

YENİ CEZA KANUNU İLE KAMU İDARESİ ALEYHİNDE CÜRÜMLERDE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

*Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU**

I. GENEL OLARAK

Kamu idaresine karşı suçlar Eski TCK'nun üçüncü babında 202 ila 281. maddeler arasında düzenlenmişken Yeni TCK'nunda Millete ve Devlete Karşı suçlar Başlıklı dördüncü kısmın birinci bölümünde Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında 247 ila 266. maddeler arasında düzenlenmiştir. Eski kanunda 79 maddede (yürürlükten kaldırılan 6 madde göz önüne alınırsa 73 madde) söz konusu suçlara ilişkin düzenleme mevcut iken yeni Kanunda bu sayı 19 maddeye indirilmiştir. Eski kanunda devlet idaresini ilgilendirdiği varsayılan 10 hüküm yeni kanunda farklı yerlerde düzenlenmiştir. Toplam da 79 (73) madde 29 maddeye indirilmiştir.

Eski kanunda alım satıma fesat karıştırma suçu (m.205) kamu idaresi aleyhinde suçlar bölümünde iken yeni kanunda bu suç ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde 235. maddede düzenlenmiştir. Mülga Kanunda Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler Bölümünde düzenlenen işkence suçu (m. 243), yeni Kanunda 94. maddede kişiler aleyhinde suçlar bölümünde düzenlenmiş, bu Kanunda tanımlara ilişkin 259, 279 ve 265. maddeler, yeni Kanunun tanımlar başlıklı 6. maddesinde düzenlenmiş, eski 264. madde yeni Kanunun 174. maddesinde düzenlenmiş, eski Kanunda 266, 267, 268 ve 270. maddelerde düzenlenen memura ve resmi heyetlere hakaret suçu, yeni Kanunda 125 ve 127. maddelere hakaret suçları arasına alınmış, eski Kanunun 271. maddesinde düzenlenen memura karşı işlenen müessir fiil suçu, yeni Kanunun 86. maddesinde düzenlenmiştir.

Rüşvete aracılık suçuna ilişkin özel hüküm eski Kanunun 216. maddesi, rüşvet konusu malın müsaderesine ilişkin 217. madde, 231, 233 234, 239, 244, 249, 251, 269, 272, 273, 277, 278, 280 maddeler yeni Kanuna alınma-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

miştir. Bunun yanında eski Kanunun 204, 206, 207, 210, 221 ve 227. maddeleri daha bu Kanun yürürlükte iken yürürlükten kaldırılmıştır.

Eski Kanun ve Yeni Kanunun Devlet İdaresine Karşı Suçları düzenlemesine genel olarak bakıldığında, mağdurun memur olması halini genel ağırlatıcı sebep olarak öngören eski Kanunun 273. maddesi yeni Kanuna alınmamıştır. Eski Ceza Kanununun sadece memur sıfatı sebebiyle, bazı suçlarda korunan hukuki yararın değiştiğini kabul ettiği, örneğin memura hakaret suçunun Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler kısmında düzenlenmişken, diğer kişilere karşı işlenen hakaret suçu kişilere karşı cürümler arasında düzenlenmişti. Yeni Ceza Kanunu ise bazı suçlarda mağdurun sıfatının değişmesi halini suçla korunan hukuki yararın değişmesi sebebi olarak kabul etmemiştir. Ancak buna benzer bir ilişkinin bulunduğu zimmet suçu ile emniyeti suistimal suçu yeni Kanunda ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerden şöyle bir sonuç çıkarılabileceği kanısındayım. Eski Kanun failin sadece memur olmasını, memuriyet sıfatı nedeniyle veya memuriyet görevi sırasında suçun işlenmesini ağırlatıcı sebep veya suçun niteliğinin değişmesi başka bir suçu oluşturması nedeni olarak kabul etmesi karşılığında, mağdurun memur olması halini de ağırlatıcı sebep veya suçun niteliğini değiştiren bir sebep olarak kabul ederek bir denge kurmakta idi. Yeni Kanunda ise bu dengenin memur aleyhine bozulduğu yönündeki bir tespitin hatalı olmadığı kanısındayım.

Bölümün başlığı eski Kanunda "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" iken yeni Kanunda "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı ile düzenlenmiştir. Bölüm başlıkları suçla korunan hukuki yararın tespitinde önem arz etmektedir. Bu açıdan değişikliğe bakıldığında, eski kanundaki ifadenin daha kapsamlı olduğu görülecektir.

TCK uyarınca Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçların faili sadece kamu görevlisi sıfatını haiz olanlar olacaktır. Kamu görevlisi söz konusu Kanunun 6. maddesinde tanımlanmıştır. 6. maddesinde kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklinde tanımlanmıştır. ETCK da ise bu suçların failinin ancak bir memur olabileceği kabul edilmekte ve memur aynı Kanunun 279. maddesinde tanımlanmakta idi. Memur ve kamu görevlisi tanımları karşılaştırıldığında, kamu görevlisi tanımının daha geniş olduğu görülecektir.

Diğer Kanunların ceza kanunundaki memur kavramına yaptığı atıfların artık TCK'nun ilgili hükümlerine yapıldığı kabul edilmelidir. Özel ceza kanunlarında ve diğer kanunlarda memur gibi cezalandırılacakları belirtilen kişiler, yeni Kanun uyarınca da kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir. Bu husus 5252 sayılı Kanunun 6/1-c açıklıkla düzenlenmiştir. Örneğin 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, özel güvenlik görevlileri Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılır. Bu halde özel güvenlik görevlilerinin Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılacağına kabul edilmesi gerekmektedir.

II. DEVLET İDARESİ ALEYHİNDE İŞLENEN CÜRÜMLERDE ORTAK AĞIRLATICI SEBEPLER

Bu cürümlerde ortak ağırlatıcı sebepler eski Kanunun 251 ve 281. maddelerinde Yeni Kanunun 266. maddesinde düzenlenmiştir. TCK 266. maddeye göre, görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında arttırılır. Bu hüküm eski TCK 251 ve 281. maddelerin karşılığını oluşturmaktadır. 251. maddeye göre, bir memur vazife esnasında bir kimse aleyhine bir cürüm işlerse kanunda yazılı olmayan hallerde o cürme kanunen terettüp eden ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır. 281. maddeye göre, bir kimse cürüm işlemek için haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde eğer kanun esasen memuriyet sıfatını nazarı itibare almamış ise irtikap olunan cürüm için tayin olunan ceza altıda birden üçte bire kadar tezyit olunur.

Eski Kanuna ilişkin uygulamada Yargıtay şöyle bir ayırım yapmakta idi: Suç görevin icrası sırasında kişiye karşı işlenmiş ancak görevle ilgili bir suç değilse, göreve ilişkin araçlar kullanılsın kullanılmınsın 251. madde ile ceza arttırılmakta idi. Suç görevin icrası sırasında değil, ancak görev sebebiyle verilen araç ve gereçler kullanılarak işlenmiş ise 281. madde uyarınca ceza arttırımı yoluna gidilmekte idi. Suç hem görev esnasında işlenmiş hem de memuriyete ait kuvvet ve vasıtalar kullanılmışsa, daha fazla artırma oranı öngören 251. maddenin uygulanması gerekmekte idi.

Yeni Kanun 266. maddede her iki hükmü birleştirmiştir. Suç ister görevin icrasında ister görevin icrası dışında işlenmiş olsun, görev sebebiyle teslim edilen araç ve gereçler suçun işlenmesinde kullanılmış ise 266. madde uyarınca ceza arttırılacaktır. Bu halde suç, görev esnasında işlenmiş, ancak görev sebebiyle teslim edilen araç ve gereç suçun icrasında kullanılmamış ise, eski Kanunun 251. maddesi uyarınca ceza arttırımı mümkün iken yeni Kanun uyarınca ceza arttırımı mümkün olmamaktadır.

TCK 266. maddenin uygulanması için;

1. Suçun işlenmesi,
2. İşlenen suçta kamu görevlisi sıfatının unsur veya ağırlatıcı sebep olarak öngörülmemiş olması,
3. Failin kamu görevlisi olması,
4. Kamu görevine ait araç ve gereçlerin suçta kullanılması,
5. Bu araç ve gereçlerin kamu görevlisine görevi dolayısıyla verilmiş olması gerekir.

III. BAZI SUÇ TIPLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Zimmet Suçu TCK m. 247 – 249 ETCK m. 202

TCK 247. maddeye göre, görevi nedeniyle zilyedliği¹ kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Zimmet suçunun düzenlendiği ETCK 202 ile TCK 247. maddeler arasındaki farklılıklara bakıldığında; maddenin esasında, özünde bir değişiklik olmadığı, uygulama ve öğreti arasındaki bazı görüş ayrılıklarının madde metninde açıklığa kavuşturulduğu görülecektir.

Zimmet suçunun konusu 247.maddede sadece “mal” olarak gösterilmiştir. Eski Kanunda ise para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar şeklinde belirtilmişti. Yeni Kanunda kullanılan “**mal**” terimi Medeni Kanun anlamında ele alındığında, para terimini de kapsamaktadır. Bu açıdan yeni düzenleme ile maddede bir sadeleştirme yapıldığı, gereksiz tekrarın düzeltildiği ifade edilebilir.

ETCK yürürlükte iken Yüksek Mahkeme ve öğretideki baskın görüş taşınmazların zimmete konu olamayacağını kabul etmişken, TCK'nun maddeye ilişkin gerekçesinden taşınmazların da zimmete konu olabileceği kabul edilmektedir².

ETCK'nun 202. maddesinin lafzı sadece failin malı kendi zimmetine geçirmesini suçun maddi unsuru olarak kabul ederken, TCK'nun 247. maddesi “kendisi veya başkasının zimmetine geçirme halinde maddi unsurun gerçekleşeceğini kabul etmiştir. Ancak ETCK uygulamasında da Yargıtay 3. kişi lehine zimmete geçirme halinde de suçun oluşacağını kabul etmekte idi.

TCK'nun 247/2. fıkrasında düzenlenen nitelikli zimmet suçunun oluşması için, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hali öngörülmüştür. Eski Kanunla farkı madde metninde “dairesini aldatacak” ifadelerine yer verilmemiş olmasıdır. Bu ifadelerin madde metnine alınmaması uygulamayı değiştirecek nitelikte değildir. Zira bir davranışın “hileli davranış” olarak kabul edilebilmesi için aldatmaya elverişli olması gerekir. Şayet bu hile evrakta sahtecilik suretiyle gerçekleştirilmiş ise TCK'nun 212. maddesi uyarınca evrakta sahtecilik ve zimmet suçu arasında gerçek içtima kuralları uygulanacak, diğer bir ifade ile iki ayrı suçtan cezalandırma söz konusu olacaktır.

¹ Terimin Medeni Kanunda “**zilyetlik**” olarak kullanılmışken Ceza Kanununda “**zilyedlik**” olarak kullanılmasını doğru bulmamaktayım.

² Burada önemle belirtmek gerekir ki Kanundaki genel gerekçe veya madde gerekçeleri, madde metninin aksine bağlayıcı olmayıp, sadece yorumda yol gösterici niteliktedir.

TCK'nun 247/3. fıkrasında kullanma zimmeti düzenlenmiştir. Bu zimmet türü ETCK da bulunmamakla beraber Yargıtay kararlarında kabul edilen bir zimmet türü idi. Zira Yüksek Mahkeme kullanma zimmeti halinde bazı kararlarında, eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul etmekte, bazı kararlarında da zimmete geçirilen, kullanılan miktar açısından zimmet suçunun oluştuğunu kabul etmekte idi.

ETCK 202/son fıkrasında düzenlenen suçun "kamu bankaları aleyhine işlenmesi" ağırlatıcı sebebine yeni Kanunda yer verilmemiştir. Bunun sebebi Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinde, banka aleyhine işlenen zimmet suçunun ayrı bir suç olarak düzenlenmesi olsa gerektir³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.02.2005 tarihli kararında⁴ Ziraat Bankası çalışanının dahi memur olmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla bu karar uyarınca ETCK'nun 202. maddesinde düzenlenen suçun faili olması mümkün değildir.

TCK'nun 248. maddesinde etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Madde nin 202/3. fıkradan farkı, zararın soruşturma başlamadan önce zararın tamamen tazmin edilmesi veya zimmete geçirilen malın iade edilmesi halinde cezanın üçte ikisinin indirileceğinin hüküm altına alınmasıdır.

TCK'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun manevi unsuru zimmete geçirme kastıdır. Zimmete geçirme kastının bulunmaması halinde eylem kullanma zimmeti olarak nitelendirilmelidir.

TCK da zimmet suçunun temel şekli için öngörülen yaptırım 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrıca TCK'nun 55. maddesi uyarınca kazanç müsadereci mümkündür.

ETCK 202. maddede öngörülen yaptırım ise 6 yıldan 12 yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası idi.

B. Denetim Görevinin İhmali Suçu TCK 251/2 ETCK 203

TCK'nun 251/2. maddesinde¹ fıkradan bağımsız ayrı bir suç tipi düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Yeni hükmün ETCK 203. maddesinden farkı, irtikap suçu da madde kapsamına alınmıştır. Ayrıca eski metinde zimmetin artmasına veya oluşmasına sebebiyet vermek suçun neticesi iken yeni metinde sadece zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağla-

³ Bankalar Kanununun 22/3. fıkrasında düzenlenen zimmet suçunun oluşabilmesi için öncelikle, failin banka mensubu olması ve zimmete geçirilen malın bankaya ait bir mal olması gerekir. Oysa gerek ETCK 202 gerekse TCK 247. maddede düzenlenen zimmet suçunun oluşması açısından, failin memur olması ve zimmete geçirilen malın devlete veya bireye ait olması arasında fark bulunmamaktadır. Önemli olan malın görevi sebebiyle memurun zilyetliğine bırakılmış olmasıdır.

⁴ CGK T. 08.02.2005, E. 2004/5-146, K. 2005/7, YKD C.31, S. 5, Mayıs 2005, s. 762.

mak suçun neticesi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yeni metinde irtikap suçunun işlenmesine sebebiyet vermek de madde kapsamına alınmıştır. Ancak rüşvet suçunun işlenmesine sebebiyet vermek madde kapsamına alınmamıştır.

TCK'nun 251. maddesi uyarınca fail, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesinden haberdar ise, suçun işlendiğini bilmekte ve işlenmesine göz yummakta ise 1. fıkra uyarınca, işlenen zimmet veya irtikap suçuna iştirak etmiş olarak kabul edilir. 251/2. fıkrada ise, fail denetim görevini kasten ihmal etmekte, bu suretle zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlamaktadır.

C. Rüşvet Suçu TCK 252-254 ETCK 211-220

Rüşvet suçları konusunda yeni Kanunda getirilen en önemli değişiklik basit rüşvet verme eylemlerinin bir kısmının suç olmaktan çıkarılması, basit rüşvet alma eylemlerinin bir kısmının ise Kanunun 257/3. fıkrası uyarınca görevi kötüye kullanma olarak cezalandırılması olarak göze çarpmaktadır. Basit rüşvet vermenin bir kısmı suç olmaktan çıkarılmıştır, zira rüşvet alan kamu görevlisi ise bu suç değildir, ancak rüşvet alan yabancı ülkede görevli biri ise, diğer bir ifade ile 252/5. fıkra uyarınca değerlendirilmesi gereken bir eylem ise, bu halde basit rüşvet alan veya veren de suç işlemiş olacaktır. Ancak 252/5. fıkranın ihlali halinde yaptırımın ne olduğu madde metninde belirtilmemiştir, bu halde yaptırım konusunda 1. fıkra ile bir farklılaştırmanın yapılmadığı, bu halde de failin 1. fıkra uyarınca cezalandırılacağı ifade edilebilir.

Maddede rüşvetin anlamı konusunda bir ayırım yapılmıştır. Bu rüşvet olan eylemler ve rüşvet sayılan eylemler şeklinde gruplandırılabilir. Rüşvet olan eylemler, 252. maddenin 3. fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre rüşvet, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. Görüleceği üzere 3. fıkra uyarınca rüşvetin söz konusu olabilmesi için önşart, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması gereğidir. Görevin gereklerine aykırı davranışın söz konusu olabilmesi için, öncelikle kişinin görevi gereği bir işi yapmakla veya yapmamakla yükümlü olması gerekir. Görevine girmeyen bir iş için yarar sağlaması hali ise, 255. madde ile yaptırım altına alınmıştır. Bunun yanında, görevin gereklerine aykırılık olabilmesi için, kamu görevlisinin yapması gereken bir şeyi yapmaması, yapmaması gereken bir şeyi yapması için yarar sağlaması gerekir. Bu halde 3. fıkradaki rüşvet alma/verme tanımına sadece nitelikli rüşvet alma/verme eylemleri girecektir.

TCK'nun 252. maddesinin 5. fıkrasında rüşvet sayılan eylemler ise, "uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan

veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaad edilmesi veya verilmesi" şeklinde belirtilmiştir. Fıkra uyarınca rüşvet verilmesinin sebebi uluslararası ticari işlemler olmalıdır. Başka bir işlem için yarar sağlanması hali fıkra kapsamında değerlendirilemeyecektir. Fıkra hem basit hem de nitelikli rüşvet alma/verme eylemlerini içermektedir. Gerçekten fıkra uyarınca, yapılması gereken işin yapılması (yapılmaması gereken işin yapılmaması) için sağlanan, vaad edilen veya teklif edilen yarar rüşvet sayılacağı gibi, yapılmaması gereken işin yapılması (yapılması gereken işin yapılmaması) için sağlanan, vaad edilen veya teklif edilen yarar da rüşvet sayılacaktır.

Bu fıkra uyarınca suçun maddi unsuru, haksız yarar teklif edilmesi, vaad edilmesi veya verilmesi olarak sayılmıştır. Birinci fıkradaki rüşvetten farklı olarak suçun tamamlanması için haksız yararın sağlanması gerekmekte, teklif edilmesi veya vaad edilmesi halinde de suçun tamamlandığı kabul edilmektedir.

TCK'nun 252. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun manevi unsuru **özel kast** iken, 5. fıkroda düzenlenen suçun manevi unsuru da **özel kasttır**. Ancak 1. fıkroda düzenlenen suçun oluşması için failde bulunması gereken saik, "görevin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak" saikidir. Oysa Kanun 5. fıkroda "bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla" ifadelerine yer vererek, failin hangi saikle hareket etmesi halinde suçun oluşacağını 1. fıkradan farklı bir şekilde belirtmiştir.

4. fıkroda düzenlenen suç, fail bakımından 1. fıkradan farklılaşmaktadır. Bu fıkra uyarınca rüşvet alma suçunun faili, 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 şirketler adına hareket eden kişiler olabilir. 4. fıkroda düzenlenen suçun manevi unsuru özel kasttır. Suçun maddi unsuru ise 1. fıkraya paralel bir şekilde "yarar sağlamak" olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, 252. madde "yarar sağlamak"tan sözederek, rüşvet konusu olan yararın maddi veya manevi yarar olabileceğini belirtmektedir.

Yukarıda belirtilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukukumuzda rüşvet suçunun unsurlarını tek şekilde belirlemek mümkün olmayacaktır. Zira TCK'nun 252. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç ile 5. fıkrasında düzenlenen suçun unsurları farklıdır. 1. fıkra uyarınca, rüşvet alma/verme suçlarının maddi unsuru, kamu görevlisine yapmaması gereken işi yapmaması veya yapmaması gereken işi yapması amacıyla yarar sağlamaktır. Kural olarak kamu görevlisine yarar sağlandığı anda rüşvet alma ve rüşvet verme suçü tamamlanacaktır. Görüleceği üzere yeni Kanun -kural