli personelin özlük dosyalarından 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihinden sonra verilmiş olan cezai mahkumiyete ilişkin 40 adet kesinleşmiş ilam sondajlama usulü ile seçilmiştir.

Bu kararlardan 31 adetinin görevi kötüye kullanma suçuna, 5 adetinin irtikap suçuna, 1 adetinin rüşvet suçuna, 3 adedinin resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin olduğu görülmüştür. Bu kararlar arasında hiç zimmet suçuna ilişkin ilama rastlanamamıştır.

Kararlardan 24 adetinde mahkeme beraat kararına hükmeder iken, 16 adetinde mahkeme mahkumiyete hükmetmiştir.

Yukarıdaki kaba istatistiki verileri incelediğimizde görülmektedir ki, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde görevli personelin en sıklıkla işlediği suç görevi kötüye kullanma suçudur. Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin ilamlardan 20 adetinin beraat 11 adetinin ise mahkumiyet ile sonuçlandığı görülür. Yine görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin maddenin 3. Fıkrasında yer alan suçun en sık işlenen suç tipini oluşturduğunu da söylememiz gerekir zira daha önce de açıkladığımız gibi 3. Fıkarda yer alan suç tipi maddenin ilk 2 fıkrasında yer alan suçlardan hareket ögesi noktasında farklılık arz etmektedir.

O halde şunu söyleyebiliriz ki, pek tabi ki istisnai olarak münferit irtikap, rüşvet ve resmi evrakta sahtekarlık suçlarına rastlanılsa da Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü personeli görevinin gereklerine aykırı davranmak için kişiler ile anlaşma ilişkisi içerisine girmekten ya da görevin gereklerine uygun davranmak için kişiler üzerinde manevi baskı, cebir oluşturmaktan ya da hileli davranışlarda bulunmaktan ziyade görevinin gereklerine uygun davranmak hususunda kişilerden çıkar temin etme yoluna gitmektedir. Sağlanan bu çıkar haklı işin görülmesinden önce ya da sonra verilebilmektedir. Bazen de personelin icrai ya da ihmali davranışları ile görevin gereklerine aykırı davranışları sonucunda kişi mağduriyeti ya da kamu zararına neden olmaları söz konusu da olabilmektedir.

Bu tespiti yaptıktan sonra aşağıdaki başlıklarda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde görevli personelin neden haklı işin görülmesi için vatandaşlardan çıkar temini yoluna gittiklerini, ya da görevlerini icrai ya da ihmali hareketler ile kötüye kullandıkları ve onları bu davranış ve kasta iten nedenlerin neler olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

2. TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARI HAKKINDA VERİLEN MAHKEME KARARLARININ NEDENLERİ

2.1. VERİLEN BERAAT KARARLARININ GEREKÇELERİ VE ÖNERİLER

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü çalışanlarının işledikleri iddia edilen suçlar nedeni ile yargılanmaları sonucunda ceza mahkemelerinin beraat hükümlerinin çokluğu yapılan incelemede dikkatimizi çektiğinden mahkumiyet hükümlerini incelemeden bu başlığı tartışmayı yerinde gördük. Zira kurum personelinin diğer kurumlara göre daha fazla olarak ceza mahkemesi önüne çıkarıldığı gerçektir, fakat yapılan yargılamaların çoğunluğu mahkumiyet değil, beraat kararları ile sonuçlanmaktadır.

Verilen beraat kararlarının hüküm kısımları incelendiğinde; çoğunlukla suçun maddi ve manevi unsurlarının yokluğundan ya da suçun failinin başkaca kişiler olduğu, yargılanan çalışanın iştirak iradesinin bulunmadığı nedenleri ile yargılamanın sonuçlandırıldığı görülmüştür.

Aşağıda yapacağımız tüm açıklamaları denetim elemanlarınca yapılan ön inceleme faaliyetlerini istisna tutarak söylüyoruz ki verilen beraat hükümleri çoğunlukla ön incelemelerin gereği gibi yapılamamasından kaynaklanmaktadır. Zira suçun unsurları oluşmadan soruşturma izni verilmesi yoluna gidilmektedir. Genellikle hiyerarşik üstün yaptığı ön incelemelerde; kuruma kötü bakış açısından kaynaklanan ve nasıl olsa mahkemenin yargılama yapacağı, en doğru kararı vereceği düşüncesi.. vs nedenlerle sağlıklı ön inceleme yapılmadan soruşturma izni verilmektedir. Yine hiyerarşik üst konumunda olan ön incelemeci çoğunlukla başka kurumda görevli olduğundan dolayı hakkında ön inceleme yapılan görevlinin görevinin gereğini tespit edememektedir, zira kurum mevzuatına ve teamüllerine yabancı konumdadır. Bu nedenle de görevinin gereğine aykırı hareketi olmayan işlemlerde bulunan personel hakkında dahi soruşturma izni verilmektedir.

Kurum çalışanları hakkında daha sağlıklı ön inceleme yapılması verilen soruşturma izinlerinin sayı itibarı ile azalmasını dolayısı ile de yargılamaların azalmasını sağlayacaktır. Bunun için de kanaatimizce Bölge Müdürlüklerinde denetim birimlerinin güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu denetim birimlerinde yer alan kişiler kurum mevzuatına ve teamüllerine yabancı konumda olmayacaklarından dolayı çalışanların görevlerinin gereğini ve hangi hareketlerinin görevlerinin gereğine aykırılık teşkil edeceğini daha sağlıklı bir şekilde tespit edeceklerdir.

Verilen kararlarını incelediğimizde kararlardan büyük çoğunluğunda çalışanların kusuru bulunmadığından beraat ettikleri görülmektedir. Ön inceleme faaliyetinde suçun maddi unsurlarını olduğu kadar manevi unsurlarını da değerlendirmelidir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak, ihmal etmek... gibi suçun soyut tanımında tarif edilen davranışı ve sonucu bilme ve isteme yönünde kusurluluğu yok ise soruşturma izni verilmemelidir. Kamu görevlisinin sırf suçun soyut tanımına uyan hareketi, davranışı soruşturma izni verilmesi için yeterli değildir.

Yine verilen ceza mahkemesi kararlarını incelediğimizde iştirak iradesi ve illiyet bağının bulunmadığı nedenlerine dayanılarak beraat kararları verildiği görülür. Özellikle örgüt kapsamında gerçekleştirilen sahtecilik eylemlerinde sahteciliği gerçekleştiren kişilerle birlikte çalışanlar da yargılanmaktadır. Ya da sahteciliğe konu belgeyi işleme koyan kamu görevlisi hakkında görevi ihmal suçundan soruşturma izni verilmektedir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi resmi belgeyi iştirak iradesi olamadan işlemen koyan kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik suçundan, iştirak iradesi yok ve belge açıkça sahteciliği belli değil ise yani iğfal kabiliyetini haiz ise görevi ihmal suçun sorumlu tutulamayacaktır.

Yine meydana gelen kamu ya da kişi zararı ile görevlinin hareketi arasında illiyet bağı yok ise sırf görevinin gereğine aykırı hareket soruşturma izni verilmesi için yeterli değildir. Meydana gelen zarar kamu görevlisinin kasten gerçekleştirdiği hareket ile illiyet bağı içerisinde olmalıdır ki soruşturma izni verilsin.

Kısaca ön inceleme suçun maddi, manevi unsurlarını, hukuka aykırılık unsurunu, illiyet bağı yani tipikliği sağlayan tüm suç unsurlarını değerlendirmelidir. Nasıl olsa mahkemenin yapacağı yargılama sonucunda adaletin tecelli edeceği düşüncesi ile peşinen soruşturma izni verilmesi yolu tercih edilmemelidir. Zira bu düşünce kanun koyucunun 4483 sayılı Kanunun kabulündeki amacı ile tezatlık teşkil etmekte, yapılan yargılamalar yargı erkini gereksiz yere meşgul etmektedir. Yargı erkinin iş yükünün arttırılması neticesinde ise yargılamalar uzun süreler boyunca devam etmekte, geç gelen adalet ise yargı erkine duyulan güveni zedelemektedir. Dolayısı ile yargı kararlarının kalitesi sorgulanır hale gelmektedir. Yine yapılan yargılamaların çokluğu idarenin imajını da halk nezdinde olumsuz etkilemektedir. Zira vatandaşlar verilen beraat hükümlerinden haberdar olmadan yapılan yargılamaların çokluğuna vakıf olmaktadır.

2.2. VERİLEN MAHKUMİYET HÜKÜMLERİNİN NEDENLERİ, TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARIN SUÇ İŞLEMeye İTEN SOSYOLOJİK NEDENLER VE ALINMASI GEREKLİ ÖNLEMLERE İLİŞKİN ÖNERİLER

Mahkumiyete konu ceza mahkemesi kararlarını incelendiğinde kararların büyük çoğunluğunun 257. Maddede yer alan görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olduğu, özellikle 257. Madde 3. Fıkra da yer alan basit rüşvet olarak adlandırılan suça hükmedildiği görülmektedir. Bu nedenle aşağıda açıklamalarımızı görevi kötüye kullanma suçunun fıkralarını esas alarak yapacağız.

2.2.1. Personeli Suç İşlemeye İten Etmenler

2.2.1.1. Mesleki Etik İlkelerine Riayetsizliğin Anti-Sosyalliğine Karşı Umursamazlık

Kamuda yolsuzluk, kamu gücünün özel ve şahsi çıkarlar amacıyla kötüye kullanılmasıdır. Her türlü yolsuzluk etik ihhalidir. Yolsuzlukların başlangıcı etik değerlere uymamakla başlar⁷⁴⁵.

Etik; ahlakın felsefesidir. İnsanların bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, davranışları ahlaksal açıdan araştıran bir felsefe disiplini. Etik; insan tutum ve davranışlarının iyi kötü ya da doğru-yanlış yönden değerlendirilmesidir. Mevzuat kamu görevlilerinin davranışların dışsal olarak belirlemekte ve denetlemekte iken, etik değerler insan davranışlarını içsel (ahlaki) olarak yönetmekte ve denetlemektedir⁷⁴⁶. Etik suç sosyolojisinde yer alan fiilin anti sosyalliliği ile yakından ilgilidir.

13.04.2005 tarih ve 25785 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik” kamuda etik kültürünü, etik davranış ilkelerini yerleştirmek için Kamu personelinin ve kaynaklarının yönetimi gibi konularda dahil olmak, üzere kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını yerine getirirken oynadıkları rol ve davranışları düzenleyen etik ilke ve değerleri genel olarak düzenlemiştir. Bu ilkeler;

- Kamu Hizmeti Bilinci.
- Halka Hizmet Bilinci.
- Hizmet Standartlarına Uyuma.
- Amaç ve Misyona Bağlılık.
- Dürüstlük ve Tarafsızlık.

⁷⁴⁵ KARATAŞ Yener, Etik Eğitimi Ders Notu, s.6

⁷⁴⁶ KARATAŞ Yener, Etik Kavramı Ve Kamu Görevlileri Etik Mevzuatı, s.1

- Saygınlık ve Güven.
- Nezaket ve Saygı.
- Yetkili Makamlara Bildirim.
- Çıkar Çatışmalarından Kaçınma.
- Görev ve Yetkilerin Menfaat Sağlama Amacı ile Kullanılmaması.
- Hediye Alma ve Menfaat Sağlama Yasağı.
- Kamu Malları ve Kaynaklarının Kullanımı.
- Savurganlıktan Kaçınma.
- Bağlayıcı Açıklamalar ve Gerçek Dışı Beyan.
- Bilgi Verme Saydamlık ve Katılımcılık.
- Yöneticiye Hesap Verme Sorumluluğu.
- Eski Kamu Görevlileri ile İlişkiler.

Mal Bildiriminde Bulunma olarak sayılmıştır⁷⁴⁷.

Bu ilklerden bazıları kamu güvenilirliğine karşı suçlar ile aynı amacı hedefler. Örneğin; Hizmet standartlarına uyma bilinci ile çalışan kamu görevlisi görevini ihmal etmeyecektir, dürüstlük ve tarafsızlık bilinci ile çalışan kamu görevlisi çeşitli kişi ya da gruplara öncelik tanımayacaktır, nezaket ve saygı bilinci ile çalışan kamu görevlisi hizmet bekleyen vatandaşa kötü muamelede bulunmayacak, hediye alma ve menfaat sağlama yasağı bilinci ile çalışan kamu görevlisi irtikap, rüşvet ya da görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar temini suçlarını işlemeyecektir.

2.2.1.2. Aracılık Kurumu

Emlakçı ve ya aracı şekillerinde adlandırılan kişiler bu işi sürekli iştiğal konusu olarak edinmelerine rağmen birçoğu ilgili odalara kaydolmadan çalışmakta, tapu müdürlüklerine sıklıkla işlem yapmalarına rağmen hiçbir hukuki sorumluluğu paylaşmadıkları gibi bu kazançları nedeni ile hiçbir vergi daha ödememektedir. Bu kişiler çoğu zaman tapu müdürlükleri içersinde işlem takibi konusunda vatandaşlar ile pazarlık içersine girmekte, vatandaşların bizzat halledebileceği işlemler için dahi komisyon almaktadır. Bu durumda tüm işlemin ikmalî personelce yapılmasına rağmen aracılar hakları olmadıkları bir kazanç elde ettikleri gibi yetkisiz olarak işlem yapabilmek için ise personeli sürekli olarak baskıya maruz bırakmaktadır. Bu kişilerin birçoğunun personel üzerinde baskılarıyla çeşitli şekillerde

⁷⁴⁷ KARATAŞ Yener, Etik Eğitimi Ders Notu, s.7

olabilmektedir. Örneğin bu baskı yetkisiz olarak işlem takibi yapabilmek için personele maddi çıkar temini teklifi olabildiği gibi vatandaşa personele maddi bir menfaat temin etmesi gerektiği ya da taraflarından verildiği gibi yanlış bilgileri de aktarmaları söz konusu olabilmektedir. Bu baskı bir süre sonra maddi menfaat temini boyutunu aşarak maddi cebir boyutuna dahi varabilmektedir. Bu şahıslar suç işleme konusunda azmettiren pozisyonuna gelmektedir.

Konu ile münhasır yasal düzenlemeler bulunmadığından bu kişilerin işlemlerine Genel Müdürlüğümüzce Borçlar Kanunun telalık hükümleri değerlendirilerek yön verilmektedir. Fakat bu düzenleme konunun ayrıntılarına nüfuz edememektedir. Zira münhasır olarak uygulamaya yön vermek amacı ile düzenlenmiş bir kanuna ilişkin olmayıp Borçlar Kanunun genel düzenlemelerinden yola çıkılarak olaya uyarlanmaya çalışılmaktadır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Müfettişlerince yapılan genel denetimlerde özellikle vurgulanan bir konu olan bu sıkıntı yasama organınca münhasır düzenleme yapılınca kadar Kurumumuzun yetki ve sorumluluğu dahilindedir.

Bu noktaya kadar yaptığımız açıklamalar 257/3 fıkra ile ilişkin olsa da şunu da ekleyelim ki kurumumuz personeline nadiren de olsa işlenen resmi evrakta sahtecilik suçlarında bu kişilerle iştirak içerisinde bulunduğu gözlemlenmektedir. Taşınmazın değerli olduğu bölgelerde bu kişiler emlakçı..vs adları altında suç örgütü olarak çalışmakta, personeli çeşitli vaatler altında suça iştirak etme konusunda azmettirmektedir. Personelin suç örgütüne dahil olması çeşitli vaatler veya maddi cebir sonucu ile sağlandıktan sonra tapu müdürlüğünün arşivinde yer alan evveliyat kayıtlarında tahrifat veya değişiklik yapılması sağlanmakta ya da en azından böyle bir olasılık kurum çalışanlarını zan altında bırakmaktadır.

2.2.1.3.Müteahhitlerin Veya Sürekli İş Sahibi İş Damlarının Özel İlgi Talepleri

Tapu müdürlüklerinde işlem yaptıran müteahhitlerin ya da iş adamlarının özel ilgi ve alaka istemleri sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu kişilerin talepleri genellikle mevzuata aykırı işlem yapılması yönünde değil, işlemlerinin hızlandırılması veya sıra beklememeye yöneliktir. Genelde bu kişilerin işlemlerinin belirli ve aynı personel tarafından ikmal edilmesine yönelik talepleri de olmaktadır. Bu kişilerin talepleri tapu müdürlüklerinin bir devlet dairesi olarak çalışmasından ziyade özel işyeri sisteminde çalışmasını istemeye yöneliktir. İşlemlerin hızlandırılması ya da işleminin aynı personelce ikmal hususunda menfaat temini yoluna gitme eğilimleri, menfaat temini durumunda işlemlerinin daha sağlıklı ve güvenli ilerleyeceği konusundaki yanlış bilgileri bu kişilerin temeldeki saikidir. Yine bu kişilerin kısa sürede işlemlerini tamamlama istemlerinin bir nedeni de satım konusu meblağı hızlı almak, yapılmış olan şifai anlaşma bozulmadan akdi tamamlama yönünde özel bir çabadır.

2.2.1.4. Vergi Kaçırma Harç Oranını Düşük Gösterme Etmeni

Tapu müdürlüklerinde aynı hakkın durumuna ilişkin işlemlere konu gayrimenkullerin tapu harcına esas rayiç değerlerinin tespiti belediyelerce çok düşük olarak yapılmaktadır. Müdürlükte satışa konu olan taşınmazın değeri rayiç bedelin çok üzerinde olmasına rağmen tarafların daha az harç ödeme istemleri yüzünden rayiç bedel değerinden satım yapılmış gibi gösterilmektedir. Müdürlükte işlemi gerçekleştiren personel taşınmazın

gerçek satım bedelini bilmesine rağmen tarafların harç oranını düşürmek için düşük gösterdiği satım bedeli yüzünden etik değerlerini sorgular duruma gelmektedir. Aldığı aylık maaşından her ay düzenli olarak çeşitli kesintiler yapılan personel her gün gerçekleştirdiği onlarca işlemde devletin harç kaybına uğradığına vakıf olsa da yapılan işlem mevzuata uygun olduğundan dolayı herhangi bir bildirimde de bulunmamaktadır. Bu durum personelde haksızlığa uğramışlık hissi yaratmakta bu da ahlaki ve etik bir yozlaşmaya neden olmaktadır. Bir süre sonra işlem gerçekleştiren kişilerin de harç oranını düşük gösterdiğini düşünerek nasıl olsa onlarda devletten kaçırıyor mantığı ile işlemin karşılığında menfaat temini talepleri içerisine girmekte, bu da suçun oluşumunu kaçınılmaz kılmaktadır.

2.2.5. Memurun Gelirinin Düşük Olması

Özellikle metropol olarak nitelendirilen il merkezlerinde yer alan ilçelerde personel ağır iş yükü altında ezilmekte, günde ortalama 10 ila 15 akitli işlem ve yine aynı sayılarda akitsiz işlem ikmal etmekte, vatandaşlar ile çok fazla ilişki içersine girerek çalışmakta, mesai saatleri bitse dahi işlemlerin tamamlanması için fazla mesai yapmak zorunda kalmaktadır. Yine bu şehirlerde hayat pahalılığına bağlı olarak personelin yaşam şartları asgari sınırlarda devam etmektedir. Ancak bu şartlarda çalışan personelin emeğinin karşılığını alamadığı düşüncesi benliğinde yer etmekte, her türlü imkanın bulunduğu büyük şehirlerde daha iyi ve lüks yaşama olgusu insanlara bir ideal olarak sosyal medya... vs gruplar tarafından dayatılmaktadır. Kısaca personel maaşı ile daha iyi yaşam şartları arasında sıkışıp kalmakta, bir başka deyişle ile vicdanı ile cüzdanı arasında sıkışmış bir halde ay sonu hesapları yapmaktadır.

Bu gün personel Tapu Müdürlüklerinde Anayasa ile teminat altına alınmış bulunan mülkiyet hakkının en önemli görünümü olan gayrimenkul mülkiyetine ilişkin işlemler yapmakta ve yapılan işlem nedeni ile Hazinesin sınırsız sorunluluğu sonrasında rücu edilmesi muhtemel kişi olarak çalışmakta iken emeğinin karşılığını ne yazık ki alamamaktadır. Kısaca yapılan işin önemine binaen verilen özlük hakları çok düşüktür. Anglo-sakson Anayasalarında yer alan insan onuru terimi ne yazık ki ülkemizde hala Anayasal bir hak olarak yer almasa da insanın tabii hukuktan gelen bir hakkıdır. Bugün Anglo-sakson hukukuna insanlara onurları ile yaşayacakları bir hayat temin etmek devletin asli ve sürekli görevleri arasında sayılmaktadır. Bu ilkeyi inceleme konumuza uyarlar isek kişiye hayatını onuru ile idame ettirecek şartları sağlamak ve personelinin özlük haklarını bu şekilde düzenlemek devletin bir görevidir diyebilmeliyiz. Anadolu'nun ücra bir ilçesinde çalışan personelin özlük hakları onun hayatını onuru ile devam ettirmesi için yeterli olabileceksen metropol şehirlerde personelin özlük hakları kira ve yol parasına dahi yetmemektedir. Bu olguya sürekli olarak toplumda yer alan rüşvetçi, tapucu...vs şeklindeki yaftalamalar ve ağır iş yükü eklenince personel zaten insan onuruna yakışmayacak şekilde davranışa maruz kaldığına inanmakta, bir süre sonrada ahlaki ve etik bir çöküş içerisine girmektedir. Bu çöküşün personelin davranışlarını suç işlemeye ve görev gereği menfaat temin etmeye itebilmektedir.

Tüm bu nedenler personelin görevi gereği çıkar temin etmesi açısından haklı birer neden olamaz, ancak personeli suça iten sosyolojik etmen olduğu da gözden kaçırılmaz.

2.2.1.6.İş Yükünün Altında Ezilen Personelin Emeğinin Karşılığını Alamadığı Düşüncesi İle Menfaat Temini Yoluna Gitmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere iş yükü fazla olan Müdürlüklerde personel iş yükünün altından ezilmekte, aldığı maaşın emeğinin karşılığı olmadığı düşünmekte, bu nedenle de vatandaşlardan çıkar temini yoluna gitmektedir. İş yükünün fazla olması ya da maaş azlığı suç işlemeye haklı neden teşkil etmez.

2.2.1.7.Menfaatin Değerinin Az Olmasının Cezasız Kalma Gereği Olduğu Düşüncesi

Kanun koyucu bazı suç tipleri açısından suç konusu malın değerinin az olmasını bir cezasızlık sebebi olarak öngörmüştür. Fakat kamu güvenilirliğine karşı işlenen suçlarda elde edilen menfaatin, kamuya verilen zararın az olması bir cezadan indirim nedeni ya da cezasızlık sebebi değildir. Zira bu halde suçun hukuki konusu kamuya olan güvenilirliği sağlama yöneliktir.

Tapu ve Kadastro çalışanlarının 257/3. Fıkra da yer alan suçu işlerken elde ettikleri menfaatin değerinin çoğunlukla çok yüklü meblağlar olmadığı, elde ettikleri az mablağın kamuya olan güveni sarsacak nitelikte olmadığı düşüncesinde oldukları görülür. Ancak kamu görevlisinin elde ettiği çıkarın azlığı ya da çokluğu değil, kamu hizmetlerinin satın alınmazlığına verdikleri zarar kanun koyucu tarafından korunmaktadır. Elde edilen menfaatin az olması işlenen fiili hukuka uygun halde getirmediği gibi anti sosyalliğinde de azalmaya yol açmaz.

2.2.1.8.Mevzuatın Personel Sağladığı Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması

Tapu müdürlüklerinde taşınmazlara konu işlemler çok geniş bir mevzuat dahilinde gerçekleştirilmektedir. Mülkiyet hakkının malike sağladığı geniş yetkiler bazen uygulamanın mevzuata yön vermesi de neden olabilmektedir. Mevzuatın öngördüğü düzenlemeler yorumlamaya tabi tutularak uygulamada farklı yollara işlemlerin gerçekleştirilmesi sağlanabilmektedir. Takbis işletim sistemi uygulamada şekli bir birliktelik sağlasa da yorum metotlarına göre işlemlerin de farklılaşması mümkündür. Personel uygulamada yasal düzenleme yapılmadan işleme yön verme konusunda takdir yetkisini uhdesinde bulundurduğunda inisiyatifini kötüye kullanabilmektedir. Özellikle alt mevzuatın konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar içermemesi dayanağı olan üst normu tekrar etmekten ibaret olması durumunda personel bu takdir yetkisini menfaat temini yolunda dahi kullanabilmektedir. Bu duruma vatandaşın işleminde mevzuatın boşluklarından faydalanarak farklı sonuçlar elde etmek istemesi ve bu yönde taleplerini personele iletmesi durumu da eklenince suçun oluşması kaçınılmaz olmaktadır.

2.2.1.9.Eğitim Eksikliği

Kurum bünyesinde çalışan personelin eğitim durumları incelendiğinde işlemlerin yasal dayanakları konusunda eğitimlerini kurum bünyesinde çalışmaya başlarken aldıkları, çok geniş olan mevzuatı uygulama başladıkça ve işlem çeşidi ile karşılaştıkça öğrendikleri görülür. Çoğunlukla işe alınan personel yaptıkları işin yasal mevzuatına ilişkin bir eğitim vermeyen okullardan mezun olmakta kurumda çalışmaya başlamasını müteakip hizmet içi eğitimlere tabi tutulmaktadır. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi tapu müdürlüklerinde çok geniş bir mevzuata dayanan işlemler yapılmaktadır. Verilen hizmet içi eğitimler bu geniş mevzuat karşısında yetersiz kalabilmektedir. Bunun sonucu olarak ise 257/1 ve 2. fıkrada yer alan suçun işlenmesi ihtimal dahilinde olabilmektedir. Personel yaptığı işin yasal dayanağını bilmediğinden talep karşısında hareketsiz kalabilmekte ya da yaptığı işin görevin gereğine aykırı olduğunu bilmesine rağmen işleme ilişkin doğru bilgiye vakıf olmadığından hatalar yapabilmekte bu suretle görevinin gereğine aykırı davranabilmektedir.

2.2.1.10.Personel Yapısındaki Karmaşa ve Kurum Kültürüne İntibak Edememe

Kurum bünyesinde görev yapan personelin kadro durumları incelendiğinde birçoğunun uzun yıllar başka kurumlarda hizmet vermelerini müteakip çeşitli nedenlerle kuruma geçtikleri görülür. Bunun bir intibak sürecini de beraberinde getirdiği aşikardır. Kurum mevzuatına ve kültürüne yabancı süreçte personelin çoğu zaman hatalar yapması ve daha önce görev yaptığı kurumların kültürünü devam ettirme alışkanlıklarının bulunması mümkündür. Bu durum temelde personelin kurumun kendine özgü etik değerlerine intibak edememesi temelinde düğümlenir. Bu personel genellikle sorumluluğu ve mevzuatı tapu mevzuatı ve tapu personelinin sorumluluğu kadar geniş olmayan atıl kurumlardan geçmekte, bir anda müdürlüklerdeki iş yükü ile karşılaşınca intibak sorunları yaşamaktadır. Bunun sonucu olarak da 257/2 fıkrada yer alan görevi ihmal etme suçunun oluşması ihtimal olabilmektedir.

2.2.1.11. Cezaların Alt Sınırının Düşük Olması Ve Yargılama Sonucunda Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Yönünde Karar Verilmesinin Suçun Caydırıcılığını Düşürmesi

Suç cezası ile caydırıcı olmalıdır ki kişi hareketi sonucu alacağı cezadan korkarak suç niteliğindeki davranışı gerçekleştirmesin. Ancak görevi kötüye kullanma suçunda suçun alt sınırı her üç fıkra içinde 19.12.2010 tarihli 27790 sayılı resmi gazetede yayımlanan 6086/1 sayılı kanun ile değişikliğe tabi tutulmuş ve düşürülmüştür. Kanun koyucuyu bu düşünceye sevk eden nedenler bilinmese de suçun artık caydırıcılığının kalmadığı gözlemlenebildiği gibi, özellikle 3 fıkra açısından para cezasının öngörülmüş olması personeli suç işlemekten kesinlikle caydırmamaktadır.

Yine personel yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararının verileceği, usul kanununda yer alan bu maddeden faydalanacağının bilincine sahiptir. Bu durumda kanun koyucunun öngörmüş olduğu hükmün açıklanmasının

ertelenmesi kurumunun amacından sapmasına neden olmaktadır. Suç işleyen kamu görevlisi cezasız kalacağına baştan güvenerek görevinin gereğine aykırı davranışı gerçekleştirmektedir.

2.2.2.Vatandaş Personele Menfaat Teklifinde Bulunmaya İlişkin Etmenler

2.2.2.1. 257/3. Fıkra Yer Alan Suçun Çok Failli Bir Suç Olarak Düzenlenmemesinin Vatandaş Cezasız Bırakması

Kanun koyucunun 257. madde 3. fıkrasında hüküm altına aldığı suç tipinin 765 sayılı ETCK döneminde rüşvet suçu başlığı altında düzenleme altına alındığını ve çok failli bir suç olarak düzenlendiğini yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiştik. 5237 sayılı TCK basit rüşvet olarak adlandırılan bu suç tipini sadece çıkar temin eden kamu görevlisi açısından cezalandırmaktadır. Kamu görevlisine görevinin gereğine uygun davranması için çıkar temin eden vatandaş ise cezasız kalmaktadır.

Bu hususu bir olay olarak kurgularsak; sıra beklememek, işlemlerini hızlandırmamak isteyen vatandaş A tapu memuru K'ya işlemlerini hızlandırması için 20 TL çıkar temin etmeyi teklif edecek hatta bu meblağın yapacağı hizmetin karşılığı olduğunu söyleyecek, bu sözler karşısında K teklif edilen meblağı kabul edecektir. K'nın bu hareketi görevinin gereklerine uygun davranması için çıkar temini niteliğindedir, 257/3. Fıkra kapsamındadır. Ancak kanun çıkar temini yoluna giden hatta bu konuda memur K'yı azmettiren vatandaş A işlediği eylem 257/3. madde kapsamındaki suça azmettirme niteliğinde kamu güvenilirliğine zarar veren bir eylem olsa da cezasız kalmaktadır.

2.2.2.3.Toplumda Oluşan Ve Memura Da Sirayet Eden Haksız Çıkarın Hediye Olduğu, Rıza Dahilinde Verildiği İçin Suç Oluşturmadığı, Anti-sosyal Olmadığı İnancı

Kamu güvenilirliğine karşı işlenen suçlarda verilen rızanın hukuken geçerli bir rıza olmadığını zira bu halde korunan hukuki yararın kişiye değil kamuya ait olduğunu belirtmiştik. Ancak gerek vatandaşlar nezdinde gerekse kamu görevlilerinde verilen çıkarın rıza dahilinde temin edildiği bu nedenle suçun oluşmayacağı düşüncesi hakimdir.

2.2.2.3. Menfaat Temin Edilmeden İşlemlerin Yapılmayacağı Yönündeki Vatandaş Nezdindeki Yanlış Bilgi

Toplumda tapu personelinin yaptığı işlemlerin karşılığı olarak daima menfaat temini gerektirdiği yönündeki yanlış bilgi hala kırılmamış bir olgudur. Bu yanlış bilginin çıkış noktası araştırıldığında ise çoğunlukla işlemlere aracılık eden kurum personeli dışındaki emlakçı...vs şekilde kendilerini adlandıran kişilerin vatandaştan memura verilmek üzere para almaları görülür. Yapılan çoğu inceleme ve ön incelemede vatandaşın personelin menfaat temin ettiği yönündeki iddialar araştırıldığında, vatandaşın bizzat bir menfaat temini yoluna gitmediği, işlemine aracılık eden kişinin personele verilecek para adı altında bir meblağı vatandaştan aldığı ancak bu meblağı personele iletmeyerek uhdesinde tuttuğu görülür. Yani toplumda iş takibi yapan kişiler dolandırıcılık sureti ile bir meblağı uhdesinde tutar iken vatandaşa da personelin suç işlediği yönünde yanlış bilgi aktarmaktadır.

Bu durum farklı olarak şu şekilde de ortaya çıkabilmektedir. Vatandaş menfaat temin etmez ise işleminin gerçekleştirilmeyeceğı düşüncesi ile işlem evrakları arasında bir meblağı personele teslim etmektedir. Yani menfaat temini konusunda personelden bir zorlama ya da talep gelmeden vatandaş bilgisizliğı nedeni ile menfaat temini yoluna gitmektedir. Ancak belirtelim ki bu durumda işlem evrakları arasında yer alan para..vs menfaati görüp iade etmeyen personel açısından 257/3. fıkrada yer alan suç tüm unsurları ile vücut bulacaktır.

Diğer yandan toplumun kültüründe yer alan “bahşış” kültürüne de değinmekte fayda vardır. Toplumda işleri yapan personele bahşış adı altında bir para verilmesi gibi olgu da vardır; doğum haberi veren hemşireye, ev alımında işlemi yapan personele hatta cenaze yıkayan din görevlisine para verilmesi örneklerindeki gibi. Bu kurumumuzun yarattığı bir olgu değil toplumun sosyolojik olarak yarattığı bir gerçektir ve devletin yetkili makamlarınca da dile getirilmiştir.

2.2.3. Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğünde Görevli Personelin Suç İşlemesinin Önlemek İçin Alınması Gerekli Tedbirlere İlişkin Öneriler

2.2.3.1. Personeli Suç İşlemekten Alıkoymak Açısından Önleyici Tedbirlere İlişkin Öneriler

Bu başlık altında yer alacak önerilerimiz yukarıda tespit etmeye çalıştığımız nedenlerin oluşmasını önlemeye ilişkin olup şu şekilde sıralanabilir;

1- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünde görevli personelin uyması gerekli etik değerleri yönetmelik ile tespit edilmiş olup bu yönetmeliğın sert bir şekilde uygulanmasına önem verilmesi sayısal olarak suç oranlarının düşmesini sağlayabilir. Belirtmek gerekir ki bu yönetmelik de personele uyması gerekli olan davranışları emreden yasal bir düzenleme niteliğinde olup kasıtlı olarak yapılan bu yönetmeliğe aykırı davranışlarda görevin gereklerine aykırı nitelikte davranışlar olarak 257. Madde kapsamında değerlendirilebilir. Ancak etik değerler açısından önemli olan personelin korku ile bu değerleri benimsemeleri değil, bir kurum bilinci ile yaptığı işe ve kendine olan saygısı nedeni ile bağlanması sağlamaktır. Bu etik değerlerin benimsenmesi konusunda personele seminerler verilmesi hızlandırılabilir. Yine personele etik değerlere uymanın bir ideal davranış olduğu ve insanın kendine olan saygısından kaynaklandığı hususu aşılmalı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü personeli olmanın sadece iş yükü değil ahlaki bir takım davranışları da beraberinde getirdiğı hususuna ilişkin bilinç yerleştirilmelidir.

2- Kısaca aracı olarak adlandırabileceğimiz kişilerin yasal düzenlemeler ile sorumluluğı paylaşır hale getirilmesi, bu kişilerde ilgili odaya kayıtlı olmadan çalışanlarında vekaletname ..vs yollarla dahi iş takibi yapmalarının önüne geçmek personelce işlenen suç oranlarını düşürebilir. Zira bu kişiler yukarıda belirttiğimiz üzere azmettiren konumunda olup yasal olmayan yollarla iş takibi yapabilmek için personele menfaat temini yoluna gitmekte hatta onları suç örgütlerinin içine dahi çekebilmektedir.

3- Mütcaahhit ya da iş adamlarının özel ilgi ve alaka yolunda istemleri her zaman var olacak olup yapılan işin bir kamu hizmeti olduğu ve satın alınmaz nitelikte olduğu düşüncesi bu kişilere açık bir şekilde iletilmelidir. Bu kişilerin işlemlerini hızlandırma konusunda baskı oluşturma niteliğindeki tutumları ile karşılaşıldığında ise personelin yasal mevzuatın emrettiğı şekilde ayrıcalık sağlamadan davranmaları gerektiğı konusunda sıkı şekilde uyarılması ve bu tür taleplerin ret edilmesi durumunda olası bir şikayet edilme ..vs vatandaş tutumu karşısında asılsız olan bu dilekçelerin ve ihbarların işleme koyulmayacağı hususunda personelde güven oluşturulması, görevin gereğine uygun olarak davranarak menfaat temin etme konusunda suç oluşmasının önüne geçebilir.

4- Belediyelerce tespit edilen tapu harcına esas rayiç bedelin taşınmazların gerçek değerlerini yansıtır hale getirilmesi personelde oluşan devletin her halükarda zarar gördüğü, sürekli olarak kişilerin harç kaybı yarattığı ve bu şekilde devlete zarar verdiği, kendi davranışının ise bu durumla karşılaştırıldığında daha az anti sosyal olduğu şeklindeki düşüncelerin önüne geçebilir.

5- Personelin özlük hakları iyileştirilerek verilen sorumluluğa paralel bir duruma getirilebilir. Personelde oluşan emeğinin karşılığını alamadığı şeklindeki düşüncenin yok edilmesi menfaat teminlerinin önüne geçilmesini sağlayabilir. İş yükü fazla olan Müdürlüklerde personelin normalin üzerinde bir gayret sarf ettiğı göz önüne alınarak ve yapılan bu gayretli çalışmaları göz önünde bulundurularak performans dayalı ek ücret sisteminin getirilmesi de menfaat teminlerinin önüne geçilmesini sağlayabilir.

Diğer taraftan personel ölümünden sonra dahi mali sorumluluk altındadır. Personelin mirası ret etmemiş tüm mirasçılara da bu mali sorumluluk sirayet etmektedir. Kurum görevlilerimizin birçoğunun bu nedenle ölümlerinden evvel mallarını mirasçılara devrettikleri, mirasçıların ise geçen mirası ret ettikleri sıklıkla görülmektedir. Personelin mali sorumluluğunun işlemin üzerinden belirli bir süre geçmesi durumunda sona erdirilmesi, gerçekleşen Hazine zararının süresiz olarak personele sirayet etmemesi personelde kuruma olan güveni artıracaktır.

6- Personelin iş yükü altında ezilmesinin önüne geçmek açısından Müdürlüklerde norm kadro çalışması yapılabilir. Personelin bir gün içersinde ikmal etmesi gereken akitli ve akitsiz işlemlerin sayısının nitelik ve nicelik de göz önüne alınarak tespit edilmesi ve Müdürlüklerin yıllık ortalama iş yükü değerlendirilerek Müdürlüklere yeteri kadar personelin görevlendirilmesi menfaat temini şeklindeki davranışların önüne geçebilir. Zira personel iş yükü altında ezilmekte emeğinin karşılığını alamadığını düşünerek menfaat temini yoluna gitmektedir.

7- Temin edilen menfaatinin az olmasının suçun oluşmasını engellemeyeceğı konusundaki doğru bilginin personele yerleştirilmesin gerektiğı gibi, kamu güvenilirliğine karşı işlenen suçlarda malın değerinin az olmasının bir cezasızlık sebebi olamayacağı, açık bir şekilde ortaya koyulmalıdır.

8- Her ne kadar çok geniş bir mevzuata ilişkin olsa da personelin iş ve işlemlerine ilişkin üst mevzuatın gerekleri alt düzenleyici işlemler ile ayrıntılı şekilde izah edilmelidir. Bu şekilde personelin yorumlama ile takdir yetkisini kötüye kullanmasının ve ya Müdürlükler arasında farklı yorumlar sonucu farklı uygulamalar yapılmasının önüne geçilebilir.

9- Personelin eğitim seviyesini arttırmak için hizmet içi eğitimlerin süresinin uzatılması ve daha çok yerinde eğitim verilmeye çalışılması daha faydalı olabilir. Bu eğitimlerin Bölge Müdürlüklerince seminerler şeklinde personelin görev yaptığı mahalde verilmesinin sağlanması, daha çok uygulamaya yönelik tartışma ortamlarının olduğu eğitimlerin verilmesi daha faydalı olabilir. Zira bizzat genel müdürlükçe verilen eğitimlerde kişiler alıştıkları ortamı ve ailelerini bırakıp Ankara'ya gelmekte, eğitimin bir süresini bu yer değişikliğine intibak sürecinde geçirmekte, verilen eğitime ilgilerini verememekte, bu nedenlerle verilen eğitimlerden istenilen veril alınamamaktadır. Personel nezdinde eğitime gitmek bir külfet ve angarya olarak görülebilmektedir. Yine personel yaptığı işin yasal dayanaklarını bilmeden bir rutin olarak işlemleri ikmal etmektedir. Yaptığı işi sorgulamadan kendine nasıl öğretildi ise işlemlerini bir gelenek gibi devam ettirmekte, uygulamada kendinden önceki personel nasıl işlem yapıyor ise o şekilde işlemleri tamamlamaktadır.

Verilecek bu yerinden eğitimler kurum kültürünün gelişmesine fayda sağlayacağı gibi personeli bilgisizliğini başka yollarla telafi etme ve görevin gereğini ihmal etme gibi davranışlardan alıkoyabilir.

10- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce yapılan işin önemine binaen personel yapısında revizyona gidilmesi faydalı olacaktır. Başka kurumlardan geç yaşlarda kuruma geçen personelden bazıları emeklilik süresini doldurmayı bekleyip intibak sürecini kasıtlı olarak tamamlamamakta, kurum değişikliği yaşayan tüm personelde mevzuata hakim olamama durumu gözlemlenmektedir. Yine kurum bünyesinde görev yapan personelin bir kısmı işçi kadrolarında iken unvan değişikliğine uğramıştır. Bu şekilde kadro durumu değişen personelden çok gayretli ve başarılı olanlar olsa da çoğunun hala yaptıkları işe ilişkin mevzuat bilgileri yok denecek kadar azdır.

Personel yapısında yapılacak revizyonda kurum kadrolarının birer uzmanlık gerektiren dal olduğu kabul edilerek bu konuda eğitim veren meslek yüksek okullarından alımlar yapılabilir. Tapu ve Kadastro meslek yüksek okulundan mezun olan kişilerin sayısının artırılması ve ya kadrolara adalet meslek yüksek okulu mezunu kişilerin yerleştirilmesi sağlanabileceği gibi, genç ve ilk kez kurum bünyesinde göreve başlayan personele kurum kültürü daha iyi yerleştirilebilir. Kurum kültürünün gelişmesi, kişinin işini severek yapmasına ve önce kendine sonra çalıştığı kuruma zarar verici davranışlarda bulunmasının önüne geçeceği gibi suç niteliğinde davranışlara da yönelmesinin önüne geçebilir.

11- Suçun kanunda yer alan sınırlarında değişiklik yapma konusu yasa koyuncunun görevidir. Ancak personele işlediği suçun cezasız kaldığı şeklindeki düşüncesinin yanlış olduğu, cezanın uzun ya da kısa olmasının değil, kişinin isminin lekelenmesinin önemli olduğu duygusu aşılanabileceği gibi, kurum kültürü içerisinde bu tür mahkumiyetler

sonrasında hükmünün açıklanmasının ertelenmesini sağlayan personele de bir sonraki hatalı davranışında taviz verilmeyeceği izlenimi verilmeli, kişinin sahip olduğu bu ikinci şansı kötüye kullanmasının önüne geçilmelidir. Yine personele yaptığı hatalı davranışın toplum nezdinde sadece kendisine değil tüm çalışma arkadaşlarına ve çalıştığı kuruma da sirayet ettiği, toplumda oluşan tabunun bu nedenle kırılmadığı izah edilmeli, kurum kültüründe bu tür davranışları tekrarlama eğiliminde olanların bizzat iş arkadaşlarıncı ihbar edilmesinin bir ihanet değil görev gereği duygusu yerleştirilmelidir.

2.2.3.2. Vatandaşın Menfaat Teminine Yönelik Davranışlarını Önlemeye İlişkin Öneriler

1- Kanun koyucunun basit rüşvet olarak adlandırılan suç tipini çok failli bir suç olarak düzenlememesi menfaat temini teklifinin çoğu zaman vatandaşın gelmesi karşısında kanaatimizce yerinde değildir. Bu şekilde bir düşüncesi olmayan personel sırf vatandaşın işinin daha hızlı, öncelikli ikmal edilmesi gibi talepleri içeren menfaat temini teklifleri ile karşı karşıya kalmakta, işin vatandaşın istemi doğrultusunda ikmal edilmemesi durumunda ise şikayet edilme korkusu arasında sıkışıp kalmaktadır. Bu şekilde menfaat temini tekliflerinin kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçu kapsamında olduğu ve ihbar edilmesi gerektiği personele ayrıntılı şekilde anlatılmalı, bizzat kurumca vakıf olunan talep olmadan vatandaşın menfaat teminlerinde ise yukarıda açıkladığımız iştirak teorisi kapsamında vatandaş azmettiren olarak yargı makamlarına şikayet edilmelidir.

Kanaatimizce sadece Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü çalışanları açısından değil tüm kamu görevlilerine çıkar temin eden vatandaşın cezalandırılması, suçun çok failli bir suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Zira kamuya olan güveni sarsan vatandaşın eylemi, kamu görevlisinin eyleminden daha anti-sosyal nitelikte değildir.

2- Toplumda var olan haklı işin karşılığı temin edilen meblağın hediye olduğu konusundaki yanlış bilgi önce personelden başlanarak yok edilmelidir. Unutulmamalıdır ki hediye...vs her hangi bir ad altında personele temin edilen en ufak bir çıkar dahi kamu görevinin satın alınmazlığı ilkesinde aynı derecede sapma yaşatır ve kamuya olan güveni aynı derecede zedeler.

3-Vatandaş nezdinde var olan tapu müdürlüğünde işlemlerin menfaat temin edilmeden yürütülmeyeceği şeklindeki tabunun yıkılabilmesi için çeşitli sosyal medya araçları kullanılabilir. Vatandaşın personele ve kuruma olan güvenin arttırılması için ise olası olayın basına yansması durumunda asılsız olan ve beraat kararları ile sonuçlanan yargılamalar sonucunda verilen kararların aynı basın ve yayın organlarıncı tekzip metinleri ile vatandaşlara duyurulması sağlanabilir. Zira vatandaş sosyal medyanın kendine gösterdiği karalayıcı ve sonuçlanmamış yargılamaya ilişkin haberlere vakıf olmakta ancak yapılan yargılama sonucunda verilen beraat kararlarına vakıf olamamaktadır.

Yine vatandaşa işlemlerinin aracı kullanmasını gerektirmediği, bizzat başvuru durumunda da personelce kendisine her türlü işlem adımının açıklanacağı, işlemlerin bizzat takibinin zor ve özel bir bilgi gerektirmeyen uygulama olduğu bilgisi aktarılmalıdır. Zira aracılık kurumunun sıklıkla kötüye kullanıldığı, bir çok sahtekarlığın bu kişilerce

gerçekleştirildiği, bu kişilerin vatandaştan personele verilmek üzere dolandırıcılık sureti ile para alarak bu meblağı uhdelerinde tutukları aşıkardır. İlgili oda ile irtibatın daha sıkı sağlanması, yetkisi olmayan kişilerin bu işi meslek edinmesi durumunda öncelikle ilgili odaya kayıtlı araçların zarar gördüğü iletilmesi ve ilgili odadan üyelerinin haklarını koruması için gerekli tedbirleri alması istenmelidir.

Vatandaşın işlemlerini hızlandırma, öncelik isteme şeklindeki taleplerinde ise Genel Müdürlüğümüzce yürütülen online başvuru sistemi... vs uygulamalar çeşitli sosyal araçlar ile vatandaşlara duyurulabilir. Ancak vatandaş nezdinde yapılan işin öneminin yerleştirilebilmesi için işlemlerin hızlı yapılmasından ziyade güvenli ve mevzuata uygun olarak yapılmasının önemi, hız ile paralel olarak hata riskinin de artacağı bilgisi yerleştirilmelidir. Zira vatandaşta işinin hızlı bitmesinin güvenilir olduğu yönünde yanlış bir bilgi mevcuttur. Ancak hız ile birlikte işlem güvenilirliğinin de düşmesi paralel olarak gelişmektedir.

KAYNAKÇA

1. AKÇİN İhsan, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
2. AKKAN Tahir Murat, 4483 Sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, Ankara
3. AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004
4. AKSOY Fatih, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama Şartları, Ön İnceleme Usul ve Esasları, www.kolayidare/fatihaksoytez.htm s.1, Edinme Tarihi: 29.03.2010, Saat: 15.00
5. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004
6. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
7. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007
8. AYDİL Ertan, Yetkili Kamu Görevlisinin Resmi Evrakta Sahtekarlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006
9. BAYKAL Ali, Memurluk Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilememesi, Adalet Dergisi, S.4, Yıl,62,1971
10. CEYLAN Sedat, Memurun Muhakematı Kanunu Uygulamaları, Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı Eğitim Seminer Çalışmaları
11. CİHAN Erol, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979
12. ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu Cilt:1, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1962
13. ÇAĞLAYAN Ramazan, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1-2, Haziran, 2003
14. ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara 2003

15. ÇETİN Özek, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul, 1976
16. ÇİÇEK İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görev Nedeni İle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008
17. ÇOLAKER Mustafa, 5237 Sayılı Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı, Adalet Dergisi, Yıl:98, Sayı:28 Mayıs, 2007
18. DEMİRBAŞ Timur, Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Prof. Dr. Kudret Ayıter'e Armağan Cilt-III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1988
19. DONAY Süheyl, "Hukuken Batıl Olan Senetlerin Varaka Olup Olmayacağı Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXV, Sayı 1-4, 1970
20. DÖNMEZER Sulhi, İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıstas, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XI, İstanbul, 1945
21. DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Genel Kısım Cilt:2, 7. Bası, İstanbul, 1982
22. EREM Faruk, Keyfi Muamele, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 16, Sayı 1, Ankara, 1959
23. EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985,
24. ERGÜN Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2009
25. ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992
26. ERMAN Sahir, Evrakta Sahtekarlık Suçlarında Varaka Mefhumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:15 Yıl:1949
27. ELİŞ Yavuz, KABİL Ali, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama şartları, Ön inceleme Usul ve Esasları
28. ESEN Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar Belgede Sahtecilik Ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, 2007
29. GÖKCAN Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
30. GÖKCAN Hasan Tahsin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, C.31, S.4, Ekim, 2005

31. GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayın Evi, , Ankara, 2008
32. GÖKCAN Hasan Tahsin, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı:3, 2009
33. GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
34. GÖKCEN Ahmet, Memur Tarafından İşlenen Resmi Evrakın Aslında Sahtekârlık Suçu, www.akader.info/KHUKA/index.htm
35. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2002
36. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt:3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970
37. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, “Belgelerde Sahtecilik Cürümleri”, Adalet Dergisi, Yıl.61, S.2, Şubat 1970
38. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Türk Ceza Hukukunda Memur Ve Hizmetli Kavramları, Adalet Dergisi, S.1, Yıl 61, 1970
39. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2004,
40. İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 3.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1999
41. İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, İçel Suç Teorisi, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000
42. İĞDELER Serdar, 4483 Sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, [www.erdemli.gov.tr](http://www.erdemli.gov.tr/dosyalar/.../4483sayili_kanun_acikklamalari.doc) /dosyalar / .../ 4483sayili_kanun_acikklamalari.doc, Erişim Tarihi: 09.02.2011, Saat:11.30
43. GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler -2, Adil Yayınları, Ankara, 1996
44. HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
45. Hakkı DEMİREL, “Türk Ceza Kanunun Evrakta Sahtekarlık Cürmü Hakkındaki Hükümlerin Sistematiik İzahı Üzerine Bir Deneme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, Sayı 1-2 ,1956
46. KANLIGÖZ Cihan, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 1–4, Ankara 1993

47. KAYA Özgür Katip, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/170.doc.
48. KAYLAN Keskin, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale, Erişim Tarihi:19.02.2010, Saat: 14.00
49. KESKİN Kaylan, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm
50. KUNTER Nurullah, Vazifeyi ihmal ve Suiistimal, Rüşvet, Memurlara İntisap İddiası İle Menfaat Temini ve Münakaşaya Fesat Karıştırma Suçlarına Müteallik Bazı Meseleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 1, İstanbul, 1949
51. MALKOÇ İsmail, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 58, Ankara, 1988
52. MALKOÇ İsmail, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.58, S.1, 1993
53. MALKOÇ İsmail / MALKOÇ Aytaç, Memurlar Ve Suçlar Memurlar Ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1988
54. MALKOÇ İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2006
55. MERAN Necati, Zimmet-Rüşvet-İrtikap Ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
56. MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs, 2007
57. ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul, 1994
58. ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan / TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
59. ÖZBEK Veli Özer / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan, Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı-1- Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006
60. ÖZBEK Veli Özer, CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanunun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005
61. ÖZEN Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, Terazî Hukuk Dergisi, Sayı:8, Nisan, 2007
62. ÖZGENÇ İzzet, Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 1994

63. ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
64. ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhur, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1–2, Haziran-Aralık 2002
65. ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacı İle İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002
66. PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
67. PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı TCK’ da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007
68. PINAR İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009
69. SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999
70. Sağlık Müfettişleri Derneği internet sitesi; http://smd.org.tr/v2009/index.php?option=com_content&view=article&id=85:4483-sayili-kanunun-3-uencue-maddes-huekmue-uyarinca-verlen-soruturma-zn-kararinin-karari-veren-yetkl-merc-tarafindan-kaldirilamayacai-hkdanitay-karari&catid=1:son-haberler&Itemid=50
71. SELÇUK Sami, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, Cilt: 23 (Ocak-Nisan 1997), Sayı: 1–2, Ankara 1997
72. SELÇUK Sami, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986
73. SELÇUK Sami, Memurların Yargılanması Hakkında , TSİASD Yayınları, 1997
74. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006
75. SOYARSLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002
76. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1–4, Ankara, 1998
77. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler,5. Bası, 2005

78. ŞIK Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
79. ŞEN Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararları- Ceza, Beta Yayınları, İstanbul, 1988
80. TAŞDEMİR Kubilay / ÖZKEPİR Ramazan, Uygulamada-Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar Ve Bilişim Alanında Suçlar, Adil Yayın Evi, Ankara, 1998
81. TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
82. TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 2007,
83. TURABİ Selami, İrtikâp Suçları, Ankara 2009,
84. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, Ankara 1998,
85. TOPUZ, İbrahim, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Cilt 5, Sayı 6, Haziran 2000
86. TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007
87. TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009
88. UTKU Eray, Ceza Hukukunda Memur, Adalet Dergisi, Sayı:8, Ankara, 2001
89. Üzülmüş İlhan, Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14. S.2
90. VİDİNLİ İbrahim, Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları
91. Hakkında Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Sayı:4 Ankara, 1946
92. YARSUVAT Duygun, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1965
93. YAVUZ Nihat, Memurluk Görevinin İhmal ve Suiistimal Suçlarında Memurun Kendi Aleyhine Muamele Yapma Meselesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, Ankara, 1973
94. YAŞAR Hakkı, Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı Ve Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili Ve Tatbiki, Adalet Dergisi, S.11-12, 1966

95. YENER Orhan, Görevin Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, C.VI, S.1–2, 1980
96. YERDELEN Erdal, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.nevsehir.adalet.gov.tr/.../Kamu%20Güvenine%20Karşı%20Suçlar.pdf
97. YILDIRIM Ramazan, İdare Hukuku Dersleri 1, Mimoza Yayınları, Konya, 2005
98. YILDIZ Mehmet Tan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara, 2002
99. YILDIZ Mehmet Tan, Görevi İhmal Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, 2003
100. YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996
101. ZAFER Hamide, 4483 Sayı Ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.74, S.10–11–12, 2000

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI	5
1.GENEL OLARAK	5
2. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI	6
2.1. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİSİ.....	6
2.2. İDARE HUKUKU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI	7
2.3. CEZA HUKUKU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI	8
2.3.1. 765 Sayılı ETCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı	8
2.3.2. 5237 Sayılı TCK Açısından Kamu Görevlisi Kavramı	11
İKİNCİ BÖLÜM	20
KAMU GÖREVLİSİ SUÇLARI	20
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	20
1.GENEL OLARAK	20
2.SUÇUN HUKUKİ MAHİYETİ.....	21
3.KANUNİ UNSURU (TİPİKLİK)	23
3.1. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN KANUNİ UNSURU VE KANUNİLİK İLKESİ İLE İLİŞKİSİ	24
4. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	25
5. SUÇUN MADDİ KONUSU.....	26
6. FAİL	27
7. MAĞDUR	27
8. HAREKET	28
8.1. GENEL OLARAK	28
8.2. HAREKETİN ŞEKLİNE GÖRE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN İŞLENİŞ TÜRLERİ	29
8.2.1.Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etmek	29
8.2.2. Görevin Gereklere Yapmakta İhmal Veya Gecikme Göstermek.....	36
8.2.3.Görevin Gereklere Uygun Davranmak İçin Kendisine Veya Başkasına Çıkar Sağlamak	40
9. NETİCE.....	46
9.1. GENEL OLARAK	46
9.2. KİŞİLERİN MAĞDURİYETİNE NEDEN OLMA	49
9.3. KAMUNUN ZARARINA NEDEN OLMAK	50
9.4. KİŞİLERE HAKSIZ MENFAAT SAĞLAMAK	55
9.5. KENDİSİNE VEYA BİR BAŞKASINA ÇIKAR SAĞLAMA	56
10. NEDENSELLİK BAĞI	58
11. SUÇUN MANEVİ UNSURU	59

11.1. GENEL OLARAK	59
12. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	61
12.1. İLGİLİNİN RIZASI.....	61
13. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	63
13.1. TEŞEBBÜS.....	63
13.2. İŞTİRAK	66
13.3. İÇTİMA.....	67
14. YAPTIRIM VE MUHAKEME	71
14.1.YAPTIRIM	71
14.2.MUHAKEME	72
İRTİKAP SUÇU.....	73
1. GENEL OLARAK.....	73
2.SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	74
3. SUÇUN MADDİ KONUSU.....	75
4. FAİL	77
5. MAĞDUR	77
6. HAREKET	78
6.1. GÖREVİN SAĞLADIĞI NÜFUZU KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE İCBAR ETME	78
6.1.1. Görevin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak	78
6.1.2. İcbar Etme	80
6.2. GÖREVİN SAĞLADIĞI GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HİLELİ DAVRANIŞLARLA İKNA ETME	84
6.2.1. Görevin Sağladığı Güveni Kötüye Kullanmak.....	84
6.2.2. Hileli Davranışlarla İkna Etme	85
6.3.GÖREVİN SAĞLADIĞI GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE HATADAN YARARLANMA.....	86
6.3.1.Hatadan Yararlanma	87
7. NETİCE.....	88
7.1. YARAR SAĞLANMASI	89
7.2.YARAR SAĞLANMASI YÖNÜNDE VAATTE BULUNULMASI	90
8. NEDENSELLİK BAĞI	90
9. SUÇUN MANEVİ UNSURU	91
10. SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	93
10.1. TEŞEBBÜS.....	93
10.2. İŞTİRAK	94
10.3. İÇTİMA.....	96
11.SUÇUN MUHAKEMESİ	98
11.1. YAPTIRIM	98
11.2. MUHAKEME	98
RÜŞVET SUÇU.....	100

1.GENEL OLARAK.....	100
2.SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	102
3. SUÇUN MADDİ KONUSU.....	103
3.1. YARAR KAVRAMI	104
3.1.1.Yararın Kapsamı	104
3.1.2.Yararın Miktarı	104
3.1.3. Yararın Belirli Bir Amaca Yönelik Olması	105
4.SUÇUN FAİLİ	105
4.1. RÜŞVET ALMA BAKIMINDAN	105
4.2. RÜŞVET VERME BAKIMINDAN	105
5.MAĞDUR.....	106
6.HAREKET	107
6.1.RÜŞVET ALMA	107
6.1.1.İşin Kamu Görevlisinin Görev Alanı İçersinde Olması	107
6.1.2. Görevin Gereğine Aykırı Olarak Bir İşin Yapılması Ya Da Yapılmaması	109
6.1.3. Rüşvet Anlaşması.....	109
6.2. RÜŞVET VERME	112
6.3. MADDENİN 5. FIKRA DÜZENLEMESİNİN FARKLILIKLARI	112
7.NETİCE.....	114
8. MANEVİ UNSUR	114
9. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	116
9.1.TEŞEBBÜS.....	116
9.2. İŞTİRAK	117
9.3. İÇTİMA.....	118
10. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	118
10.1.CEZANIN ARTTIRILMASINI GEREKTİREN NİTELİKLİ HAL	119
10.2.ETKİN PİŞMANLIK	119
11. SUÇUN MUHALEMESİ.....	121
11.1. YAPTIRIM	121
11.2. MUHAEME	121
RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU	122
1. GİRİŞ-KAVRAM-TANIM	122
1.1. SAHTECİLİK KAVRAMI	122
1.1.1. Maddi Sahtecilik-Fikri Sahtecilik Ayrımı.....	123
1.2. BELGE	125
1.2.1. BELGE KAVRAMI	125
1.2.2. BELGE TÜRLERİ	129
2.YETKİLİ KAMU GÖREVLİSİNİN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU.....	133
2.1. GENEL OLARAK.....	133
2.2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER	134
2.3. SUÇUN MADDİ KONUSU	134

2.4. SUÇUN FAİLİ	135
2.5. MAĞDUR.....	135
2.6. MADDİ UNSUR	135
2.6.1. Hareketin Zarar veya Zarar Tehlikesi İçermesi	135
2.6.2. Aldatma Kabiliyeti	136
2.6.3. Resmi Belgede Sahtecilik Suçunu Oluşturan Seçimlik Hareketler	138
2.7. MANEVİ UNSUR	142
2.8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	143
2.8.1. Teşebbüs.....	143
2.8.2. İştirak.....	144
2.8.3. İçtima.....	145
2.9. SUÇA ETKİ EDEN HALLER	146
2.9.1. Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Haller.....	146
2.9.2. Cezanın Hafifletilmesini Gerektiren Nitelikli Hal.....	146
2.10. SUÇUN MUHAKEMESİ	146
2.10.1. Yaptırım	146
2.10.2. Muhakeme	147
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	148
4483 SAYILI KAMU GÖREVLİLERİN YARGILANMASI HAKKINDA KANUN UYGULAMASI	148
1. GİRİŞ	148
1.1. MEMURLARIN YARGILANMASI USULÜNDE SİSTEMLER.....	149
1.1.1. Yargısal Güvence Sistemi.....	149
1.1.2. Yönetmelik Güvence Sistemi	149
1.2. TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL SÜREÇ.....	150
2. 4483 SAYILI KANUNUN AMACI	152
3. 4483 SAYILI KANUNUN UYGUMLA ALANI	153
3.1. İSTİHDAM EDEN BAKIMINDAN KAPSAMI	153
3.2. KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI	155
3.2.1. Kamu Hizmeti	155
3.2.2. Genel İdari Esaslar	156
3.2.3. Asli Ve Sürekli Görevler.....	156
3.2.4. 5237 Sayılı TCK'nın Kamu Görevlisi Tanımı Karşısında 4483 Sayılı Kanun'un Durumu	157
3.3. Konu Bakımından Kapsamı.....	159
3.3.1. Görev Sırasında İşlenen Suç	159
3.3.2. Görev Sebebi İle İşlenen Suç	159
3.4. ÖZEL HÜKÜMLER GEREĞİ 4483 SAYILI KANUN KAPSAMINDA OLANLALAR	160
3.5. 4483 SAYILI KANUN KAPSAMINA İLİŞKİN İSTİSNALAR	160
3.5.1. Suç Konusuna İlişkin İstisnalar	160
3.5.2. Fail Sıfatına İlişkin İstisnalar	161
4. SORUŞTURMA İZNİ VERMEYE YETKİLİ MERCİLER.....	161
4.1. GEÇİCİ GÖREVLİ MEMUR HAKKINDA SORUŞTURMA İZNİ VERMEYE YETKİLİ MERCİ.....	164
4.2. AST MEMUR İLE ÜST MEMURUN İŞTİRAK HALİNDE SUÇ İŞLEMLERİ HALİNDE SORUŞTURMA İZNİ VERMEYE YETKİLİ MERCİİ	164
5. İHBAR VE ŞİKAYETLERİN YETKİLİ MERCİE İLETİLMESİ	165
5.1. OLAYIN CUMHURİYET SAVCILILIĞINCA ÖĞRENİLEREK YETKİLİ MERCİE İLETİLMESİ	165
5.2. OLAYIN DİĞER MAKAM VE MEMURLARLA KAMU GÖREVLİLERİ TARAFINDAN ÖĞRENİLMESİ VE YETKİLİ MERCİE İLETİLMESİ	166

6.İHBAR VE ŞİKAYETİN İÇERİĞİ VE İŞLEME KONULMAYACAK İHBAR VE ŞİKAYETLER	167
6.1.İHBAR VE ŞİKAYETİN İÇERİĞİ.....	167
6.2. İŞLEME KONULMAYACAK İHBAR VE ŞİKAYETLER.....	167
7.ÖNİNCELEME.....	169
7.1.ÖNİNCELEME ESASLARI	170
7.2. ÖNİNCELEME EMRİ VEYA GÖREVLENDİRME	171
7.3.ÖN İNCELEMECİNİN YETKİLERİ	173
7.3.1. CMK ‘ya Yapılan Atıf Gereği Ön İncelemecinin Sahip Olduğu Yetki	173
7.3.2. 4483 sayılı Kanunda Sayılan Yetkiler	175
7.4.ÖNİNCELEME RAPORU	181
7.5.SORUŞTURMA İZİNİ VERİLMESİ YA DA VERİLMEMESİNE İLİŞKİN KARAR	182
7.5.1.Hukuki Niteliği	182
7.5.2. Kararı Verme Süresi	184
7.5.3.İlgililere Bildirilmesi	185
7.6.SORUŞTURMA İZİNİ VERİLMESİ YA DA VERİLMEMESİ KARARINA İTİRAZ	186
7.6.1.Usulü ve İtiraza Bakacak Merciler	187
8.SORUŞTURMA EVRESİNİN BAŞLAMASI	187
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	189
TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARINCA EN ÇOK İŞLENEN SUÇLAR, NEDENLERİ VE ÖNLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER	189
1. TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARINCA EN ÇOK İŞLENEN SUÇLAR	189
2. TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARI HAKKINDA VERİLEN MAHKEME KARARLARININ NEDENLERİ	190
2.1. VERİLEN BERAAT KARARLARININ GEREKÇELERİ VE ÖNERİLER.....	190
2.2. VERİLEN MAHKUMİYET HÜKÜMLERİNİN NEDENLERİ, TAPU VE KADASTRO ÇALIŞANLARIN SUÇ İŞLEMESİNE İTEN SOSYOLOJİK NEDENLER VE ALINMASI GEREKLİ ÖNLEMLERE İLİŞKİN ÖNERİLER.....	192
2.2.1. Personeli Suç İşlemeye İten Etmenler	192
2.2.1.1. Mesleki Etik İlkelerine Riayetsizliğin Anti-Sosyalliğine Karşı Umursamazlık.....	192
2.2.1.6.İş Yükünün Altında Ezilen Personelin Emeğinin Karşılığını Alamadığı Düşüncesi İle Menfaat Temini Yoluna Gitmesi.....	196
2.2.1.7.Menfaatin Değerinin Az Olmasının Cezasız Kalma Gereği Olduğu Düşüncesi	196
2.2.2.Vatandaş Personele Menfaat Teklifinde Bulunmaya İlişkin Etmenler	198
2.2.2.1. 257/3. Fıkra da Yer Alan Suçun Çok Failli Bir Suç Olarak Düzenlenmemesinin Vatandaş Cezasız Bırakması.....	198
2.2.3. Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğünde Görevli Personelin Suç İşlemesinin Önlemek İçin Alınması Gerekli Tedbirlere İlişkin Öneriler	199
KAYNAKÇA	204

KISALTMALAR

Age Adı Geçen Eser

Agm Adı Geçen Makale

A.Ş. Anonim Şirket

Bkz Bakınız

Bs Bası

C Cilt

CD Ceza Dairesi

CGK Ceza Genel Kurulu

CMK Ceza Muhakemeleri Kanunu

CMUK Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

CK Ceza Kanunu

dn : Dipnot

DMK Devlet Memurları Kanunu

E Esas

ETCK Eski Türk Ceza Kanunu

İBK İçtihadı Birleştirme Kararı

İYUK İdari Yargılama Usul Kanunu

K Karar

KHK Kanun Hükmünde Kararname

KİT Kamu İktisadi Teşebbüsü

m Madde Numarası

RG Resmi Gazete

S Sayı Numarası

s Sayfa Numarası

TCK Türk Ceza Kanunu

Vd Ve devamı

Y Yıl

YCGK Yargıtay Ceza Genel Kurulu

KAYNAKÇA

1. AKÇİN İhsan, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
2. AKKAN Tahir Murat, 4483 Sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, Ankara
3. AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004
4. AKSOY Fatih, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama Şartları, Ön İnceleme Usul ve Esasları, www.kolayidare/fatihaksoytez.htm s.1, Edinme Tarihi: 29.03.2010, Saat: 15.00
5. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004
6. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
7. ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007
8. AYDİL Ertan, Yetkili Kamu Görevlisinin Resmi Evrakta Sahtekarlık Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006
9. BAYKAL Ali, Memurluk Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilememesi, Adalet Dergisi, S.4, Yıl,62,1971
10. CEYLAN Sedat, Memurun Muhakematı Kanunu Uygulamaları, Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı Eğitim Seminer Çalışmaları
11. CİHAN Erol, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979
12. ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu Cilt:1, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1962
13. ÇAĞLAYAN Ramazan, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1-2, Haziran, 2003
14. ÇETİN Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Bası, Ankara 2003
15. ÇETİN Özek, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul, 1976

16. ÇİÇEK İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Memurlar Tarafından İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Görevi İhmal Görev Nedeni İle Çıkar Sağlama Suçları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008
17. ÇOLAKER Mustafa, 5237 Sayılı Kanunda Kamu Görevlisi Kavramı, Adalet Dergisi, Yıl:98, Sayı:28 Mayıs, 2007
18. DEMİRBAŞ Timur, Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Prof. Dr. Kudret Ayıter'e Armağan Cilt-III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1988
19. DONAY Süheyl, "Hukuken Batıl Olan Senetlerin Varaka Olup Olmayacağı Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXV, Sayı 1-4, 1970
20. DÖNMEZER Sulhi, İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıtas, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XI, İstanbul, 1945
21. DÖNMEZER Sulhi / SAHİR Erman, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Genel Kısım Cilt:2, 7. Bası, İstanbul, 1982
22. EREM Faruk, Keyfi Muamele, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 16, Sayı 1, Ankara, 1959
23. EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985,
24. ERGÜN Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2009
25. ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992
26. ERMAN Sahir, Evrakta Sahtekarlık Suçlarında Varaka Mefhumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:15 Yıl:1949
27. ELİŞ Yavuz, KABİL Ali, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Kapsamı, Uygulama şartları, Ön inceleme Usul ve Esasları
28. ESEN Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar Belgede Sahtecilik Ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, 2007
29. GÖKCAN Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
30. GÖKCAN Hasan Tahsin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, C.31, S.4, Ekim, 2005
31. GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayın Evi, , Ankara, 2008
32. GÖKCAN Hasan Tahsin, Resmi Belgede Sahtecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı:3, 2009

33. GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, Kamu Görevlisi Ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
34. GÖKCEN Ahmet, Memur Tarafından İşlenen Resmi Evrakın Aslında Sahtekârlık Suçu, www.akader.info/KHUKA/index.htm
35. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2002
36. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt:3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970
37. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, “Belgelerde Sahtecilik Cürümleri”, Adalet Dergisi, Yıl.61, S.2, Şubat 1970
38. GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, Türk Ceza Hukukunda Memur Ve Hizmetli Kavramları, Adalet Dergisi, S.1, Yıl 61, 1970
39. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2004,
40. İÇEL Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 3.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1999
41. İÇEL Kayıhan / SOKULLU-AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Selami Fatih / ÜNVER Yener, İçel Suç Teorisi, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000
42. İĞDELER Serdar, 4483 Sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, www.erdemli.gov.tr/dosyalar/.../4483sayili_kanun_acikklamalari.doc, Erişim Tarihi: 09.02.2011, Saat:11.30
43. GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler -2, Adil Yayınları, Ankara, 1996
44. HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
45. Hakkı DEMİREL, “Türk Ceza Kanunun Evrakta Sahtekarlık Cürmü Hakkındaki Hükümlerin Sistemik İzahı Üzerine Bir Deneme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, Sayı 1-2 ,1956
46. KANLIGÖZ Cihan, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 1–4, Ankara 1993
47. KAYA Özgür Katip, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/170.doc.
48. KAYLAN Keskin, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karşı Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale, Erişim Tarihi:19.02.2010, Saat: 14.00
49. KESKİN Kaylan, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm

50. KUNTER Nurullah, Vazifeyi ihmal ve Suiistimal, Rüşvet, Memurlara İntisap İddiası İle Menfaat Temini ve Münakaşaya Fesat Karıştırma Suçlarına Müteallik Bazı Meseleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 1, İstanbul, 1949
51. MALKOÇ İsmail, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 58, Ankara, 1988
52. MALKOÇ İsmail, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl.58, S.1, 1993
53. MALKOÇ İsmail / MALKOÇ Aytaç, Memurlar Ve Suçlar Memurlar Ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumlulukları, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1988
54. MALKOÇ İsmail, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2006
55. MERAN Necati, Zimmet-Rüşvet-İrtikap Ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
56. MERAN Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs, 2007
57. ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul, 1994
58. ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan / TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
59. ÖZBEK Veli Özer / BACAKSIZ Pınar / KORAY Doğan, Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı-1- Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006
60. ÖZBEK Veli Özer, CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanunun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005
61. ÖZEN Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:8, Nisan, 2007
62. ÖZGENÇ İzzet, Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 1994
63. ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
64. ÖZGENÇ İzzet / ŞAHİN Cumhur, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2002
65. ÖZGENÇ İzzet, Ekonomik Çıkar Amacı İle İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002
66. PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
67. PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 Sayılı TCK' da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

68. PINAR İbrahim, 4483 sayılı Kanuna Göre Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009
69. SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999
70. Sağlık Müfettişleri Derneği internet sitesi; http://smd.org.tr/v2009/index.php?option=com_content&view=article&id=85:4483-sayili-kanunun-3-uencue-maddes-huekmue-uyarinca-verlen-soruturma-zn-kararinin-karari-veren-yetkl-merc-tarafindan-kaldirilamayacai-hkdanitay-karari&catid=1:son-haberler&Itemid=50
71. SELÇUK Sami, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, Yargıtay Dergisi, Cilt: 23 (Ocak-Nisan 1997), Sayı: 1-2, Ankara 1997
72. SELÇUK Sami, Dolandırıcılık Cürümünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986
73. SELÇUK Sami, Memurların Yargılanması Hakkında , TSİASD Yayınları, 1997
74. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2006
75. SOYARSLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002
76. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1-4, Ankara, 1998
77. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, 2005
78. ŞIK Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
79. ŞEN Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararları- Ceza, Beta Yayınları, İstanbul, 1988
80. TAŞDEMİR Kubilay / ÖZKEPİR Ramazan, Uygulamada-Öğretide Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar Ve Bilişim Alanında Suçlar, Adil Yayın Evi, Ankara, 1998
81. TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
82. Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 2007,
83. Turabi Selami, İrtikâp Suçları, Ankara 2009,
84. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük C. 1, Ankara 1998,
85. TOPUZ, İbrahim, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Cilt 5, Sayı 6, Haziran 2000
86. TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007
87. TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009

88. UTKU Eray, Ceza Hukukunda Memur, Adalet Dergisi, Sayı:8, Ankara, 2001
89. Üzülmöz İlhan, Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14. S.2
90. VİDİNLİ İbrahim, Memuriyet Görevini Savsamak ve Kötüye Kullanmak Suçları
91. Hakkında Bir İnceleme, Adalet Dergisi, Sayı:4 Ankara, 1946
92. YARSUVAT Duygun, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1965
93. YAVUZ Nihat, Memurluk Görevinin İhmal ve Suiistimal Suçlarında Memurun Kendi Aleyhine Muamele Yapma Meselesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, Ankara, 1973
94. YAŞAR Hakkı, Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı Ve Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili Ve Tatbiki, Adalet Dergisi, S.11–12, 1966
95. YENER Orhan, Görevin Kötüye Kullanılması, Yargıtay Dergisi, C.VI, S.1–2, 1980
96. YERDELEN Erdal, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, www.nevsehir.adalet.gov.tr/.../Kamu%20Güvenine%20Karşı%20Suçlar.pdf
97. YILDIRIM Ramazan, İdare Hukuku Dersleri 1, Mimoza Yayınları, Konya, 2005
98. YILDIZ Mehmet Tan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 13, Ankara, 2002
99. YILDIZ Mehmet Tan, Görevi İhmal Suçu, Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, 2003
100. YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996
101. ZAFER Hamide, 4483 Sayı Ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.74, S.10–11–12, 2000