



**Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma
Cürümleri
(TCK m. 230, 240)
Nazmiye Özenbaş
(Yüksek Lisans Tezi)**

Eskişehir, 2004

147817

**GÖREVİ İHMAL VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA
CÜRÜMLERİ**

(TCK m. 230, 240)

Nazmiye ÖZENBAŞ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Nevzat TOROSLU

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Haziran 2004

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ
GÖREVİ İHMAL VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA CÜRÜMLERİ
(TCK m. 230, 240)

Nazmiye ÖZENBAŞ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2004
Danışman: Prof. Dr. Nevzat TOROSLU

Devlet idaresi, sosyal güveni ve düzeni garanti altına alan, bireysel faaliyetleri tamamlayan, toplumun refahı, korunması ve gelişmesi için gerekli olan varlıkları ve hizmetleri sunan birleştirici ve hükümler kurumdur. Devlet, faaliyetlerini organları eliyle yürütür ve bu organları gerçek kişiler oluştururlar. Devlet idaresinin faaliyetlerini yürüten bu kimseler çeşitli gruplara ayrılabilir. Bu gruplardan biri de memurlardır. O halde devlet idaresinin iyi işlemesi bir ölçüde de memurların görevlerini kanunlara ve nizamla uygun olarak yerine getirmelerine bağlıdır.

Memurun görevini zamanında yerine getirmemesi ve görevini kötüye kullanması devlet idaresinin düzenli ve etkili işleyişine engel olur. Bu nedenle memurun görevini ihmal ve görevini kötüye kullanması Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak öngörülmüştür.

TCK ve diğer özel kanunlarda, memurların görevlerini ihmal etmeleri veya kötüye kullanmaları, özel nitelikteki bazı suç tipleriyle de düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu memurun görevini ihmal etmesi veya kötüye kullanmasını, bunun devlet idaresine vereceği zararın büyüklüğü nedeniyle, hiçbir şekilde cezasız bırakmak istememiştir. Bu nedenle de özel hükümlerin uygulanamadığı hallerde uygulanmak üzere Türk Ceza Kanunu'nun 230. ve 240. maddelerinde, genel ve tamamlayıcı nitelikte olan görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma cürümleri kabul edilmiştir.

ABSTRACT
THE CRIMES OF NEGLIGENCE AND ABUSE OF DUTY
(The Turkish Criminal Code Section 230, 240)

Nazmiye ÖZENBAŞ
Department of Public Law
Anadolu University, Institute of Social Sciences, June 2004
Supervisor: Prof. Dr. Nevzat TOROSLU

The administrative state is a unifier and sovereign institution which guarantees social trust and order completes individual activities and presents public services in order to provide prosperity, protection and development of society. The state carries out its activities with its organs and these organs are formed by real persons. These persons which carry out the activities of the administrative state can be divided into various groups. One of these groups is formed by the public servants. In that case good administration of the state depends on the public servants, carrying out his duties according to the statutes regulations.

When the public servant does not carry out his duty in reasonable time and abuses his duty, he prevents regular and effective working of the administrative state. For this reason negligence and abuse of duty by the public servant are established as crimes in the Turkish Criminal Code.

Under the Turkish Criminal Code and other specific laws, negligence and abuse of duty by the public servants have been prescribed as special types of crimes. However the legislature has by no means wished to allow the crimes of negligence and abuse of duty by public servants go unpunished, due to the great loss it causes to the administrative state. Therefore in the sections 230 and 240 of the Turkish Criminal Code, these crimes have been prescribed as general and supplementary provisions when specific provisions can not be applied.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Nazmiye ÖZENBAŞ'ın "Görevi İhmal ve Görevi Kötüye Kullanma Cürümleri (TCK m.230,240)" başlıklı tezi **28 Haziran 2004** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Nevzat TOROSLU
Üye : Prof.Dr.Erhan TÜRKER
Üye : Prof.Dr.Erdal ONAR

İmza

.....
.....
.....

Prof.Dr.Nurhan AYDIN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

.....
.....
.....

ÖNSÖZ

Tez çalışmam sırasında tüm yoğunluğuna rağmen yardımlarını esirgemeyen saygıdeğer hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya teşekkürlerimi sunmayı bir borç biliyorum.

Tezimle ilgili araştırma yapmak amacıyla İtalya'ya gitmemi sağlayan değerli hocam Prof. Dr. Yüksel ERSOY'a, İtalya'da büyük yardımlarını gördüğüm Prof. Dr. Augusto SINAGRA'ya, şükran dolu olduğum Anna VALVO, Paolo GEMELLI ve Paolo BARGIACCHI'ye, her konuda yardımlarını gördüğüm sayın hocam Prof. Dr. Özcan UÇKAN'a, tezimi okuyup yeni fikirler veren hocalarım Yrd. Doç. Dr. Hamide ZAFER'e ve Yrd. Doç. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR'a, araştırma görevlisi arkadaşım Hakan KARAKEHYA'ya, her konuda beni destekleyen sevgili eşime ve aileme teşekkürlerimi sunuyorum.

Nazmiye ÖZENBAŞ

ÖZGEÇMİŞ

Nazmiye ÖZENBAŞ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans

Eğitim

Ls.	2000	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Lise	1995	Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Sağlık Meslek Lisesi

İş

2000-	Araştırma Görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
-------	---

Alınan Burslar

2002	Università per Stranieri di Perugia Facoltà di Lingua e Cultura Italiana'nın dil kursu için vermiş olduğu burs (2 ay süreli).
2003	İtalyan Dışişleri Bakanlığı'nın hükümetimiz emrine vermiş olduğu araştırma bursu (6 ay süreli). Università degli Studi di Roma "La Sapienza" bünyesinde tez konusu ile ilgili araştırma yapılmıştır.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Eskişehir, 1978	Cinsiyet: Bayan	Yabancı dil: İtalyanca ve İngilizce
-------------------------------------	-----------------	-------------------------------------

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
ÖZGEÇMİŞ.....	vi
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ İHMAL VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA CÜRÜMLERİNİN ORTAK HÜKÜMLERİ

1. SUÇLARIN HUKUKİ KONUSU.....	4
1.1. Hukuki Konu Kavramının Önemi.....	4
1.2. Devlet İdaresine Karşı İşlenen Suçlarda Korunan Hukuki Yarar.....	6
1.2.1. Devlet İdaresi Kavramı.....	8
1.2.2. Görevi İhmal Suçunda Korunan Hukuki Yarar.....	9
1.2.3. Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Korunan Hukuki Yarar.....	10
2. SUÇLARIN FAİLİ.....	11
2.1. Genel Olarak.....	11
2.2. 1982 Anayasası'nda Memur Kavramı.....	13
2.3. Türk Ceza Kanunu'nun Uygulaması Yönünden Memur Kavramı.....	16
2.3.1. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları.....	18
2.3.1.1. Genel Olarak.....	18
2.3.1.2. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları Konusunda	
Doktrindeki Görüşler.....	20
2.3.1.2.1. Kamu Görevi ile Kamu Hizmetini Eşanlamlı Sayan	
Görüş.....	20

2.3.1.2.2. Kamu Görevi ile Kamu Hizmetini Ayıran Görüşler.....	21
2.3.1.2.2.1. Kamu Gücünün Müdahalesi Kistasını Esas Alan Görüş.....	22
2.3.1.2.2.2. Yönetimin Hukuksal ve Toplumsal Etkinliği Kistasını Esas Alan Görüş.....	25
2.3.1.2.2.3. Amaç Teorisini Esas Alan Görüş	25
2.3.1.2.2.4. Birden Fazla Kistası Esas Alan Görüşler.....	26
2.3.1.3. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları Konusunda Yargıtay'ın Görüşü.....	27
2.3.1.4. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları Konusunda Görüşümüz.....	29
2.3.2. Kamu Görevi Yapan Kimseler.....	31
2.3.2.1. Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunan Kamu Görevlileri.....	32
2.3.2.1.1. Kamu Görevi Yapan Memur, Müstahdem Sayılmak İçin Gerekli Olan Şartlar.....	33
2.3.2.1.1.1. Kuruluşun Kamu Görevi Yapan Bir Kuruluş Olması.....	33
2.3.2.1.1.2. Personelin Kuruluş İçinde Önemli Bir Görev Yapıyor Olması.....	34
2.3.2.1.2. Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunan Kamu Görevlilerinin Yerine Getirdikleri Görev Türüne Göre Ayırımı.....	35
2.3.2.2. Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunmayan Kamu Görevlileri	37
2.3.2.2.1 Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunmayan Kamu Görevlilerinin Yerine Getirdikleri Görev Türüne Göre Ayırımı	38
2.3.3. Kamu Hizmeti Yapan Kimseler.....	41

2.3.3.1. Kamu Hizmeti Yapan Kuruluşlarda Çalışanlar.....	41
2.3.3.2. Kamu Görevi Yapan Kuruluşlarda Çalışanlar.....	42
2.4. İdare Hukuku Yönünden Memur Kavramı ve Ceza Kanunu Uygulamasındaki Memur Kavramı ile Olan Farkları.....	43
2.5. Memurluk Sifatının Önemi.....	49
2.6. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personelinin Cezai Sorumluluğu.....	50
3. FİİLİN GÖREVLE İLGİLİ OLMASI.....	56

İKİNCİ BÖLÜM
GÖREVİ İHMAL (SAVSAMA) CÜRMÜ
(TCK’NUN 230. MADDESİ)

1. GENEL OLARAK.....	60
2. MADDİ UNSUR.....	62
2.1. Görevi İhmal ve Geciktirme.....	64
2.2. Üstün Buyruğunu Yerine Getirmeme.....	68
2.3. Suçun Tamamlanma Anı.....	71
3. MANEVİ UNSUR.....	71
4. TEŞEBBÜS.....	76
5. İŞTİRAK.....	78
6. AĞIRLAŞTIRICI NEDEN.....	80
7. YAPTIRIM.....	82
8. ZARARIN TAZMİNİ.....	83
9. SUÇLARIN İÇTİMAL.....	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA CÜRMÜ
(TCK’NUN 240. MADDESİ)

1. GENEL OLARAK.....	87
2. MADDİ UNSUR.....	93
3. MANEVİ UNSUR.....	101
4. TEŞEBBÜS.....	105
5. İŞTİRAK.....	107
6. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER VE YAPTIRIM.....	108
7. SUÇLARIN İÇTİMAİ.....	110
8. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA VE GÖREVİ İHMAL CÜRÜMLERİNİ AYIRMAYA YARAYACAK KISTAS.....	111
SONUÇ.....	117
KAYNAKLAR.....	122

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AC	: Adliye Ceridesi
AD	: Adalet Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Any.Y.	: Anayasa Yargısı
As. Y.	: Askeri Yargıtay
As. Y. Drl. Krl.	: Askeri Yargıtay Daireleri Kurulu
As.YKD	: Askeri Yargıtay Kararları Dergisi
Astb. Bşçvş.	: Astsubay Başçavuş
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt numarası
Cass.Pen.	: Cassazione Penale
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
Dok.İçt.Bül.	: Doktrin ve İçtihat Bülteni
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İçt. Bir. Kar.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m.	: Madde (madde numarası)
RG	: Resmi Gazete
SBOD	: Siyasi Bilgiler Okulu Dergisi

SİM	: Siyasi İlimler Mecmuası
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİD	: Türk İdare Dergisi
TİK	: Türk İçtihatlar Külliyyatı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
YD	: Yargıtay Dergisi
YDün.	: Yargı Dünyası Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü babının "Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar" başlığını taşıyan faslında yer alan Memuriyet Görevini İhmal (TCK'nun 230. maddesi) ve Memuriyet Görevini Kötüye Kullanma (TCK'nun 240. maddesi) cürümleri çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Devlet idaresi, sosyal güveni, refahı, düzeni sağlayan; var olan çabaları belli bir yöne kanalize ederek toplumsal ilerlemeyi gerçekleştiren, toplumu birleştirici egemen bir kurumdur.

Görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçları, TCK'nda tanımlanan memurlar ve özel yasalarında memur sayılan veya memur gibi cezalandırılacağı bildirilen kişilerce işlenebilir. O halde öncelikle belirtmek gerekir ki; geniş anlamda devlet idaresinde görev alan bir kimse, idareye karşı dürüst davranmak, görevi nedeniyle kendisine teslim edilen para ve eşyayı işlevinin amacına uygun olarak kullanmak, görevini yerine getirirken herkese eşit davranmak, görevi sebebiyle elde ettiği bilgi ve belgeleri işlevinin gerekli kıldığı konular dışında kullanmamak, görevinin işlemlerini zamanında ve yasaya uygun olarak yerine getirmek, kamu görevlerinde sürekliliği sağlamak ve devletin itibarını sarsmamak zorundadır. Eğer belirttiğimiz bu hususlardan herhangi birisi kasıtlı olarak zedelenirse ve diğer şartları da varsa devlet idaresi aleyhine cürümler oluşur.

TCK ve diğer özel kanunlar, memurların görevlerini ihmal etmelerini veya kötüye kullanmalarını, özel nitelikteki bazı suç tipleriyle düzenlemelerine rağmen, doğabilecek bir boşluğu önlemek amacıyla araştırma konumuzu oluşturan genel nitelikteki bu iki hükme de TCK'nda yer vermişlerdir. Çünkü, bir toplumun barış içinde gelişebilmesi için, devlet memurlarının görevlerini dürüstlükle yerine getirmeleri ve yurttaşlara güven vermeleri şarttır.¹

¹ Timur DEMİRBAŞ, "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", DEÜHFD, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara Üniversitesi Basımevi C. III, S. 1-2, (1987), s.249.

Genel ve tamamlayıcı nitelikte olan görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarının bazen memurların disiplin cezasını gerektirebilecek davranışlarına da uygulandıkları görülmüştür. Bu suçların maddi ve manevi unsurlarına ilişkin olarak doktrinde ciddi tartışmalar olmasının yanısıra, uygulamada da bu suçlara ilişkin bir çok sorun yaşanmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle bu suçlara ilişkin sorunları belirleme daha sonra da bunlara ilişkin çözüm önerileri getirme gayreti içerisinde olduk.

Bu doğrultuda öncelikle her iki suçta ortak olan konuları , daha sonra görevi ihmal suçunun ve görevi kötüye kullanma suçunun kendilerine özgü unsurlarını ve son olarak da bu suçların birbirlerinden nasıl ayırt edilebileceğini inceledik.

Çalışmamızın “Görevi İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümlerinde Ortak Konular” başlığını taşıyan birinci bölümünde, öncelikle söz konusu suçlarda korunan hukuki yarar incelenmiştir. Daha sonra uygulama ve doktrinde tartışmalı olan “memur” kavramı üzerinde durulmuştur. Son olarak da söz konusu “Fiilin Memurun Görevinden Kaynaklanması” gerekliliği üzerinde kısa bir açıklama yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde görevi ihmal cürmünün unsurları incelenmiştir. Özellikle suçun maddi unsuru incelenirken davranışın ihmali niteliği dikkate alınmış ve suçun tamamlanma anı değişik görüşler ışığında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise görevi kötüye kullanma cürmünün unsurları ele alınmıştır. Cürmün maddi unsuru incelenirken bu cürmün ihmali bir davranışla işlenip işlenemeyeceği doktrindeki farklı görüşler dikkate alınarak ortaya konulmuştur. Suçun manevi unsuru incelenirken de saikin dikkate alınıp alınamayacağı üzerinde durulmuştur. Son olarak da bu iki suçu birbirinden ayırt etmeye yarayacak kıstaslar incelenmiştir.

Çalışmamızda, gerek metin içerisinde gerekse dipnotlarda belirtilmek suretiyle, yeri geldikçe mehz Zanardelli Kanunu ve yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu’ndaki

düzenlemeler de incelenmiştir. Ayrıca konuya ilişkin Yargıtay kararlarıyla da uygulamadaki durum ortaya konulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ İHMAL VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA

CÜRÜMLERİNİN ORTAK HÜKÜMLERİ

1. SUÇLARIN HUKUKİ KONUSU

1.1. Hukuki Konu Kavramının Önemi

Suçların tasnif edilmesi bir normun anlamının ve uygulanma alanının belirlenmesini kolaylaştırır, suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların belirlenmesine yardımcı olur. Bu nedenle suçların tasnif edilmesi yani gruplar ve alt gruplar halinde bir düzene sokulması zorunludur.²

Suçların hangi ölçülere göre ve nasıl tasnif edileceği konusunda doktrinde bir çok kriter ortaya konulmuştur.³ Biz bu kriterlerden “suçun doğrudan ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat”i nazara alan “hukuki konu kriterini” esas almaktayız.⁴ Bu kriter gereğince yapılan tasnifte, korunan hukuki varlık ve menfaat tespit edilirken, suç ile ihlal edilen bütün varlık ve menfaatler değil, bunlardan sadece kanun koyucu tarafından belirlenenler dikkate alınmaktadır.

² Bkz. Nevzat TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 273, 1970), s.39 vd.

³ Bu konuda doktrinde ileri sürülen kriterler; suçun manevi unsuru kriteri, saik kriteri, suçlu kriteri, failin sıfatı kriteri, pasif süje kriteri, ceza kriteri, davranış ve sonuç kriteri, suçun işlendiği zaman ve yer kriteri, suçun maddi konusu kriteri, kanuni tip kriteri, ve suçun hukuki konusu kriteridir. Bu konuda bkz. TOROSLU, ... *Suçun Hukuki Konusu*, s.45-81; bkz. Faruk EREM - Nevzat TOROSLU, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Dokuzuncu Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2003), s. 18-34.

⁴ Suçun hukuki konusunun esasının ne olduğu konusunda da çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bkz. TOROSLU, ... *Suçun Hukuki Konusu*, s.87-160; Nevzat TOROSLU, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2270, Hukuk Fakültesi No: 511, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü No: 19, 1977), s.113-155; Yüksel ERSOY, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002), s.70.

Hukuki konu kavramı için bkz. Francesco ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, (Tredicesimo Edizione aggiornata e integrata a cura di Luigi CONTI, Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1994), s.158-162.

“Özel hukuki konuyu tespit etmek için, kanuni tiplere özelliğini veren hukuki unsurları veya fiilin normatif anlamda "zararlı olma" vasfını nazara almak gerekir... Münferit bir suçun özel hukuki konusu, yine bu suç vasıtasıyla ızzar edilen veya tehlikeye konulan "varlık" tır. Şu kadar ki bu varlık, tabiatçı açıdan değil, fakat normatif açıdan mütalaa edilmelidir.”⁵

Suçla korunan hukuki konuyu belirlemek için ilk önce hukuki anlamda sonucun ve davranışın zararlı olma vasfının tespit edilmesi gerekir.

Öğretideki suçların tasnifine ilişkin çalışmalar, TCK’nun mehzazını teşkil eden 1889 tarihli İCK’nda karşılığını bulmuş, suçlar hukuki konu kriterine göre sınıflandırılmıştır. TCK’nda da mehzaz kanununa uygun olarak ikinci kitapta yer alan cürümler hukuki konu kriterine göre tasnif edilmiştir. Her suç ferde veya topluma ait belirli bir varlık veya menfaati ihlal ettiği için, kendisine özgü özel bir hukuki konuya sahiptir.⁶

2003 tarihli TCK Tasarısı’nda suçların tasnifi konusunda şu ifadelere yer verilmiştir:

“...suçlar, ihlal ettikleri hukuki yararın niteliğine göre üç büyük ayrı kısım halinde toplanmış ve tasnif edilmişlerdir. Bilindiği gibi her suç bir kısım hukuki yararı ihlal eder ve belirli yararları korumak amacıyla meydana getirilir.”⁷

1997 tarihli TCK Tasarısı’nda ise bir suç ile birden fazla menfaatin ihlal edilebilme ihtimali dikkate alınarak şu ifadelere yer verilmiştir:

“Üç ayrı kısımda yer alan bölümlerin maddelerinde, korunmak istenen hukuki menfaat göz önünde bulundurulmak suretiyle sıralama yapılmış ve böylece aynı hak ve menfaati ihlal eden suçlar aynı bir bölüm içerisinde toplanmıştır. Bilindiği gibi bazen aynı bir suç, birden çok menfaati aynı zamanda ihlal edebilir ve değişik menfaatleri aynı zamanda koruma hedefini güdebilir. Bu gibi

⁵ TOROSLU, ... Suçun Hukuki Konusu, s.227.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. , TOROSLU, ... Suçun Hukuki Konusu, s.212-214.

⁷ Yeni tasarıya göre bu hukuki yararlar, kişilere, topluma ve devlete ait yararlar olmak üzere üçe ayrılır. Bu ana ayırım da alt bölümlere ayrılır ve kamu düzenine karşı suçlar da topluma karşı suçlar başlığını taşıyan ikinci kısımda yer almaktadır. 13.5.2003 tarih ve 593 esas sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı. (Not: 12.05.2004 tarihi itibarıyla Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen TCK tasası metninin gerekçesi henüz yazılmadığı için metne alınamamıştır.)

hallerde suça ilişkin değişik hak ve menfaatler arasında galip olan, üstün kabul edilen menfaate nazaran maddenin yeri tayin edilmiştir. Bu tasnif kanunun uygulanmasında, yorumda kolaylık sağlayacak ve hukukçu olmayanlar için ilgili hükümleri bulmak mümkün olabilecektir.”⁸

Ancak aynı bab altında toplanan bir çok hüküm aynı değeri koruyabileceği gibi farklı değerleri de koruyabilir. Birden fazla hukuki menfaate zarar veren suçları kanun koyucu menfaatlerin hangisi önemli ise o menfaate ilişkin bölüme yerleştirmiştir. Örneğin yağmayı, korkutarak faydalanmayı mal aleyhine işlenen cürümler; ırza geçmeyi genel adap ve aile düzeni aleyhine cürümler arasına yerleştirmiştir. Gerek yağmada gerekse ırza geçmede kişinin fiziki hürriyeti de tahdit edilmesine rağmen bu cürümler hürriyet aleyhinde işlenen cürümler arasında yer almamışlardır. Ancak bu gibi değerlendirmeler, çoğu zaman ahlaki, sosyal ve politik nedenlerle değişebileceği gibi; ülkeden ülkeye ve hatta bir ülkenin farklı zamanlarda yapılan kanunlarında bile farklılık gösterebilmektedir. Aynı hukuki menfaati ihlal eden suçlar arasında örneğin failin sıfatı (suçun normal şahıs veya memur tarafından işlenmesi), hareketin yapısı (fiilin şiddetle veya şiddetsiz yapılması), fiilin konusu (resmi veya özel evrak olması), kullanılan vasıta (silah kullanılması veya kullanılmaması), fiilin işlendiği zaman ve yer (fiilin harp zamanında veya kamuya açık yerde işlenmesi) gibi hususlarda farklılıklar bulunmaktadır. Aynı hukuki konuya sahip olan suçların dahi kendi aralarında belirttiğimiz bu kriterlere göre tasnif edilmesi gerekir. Suçun manevi unsurunu oluşturan belli başlı psikolojik unsurlar da farklı maddelerde düzenleme yapılmasını gerektiren bir faktördür.

1.2. Devlet İdaresine Karşı İşlenen Suçlarda Korunan Hukuki Yarar

Ceza hukuku tarafından devletin ve devleti meydana getiren değerlerin korunması gerekmektedir. Ceza hukuku tarafından korunan devlete ait varlıkları; devletin kamusal hukuki varlıkları, ferdin kamusal hukuki varlıkları, yabancı bir devletin kamusal hukuki varlıkları şeklinde üçe ayırmak mümkündür. Devlete ait idari varlıklar da devletin kamusal hukuki varlıkları arasında yer alır.⁹

⁸ Sulhi DÖNMEZER - Feridun YENİSEY, TCK ve 1997 Tasarısı, Genel Gerekçe, s.438.

⁹ TOROSLU, ... Suçun Hukuki Konusu, s.355-365.

Devlet idaresine karşı cürümleri içeren bab bütün olarak değerlendirildiğinde bu cürümlerle korunmak istenen hukuki yarar; kamu görevinin, kurallar ve uygulamalarla belirlenen disiplin ve düzen içinde yürütülmesi ve kamu idaresinin olumsuz davranış ve eylemlerle zarara uğratılmamasıdır. Ayrıca bu cürümlerle, kamusal kurumların düzenli olarak işlemesi, bu kurumların itibarı, faaliyeti yerine getiren sujelerin özgürlüğü, dürüstlüğü, sadakati, tarafsızlığı yahut idarenin topluma sağladığı hizmetler korunmaktadır.¹⁰

Memurların görevlerini nasıl yapacağı ilgili mevzuatla düzenlenerek belirlenmiştir. Esas olan, görevin kurallara uygun olarak yerine getirilmesidir.¹¹ Prensip olarak bu suçların işlenebilmesi için mağdur veya failin sadece memur sıfatına sahip bulunması yeterli değildir. Aynı zamanda suç teşkil eden fiille, bu vasfa sahip olan kimse arasında bir ilişkinin varlığı da gerekir. Fiil, hizmet veya görevin ifası sırasında gerçekleştirilmeli veya memuriyet görevinin ifası ile ilgili olmalıdır.

“Bu guruba giren suçlarda genel olarak şu unsurları görmekteyiz: 1) Devletin fonksiyonlarını ifa ile mükellef yetkili bir şahsın mevcudiyeti, 2) a) Bu yetkili şahıs tarafından yetki ve sıfatını muhtelif şekillerde kötüye kullanarak, veya b) Diğer hususi şahıslar tarafından, devletin fonksiyonlarının yerine getirilmesinin önlenmesidir. Bu üçlü münasebet bize devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerin temel karakterini vermektedir.”¹²

¹⁰ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.143; Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının üçüncü babında, idari görevlerin normal bir şekilde yerine getirilmesi veya kendilerine idari görevleri yerine getirme görevi verilen ve bu nedenle hürriyeti, itibarı veya tarafsızlığı güvence altına alınması gereken sùjeler, yahut idarenin topluma sunduğu hizmetler veya idarenin amaçlarına ulaşmak için kullandığı şeylere ilişkin menfaatler korunmak istenmiştir. TOROSLU, ... Suçun Hukuki Konusu, s.364.

Delpino’ya göre, devlet idaresi aleyhine işlenen cürümleri düzenleyen hükümlerle devlet idaresinin iyi gidişatı ve tarafsızlığı korunmaktadır. İyi gidişattan devlet idaresinin amaçlarını gerçekleştirmesi için doğru ve düzgün işleyişi anlaşılır. Tarafsızlıktan ise devlet idaresinin keyfiliğe yer vermeden, eşitlik ilkesine bağlı olarak ve tamamen objektif biçimde görevlerini yerin getirmesi anlaşılır. Luigi DELPINO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, (Undicesima Edizione, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2001), s.61-62.

¹¹ İsmail MALKOÇ, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *İzBD*, S. 1, (Ocak 1993, Yıl: 58), s.20.

¹² YARSUVAT, “Devlet İdaresi Aleyhinde...”, s.688.

1.2.1. Devlet İdaresi Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nun, İkinci Kitabının, Üçüncü Babında düzenlenen suçlar devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümlerdir.¹³ Ancak, Devlet İdaresi kavramının dar bir içeriğe sahip olması nedeniyle, bu suçların hukuki konusunu açıklamakta yetersiz olduğu ileri sürülmektedir.¹⁴

“Devlet, sosyal güveni ve düzeni garanti altına almaya, bireysel faaliyetleri tamamlamaya ve toplumun korunması, refahı ve gelişmesi için gerekli olan varlıkları ve hizmetleri sağlamaya yönelik somut bir faaliyette bulunduğu ‘Devlet idaresi’ (kamu yönetimi) olarak ortaya çıkar. Ayrıca yasama gücünün koyduğu emirleri gerçekleştirmeye yönelik tamamlayıcı emirler koyma görevi de idareye aittir. Bütün bu görevler özel organlar vasıtasıyla yerine getirilir. Kendilerine idari faaliyette bulunma yetkisi verilen bu organlar ‘Devlet idaresi’ni (kamu yönetimini) oluştururlar. Kendilerine idarî nitelikte yetkiler verilmiş politik organlar da vardır. Ancak, bütün idare, sadece devlet organlarından ibaret değildir. Devlete nazaran özerk bir konumda bulunan bir kısım kurumlara da bazı idarî görev ve yetkiler verilmiştir ve bunların faaliyetleri de maddî anlamda idarî faaliyetlerdir.”¹⁵

¹³ İdare hukuku anlamında “idare” kavramı ile ceza hukuku anlamındaki devlet idaresi kavramları farklı içeriklere sahiptir.

Yıldırım’a göre “devlet görevlerini üç temel organ aracılığıyla yerine getirmektedir. Yasama, yargı ve yürütme. İdare, yürütme içinde, yürütmenin bir uzantısı olarak düzenlenmiştir. ... kamu yönetimi teşkilatı, kamu hizmeti ve kolluk olarak adlandırılan devlet faaliyetlerinin örgütlenmesini ifade eder.” Turan YILDIRIM, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, (İkinci Baskı, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1999), s.3; Günday ise organik anlamda ve fonksiyonel anlamda idare ayrımını yaptıktan sonra organik anlamda idareye ilişkin şu açıklamaları yapmıştır: “Devletin yürütme organı içinde ve bu organın Cumhurbaşkanı ve Bakanlar kurulu yanında üçüncü kanadı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Şu halde idareyi ilk bakışta, devletin yasama ve yargı organları ile Yürütme organının da Cumhurbaşkanı ve Bakanlar kurulu dışında kalan tüm kuruluşları olarak tanımlamak mümkündür.” Yazar fonksiyonel anlamda idare hakkında da şu görüşleri beyan etmiştir: “İdari fonksiyon; yasama ve yargı fonksiyonları ve yürütme organının salt siyasal nitelikli faaliyetleri dışında, Devletin günlük toplumsal gereksinimleri karşılamak amacıyla yürüttüğü tüm kurumsal faaliyetlerden oluşmaktadır”. Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, (Dördüncü Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1999), s.4-13.

Maggiore’ye göre “Geniş anlamda devlet idaresi yasama fonksiyonu hariç devletin tüm faaliyetlerini kapsar. Daha dar ve teknik anlamda ‘devlet idaresi’ yürütme fonksiyonunun sadece bir kısmıdır.” Giuseppe MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. II*, (Seconda Edizione, Bologna: Zanichelli Editore, 1938), s.99.

¹⁴ Malkoç ve Güler’e göre “devletin yasama yürütme ve yargı fonksiyonları dışında kalan ve fakat toplumun kamusal yaşamına etkisi olan bazı faaliyetler bu kavramın içinde düşünülememektedir. Günümüzdeki özelleştirme çabalarına rağmen, esasen özel hukuk kurallarına tabi olan bir takım kuruluşların siyasal ve sosyo-ekonomik sebeplerle kamu hukuku alanına alınan, Kamu İktisadi Kuruluşlarının korunmaları gerekliliği karşısında, Devlet İdaresi aleyhine işlenen cürümler yerine kamu idaresi aleyhine işlenen cürümler kavramının kullanılmasının daha doğru olacağını göstermektedir.” İsmail MALKOÇ - Mahmut GÜLER, *Memurlar ve Suçlar*, (Ankara: Adil Yayınevi, 1998), s.19.

¹⁵ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.204-205; EREM - TOROSLU, a.g.e., s.143.

Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde memur tarif edilirken kullanılan "Devlet veya her türlü amme müesseseleri..." ibaresinden, Devletin yanı sıra diğer her türlü kamu tüzel kişilerinin de Devlet idaresi kavramı içinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. "Diğer yandan mehz İCK'nun bakanlık gerekçesinde de 'Kamu idaresi' kavramı ile bütün Devlet faaliyetlerinin ifade edilmek istendiği belirtilmiştir."¹⁶ Bir görüşe göre bu bapta sadece teknik ve dar anlamda devletin idari faaliyeti himaye edilmemiştir. Devlet, yasama, yargılama ve yürütme faaliyetleriyle, bir bütün olarak korunmuş ve Devletin faaliyetine zarar veren, devlet idaresini zaafa uğratan fiiller idareye karşı işlenmiş suç sayılmıştır.¹⁷ Yani burada korunan, Devletin fonksiyonlarının hukuka uygun bir şekilde ifasıdır.

Bu baptaki memur suçlarının özelliği, memurlar tarafından fonksiyona bağlı görev ve yetkilerin kötüye kullanılması veya ihmaldir. Kanun koyucu, belirli görev ve yetkilerin belirli amaçlarla kötüye kullanılmasını teker teker suç olarak belirtmekle yetinmemiş ayrıca genel şekilde görevin kötüye kullanılmasını 240. maddesinde, görevin ihmali ise 230. maddesinde düzenlemiştir.¹⁸

1.2.2. Görevi İhmal Suçunda Korunan Hukuki Yarar

Kamu düzeninin sağlanması; idarenin iyi işlemesine, resmi dairelerle ilgili işlerin düzenli yapılmasına ve kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi ifa etmelerine bağlıdır.¹⁹

¹⁶ Duygun YARSUVAT, Ceza Kanununun Uygulamasında Memur - İktisadi Devlet Teşekkülleri - Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suistimal ve Zimmet, İÜHFM, C. XXXV, S. 1-4, (1970), s.530.

"Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören" ibaresiyle Devletin yasama, idare ve yargı fonksiyonları gösterilmiştir. Devlet idaresi mefhumu her ne kadar bu başlıktaki suçların muhtevasına işaret ediyorsa da, gerçekte yukarıda belirttiğimiz gibi, daha geniş anlamıyla, Devletin ve diğer kamu kurumlarının bütün faaliyetlerini ifade eder. YARSUVAT, "Devlet İdaresi Aleyhinde...", s.669.

¹⁷ Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Üçüncü Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 1999), s.510.

¹⁸ Sulhi DÖNMEZER, Özel Ceza Hukuku Dersleri (...Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler...), (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3269, Hukuk Fakültesi No: 688, Fakülteler Matbaası, 1984), s.73.

¹⁹ Luigi MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, C. II, (Ankara: Yargıtay Yayınları No: 4, Sevinç Matbaası, 1978), s.186.

Çalışma konumuzun bir kısmını oluşturan görevi ihmal suçu ile Devlet idaresinin düzenli bir biçimde işlemesi garanti altına alınmak istenmiştir.²⁰ Yasama gücü dışındaki kamusal görevlerin düzenli ve etkili bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait yarar bu suçun hukuki konusunu teşkil etmektedir.²¹ Bu suç ile kamu görevlilerinin, işlerini zamanında ve düzenli yapmaları, görevlerini ve hizmetlerini etkin bir biçimde yerine getirmeleri güvence altına alınmak istenmiş ve işlerin zamanında, etkili ve düzenli yapılmasını önleyecek her türlü gecikme veya ihmalin önlenmesi amaçlanmıştır.²²

Yine bu suçlar ile devletin ve kamu kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin düzen ve etkinliğin sağlanmasının yanı sıra devletten hizmet alan kişilerin de yararları korunmak istenmiştir. Gerçekten, istekleri reddedilen, geciktirilen veya hiç yapılmayan kişiler de zarara uğrarlar. Görevi ihmal suçları ile hem devletin işlerliği korunmak, hem de üçüncü kişilerin görev ve hizmetlerin aksamasından doğabilecek zararlarının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, korunan başlıca yarar her zaman devlet idaresinin düzgün işleyiştir.²³

1.2.3. Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Korunan Hukuki Yarar

Görevi kötüye kullanma suçu ile korunan hukuki yarar, kamu görevinin, kurallar ve uygulamalarla belirlenen disiplin ve düzen içinde yürütülmesinin sağlanması ve devlet idaresinin olumsuz davranışlarla zarara uğramasının önlenmesidir.²⁴ Bu suç, kanunda özel bir hükmünün bulunmadığı hallerde, kamu görevlilerinin görevlerine

²⁰ "Söz konusu suçla korunan hukuki yarar devlet idaresinin düzenli işleyişi ve normal faaliyetlerinin devamıdır." Gennaro GUADAGNO, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Speciale*, (Roma: Casa Editrice Nazionale, 1962), s.562.

²¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.244.

²² "Görevi savsama eylemi, devlet yönetimine karşı bir suçtur. Korunan değer, devlet işleyişinin zamanında yapıldığı hakkındaki inançtır. Suçun mağduru da devlettir. O nedenle, yasalara uygun olarak verilmiş bir haciz kararını kendisiyle ilgili olsa bile, yerine getirmeyen görevli, korunan değeri çiğnemiş ve bu suçu işlemiş olur. Bu yüzden kurulan hükümlülük kararı yasaya uygundur." (4. CD 31.4.1994 8529-77), bkz. Erol ÇETİN, *Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları*, (Ankara: Eda Matbaacılık, 2000), s.690.

²³ MANZINI, a.g.e., s.281.

²⁴ Aynı. s.227; bkz. MALKOÇ, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (1993), s.20.

bağlı yetkilerini kötüye kullanmalarına engel olmak ve kamu görevlilerinin görevlerini gerektiği biçimde yerine getirmelerini garanti etmek amacıyla meydana getirilmiştir.²⁵

Genel görevi kötüye kullanma cürmünün pasif sujesi devlet veya diğer kamu kuruluşlarıdır. Bu kurumlar, kamu görevlisinin bağlı olduğu idareye göre değişmektedir. Ancak belirtmeliyim ki pasif suje her durumda devlet idaresidir. Kamu görevlisince işlenen suç devlet idaresinin yanı sıra bir özel şahsa da zarar verebilir. Bu durumda devlet idaresi pasif suje, özel şahıs ise suçtan zarar görendir.²⁶

2. SUÇLARIN FAİLİ

2.1. Genel Olarak

Suç, devletin, ülkesinde yaşayan insanlara kanunla yönelttiği bir emrin ihlalidir. Bu emri ihlal eden kişiye fail denir. TCK'da yer alan suçların bir çoğu herhangi bir özelliğe sahip olmayan bir fail (kimse) tarafından işlenebilir. Ancak bazı suçların işlenebilmesi için, kanun koyucu failin belirli bir sıfatı taşımasını öngörmüştür. Suçlar faillerine göre herkes tarafından işlenebilen suçlar ve yalnız belirli hukuki veya fiili durumda bulunan kimseler tarafından işlenebilen suçlar şeklinde ikiye ayrılabilir. Belirli hukuki veya fiili durumda bulunan kimselerce işlenebilen suçlara özgü suçlar denir.²⁷ Öğretide, mağdurun belli hukuki veya fiili durumda bulunmasının arandığı suçlar da mağdura göre özgü suçlar olarak adlandırılmaktadır.²⁸

²⁵ MANZINI, a.g.e., s.229; "Bu suç birden çok değere zarar verebilecek bir suçtur." Angelo GIARDA ve diğerleri, *Problemi Attuali della Giustizia Penale, le Nuove Leggi Penali, Abuso d'Ufficio...*, (Padova: Cedam, 1998), s.15, (ilgili bölümü yazan Paolo PITTARO).

²⁶ MANZINI, a.g.e., s.231.

²⁷ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.41; Mahsus suçlar kategorisi, manevi unsur, iştirak, mağdurun rızası ve suçun kanunun belirli bir faslına girip girmediğini tespit bakımından önem taşır. Yine suçun ancak belirli bir sığata sahip bir kimse tarafından işlenebilmesi halinde, bu sığata sahip olmayan bir kimsenin, bu sığata sahip bir kişiyi kandırarak o suçu işletmesi durumunda, kandıran kimsenin ne şekilde cezalandırılacağı sorunu ortaya çıkar. Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, (Onikinci Baskı, İstanbul: Beta Basımevi, 1999), s.424.

²⁸ Bazı suçlar ancak birtakım hukuki veya fiili durumda bulunan kimselere karşı işlenebilir ve bu durumda mağdur bakımından özgü suçlardan söz edilir. Bu gibi suçlar özellikle mağdurun sıfatında yanılma veya sapma halinde failin ne suretle cezalandırılacağı, başka bir kişinin mağdur olması halinde iştirak kurallarının ne suretle uygulanacağı meselelerinin çözümlenmesi bakımından önem taşır. Bundan başka, mağdurun sıfatı, rıza bakımından da önemlidir: Gerçekten herhangi bir mağdur belirli hususlarda rızada bulunabildiği halde, faraza bir memura karşı suç işlendikte, memurun rızası ile suçu hukuka uygun bir hale getirmeye yetkisi yoktur.

Özgü suçlarda failin içinde bulunduğu durum fiili veya hukuki olabilir. Failin içinde bulunduğu fiili durumların başında cinsiyet gelir. Bazı suçları yalnızca kadınlar işleyebilirken, bazı suçları ise sadece erkekler işleyebilir. Örneğin çocuk düşürme suçunun faili bir kadındır. Buna karşılık evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçunun faili ise bir erkektir.²⁹

Failin içinde bulunduğu hukuki durumlar ise çeşitli hukuk dallarında tanımlanmış olabilir. Örneğin, bazı suçlar sadece vatandaşlarca işlenebilir (TCK'nun 126. maddesi). Bu durum kamu hukukundan doğmaktadır. Hukuki durum, özel hukuktan da doğabilir. Örneğin, TCK'nun 478. maddesinde yer alan aile efradına karşı kötü muamele suçunda fail ile mağdur arasında "aile ilişkisi" nin bulunması gibi.³⁰

Bir suçun özgü suç mu yoksa herkes tarafından işlenebilen bir suç mu olduğunu belirleyebilmek için, sadece kanunun ifadesi ile yetinmek ve "her kim" diye başlayan bütün suçları herkes tarafından işlenebilen suç saymak doğru değildir. Örneğin,

Mağdurun içinde bulunduğu fiili durumlara şu örnek verilebilir: Rızaen ırza tecavüz sadece bir küçüğe karşı işlenebilir; alacağım diye kandırıp kızlık bozma suçunun mağduru ancak bir kadındır. Failin içinde bulunduğu hukuki duruma ise memura karşı işlenen suçları örnek gösterebiliriz.

Mağdurun içinde bulunduğu hukuki veya fiili durum, bazı suçlarda, ağırlaştırıcı sebep olur: Adam öldürme suçunda mağdurun failin usul veya fîruu olması bir ağırlaştırıcı sebeptir.

Yine bazı suçlarda mağdurun belirli bir takım sıfat veya niteliklerinin bulunması hafifletici sebep sayılmıştır: adam öldürme veya müessir fiil suçu, zina halinde veya gayri meşru ilişkide bulunduğu esnada yakalanan veya görünüşe göre şüphe edilemeyecek bir tarzda görülen koca, karı, kız kardeş veya fîrudan biri veya bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhine işlenecek olursa ceza indirilir.

Hatta bazı hallerde, mağdurun sıfatı, failin cezalandırılmasına da engel olabilir; kanunumuzun 524. maddesine göre, hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal veya cürümden elde edilen eşyayı satın almak suçları, haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı kocadan birinin, usul ve fîrudan yahut bu derece sıhri akrabadan birinin veya analık, babalık veya evlatlığın, faille bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak işlenmiş olursa, fail hakkında kovuşturma yapılmaz; keza biraz daha uzak akraba aleyhine aynı suçların işlenmesi halinde şikayet şartı aranır. aynı, s.431

²⁹ TCK'nun 476. maddesinde yazılı suç, "bir sabiyi veya müptela olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendini idare edemeyen bir kimseyi" terkedilmiş bulan kimse tarafından işlenebilir. Aynı şeyi 511. maddede yazılı suç hakkında da söylemek mümkündür. aynı, s.425.

³⁰ Hukuki nitelikler bakımından önemli bir suç grubu da askeri suçlardır. Sırf askeri bir suçun söz konusu olabilmesi için, örneğin failin asker sıfatına veya bazı suçlarda ise ayrıca "amir" veya "üst" yahut "ast" sıfatına sahip olması aranır. aynı, s.424-425.

Zina cürümlerinde de failin evli olması aranıyordu. (Kadının zinasını düzenleyen TCK'nun 440. maddesi Anayasa Mahkemesinin 23.6.1998 tarih ve E.1998/3, K.1998/28 sayılı kararıyla iptal edilmiştir; RG 13.3.1999. Yine erkeğin zinasını düzenleyen TCK'nun 441. maddesi Anayasa Mahkemesinin 23.6.1996 tarih ve E.1996/15, K.1996/34 sayılı kararıyla iptal edilmiştir; RG 27.12.1996).

TCK'nun 130. maddesinde düzenlenen "savaş zamanında taahhütleri yerine getirmeme suçu"nda "kimse" deyimini kullanılmış olmasına rağmen fiilin sadece maddede belirtilen türde bir sözleşme yapmış kimselerce işlenmesi mümkündür.³¹

Kanun koyucu, bazen suç failinin nitelik veya sıfatını ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak da öngörmüş olabilir.³² Ancak, bu tür suçlar özgü suç olarak adlandırılmamaktadır.

Görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma cürümlerinde faillerin "memur" niteliğine sahip olması arandığından bu suçlar da özgü suçlardandır. Özgü suçlarla ilgili örneğin iştirake ve kastın bu özelliği kapsayıp kapsamayacağına ilişkin tartışmalar bu suçların incelenmesinde de göz önünde bulundurulmalıdır.³³

2.2. 1982 Anayasası'nda Memur Kavramı

1982 Anayasası'nın 128. maddesine göre: "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."

1982 Anayasası memuru tanımlamaktan kaçınmıştır. Bunun iki nedeni vardır: İlk neden, anayasaların genel ilkeleri belirleyen ve ayrıntılı düzenlemeleri kanunlara bırakan metinler olmasıdır. İkinci neden ise, memur kavramının kapsamının kamu hizmetleri kavramına bağlı olarak sürekli değişmesi ve bu kavramın anayasada tanımlanmasının zamanla değişen ihtiyaçlara cevap vermeyecek olmasıdır. Bu nedenle memur kavramının tanımı, kamu görevlisinin kendi içindeki alt ayrımları gibi konular

³¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.41.

³² TCK'nun 301. maddesinin sonuncu fıkrasına göre, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasını hazırlayan veya kolaylaştıran kimse, tutuklu veya hükümlünün usul veya fıruundan veya karı kocadan ve kardeşlerinden biri ise, ceza indirilir. Bazı hallerde kanun, suçlunun niteliği itibarıyla cezanın bütünü kaldırılmasını da kabul etmiştir. Mesela, TCK'nun 288. maddesine göre yalan yere yemin veya şahitlik eden bir gerçeği açıkladığı takdirde "akrabasından birini hürriyet ve namusca behemehal fahiş bir zarara maruz bırakması muhtemel" bir kimse ise, cezalandırılmaz. DÖNMEZER- ERMAN, a.g.e., C.II., s.426.

³³ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.41.

anayasa dışındaki hukuksal metinlere, özellikle yasalara ve kanun koyucunun iradesine ve takdirine bırakılmıştır.³⁴

Doktrinde, 1982 Anayasası'nın 128. maddesinin ışığında memur kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Güran'a göre, her ne kadar madde gerekçesinde memurun tanımlanmasından kaçınıldığı belirtilse de 128. maddenin birinci fıkrası zaten memuru tanımlamıştır. Söz konusu görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli nitelikte görevler olmaları nedeniyle kural olarak memurlar tarafından yerine getirildikleri görülmektedir. O halde 128. maddenin birinci fıkrasında yer alan diğer kamu görevlileri ifadesi, ancak idare ile kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve hizmetin "asli elemanı" sayılabilecek bir görevde çalışanları belirtmektedir.³⁵ Anayasa mahkemesi aslında memurun tanımı olan Anayasa'nın 128. maddesine açıklık getirmiştir. Buna göre memur idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer alan ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, Devletten veya belediyeden maaş alan elemanlardır.³⁶

Duran'a göre, 1961 Anayasası'nın memura ilişkin hükümlerinden ve 657 sayılı DMK'nda yer alan hükümlerden çok farklı olan 1982 Anayasası'nın 128. maddesi hükmünde, memur tanımını yapılmamış ve 128. madde hükmüyle kamu kesiminde çalışanların tümü kamu görevlisi kapsamı içine alınmak istenmiştir. Böylece 1982 Anayasası, m.128/1 ile, DMK'nun 1. maddesinde ortaya konulan ve içerik ve sınırlarının saptanması zaten çok güç olan memur kavramını genişleterek büsbütün belirsizleştirmiştir.³⁷

³⁴ Önder TOZMAN, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Dicle Üniversitesi SBE, 2001), s.6.

³⁵ Sait GÜRAN, "Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ve Bakanların Durumu", Any.Y., (1984), s.199.

³⁶ AYM, 22.6.1988, 18/23, (RG 26.11.1988-20001, s.24); AYM, 19.3.1987, 5/7, (RG 12.11.1987-19632, s.43). bkz. Sait GÜRAN, "Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Any.Y. 6, (1989), s.53.

³⁷ Lütfi DURAN, "Anayasa'nın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ve Bakanların Durumu ile İlgili Yorum", Any.Y., (1984), s.201-205.

Duran'a göre 1982 Anayasası memur kategorisini belirleyen asli ve sürekli görev kapsamı içine diğer kamu görevlilerini sokmak ve hatta kamu iktisadi teşebbüslerini genel idare esasları, personelini de asli ve sürekli görev kapsamı içine almakla, kamu ajanları arasında büyük bir karışıklığa ve belirsizliğe yol açmış bulunmaktadır. 1982 Anayasası kamu hizmeti görevlilerinin tümünü, yani memur ve diğer kamu görevlilerini tek bir personel kategorisi içinde kaynaştırıp aynı genel kurala tabi kılınca, memurlarla diğer personel arasında ayırımı gerek kalmamıştır. Lütfi DURAN, "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin

Kanlıgöz'e göre de, 1982 Anayasası 128. maddesinde, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin özneleri arasına kamu iktisadi teşebbüslerini de katmış, bu hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yürütülmesini sadece memurlarla sınırlamamış bu görevlerin diğer kamu görevlileri eliyle de yürütüleceğini hükme bağlamıştır. Memur kavramına dahil sayılması gereken, ancak yasalarla ondan farklı statülerde düzenlenmiş olan, hakim ve savcılar, üniversite akademik personeli gibi kamu görevlileri de 128. maddede, diğer kamu görevlileri adı altında belirterek onların statüsünün yasa koyucu tarafından memurlardan farklı olarak ve uygulamanın ihtiyaçlarına da uygun bir biçimde düzenlenebilmesine imkan tanınmıştır.³⁸

Anayasa Mahkemesi de Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali ile ilgili kararında, Anayasa'nın 128. maddesinde geçen "diğer kamu görevlileri" kavramına ışık tutmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, "diğer kamu görevlileri" ile memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kamu hukuku ilişkisi ile yönetime bağlı olarak çalışan kişiler kastedilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu ilişkinin doğal sonucu olarak da bunlar hakkında özel kurallar bulunması ve bu nedenle de bütçeden ödeme yapılması gerektiğini ayrıca belirtmiştir.³⁹ Anayasa Mahkemesi, kamu iktisadi teşebbüsleri personel rejimini düzenleyen 308 sayılı KHK'nin iptaliyle ilgili olan davada da "diğer kamu görevlileri" kavramının, asli ve sürekli olan kamu hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürüten ve atamaya tabi olan personeli ifade ettiği sonucuna varmıştır.⁴⁰

Hukuk Düzeni II", AİD, C.19, S.2, (1986), s.18.

³⁸ Cihan KANLIGÖZ, "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", AÜHFD, S.3-4, (1993), s.179, 189.

³⁹ 19.4.1988 tarih ve E.1987/16, K.1988/5 sayılı kararı, RG 23.8.1988-19908.

⁴⁰ 22.12.1988 tarih ve E.1988/5, K.1988/55 sayılı kararı, RG 25.7.1989 - 20232.

2.3. Türk Ceza Kanunu'nun Uygulaması Yönünden Memur Kavramı

Görevi ihmal ve suiistimal cürümlerinin faili, memurdur.⁴¹ TCK uygulamasında kimlerin memur sayılacağını belirleyebilmek için TCK'nun 279. maddesinin incelenmesi gerekmektedir.

TCK'nun 279. maddesine göre "Ceza Kanununun tatbikatında :

1. Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;
2. Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşriî, idarî veya adlî 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, ihtiyarî veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir."

Maddenin birinci fıkrasında TCK uygulaması yönünden kimlerin "*memur*" sayılacağı, ikinci fıkrasında ise kimlerin "*amme hizmeti ile muvazzaf kimse*" sayılacağı belirlenmektedir. Bu ayırımda bu kimselerin gördükleri işlevin niteliği esas alınmaktadır. "Kamu görevi" görenler "memur"⁴², "kamu hizmeti" görenler ise "amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse"lerdir.

⁴¹ Görevi kötüye kullanma suçu için Manzini: "Bu suçun aktif stüjesi yalnızca kamu görevlisi olabilir" demektedir. MANZINI, a.g.e., s.228; Aynı görüş için bkz. Francesco ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-II*, (Nona Edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi CONTI, Milano: Dott.A.Giuffr  Editore, 1986), s.796.

⁴² EREM - TOROSLU, a.g.e, s.145; Sahir ERMAN, *Sahtekarlık Cürümleri*, ( kinci Baskı, İstanbul:  smail Akgün Matbaası, 1954), s.87; "Kamu görevlisini belirlemek için sujenin gördüğü faaliyetin kamu görevi niteliği olup olmadığına bakılır." MAGGIORE, ...*Parte Speciale*, s.107.

279. maddedeki açık ifadeye rağmen "Ceza kanunumuzun tatbikatında (Devlet dahil) her hangi bir amme müessesesinde herhangi bir amme hizmet veya vazifesi gören herkes (memur, müstahdem veya diğer kimseler: mümessil, ajan, vekil ve saire) memur sayılmaktadır" denilerek bu ayırımın göz ardı edildiği de olmuştur. Cemil Halit BENGÜ, "Ceza Tatbikatında Memur", *S M*, S. 158, (Mayıs 1944), s.121.

12.05.2004 tarih itibarıyla, Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen "Türk Ceza Kanunu Tasarısı"nda ceza uygulamasında memurun Őu Şekilde tarif edildiğini görüyoruz; "Kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütümüne atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır". Tasarı metni ile kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımının ortadan kaldırıldığı ve kamusal görev yapan herkesin Ceza Kanunu uygulamasında memur sayılması sonucunun do du u görülmektedir. Örneğin, yürürlükteki TCK'na göre memur sayılamayacak olan K T personeli de

TCK'nun 279. maddesi anlamında memur olmamakla beraber özel kanunlarınca mensup oldukları kuruluşun para, mal veya evrakına karşı bir suç işledikleri takdirde memur gibi cezalandırılacakları belirtilen kimseler de memur suçlarının faili olabilirler.⁴³ Ancak, bu kişilerin özel yasalarında belirtilen değerleri hedef almayan eylemleri bu suçları oluşturmaz.

tasarıya göre memur sayılacaktır. Bu durumlar da bazı sorunlar yaratabilir, örneğin, henüz özelleşmemiş bir maden işletmesinin personeli kamusal faaliyet alanı içinde kalan bir faaliyette görev aldığı için memur sayılabilecekken, özelleştirilmiş bir maden işletmesindeki personel memur sayılmayacaktır. Tasarı metnine göre kamu görevi göreni memur sayma ilkesinden de vazgeçilmiş olacağına göre bu hüküm sorun yaratabilecek niteliktedir. Ayrıca "kamusal faaliyet" kavramından ne anlayacağımız konusunda da tereddütlerimiz bulunmaktadır.

⁴³ "Tekel İşletmeleri Genel Müdürlüğü personeli, olay tarihinde yürürlükte bulunan 60 sayılı KHK.nin 48. maddesini yürürlükten kaldıran 233 sayılı KHK.nin 46/2 ve 308 sayılı KHK. ile değişik 47/b maddelerinde yazıldığı gibi "kurumun paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işlenen suçlarla bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterler üzerinde işlenen suçlar" dışında TCK nun 240. maddesiyle mahkum edilemez. Sanık maddede sayılan belgelerle kurum mevcudu aleyhine suç işlememiştir. Eylemi yönetmeliklere aykırı olarak fabrikaya işçi almaktır. Sanık olayda memur sayılmayıp eylemi TCK nun 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. Eylemi disiplin kovuşturmasını gerektiren idari bir tasarruftur." (CGK 27.2.1989 10/69), YKD, C.XV, S.7, (1989), s. 1021.

Yargıtay'ın bazı kararlarında memur gibi cezalandırılacağı yazılı olanlar konusunda çelişki bulunduğu da gözlenmektedir: "Görevi ihmal suçundan sanıkların T.C.K.nun 230. maddesi uyarınca mahkumiyetlerine ilişkin hükmü inceleyen Özel Daire; (Oluşa ve var olan kanıtlara göre, sanıkların genel kurulu süresinde toplantıya çağırılmamaktan ibaret eylemlerinin 1163 sayılı Kooperatifler Yasasının 62/3. maddesinde tadat edilen suçlardan olmadığı anlaşıldığı cihetle, ceza uygulamasında memur sayılmayacakları gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması) nedeniyle bozulmasına karar vermiştir.

İncelenen dosya ve kanıtlara göre; sanıkların....Beşbin Evler Yapı Kooperatifinin yönetim kurulu üyesi oldukları ve olay tarihinde yapmaları gereken genel kurul toplantısını yapmayarak görevlerini kötüye kullandıkları iddiasıyla kamu davası açılmış, yerel mahkeme eylemi görevi ihmal olarak nitelendirip T.C.K.nun 230. maddesi uyarınca mahkumiyetlerine karar vermiştir.

Kooperatif yönetim kurulu üyesi olan sanıkların genel kurulu toplantıya çağırılmamak biçimindeki eylemleri 1163 sayılı Yasanın 62. maddesinde öngörülen suçları oluşturmayaacağı gibi, bu eylemleri nedeniyle ceza hukuku uygulaması bakımından memur sayılmaları söz konusu olamaz. O halde, sanıklara yüklenen suç yasal unsurlarından yoksundur ve oluşmamıştır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına, karar verilmiştir." (CGK 28.12.1987, 4/509-705), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2045; "S. S. Beşbinevler Yapı Kooperatifinin mevzi imar planının 90 gün süreyle durdurulmasına ilişkin Ankara 1. İdare Mahkemesinin 16.9.1992 tarihli kararını 5.10.1992 tarihinden itibaren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Yasanın 28. maddesi gereğince en geç 60 gün içinde uygulamaya koyması gereken sanığın, bu sürede gecikerek kararı 3.3.1993 tarihinde uygulamaya koymaktan ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturacağı gözetilmeden, genel kasıtlı işlenen suçta özel kasıt arayan ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD 29.4.1998 3554/4339), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s. 688.

"Bir kimsenin TCY.nin 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilmesi için ya ceza yasası uygulamasında memur sayılan bir kimse olması, ya da bağlı olduğu kuruluşun Özel yasasında memurlar gibi cezalandırılacağına bildirilmiş bulunması gerekir." (4.CD 10.12.1996, 8205/9370), YDün., S. 13, (Ocak 1997), s.121.

2.3.1. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları

2.3.1.1. Genel Olarak

Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesinde kamu görevlisinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴ 1929 yılında bu hüküm Türk Ceza Kanunu'na aynen tercüme edilmemekle beraber kamu görevlisi ve kamu hizmetlisi ayırımına da gidilmemiştir. TCK'nun 279'uncu maddesinin ilk şekline göre memur şu şekilde düzenlenmiştir: "Kanunun tatbikatında, Devlet ve vilayet ve nahiye ve kariyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır."⁴⁵ Ancak, uygulamada bu tanımın yetersiz olduğunun anlaşılması üzerine⁴⁶, memur tarifinin kapsamını genişletmek ve özellikle milletvekillerini madde kapsamı içine almak amacıyla⁴⁷ 1936 yılında madde değiştirilmiş ve 1930 tarihli Rocco Kanunu'nun kamu görevlisini (m.357) ve kamu hizmeti görmekle yükümlü olan kimseyi tanımlayan (m.358) hükümleri⁴⁸ TCK'nun

⁴⁴ Zanardelli Kanunu'nun 207. maddesinde sadece kamu görevlisi kavramına yer verilmiştir. "Kanunun kamu görevlisi saydığı kimseler şunlardır:

1-Devletin, belediyelerin, vilayetlerin, devletin belediye ve vilayetlerin vesayeti altında bulunan bir kurumun hizmetinde geçici veya devamlı, ücretli veya ücretsiz çalışan kişiler

2-Noterler

3-Adli organda görev yapan mübaşirler

Jüri üyeleri, hakemler, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar da bu görevleriyle ilgili olarak memur" sayılmakta idiler.

Görüldüğü üzere Zanardelli kanunun kamu görevlisini (pubblico ufficiale) tanımlayan 207. maddesinde 1. bentte genel tanım verilmiş, 2. ve 3. bentlerde ise saymaca yöntemi benimsenerek duraksamalar giderilmeye çalışılmıştır.

284. maddede sahtekarlık cürümleri ile ilgili olarak, bazı şahıslar da yine memur gibi kabul edilmiştir. YARSUVAT, "Devlet İdaresi Aleyhinde...", s.681.

⁴⁵ Sahir ERMAN, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", SBOD. C. II, S. 3-4, (1947), s.240-241.

⁴⁶ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ERMAN, "...Memur", s.239; bkz. Mehmet Emin ARTUK - Ahmet GÖKCEN - Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Dördüncü Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), s.251.

⁴⁷ Sulhi DÖNMEZER, "Mahkeme İçtihatları, Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur", İÜHF, C. IX, S. 1-2, (1943), s.823.

⁴⁸ İCK'nun 357. maddesine göre memur şöyle tanımlanmıştır:

1-Devlet veya bir başka kamu kurumunda devamlı veya geçici olarak çalışan adli, idari, teşrii bir kamu fonksiyonu ifa eden kişi ile;

2- Devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî adli, idari, teşrii bir kamu görevi yapan kişiler memur sayılır.

358. madde Ceza Kanununda kamu hizmetlisini şöyle düzenlemiştir.

1-Devamlı veya geçici olarak devlet veya diğer bir kamu kurumu adına kamu hizmeti görenler,

2-Devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak kamu hizmeti gören diğer bütün kişiler kamu hizmetlisi sayılırlar.

Delpino'ya göre kamu görevlisi, devlet idaresinin iradesini oluşturan ve açıklayan veya idari yetkilerle ve ispat gücü olan belge düzenleme yetkisiyle donatılmış kimsedir. DELPINO, a.g.e., s.62.

279. maddesinde iki fıkra olarak⁴⁹ alınmıştır.⁵⁰ Bu değişiklikle beraber “amme vazifesi” ve “amme hizmeti” şeklindeki ikili ayırım yasaya girmiştir. İCK’nun bu hükümleri 1990 ve 1992 tarihlerinde değiştirilmesine rağmen, kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımlarının korunduğu görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nda bazı suçların⁵¹ faillerinin memur, bazı suçların faillerinin ise memur ve kamu hizmetlileri⁵² olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla memurluk sıfatının unsur veya ağırlaştırıcı neden sayıldığı suçların kamu hizmetlilerince işlenmesi halinde faillerin cezalandırılmaları veya cezalarının arttırılması mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere bu ayırım uygulamada ve doktrinde birçok tartışmalara sebep olabilecek niteliktedir.

Kanun koyucu kamu görevi görenleri memur olarak tanımladığından kimlerin memur olduğu belirlenirken yapılan tartışmalar “kamu görevi” ile “kamu hizmeti” ayırımında odaklanmıştır. İdare hukukunun aksine ceza hukukunda nesnel nitelikte bir memur kavramı geliştirilmiştir.⁵³ Uygulamadaki güçlükleri aşmak için bu iki ayırımın sınırlarının net bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.⁵⁴ Kanunda bu kavramlar tanımlanmadığına göre, öğretisi ve uygulamanın bunu yapması zorunludur.

Maggiore, devletin amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik her çeşit faaliyeti devlet idaresinin dışındaki biri tarafından gerçekleştirilse de kamu görevi olarak tanımlamakta ve devletin veya bir diğer kamu kurumunun amaçlarını gerçekleştiren kişileri ne şekilde adlandırılmış olurlarsa olsunlar kamu görevlisi olarak tanımlamaktadır. MAGGIORE, ...*Parte Speciale*, s.107.

⁴⁹ 11.6.1936 tarih ve 3038 sayılı yasa ile.

⁵⁰ İCK’nda kamu görevlisi ve kamu hizmetiyle yükümlü kişi dışında bir de kamunun gereksinimlerine yönelik hizmet sunanlar diye adlandırabileceğimiz bir grup daha kabul edilmiştir: Kamunun gereksinimlerine yönelik hizmetler, (İCK 359. madde) adli, sağlıkla ilgili veya diğer herhangi bir mesleği icra ettikleri özel şahıs faaliyetleridir ki bunların faaliyetleri devletçe verilen özel bir yetki olmaksızın ve kamusal hizmetler bulunmaksızın, devletçe yapılacak bir değerlendirilmeye tabi olmadan yapılamayan, yalnızca bir yasama hükmü veya geçerli bir idari sözleşmeyle yapılan ve kamunun gereksinimlerine yönelmiş hizmetlerdir. Yani diyebiliriz ki kamuyu ilgilendirdiği için devletin müdahale ettiği hizmetler kamunun gereksinimlerine yönelik hizmetler olarak adlandırılır. Kamunun gereksinimlerine yönelik hizmetler her ne kadar özel şahısların mesleki faaliyetleri olsa da, bu mesleği yapan kişi kamu görevi veya kamu hizmeti yaptığında kendi bilimi veya sanatının alanında olsa bile kamu görevlisi veya kamu hizmetlisidirler. MANZINI, a.g.e., s.8 (Örneğin bir doktor veya avukat bu gruba dahildir).

⁵¹ TCK’nun 202 ve 209. maddelerinde olduğu gibi.

⁵² TCK’nda bazı suçların failleri, kamu hizmetliyle yükümlü olan kimse olarak belirlenmiştir. Örneğin, bkz. TCK’nun 138 ve 236. maddeleri.

⁵³ SELÇUK, “İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, YD, C. XXIII, S. 1-2, (Ocak-Nisan 1997), s. 32.

⁵⁴ UTKU, a.g.m., s.169.

2.3.1.2. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları Konusunda Doktrindeki Görüşler

Kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımı konusunda Türk öğretisi ikiye bölünmüştür. Bu iki kavramın aynı şeyi ifade ettiğini söyleyenler olduğu gibi, kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının farklı şeyleri ifade ettiğini ve kamu görevi görenlerin ceza kanunu uygulamasında memur sayılacağını söyleyenler de olmuştur.

2.3.1.2.1. Kamu Görevi ile Kamu Hizmetini Eşanlamlı Sayan Görüş

Azınlıkta kalan bu görüşe göre, her iki kavram eş anlamlıdır. Bengü, “ceza kanunumuzun tatbikatında (devlet dahil) herhangi bir amme müessesesinde *herhangi bir amme hizmet ve vazifesi gören herkes* (memur, müstahdem veya diğer kimseler: mümessil, ajan vekil ve saire) memur sayılmaktadır” diyerek kamu görevi ile kamu hizmeti kavramları arasındaki ayrımı göz ardı etmektedir.⁵⁵

Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesi, 1930 tarihli İCK’nun iki maddesini birleştirmektedir. İCK’nun 357. maddesinde kamu görevlisi (memur, müstahdem) tanımlanmakta ve bu tanım kamu görevi temeline oturtulmaktadır. Bu madde hükmü TCK’nun 279. maddesinin ilk fıkrasına yansımıştır. 1930 tarihli İCK’nun 358. maddesinde ise kamu hizmetiyle yükümlü kişi tanımlanmakta ve bu tanım “kamu hizmeti” temeline oturtulmaktadır. Bu madde hükmü ise TCK’nun 279. maddesinin 2. fıkrasına yansımıştır. TCK’nun 279. maddesinin kamu görevlisini ve kamu hizmetlisini tanımlayan fıkraları benzer biçimde kaleme alınmıştır. Kamu görevi ile kamu hizmetini eşanlamda kullanan bir yasa koyucunun böyle bir tekrara başvurması elbette düşünülemez. Aksi takdirde gereksiz bir tekrar yapılmış olurdu.⁵⁶ 1936 değişikliğinden önce yalnızca “memur”u tanımlayan kanun koyucu, 1936 değişikliği ile TCK’nun diğer maddelerinde geçen (m. 138, 483) kamu hizmetiyle yükümlü kimseleri de tanımlamak gereği duymuştur.

⁵⁵ BENGÜ, a.g.m., s.121.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah KUNTER, “Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu”, İÜHFM, C. XIII, S. 1, (1947), s.759.

Kaldı ki, yasanın açık hükmünde yer alan ayrıma rağmen kamu görevlisi ile kamu hizmetlisini aynı saymak, ceza hukukunda kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi, yerindelik açısından da sakıncalıdır. Zira o zaman kamu kuruluşlarında çalışan herkes vazifenin niteliğine bakılmaksızın “memur” olarak kabul edilecek ve onların işledikleri ya da onlara karşı işlenen suçların cezaları artırılacaktır. Kanun koyucu memurlar tarafından işlenebilecek olan suçları özenle sınırlandırmıştır. Zira kanunun sistemine göre, kamu görevi gören memurların işledikleri suçların cezaları kamu hizmeti görenlerinkine, kamu hizmeti görenlerin suçlarının cezaları ise sıradan yurttaşlara göre daha ağırdır.⁵⁷ Öte yandan, sadece “memur”ların işlediği suçların yargılama usulünü düzenleyen Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın⁵⁸ uygulama alanı genişleyecek, gereksiz yere birçok insanın olağan yargıdan kurtulmasına sebebiyet verilecektir.⁵⁹

2.3.1.2.2. Kamu Görevi ile Kamu Hizmetini Ayıran Görüşler

Türk Ceza Kanunu’nda “kamu görevi” ve “kamu hizmeti” kavramları tanımlanmamış ve dolayısıyla bu kavramlar arasındaki farklar da belirtilmemiştir. Ancak bu durum kamu görevi ile kamu hizmetinin eşanlamlı kavramlar olduğunu göstermez. Kamu görevi ve kamu hizmeti farklı anlamları içeren kavramlardır.

Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının farklı olduğunu ileri süren görüşler de bu görüşlerini farklı kriterlere dayandırmaktadırlar.

⁵⁷ SELÇUK, a.g.m., s. 33.

⁵⁸ 4 Şubat 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır (4483 sayılı Kanun 04.12.1999 gün ve 23896 sayılı RG’de yayınlanmıştır). Belirtmek gerekir ki, 4483 sayılı Kanun’un başlığı TCK’nun 279. maddesindeki memur tanımı ile çelişmektedir. TCK’na göre kamu görevi gören memurlar TCK uygulamasında memur sayılmaktadır. Bu nedenle Kanun’un başlığı “Memurlar ve Diğer Memurların Yargılanması Hakkında Kanun” şeklinde çelişkili bir anlam vermektedir. Hamide ZAFER, “ ‘Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Değerlendirilmesi”, İBD, C.LXXIV, S.4, (2000), s.990. 4483 sayılı Kanun’a göre memur Devlet hizmetinde kadrolu ve ücret karşılığı çalışan kişidir. TCK uygulamasındaki memur kavramı ile 4483 sayılı Kanun uygulamasındaki memur kavramı örtüşmemektedir. Örneğin, milletvekilleri, hakim ve savcılar, Sosyal Sigortalar Kurumu Personeli vs. bu kanun kapsamına girmez, oysa bu kişiler kamu görevi yapıyorlarsa TCK uygulamasında memur sayılabilirler. TOZMAN, a.g.e., s.108-114.

⁵⁹ SELÇUK, a.g.m., s. 33.

2.3.1.2.2.1. Kamu Gücünün Müdahalesi Kıstasını Esas Alan Görüş

Egemenlik veya yön verme (komuta etme) iradesini içeren, bir başka deyişle yurttaşların gücüne göre hukuken daha üstün bir gücü yansıtan faaliyetler kamu görevidir. Üstün ve önce olan egemenlik ve yön verme iradesini içermeyen faaliyetler ise kamu hizmetidir.⁶⁰

Bir başka deyişle bu görüşe göre; faaliyete kamu gücünün müdahale edip etmediğine bakmak gerekir. Kamu gücünün müdahalesiyle yapılan hakimiyet tasarrufları kamu görevidir. Özel şahıslar tarafından da yapılabilen ve kamu gücünün müdahalesini gerektirmeyen teşmiyet tasarrufları da kamu hizmetidir. Kamu gücü kıstasını kabul edenlerden bazıları bunu devletin üstün iradesi olarak kabul eder ve devletin üstün yani emir ve zorlama kudretiyle donatılmış iradesinin oluşumuna katılan kimsenin kamu görevi gördüğünü söylerler. Yine kamu gücü kıstasını kabul edenlerden bazıları bunu, icrai karar alma veya icrai karar alacak makam veya memura gereken hukuki malzemeyi hazırlama şeklinde kabul ederler.⁶¹

Kamu gücü kıstasını, hukuki tasarruf veya fiilde bulunma ya da bu tasarruf veya fiile kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılma ve yardım etme şeklinde anlayanlar da vardır.

Bu görüşe göre; Devletin bazı faaliyetleri, devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirildiği halde, diğer bazı faaliyetleri bu iktidar ve yetkilerin kullanılmasını gerektirmez veya bu iktidar ve yetkilerin kullanılması ikinci planda kalır. Fert bir hukuki tasarruf veya fiilde bulunarak hukuki iktidar ve yetkiyi kullandığı veya bu tasarrufların veya fiillerin yapılmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katıldığı veya yardım ettiği takdirde kamu görevi; bu şartların bulunmaması halinde ise kamu hizmeti söz konusu olur. Bu kıstasa göre, hukuki tasarruf veya fiil yapanlarla bu tasarruf ve fiillerin yapılmasına kamu hukuku usulü gereğince katılan veya yardım eden kişiler kamu görevi görürler ve Ceza Kanunu uygulaması açısından

⁶⁰ Bkz. SELÇUK, a.g.m., s. 35.

⁶¹ Bkz. KUNTER, "... Avukatların Durumu", s.765.

memurdurlar; hukuki tasarruf veya fiilleri yapmayan ve bu tasarruf veya fiillerin yapılmasına iştirak ve yardım etmeyen, bir iştirakte bulunmakla beraber, bu iştirakleri kamu hukuku usulünün dışında kalan kimseler ise kamu hizmeti görürler ve Ceza Kanunu uygulamasında amme hizmetiyle muvazzaf olan kimse sayılırlar.⁶²

Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından önem taşıyan kamu hizmeti ve kamu görevi ayırımını yasama ve yargı faaliyetlerinde yapmak nispeten kolaydır. Ancak özellikle yürütme erkinin kullanımında hangi faaliyetlerin kamu hizmeti hangi faaliyetlerin kamu görevi olduğunu söylemek oldukça zordur.

Gerçekten de Devlet yasama ve yargı erkini kullanırken bu faaliyetlerin özünde saklı olan amaçlarına ulaşır. Yasama faaliyetlerinin esas amacı hukuk kurallarını oluşturmak şeklindeki hukuki yetkinin kullanılması, yargı faaliyetlerinin amacı ise ihlal edilmiş olan hukuk kuralına uyulmasını sağlamak şeklindeki hukuki iktidarın kullanılmasından ibarettir. Her iki erkin amaçları bir, kullandıkları yöntem farklıdır. Yürütme, adından da anlaşılacağı üzere etkindir. Yaratılan ve açıklanan hukuk kurallarını yürütür, uygular, onlara göre davranışlar sergiler. Her gün değişen gereksinimleri ve kamu yararını karşılamak için, hukuka uygun olarak ve genel yararı gözeterek eylemlerde bulunur. Yasama görevinin soyut, genel ve nesnel olmasına karşın, yürütme görevi somut, belirli ve bireysel niteliktedir. Yürütme bütün bunları bir örgütlenme içinde ve insanlar aracılığıyla yapar. Yine yürütme organları ve kamu kuruluşları, bireylerle ilişkilerinde yönetimin üstünlük ve ayrıcalığını sağlayan kamu gücünü kullanarak hizmet verirler. Kamu görevi ya da kamu hizmetini yürüten kişiler ise, kamu görevlileri -memurlar- ya da kamu hizmetini gören kimselerdir.⁶³

Bu gerçek karşısında, kamu görevi ve kamu hizmeti konusunda TCK’nda sergilenen ayırım yürütme açısından önem kazanmakta, bu kavramların içerik ve sınırlarını belirlemek öğretisi ve yargıya düşmektedir. Çünkü yasama ve yargı etkinliklerinin kamu görevine girdikleri konusunda bir tartışma yoktur.⁶⁴

⁶² ERMAN, *Sahtekarlık Cürümleri*, s.289-291; ERMAN, “...Memur”, s.251; DEMİRBAŞ, *a.g.m.*, s.255.

⁶³ ERMAN, “...Memur”, s.249-250; bkz. SELÇUK, *a.g.m.*, s. 34.

⁶⁴ ERMAN, “...Memur”, s.250.

Görüldüğü gibi kamu görevini yalnızca etkinliğin konusu değil, öznesi de belirlemektedir. Kamu yararının gerçekleştirilmesi için kamu görevinin ille de devlet ya da kamu kuruluşları tarafından yapılması gerekir. Kamu görevinin zorunluluk durumları dışında özel yetkilendirme veya görevlendirme olmaksızın özel kişilerce görülmesi mümkün değildir.⁶⁵ Kamu hizmetinin ille de devlet ya da kamu kuruluşunca yapılması zorunlu değildir. Ancak kamu hizmetleri de hukuken ve fiilen tekelci bir nitelik sergileyebildiğinden, devletin denetimine açık bulunmaktadır.⁶⁶

Dönmezer'e göre de, kamu görevi, devlete ait icrai karar alma yetkisinin, kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren fonksiyonlardır. Devlete ait icra gücünün ve iktidarın kullanılmasına gerek olmadan da yerine getirilebilen devlet faaliyetlerine ise amme hizmeti denir. Yazara göre görevlerini yerine getirirken kamu gücünü kullanmayan veya kamu gücünün kullanılması sonuç itibarıyla icrai karar almaktan ibaret olduğuna göre, icrai kararı alacak makam ve memura hukuki malzemeyi hazırlamayan Devlet veya diğer kamu kurumlarının memur ve müstahdemleri veya idari, adli veya teşrii bir görev gören diğer kimseleri memur saymamak gerektiği görülmektedir.⁶⁷

Bu görüş Fransız ve Türk İdare hukukunda yer alan egemenlik ve iş görme (teşmiyet) işlemleri ayırımına uygun düşmektedir.⁶⁸

Bazıları da direktif ve takdir yetkisine sahip olmayan memurların faaliyetine de kamu hizmeti adını verirler. Kamu görevini az çok fikri bir faaliyet, kamu hizmetini ise bedeni ve mekanik bir faaliyet olarak görenler de vardır.⁶⁹

⁶⁵ Devlet kendi kamu ilgisi dahilindeki faaliyetleri yürütür veya kamuyu ilgilendiren ve devletten yerine getirmesi beklenen bir uygulamanın yapılmasına iştirak eder. Bu nedenle "kamu" görevi, sadece Devletin kendine ait temel organlarınca veya yalnızca yardımcılarınınca yerine getirilir veya zorunluluk durumları dışında özel yetkilendirme veya görevlendirme olmaksızın özel kişilerce yerine getirilemez. MANZINI, a.g.e., s.5-6.

⁶⁶ Aynı, s.6.

⁶⁷ DÖNMEZER, a.g.e., s.75; DÖNMEZER, "...Memur", s.824.

⁶⁸ SELÇUK, a.g.m., s. 35.

⁶⁹ Bkz. KUNTER, "... Avukatların Durumu", s.765; ERMAN, "...Memur", s.244-247.

Manzini de, "kamu görevi az çok fikri bir faaliyeti gerektirdiği halde, kamu hizmeti mekanik, bedeni bir çalışmayı gerektirir" demektedir. MANZINI, a.g.e., s.5.

2.3.1.2.2.2. Yönetimin Hukuksal ve Toplumsal Etkinliği Kistasını Esas Alan Görüş

Bu görüş, yönetimin hukuksal ve toplumsal etkinliğini gözetir. Devletin hukuksal etkinlikleri, temel görevlerini; toplumsal etkinlikleri ise, yalnızca toplum için yararlı olan amaçlarını ifade eder. Devletin toplumsal etkinlikleri, birlikte yaşayan toplum bireylerinin bedensel, düşünsel ve ekonomik iyileşmeleriyle uğraşır. Devlet hukuksal etkinliğinden vazgeçemez; ancak toplumsal etkinliğinden vazgeçebilir ve özel kesime, bireylere bırakabilir. Toplumsal etkinlikleri devletin kendisinin yapması, onların özünü değiştiremez. Hukuksal etkinlikler kamu görevine; toplumsal etkinliklerse kamu hizmetine girerler. Yasama ve yargı etkinlikleri hukuksal nitelikte ve her zaman kamu görevi kapsamındadır. Yönetim etkinliğinin hukuksal nitelikte olanları ise yine kamu görevi içindedir. Ancak toplumsal etkinlik biçiminde olanlardan devletin devlet olarak bütünlüğüyle ilgili olanlar kamu görevi, herkesin yararına olanlar ise kamu hizmeti kapsamındadır.⁷⁰

2.3.1.2.2.3. Amaç Teorisini Esas Alan Görüş

İdare hukuku doktrininden etkilenen bu görüş, ceza hukukunda memuru şu biçimde tanımlamaktadır: Devletin amaçları esaslı olan ve olmayan olarak ikiye ayrılmakta, esaslı olan amaçlara ulaşmak için yapılan faaliyetlere kamu görevi, bunun dışında kalan faaliyetlere de kamu hizmeti denilmektedir. Bir başka deyişle Devletin görevlerinden bir kısmı asli görevidir. Bu görevler olmaksızın Devlet düşünülemez. Bir kısmı ise kamu için faydalıdır. Hakim görüşe göre Kamu görevinin Devlet tarafından yerine getirilmesi zorunludur, kamu hizmeti ise fertlere de bırakılabilir. Asli görevleri yerine getirenler asıl memurlardır. Bunlara kamu görevlileri diğerlerine ise kamu hizmetlileri demek daha doğru olur. Kamu görevi devletin esas ve cevherine asıl amaçlarına yönelmiş faaliyetler olduğu halde kamu hizmeti nispeten daha az önemli amaçlarına yönelir. Kamu görevi Devlet tarafından kamu faydası için gerçekleştirilmesi zorunlu görülen faaliyetlerdir. En açık niteliği Devletin bu görevi yerine getirmesinin zorunlu oluşudur. Oysa kamu hizmeti Devletin Devlet olarak

⁷⁰ SELÇUK, a.g.m., s. 35, 39.

gerçekleştirmeye zorunlu olmadığı hizmetleridir. Devlet bunları isterse kendi faaliyet sahasına almaktadır.⁷¹

2.3.1.2.2.4. Birden Fazla Kıtası Esas Alan Görüşler

Bazı yazarlar ise kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının farklı anlamları olduğunu kabul etmekte ve bu görüşlerini birden fazla kıtası dayandırmaktadırlar.

Önder'e göre⁷²;

1. Devletin faaliyetleri esaslı amaçların elde edilmesine yönelik olduğu hallerde bu faaliyet kamu görevine girer. Esaslı olmayan faaliyetler ise kamu hizmetidir. Kamu görevinin devlet tarafından yapılması zorunludur. Kamu hizmeti ise fertlere bırakılabilir.

2. Kamu gücünün müdahalesi ile yapılan hakimiyet tasarrufları kamu görevidir. Kişilerce yapılabilmesi mümkün ve kamu gücünün müdahalesini gerektirmeyen teşmiyet tasarrufları da kamu hizmeti kavramına dahildir.

3. Direktif ve takdir yetkisine sahip olan kişilerin yaptıkları faaliyet kamu görevi, bu yetkiye sahip olmayanların faaliyetlerinde ise kamu hizmeti niteliği vardır.

Antolisei'ye göre, kamu görevi kavramı ile kamu hizmeti kavramını dolayısıyla kamu görevlisi ve kamu hizmetiyle yükümlüyü kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Modern hukuk düzenlerinde birçok çeşidi olan ve sayısız derecelendirmeleri bulunan kamu görevi karmaşık bir karakter arz etmektedir. Bu nedenle kamu görevinin nerede bittiği kamu hizmetinin nerede başladığı çözülmesi güç bir sorundur.⁷³

Yazara göre,

a) Kamu görevlisi kamu hizmetlisine göre daha yüksek ve hassas görevlerle görevlendirilmiştir. Bu durum da onların kamu gücüyle donatılmalarını gerektirir.

⁷¹ Metin ŞEKERCİOĞLU, *Ceza Hukukunda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları*, (Birinci Basım, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), s.14.

⁷² ÖNDER, a.g.e., s.94-95.

⁷³ ANTOLISEI, ... Parte Speciale, s.760.

Dolayısıyla kamu gücüyle donatılanlar kamu görevlisi, kamu gücüyle donatılmayanlar kamu hizmetiyle yükümlüdür.

b) Kamu görevlisi, kamu hizmetiyle yükümlü kimseden farklı olarak kamu kurumunun iradesini oluşturur, oluşumuna katılır veya kurumu dışarıya karşı temsil eder.

c) Kamu kurumu adına direktif verme görevi icra edenler kamu görevlisi, böyle bir görevi olmayanlar kamu hizmetiyle yükümlü kimse sayılacaktır.

d) Kamu görevlileri ayrıca iki kategoriye ayrılabilir: İlk grupta, özellikle tutuklama veya kabahatlere karşı cezalandırma yetkisi olan otorite yetkisine sahip kimseler yer alırlar. Bunlar kamu gücünü kullanan kimseler olarak, gemi kaptanları, polis görevi gören bekçiler, meşhut suçlar durumunda yakalama yetkisine sahip vatandaş, demiryolları ve tramvaylardaki bilet kontrolörleri, vs.dir. İkinci grupta ise, ispat değerine sahip belge düzenleme yetkisine sahip olanlar; yani noterler, kambiyo memurları, izin verilmiş araçlar vs. yer alırlar. Ayrıca bu ikinci gruba, adli organlarla işbirliği yapan kimseler de dahil edilebilir (şahitler, bilirkişiler, tercümanlar gibi).⁷⁴

2.3.1.3. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları Konusunda Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay önceleri kamu görevi kavramı ile kamu hizmeti kavramının aynı şeyi ifade ettikleri yönünde kararlar vermiştir.⁷⁵ Ancak Yargıtay daha sonra görüşünü değiştirmiş ve kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki ayrımı nazara almaya başlamıştır. CGK'nun 20.1.1969 tarihli kararında "Ceza Kanunu bakımından memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir" denilmektedir.⁷⁶

⁷⁴ aynı, s.760-762.

⁷⁵ Ceza evi gardiyanları kamu *hizmeti* gördükleri için memur sayılmıştır. (4.CD 12.09.1939, 8287/1660); Devletin, Belediyelerin ve diğer müesseselerin bütün memur ve müstahdemleri ve dolayısıyla tramvay biletçilerinin de ceza kanunu uygulamasında memur sayılmasına karar verilmiştir. (CGK 03.04.1944, 4-87/78). Fahrettin KIYAK - M. Muhtar ÇAĞLAYAN - Cebbar ŞENEL, *Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurun Muhakemat Kanunu ve Alâkalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı*, (Ankara: Işık Matbaacılık, 1960), s.252.

⁷⁶ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.148.

"Ceza Kanunun uygulanması bakımından memur kavramı ile İdare Hukuku alanındaki memur kavramı arasında herhangi bir benzerlik ve bağlantı bahse konu değildir...Ceza uygulamasındaki memur kavramı anlam ve kapsam bakımından İdare Hukukundaki memur kavramından çok dar ve niteliklidir. Bütün devlet görevlilerini Ceza Kanunu alanında memur olarak kabul, Ceza Kanununun güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyetine aykırı olur. Ceza Kanunu bakımından memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir. Halbuki imam, hatip ve vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları vazifeler kamu görevi mahiyetinde

Neredeyse elli yıl önce bir faaliyetin kamu görevi sayılabilmesi için devletçe yapılması zorunluluk ölçütünü benimsemiş olan Yargıtay özel dairesi 4.3.1947 tarihli kararında⁷⁷ benimsediği bu ölçütü şu şekilde belirtmiştir: “... Amme vazifesi Devlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin Devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taalluk etmeyen ve bunlara fer'i olarak da 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, Devlet tarafından ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasına alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için kendi sahasına alır. Devletin faraza eğitim, sağlık, ulaştırma, posta ve telgraf bakımlarından sarf ettiği faaliyetler amme vazifesi zümresine dahildir. Devletin amme hizmetlerine misal olarak, yetimlere, fakirlere yardım için vücuda getirdiği teşkilatı, resmi iş bulma teşkilatı, tımarhaneler ve talebe yurtları gösterilebilir”.

Yargıtay'ın aynı ölçütü daha sonraki kararlarında da sürdürmüş olduğunu görmekteyiz.⁷⁸

olmadığından, bunların Ceza Kanunu uygulamasında memur kabulüne imkân yoktur.” (CGK 20.1.1969, 963/17), **Dok.İçt.Bül.**, S.2, (1969), s.7-8.

“TCK. bakımından memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir. İmam, hatip vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları iş kamu görevi niteliğinde olmadığından CK. uygulamasında memur sayılmazlar” (CGK 20.6.1966, 693/17), Selâmi AKDAĞ, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsâl İçtihatlar ve İlgili Kanunlar**, (Ankara: 1976), s.418.

“...vaaz vermek TCK.nun 279. maddesine göre kamu hizmeti sayılabilecek bir görev değildir.” (9.CD 20.12.1978, 4785/4805), **YKD**, S. 3, (1979), s.452.

“Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı İlçe Müdürlüğü'nde seyis olarak görevli bulunan sanığın yaptığı hizmetin kamu görevi niteliği taşımadığı, bu itibarla ceza uygulamasında memur sayılamayacağı...” (4.CD 25.2.1986, 1026/1347), **YKD**, S. 7, (1986), s.1053.

“Öğretmen evi müdür vekili olan sanığın, yaptığı hizmet kamu görevi niteliğinde bulunmadığından TCY.nın 279. maddesi karşısında memur sayılmadığı...” (4.CD 24. 11.1994, 7439/10167) İsmail MALKOÇ - Mahmut GÜLER, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler**, (Ankara: Adil Yayınevi, 1998), s.2153.

Danıştay kararlarının da kamu görevi ile kamu hizmetini birbirinden ayırdıkları görülmektedir. Danıştay çeşitli kararlarında bu ayırma değinmiştir. (Örneğin 2.D., 14.2.1984, 4521/457; 27.10.1983, 3291/2443, Pınar, İbrahim, Açıklamalı-İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Ankara, 1987, s.133,140), **SELÇUK**, a.g.m., s. 39.

⁷⁷ (CD 4.3.1947, 173/116), **ARTUK - GÖKCEN - YENİDÜNYA**, a.g.e., s.259.

⁷⁸ (5.CD 3.2.1982, 3889/232); (4.CD 28.6.1993, 3652/5219), Erol ÇETİN, **KİT Personelinin ve Kooperatif Görevlilerinin Ceza Sorumlulukları**, (Ankara: Gen Matbaacılık, 1994), s.13.

(4.CD 30.6.1992, 4413/4920); (4.CD 8.7.1993, 4661/5206); (4.CD 14.9.1995, 5141/5683); (4.CD 3.10.1995, 5178/6226); (4.CD 3.7.1995, 853/5042); (4.CD 15.9.1992, 4526/5443); (4.CD 25.6.1992, 3622/4795); (4.CD 28.6.1993, 3652/5219); (4.CD 17.10.1994, 5399/8241); (4.CD 24.11.1994, 7439/10167); (4.CD 8.2.1995, 130/867), bkz. **SELÇUK**, a.g.m., s. 39.

Ceza Genel Kurulu ise 25.11.1985 tarih ve 410/595 sayılı kararında kamu görevi ve kamu hizmeti tanımlarını şu şekilde yapmıştır: “Devlete ait iktidar ve selahiyetin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler ‘amme vazifesi’ böyle bir iktidar ve selahiyetin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise ‘amme hizmeti’dir. Devlete ait hukuki bir iktidar ve selahiyet gereğince, hukuki tasarruf ve fiilin ifasını gerçekleştirenler amme fonksiyonu ifa eder ve bu itibarla memurdurlar, aksi takdirde amme hizmetiyle muvazzaf olan kimselerdir. Hukuki selahiyet ve iktidarı kullanabilecek olan organların, hukuki tasarruf yaparken veya hukuki fiil ifa ederken bu tasarruf veya fiilin yapılmasına iştirak ve yardım edenlerin de amme vazifesi gördüklerini kabul etmek gerekir.”⁷⁹

İtalyan Yargıtayı’nın da bugün dahi kamu görevlisinin belirlenmesi konusunda kesin bir kriter belirleyememiş olduğunu görüyoruz. İtalyan Yargıtayı’na göre de kamu görevlisinin bir kamu kurumuna bağlılık ilişkisi içinde olması gerekmez.⁸⁰ Yine İtalyan Yargıtayı’na göre “kamu görevlisi kamu hukuku yetkileriyle donatılmış olarak devlet idaresinin iradesini oluşturabilen ve açıklayabilen veya oluşturmak ve açıklamak zorunda olan kimsedir. Bu kimsenin bir kamu kurumuna bağlı olması veya olmaması önemli değildir. Ayrıca kişileri özgürlüğünden yoksun etme veya ispat gücüne sahip belge verme yetkisine sahip olan kimseler de kamu görevlisidir.”⁸¹

2.3.1.4. Kamu Görevi ve Kamu Hizmeti Kavramları Konusunda Görüşümüz

Kanaatimizce; devletin yalnızca kendisine ait hukuki bir yetki ve iktidarın kullanılması şeklindeki faaliyetleri kamu görevi, bu yetki ve iktidarın ikinci

Yine Yargıtay Özel Dairesinin 4.3.1947 tarih ve 173/116 sayılı kararında “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 sahasında aldığı işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için yerine getirir” şeklinde karar verilmiştir.

⁷⁹ (CGK 25.11.1985, 1-410/595), YKD, C. XII, S. 3, (1986), s.406 vd.

Aynı yönde başka kararlar da vardır: (CGK 20.1.1969, 693/969), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.18; (CGK 21.12.1987, 500/673); (CGK 25.4.1988, 41/168), UTKU, *a.g.m.*, s.170.

⁸⁰ (Cass.5.3.1997, n.2036), DELPINO, *a.g.e.*, s.64.

⁸¹ (Cass. 24.6.1992, n.7241), *aynı*, s.64.

planda kaldığı faaliyetler ise kamu hizmetidir.⁸²

Ancak devlete ait hukuki yetki ve iktidarın kullanıldığı bütün faaliyetler aynı değerde ve kapsamda değildir. Bu faaliyetlerden bazıları hukuki tasarruf ve fiillerin yerine getirilmesi şeklindedir. Bazı faaliyetler ise hukuki yetki ve iktidarın kullanılmasını sadece kolaylaştırmaya yönelik faaliyetlerdir. Devlet görev ve yetki paylaşımı yaparken bazı kişilere hukuki tasarruf ve faaliyetlerin yerine getirilmesi işini, bazı kişilere de doğrudan hukuki sonuçlar doğurmayan fikri ve bedeni faaliyetlerin yapılması işini verilmiştir. Devlete ait hukuki yetki ve iktidara dayanılarak hukuki tasarruf ve faaliyetlerin yapılması kamu görevidir. Bu faaliyetleri yerine getiren veya bu faaliyetlere kamu hukuku usulüne uygun biçimde katılan ve yardım eden kişiler kamu görevi yapan dolayısıyla memur sayılan kimselerdir. Bu şartları içermeyen faaliyetler de kamu hizmetidir. Dolayısıyla hukukî tasarruf veya fiilleri gerçekleştirmeyen ve bunların gerçekleşmesine katkıda bulunmayan yahut katkıda bulunmakla birlikte, katılmaları kamu hukuku usulüne uygun olmayan kişiler kamu hizmeti gören ve dolayısıyla “amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse”lerdir.⁸³

Uygulanan hukuksal rejim, devlet tarafından da yapılabilir olma, kamu hizmetlerinin kamusal gereksinimleri karşılamak için devlet ya da kamu kuruluşlarınca yerine getirilmesi gibi ölçütler de kamu hizmetinin özel etkinlik ya da girişimden ayrılmasının ölçütleridir.⁸⁴

“Ceza Kanununun uygulanması yönünden sadece kamu görevi yapan kişileri memur sayınca, “amme hizmeti ile muvazzaf olan” bir kimsenin, örneğin gördüğü hizmet nedeniyle düzenlediği bir belgede gerçekleştirdiği sahtekârlık fiillerini özel bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş gibi cezalandırmak gerekecektir. Bu da kamu görevinin kamu hizmetinden ayrı bir kavram olarak yorumlanmaması gerektiği yönündeki iddiaya güç kazandırmaktadır. Gerçekten ‘Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler’ babında hemen sadece memur denilmiş, buna karşılık ‘amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse’lerden söz edilmemiş olması nedeniyle kamu görevi ile kamu hizmetinin, hukukumuz yönünden, aynı anlamda kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak 279. maddenin açık hükmü karşısında bunun isabetli olduğu söylenemez. Aksi halde maddenin

⁸² EREM - TOROSLU, a.g.e., s.146.

⁸³ aynı, s.146.

⁸⁴ SELÇUK, a.g.m., s. 35; Bu konuda bkz. KUNTER, “... Avukatların Durumu”, s.766.

birinci fıkrasında ‘amme vazifesi’, ikinci fıkrasında ‘amme hizmeti’ deyimlerinin kullanılmasını açıklamak mümkün değildir.”⁸⁵

279. maddenin 1930 tarihli İCK’na göre değiştirilmesi sırasında, Kanun’un memurdan söz edilen diğer hükümleri göz önüne alınmamış ve gerekli düzenlemeler ve değişiklikler yapılmamıştır. Bu nedenle de kamu hizmetlilerince de işlenebilecek nitelikte olan kimi suçlar⁸⁶ kamu hizmetlilerince işlendiğinde kanunumuza göre ya suç oluşturmamaktadır veya memurun işlediğinden başka bir suçu oluşturmaktadır. Oysa bir kanundan belli bir ilke alınırken bunun kanunun çeşitli bölümlerindeki etkilerini ve neden olduğu düzenlemeleri de göz önünde bulundurmak gerekir. İCK “memur” ile “kamu hizmeti ile görevli kimse”yi birbirinden ayırdıktan sonra, devlet idaresine karşı suçlarda ve evrakta sahtekârlık suçları ile ilgili 493. maddesinde her ikisinden de ayrı ayrı söz etmektedir. Buna karşılık TCK’nda sadece 138, 236 ve 483. maddelerde “amme hizmeti ile mükellef kimse”den ayrıca söz edilmektedir. Bu durumda “kamu hizmeti ile yükümlü kimseler”in, özellikle devlet idaresine karşı suçların faili olup olamayacakları sorununun çözümü, kanunun ilgili hükümleri kanunilik ilkesine aykırı biçimde yorumlanmadığı sürece, mümkün olmayacaktır. Konu ile ilgili en iyi çözüm, ya söz konusu ayırımdan vazgeçmek veya devlet idaresine karşı işlenen suçları öngören normlarda değişiklik yaparak, İCK’nda olduğu gibi “memur veya kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kimse ibaresini” eklemektir.⁸⁷

2.3.2. Kamu Görevi Yapan Kimseler

Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesinin birinci fıkrasının bentlerinde kamu görevi yapanlar tanımlanmaktadır.

⁸⁵ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.147.

⁸⁶ TCK., zimmet (m. 202), ihtilas (m. 208), irtikâp (m. 209-210), memuriyet görevini ihmal (m. 230) ve memuriyet görevini kötüye kullanma (m. 240) gibi suçlarda memurdan söz ettiği için, kamu hizmetini gören kişiler söz konusu suçların faili olamayacaklardır. DEMİRBAŞ, a.g.m., s.254.

⁸⁷ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.147-148; KUNTER, “...Avukatların Durumu”, s.760; ERMAN, Sahtekarlık Cürümleri, s.292-293.

Antolisei şu kanaate ulaşmaktadır: “Memuru belirleyen hüküm karışıklığa ve keyfilige sebebiyet vermektedir. Zanardelli Kanunu’nun formülüne dönülmelidir. Sadece bir tek kavram kalmalıdır. Bu kavram memur veya kamu görevlileri kavramıdır. Bugünkü ayırım ceza hukukunun amaçları açısından zorunlu bir ayırım olmayıp ayrıca kötü neticeleri de olan bir ayırımdır. Meselâ zimmet, ihtilâs, irtikâp suçlarını memurlar işlemektedir. Bu fiilleri yetkilerini suistimal ederek kamu hizmetlilerinin de işlemesi mümkündür. Böyle bir fiili özel hükümle daha ağır bir şekilde cezalandırmamak için sebep yoktur.” ANTOLISEI, ... Parte Speciale, s.755.

Fıkranın birinci bendine göre, teşrii, idari veya adli bir kamu görevi yapan devlet veya diğer kamu kurumlarının “memur, müstahdemleri”, ikinci bendine göre, devlet veya diğer kamu kurumlarının müstahdemi olma koşulu aranmaksızın teşrii, idari veya adli bir kamu görevi yapan “diğer kimseler” memur sayılır. Kısaca söylemek gerekirse, birinci bentte “memur, müstahdemler” ikinci bentte “diğer kimseler” memur sayılmaktadır.⁸⁸

2.3.2.1. Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunan Kamu Görevlileri

Türk Ceza Kanunu uygulamasında memur kavramının yer aldığı 279. maddesinde yer alan “devamlı veya muvakkat olarak teşrii, idari veya adli bir kamu görevi yapan devlet veya diğer amme müesseselerinin memur, müstahdemleri” ceza yasası uygulamasında memur sayılmaktadır. Burada memur sayılacak kimse ile devlet veya diğer kamu kurumları arasında bir istihdam bağı kurulmuş olması, başka bir anlatımla bu kimsenin müstahdem olması aranmaktadır. Kimi istisnalar dışında (milletvekilleri gibi) bunlar genellikle idare hukuku yönünden de memur sayılan kimselerdir. Buradaki müstahdem sözcüğü, dilimizde genellikle kullanıldığı gibi odacılık, hademelik vb. hizmetleri yapanları değil, kamu idaresiyle aralarında bir istihdam bağı bulunan kimseleri kapsar. Müstahdemin başlıca üç vasfı vardır. Bunlar; yaptığı işi ivaz karşılığında yapması, devamlı yapması, kendi isteği ile yapmasıdır.⁸⁹ Bu

⁸⁸ İCK uygulamasında da kamu görevi gören kimseler ceza kanunu uygulamasında memur sayılmaktadır ve bunların devlete bağlı olarak sürekli çalışmaları aranmamaktadır. Nitekim Maggiore devlet memuru niteliğine sahip olmayan kimselerin de kamu görevlisi olabileceğini belirtmiştir. Yazar devlet memuru olan kamu görevlileri ve devlet memuru olmayan kamu görevlileri ayrımını yaparak devlet memuru olan kamu görevlilerini de, devlete bağlı memur olan kamu görevlileri ve kamu kurumuna bağlı memur olan kamu görevlileri şeklinde ikiye ayırarak incelemiştir. bkz. MAGGIORE, ... *Parte Speciale*, s.109-120.

⁸⁹ ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.10; ERMAN “...Memur”, s.257-258; Sahir ERMAN - Çetin ÖZEK, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281)*, (İstanbul: Işık Matbaacılık, 1992), s.483; Şekercioğlu, maddedeki müstahdem sözcüğünün sürekli memur anlamında olduğunu kabul etmektedir. ŞEKERCİOĞLU, *a.g.e.*, s.19-20; YAŞAR, *a.g.m.*(1), s.816.

Ancak Yarsuvat makalesinde “Müstahdemler amme hizmetlerinin görülmesini temin için, daimi hizmet kadrosuna girmeden, daimi veya muvakkat olarak idare hesabına faaliyet gösteren şahıslardır.” diyerek müstahdemin daimi hizmet kadrosuna girmeyen kimse de olabileceğini savunmuştur. YARSUVAT, “Devlet İdaresi Aleyhinde...”, s.684.

Yine Önder de; “Müstahdemden maksat, amme hizmetlerinin görülmesini temin için, daimi hizmet kadrosuna girmeden, daimi veya muvakkat olarak idare hesabına faaliyet gösteren şahıslardır. Ancak ceza hukuku bakımından müstahdemlerin memur sayılabilmesi için, kanuna göre gördükleri amme vazifesinin ‘teşrii’, ‘idari’ veya ‘adli’ olması gerekecektir” görüşündedir. ÖNDER, *a.g.e.*, s.95-96.

kişiler, kamu idaresiyle aralarındaki bağı kendi iradeleriyle kurduklarından ve yaptıkları iş karşılığında bir ücret aldıklarından, yasa koyucu ikinci bentteki “ücretsiz” veya “ücretli”, “ihtiyari” veya “mecburi” sözcüklerine birinci bentte yer vermemiştir.⁹⁰

Devlet veya diğer kamu kuruluşlarında çalışan bir “memur, müstahdem” ceza kanunu uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle o kimsenin bağlı olduğu kuruluşun kamu görevi yapan bir kuruluş olması, sonra da o kimsenin bu kuruluş içinde önemli bir görev yapıyor olması gerekir.

2.3.2.1.1. Kamu Görevi Yapan Memur, Müstahdem Sayılmak İçin Gerekli Olan Şartlar

Günlük dilde kullanılan anlamda hatta idare hukuku, anayasa hukuku gibi diğer hukuk dallarında memur veya müstahdem sayılabilen kişilerden bazıları TCK uygulamasında memur veya müstahdem sayılmayabilir. Bir kimse ancak aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda TCK uygulamasında memur veya müstahdem sayılabilir.

2.3.2.1.1.1. Kuruluşun Kamu Görevi Yapan Bir Kuruluş Olması

Uygulamada, bir devlet kuruluşunun kamu görevi yapan bir kuruluş olup olmadığını saptayabilmek için Anayasa’dan ve amaç teorisinden yararlanılmakta ve devletin amacı gereği bizzat yerine getirmek zorunluluğunda olduğu işleri yapan kuruluşların kamu görevi yaptığı, bu koşulu taşımayan kuruluşların kamu hizmeti yapan kuruluşlar olduğu kabul edilmektedir. Devletin amacı gereği yerine getirmek zorunda olmadığı işleri yapan kuruluşlarda çalışan personel o kuruluş içinde ne kadar önemli bir görev yaparsa yapsın, yaptığı iş kamu görevi kabul edilmemekte ve ceza yasası uygulamasında memur sayılmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay’ın bir

⁹⁰ ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.10; ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s.483.

kararında ⁹¹ Milli Piyango İdaresinin yaptığı iş devletin amacı gereği bizzat yerine getirmek zorunda olduğu bir iş (kamu görevi) kabul edilmemiş ve (özel yasalarında personelinin Memurun Yargılamasına ilişkin yasaya ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na tabi olduğu yönünde hükümler bulunduğu halde) bu kuruluşun il müdürlüğü gibi önemli bir görevi yürüten kişi ceza yasası uygulamasında memur sayılmamıştır.

2.3.2.1.1.2. Personelin Kuruluş İçinde Önemli Bir Görev Yapıyor Olması

Yaptıkları iş kamu görevi olan kuruluşlarda çalışan personelin hepsi kamu görevi sayılan işlerde çalışmazlar. Bu kuruluşlarda kamu hizmeti yapan hizmetliler de vardır.⁹² Bu tür kuruluşlarda çalışan bir kimsenin yaptığı işin kamu görevi sayılabilmesi için o kimsenin bağlı olduğu kuruluş içinde hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak devletin görevlerini yerine getirmesi veya kamu hukuku usulüne göre bu

⁹¹ "Mahkeme, Adana İli Milli Piyango Müdürlüğü olan yakını, 320 sayılı yasa hükmünde kararnamenin 44. maddesine dayanarak memur kabul etmiş ve onu yaralayan ve bu suça katılan sanıklar hakkında TCY.nın 271. maddesini uygulamıştır.

Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki 320 Sayılı Yasa Hükmünde Kararnamenin 44. maddesinde, bu kuruluş personeli hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Yasası ve Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa hükümlerinin uygulanacağı yazılı ise de; kamu hizmetlilerinin yargılama yöntemi yönünden Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasaya bağlı olması başka şey, maddi ceza hukuku yönünden memur sayılması başka şeydir. Bir kuruluş personelinin Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasaya bağlı tutulması onun ceza yasası uygulamasında da memur sayılmasını gerektirmez. (1580 sayılı Belediye Yasası uygulamasında olduğu gibi.) Ayrıca, bir kamu hizmetlisinin 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına bağlı olması onun idare hukuku yönünden memur olduğunu gösterebilir de, ceza hukuku yönünden memur sayılmasını gerektirmez. İdare hukukunda memur olanların tamamı ceza hukukunda memur sayılmadığı gibi, ceza hukukunda memur olanların bir kısmı da idare hukukunda memur sayılmaz.

TCY.nın 279. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir kimsenin ceza hukukunda memur sayılabilmesi için 'kamu görevi' yapıyor olması gerekir.

Devlete ait bu tür kuruluşlarda çalışanların Ceza Yasası uygulamasında memur sayılabilmesi için öncelikle bu kuruluşların devletin gayesi gereği yerine getirmek zorunda olduğu bir işi (kamu görevi) yapması, sonra da o kimsenin bu kuruluş içinde hukuksal tasarruf ve eylemde bulunması ya da bu eylemlere kamu hukuku usulüne göre iştirak ve yardım eden önemli bir görev yapıyor olması gerekir.

320 sayılı yasa hükmünde kararnamenin 1. ve 40. maddelerine göre milli piyango idaresi genel müdürlüğü 'yasalarla belirlenen faaliyetlere kaynak sağlamak, milli piyango, sayısal loto, hemen kazan ve benzeri oyunları tertip etmek ve düzenlemek, talih oyunlarını ve işletmelerini denetlemek, karşılığı nakit olmayan her türlü piyangoonun tertip ve çekilişine izin vermek ve denetlemek üzere kurulmuş, özel bütçeli ve özel hukuk hükümlerine bağlı bir kuruluştur.'

Şans oyunları düzenlemek ve bu tür çalışmaları denetlemek devletin gayesi gereği yerine getirmek zorunda olduğu bir iş değildir. Bu nedenle Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü kamu görevi yapan bir kuruluş olarak kabul edilemez ve personeli ceza yasası uygulamasında memur sayılamaz.

Bu nedenle sanıklar hakkında verilen cezanın TCY.nın 271. maddesiyle artırılması yasaya aykırıdır." (4. CD 28.6.1993, 3652/5219), YDün., S. 40, (Nisan 1999), s.144 vd.

⁹² Devlet güvenlik mahkemesinde hizmetli olarak çalışan sanık memur sayılmaz. (4. CD 27.5.1997, 3588/4400), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.18.

işlere katılması gerekir. Bunlar genelde imza yetkisi bulunan, alt görevlerde çalışanlara emir verebilen, çalışmalarını beden gücüyle değil, beyin gücüyle yürüten görevlilerdir. Bunun tersi işlerde çalışanlar ise kamu hizmetlileridir.⁹³

Kamu idaresiyle aralarında bir istihdam bağı bulunanlar (memur, müstahdemler) devletin veya kamu görevi yapan diğer kamu kuruluşlarının içinde yer alırlar. 279. madde bunları, teşrii, idari ve adli bir kamu görevi yapan müstahdemler olarak üç gruba ayırmaktadır.

2.3.2.1.2. Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunan Kamu Görevlilerinin Yerine Getirdikleri Görev Türüne Göre Ayırımı

TCK'nun 279. maddesi Devlet veya bir kamu kurumunun memur veya müstahdemi olan kamu görevlilerinin yasama, yürütme ve yargı görevlerini yerine getirenlerinin TCK uygulamasında memur kabul edileceğini belirtmiştir.

Yasama görevi yapanların başında milletvekilleri gelir.⁹⁴ Yine Anayasa mahkemesi başkan ve üyeleri de yasaları denetleme, parlamento üyelerinin yasama dokunulmazlıklarını kaldırma, Anayasa'nın 84'üncü maddesi uyarınca üyeliğin düşmesine karar verme faaliyetleri açısından yasama görevi yapmaktadırlar.⁹⁵

Seçim kurullarının idari bürolarında görevli yazı işleri müdürleri ve büro memurları kamu görevi yaparlarsa da buralardaki hizmetlilerin yaptığı iş kamu görevi sayılamaz.⁹⁶

⁹³ aynı, s.11.

⁹⁴ 279. maddede 1936 yılında yapılan tadilin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi, Milletvekilleri müstahdemdendir ve maddede mevcut "muvakkaten" kelimesi, amme vazifesi görenleri kapsadığına göre, Milletvekilleri de bu durum içinde mütalaa edileceklerdir. Böyle bir hüküm olmasaydı, meslek edinme ve devamlılık söz konusu olmayacağından bu gibi kimseler madde kapsamı içine girmeyeceklerdi. ÖNDER, a.g.e., s.95-96.

Milletvekili seçimlerinde görev yapan Yüksek Seçim Kurulu ile il ve ilçe seçim kurullarının devletle aralarında istihdam bağı bulunan görevlileri de yasama görevi yapan müstahdemlerden sayılırlar. ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s.483.

⁹⁵ UTKU, a.g.m., s.170.

⁹⁶ ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.11.

Ceza hukukunda memur kavramı içinde en geniş grubu idari görev yapan memur ve müstahdemler oluşturur. Kimin memur sayıldığı veya sayılmadığı hususunda en çok bu grup içindekiler duraksama yaratır. Bunlar, Cumhurbaşkanı, bakanlar, müsteşarlar, bakanlıkların merkez ve taşra örgütlerinde ve katma bütçeli kuruluşlarda çalışanlar (hizmetli sınıfından olanlar hariç), yerel yönetimlerde (il özel idareleri, belediyeler, köyler) görevli olanlar (örneğin, valiler, kaymakamlar, belediye reisi ve kamu görevi gören belediye memurları bu gruba dahil edilmektedir⁹⁷) gibi idari bir kamu görevi yapan kamu idareleriyle aralarında istihdam bağı bulunan bütün kişilerdir.

Adli görev yapan memur ve müstahdemler ise yargıçlar⁹⁸, savcılar, yazı işleri müdürleri, tutanak katipleri⁹⁹, veznedarlar, icra müdür ve memurları gibi bizzat hukuki tasarrufta bulunmak ve iştirak etmek suretiyle adli kamu görevi gören kimselerdir.¹⁰⁰

⁹⁷ UTKU, a.g.m., s.170.

⁹⁸ “Hırsızlıktan sanık Hüseyin Özcan adlı bir kişi hakkındaki kamu davasının Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılaması sırasında olay yerinde keşif yapılması için Pınarhisar Asliye Ceza Mahkemesine yazılan 7.5.1969 gün ve 1969/18 sayılı istisnabeye ilişkin talimatı, o sırada bu yer hakimi olan sanığın, zamanında alarak talimat defterinin 1969/44 numarasına kaydettirdiği ve keşif için de 30.1.1969 gününü kararlaştırdığı halde gerekli keşfi iki yıla yakın bir süre yapmadığı, toplanan delillerle sabit olmuştur.

İlk tekide, ödenek yokluğundan bahisle cevap verilmiş olması hakimi bu talimattan haberli bulunduğunu göstermektedir. Esasen adı geçen hakim, eylemi kabul ve suçu ikrar etmiştir. Suç giderlerinden çeşitli dönemlerle yeteri kadar ödenek gönderildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmıştır. Buna rağmen keşfi yapmaması ve süregelen tekitleri cevapsız bırakması, adı geçen hakimin görevini savsadiğini açıkça göstermektedir.

Tekit yazılarının kendisine gösterilmediği, işlerinin çokluğu ve ihmal kastının yokluğu sebeplerini kapsayan temyiz itirazı bu yönden yerinde görülmemiş olduğundan usule ve yasaya uygun bulunan hükmün onanması gerekir (Oyçokluğu ile). (CGK 12.6.1972, 223/252), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2051; “...seçim kurullarında görev yapan yargıçların yaptıkları iş adli nitelikte bir kamu görevi sayılamaz. Bunlar, seçimin türüne göre yasama veya idari görev yapan kamu görevlisi sayılırlar.” ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.12.

⁹⁹ “Menemen ilçe seçim Kurulu Başkanlığı emrinde 657 sayılı Yasaya tabi büro memuru olan sanığın, kıdemli hakim olup, bu sıfatıyla ilçe Seçim Kurulu Başkanlığı görevini de yapmakta bulunan B.Bilgiç Değerli tarafından 298 sayılı Yasanın 30/son maddesi hükmüne dayanarak haftada 2 gün Asliye C.M.ne duruşma katibi olarak çalışması tensip edilerek bizzat tarafından şifaen tebliğ edildiği, sanığın kabul etmeyerek yazılı emir istediği, bunun üzerine 19.1.1983 gün ve 30 sayılı yazı ile görevlendirilerek aynı gün kendisine tebliğ olunduğu, bu yazılı emre rağmen duruşmalara çıkmadığı; (TCK.nun 230. maddesiyle verilen hüküm, Özel Dairece onanmıştır) itirazın reddine karar verilmelidir (Oybirliği ile).” (CGK 7.6.1984, 302/451), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2046.

¹⁰⁰ ÖNDER, a.g.e., s.95-96.

2.3.2.2. Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunmayan Kamu Görevlileri

Türk Ceza Kanunu'nda, "Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir kamu görevi yapan diğer kimseler" de memur sayılmıştır.¹⁰¹

Bilindiği gibi kamu görevi gören kimselerle, devlet idaresi arasında istihdam bağının bulunup bulunmamasının önemi yoktur.¹⁰² Bu kişilerin söz konusu göreve seçimle veya atamayla getirilmesinin veya bu görevin sürekli veya geçici olmasının bu görev nedeni ile kişiye para veya sair şeyler sağlanıp sağlanmamasının da önemi yoktur.¹⁰³

Türk Ceza Kanunu'nun birinci fıkrasının ikinci bendinde "diğer kimseler" tabiri ile, memur ve müstahdem olmayan kimseler ifade edilmek istenmiştir. Bunlar fahri ajanlar, mükellefler ve bir kamu görevi gören özel şahıslar olabilir. Burada da amaç kamu ihtiyacını karşılamaktır."¹⁰⁴

Bunlar, devletin idari yapısı içinde yer almayan, kamu idaresiyle aralarında bir istihdam bağı bulunmayan (müstahdem olmayan)¹⁰⁵, ancak yaptıkları iş kamu görevi olan kimselerdir. Hususi şahsın kamu görevi veya hizmeti görmesi bazen bir zorunluluk, bazen bir çıkar esasına dayanabilir.¹⁰⁶ Bir kimsenin müstahdem olmadan memur sayılabilmesi için, bir hukuki tasarruf veya fiilde bulunabilmesi, yaptığı bu hukuki tasarruf veya fiili kanunun açık bir izin veya emrine dayanarak ve kendisiyle

¹⁰¹ Buradaki kamu görevinin teşrii, idari veya adli bir görev olması gerekiyorsa da vazifenin türünün önemi yoktur. Görevin önemli olup olmamasında da fark yoktur. Ragıp ÖGEL, "Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar - Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap", AC, S.7, No: 21, (1941), s.476.

¹⁰² Ceza kanunumuzun 279. maddesine göre bir kimsenin memur sayılabilmesi için, müstahdem olup olmaması önemli değildir ancak müstahdemse bir kamu görevi görmesi yani hukuki bir tasarruf ve fiil ifa etmesi veya bu konuya kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılması, müstahdem değilse hukuki tasarruf veya fiili kanunun sarıh bir izin ve emrine dayanarak ve kendisi ile devlet arasındaki hukuki ilişki gereğince ifa veya iştirak etmesi gerekir. ÖZEK, a.g.m., s.43.

¹⁰³ UTKU, a.g.m., s.170.

¹⁰⁴ YARSUVAT, "Devlet İdaresi Aleyhinde...", s.685.

¹⁰⁵ (CGK 25.11.1985, 1-410/595), YKD, C. XII, S. 3, (1986), s.413.

¹⁰⁶ Hakkı YAŞAR, "Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki", AD, (Kasım, 1966), s.817.

devlet arasında kurulan özel kamu hukuku bağı gereğince yapması veya yapılmasına katılması gerekir.¹⁰⁷ Bunlarla devlet arasında istihdam bağı bulunmadığından yaptıkları işi ücret almadan yapabilecekleri gibi, bu işi ihtiyari veya mecburi olarak da yapabilirler. Bu nedenle yasa koyucu, bu bentte “ücretsiz” veya “ücretli”, “ihtiyari” veya “mecburi” sözcüklerine de yer vermiştir.

2.3.2.2.1 Devlet veya Bir Kamu Kurumu ile İstihdam Bağı Bulunmayan Kamu Görevlilerinin Yerine Getirdikleri Görev Türüne Göre Ayırımı

Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde yazılı “diğer kimseler” de teşrii, idari veya adli bir kamu görevi yapanlar olarak üç gruba ayrılır.¹⁰⁸

Devlet ya da bir kurumun müstahdemi olmayan kamu görevlilerinden yasama görevi yapanlar: Milletvekili seçimlerinde görev yapan il ve ilçe seçim kurullarına seçilmiş olan siyasi parti temsilcileriyle, sandık kurulu başkan ve üyeleridir.¹⁰⁹ (bunlar, milletvekili seçimi dışında kalan seçimlerde idari bir kamu görevi yaparlar).

İdari görev yapanlar ise noterler¹¹⁰, gemi kaptanları, tasfiye memurları, özel güvenlik personeli, sermaye piyasası kurulu başkanı ve üyeleridir.

¹⁰⁷ ERMAN, “...Memur”, s.265 ve 270; Sahir ERMAN - Çetin ÖZEK, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar**, (İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1996), s.336, dipnot:3; s.367-368, dipnot:4; ÖNDER, a.g.e., s. 97 vd.

“...özel kişinin, kanun ve nizamla göre o amme vazifesini görme yetkisine sahip bulunması şarttır. Söz gelimi mahkemelerde görevli veya görevlendirilen bilirkişi ve tercümanlar gibi.” DÖNMEZER, a.g.e., s.75.

¹⁰⁸ UTKU, a.g.m., s.170.

¹⁰⁹ Seçim sandık kurulu üyeleri ceza kanunu uygulamasında memur sayılırlar. (4. CD 14.9.1989, 4453/5164), ÇETİN, **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...**, s.27.

“14 senedir yürüttüğü ilçe seçim kurulu Büro Şefi görevinde Yüksek Seçim Kurulundan gönderilen matbu evrakların sürekli olarak noksan çıkmadığından ilk gün saymayan, seçimden önce de örnek basılı kağıtlardaki noksanlığı saptayarak İlçe Seçim Kurulu Başkanı hakime duyuran ve seçimin normal bir biçimde yapılmasını sağlayan sanığın, kağıtları başlangıçta saymamasının beşeri bir hata ve yanılğıdan ileri geldiği, görevi ihmal kastıyla hareket etmediği anlaşıldığından beraatine karar verilmelidir (Oybirliğiyle).” (CGK 13.10.1986, 109/431), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2046.

¹¹⁰ “Suç konusu vekaletnamenin altındaki imzanın müşteki tarafından atılmadığı anlaşılmışsa da; toplanan delillere göre kasıtlı bir şekilde sahte hususi vekaletname düzenlediğini kabule olanak bulunmayan sanık Noter Memuru M.Ç.’nin eylemi, kendisine müracaat eden şahsın kimliğini yeterince araştırmadan

Memur veya müstahdem olmayan adli görev yapan kamu görevlileri ise, avukatlar¹¹¹, 2822 sayılı toplu iş sözleşmesi grev ve lokavt kanunu uyarınca görev yapan hakemler¹¹², tanıklar¹¹³, bilirkişiler¹¹⁴, tercümanlar ve yedieminlerdir.¹¹⁵

vekaletname düzenlemek suretiyle görevi ihmal suçunu oluşturur.” (CGK 17.11.1986, 435/515), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2045.

¹¹¹ Erman’a göre avukatların yaptığı iş kamu görevidir: “Hususi bir şahsın ne gibi hallerde memur telakki edilebileceği hakkındaki kıstası serbest avukatlara tatbik ettiğimiz takdirde, bunların da bazı hallerde ‘memur’ sayılmak lazım geldiği neticesine varmamız icabeder. Gerçekten –bir kimsenin avukat vasıtasıyla kendisini kazai merciler nezdinde temsil ettirilmesini esasta ihtiyari addetmekle beraber– gerek Hukuk gerekse Ceza usulü kanunlarıyla Avukatlık kanunu, avukat vasıtasıyla temsile cevaz vermekte ve avukatın sıfatı, vekaletnamenin ibrazı üzerine, mahkeme ve sair kazai mercilerce tanınmak suretiyle de, avukatla Devlet beyinde hususi bir amme hukuku rabıtası teessüs eylemektedir... Adli makam veya merciler veya -hakemler gibi- kazai bir selahiyeti haiz kimseler huzurunda müvekkilin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği zaman, avukat sözü geçen makam veya kişilerin verecekleri hüküm ve kararlara kendi fiil ve iradesiyle iştirak etmekte, diğer bir tabirle bu nevi hukuki tasarrufların meydana gelmesine müessir olmaktadır. Bu itibarla avukat- bu sıfatıyla- iştirak suretiyle bir amme vazifesi görmektedir binaenaleyh memurdur. Fakat sözü geçen makam ve kişiler huzurunda bulunmadığı, mesela istişari rey beyan ettiği, bir mukavele tanzim eylediği zamanlarda- bir tarafın mümessili sıfatıyla hareket etmiş olsa bile- kazai mahiyette hukuki bir tasarrufun meydana gelmesine iştirak etmediği cihetle, amme vazifesi görmüş sayılamaz. Hatta bu gibi hallerde tamamıyla hususi hukuk çerçevesi dahilinde kalan bir vekalet ve istisna akdi mevzu bahis olacağına göre, sözlü geçen faaliyetlerde bir amme hizmeti dahi derpiş edilemez.” ERMAN, “...Memur”, s.266; Şekercioğlu’na göre avukatlar kamu görevi değil kamu hizmeti yaparlar. ŞEKERCİOĞLU, a.g.e., s.30; Kunter’e göre ise, “avukatların yaptıkları iş kamu hizmeti dahi değildir: Mevzuat bakımından avukatlığı bir amme hizmeti saymaya imkan yoktur. Her ne kadar Büyük Millet Meclisi 621 sayılı ve 16 Mart 1931 tarihli bir tefsir kararında ‘avukatlık mesleğinin alelade teşebbüsle serbest olarak yapılan sair mesleklerle mukayese edilemeyeceği tabidir’ diyerek avukatlığı ‘tam serbest meslek’ telakki etmemiş ise de, bu telakki bazılarının iddia ettiği gibi avukatlığı bir amme hizmeti olarak görmek şeklinde tefsir olunamaz. Meclis, avukatlığı amme hizmeti saysaydı, bunu açıkça söyleyebilirdi. 1938 yılında kabul olunan 3499 sayılı Avukatlık kanununun 22 nci maddesinde ‘avukatlık, amme hizmeti mahiyetinde bir meslektir’ denilmiştir. Avukatlık bir amme hizmetidir denilmemiştir. Bu iki tabir arasında bir fark mevcut olduğu Meclisteki müzakerelerden de anlaşılmaktadır. O zamanki Adalet Bakanı Saracoğlu ‘biz demiyoruz ki, burada avukatlar başlı başına bir amme hizmetini bir devlet memuru gibi vazife görecekler. Hayır, aynı zamanda bir bakkal, bir tacir, bir agent d’affaire gibi serbest değildir” sözleriyle avukatlığın amme hizmeti olmadığını, ancak adalet dağıtma işinde mahkemelerin yardımcısı olmaları itibarıyla “avukatlığı Devlet eliyle mümkün olduğu kadar sıkı bir kontrole tabi tutmak’, bir takım kayıt ve şartlara bağlamak üzere amme hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğu kelimelerinin ilave edildiğini” belirtmiştir. KUNTER, “...Avukatların Durumu”, s. 767-769.

Uygulamada verilen kararlara bakarsak: “Sanık avukatın trafik kazasıyla ilgili olarak Ankara 22. ve 14. Asliye Hukuk Mahkemelerinde katılan aleyhine açtığı tazminat davalarını sürdürdüğü sırada, sigorta şirketinden 21.7.1992 tarihinde aldığı parayı anılan mahkemelere bildirip hükmedilecek tazminat miktarlarından düşürmesi gerekirken, bildirmeyerek fazla para alınmasına ve katılanın zarara uğramasına yol açtığı halde (T.C.Y.’nin 240/2. maddesinin uygulanması yerine) yetersiz gerekçeyle beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 10.7.1997, 6068/6295); “Sanık avukatın, müştekiye ait bedelsiz kalmış olan üç adet senedi tahsil için icraya koymaktan ibaret olan eyleminin T.C.K.’nin 509. maddesi kapsamına giren emniyeti suistimal suçunu teşkil ettiği gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanlışlığa düşülerek aynı kanunun 240/2. maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 29.12.1988, 7753/8139); “Sanığın (avukat), alacaklı vekili olarak, borcun tamamının ödendiğine ilişkin borçlu katılan Şafak Kuru’ya 29.3.1990 tarihli belgeyi verdikten sonra borcun bir kısmının ödemediği nedenine dayanarak icra kovuşturmasına devam edip haciz yoluyla parayı almaktan ibaret eyleminin T.C. Yasasının 240. maddesine uyduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçe ile yazılı biçimde karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 7.5.1996, 2931/4009). ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.13, 736, 744, 739.

“ Müştekilere M.Ys. ve F.A.S.’nin Bankerlik yapan T.D.’den 1.200.000 liralık alacakları bulunduğunu,

ancak bunu tahsil edemedikleri, tahsilini sağlamak için avukat olan sanık B.Ş.'ye başvurup anlaşarak ona vekalet verdikleri (29.12.1981) sanığın da 30.12.1981 tarihinde Ankara 3.İcra Memurluğuna başvurarak borçluya ödeme emri çıkarttığı, ancak borçlusu adresinde bulunmadığından takibin sonuçsuz kaldığı, bu aşamada iken, 35 sayılı KHK. hükümleri uyarınca sanığın, halen uhdesinde bulunan takip ve tahsil görevini yerine getirmek için 26.5.1982-26.6.1982 tarihleri arasında Tasfiye Kuruluna başvurup alacağı yazdırması gerekirken bunu yapmadığı, süreyi kaçırdıktan sonra 7.7.1982 tarihinde kendi hatasını gidermek maksadıyla müştekilerin rahatsızlığını ve süresinde başvurmadıklarını ileri sürerek alacağın kaydını istediği, ancak süre geçtiğinden alacağın tamamının reddine karar verildiği, bu karara da 23.3.1983 tarihinde Ankara 3. Ticaret Mahkemesi nezdinde itiraz ettiğinde aynı gerekçeyle itirazın reddedildiği görülmüştür.

Açıklanan oluştı göre; sanığın, müştekilerin alacağının takip ve tahsil hususundaki vekalet görevini ihmal ederek mûsnet suçı işlediği ve suçun yasal unsurlarıyla oluştuğı anlaşılmaktadır.” (CGK 21.12.1987, 480/616), SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2044.

¹¹² “Hakemin izhar ettiğı irade ile yargıcın beyan eylediğı irade beyinde bir fark yoktur; şu halde hakem de hukuki bir tasarrufta bulunmakta, yani bir amme vazifesi ifa etmektedir, binnetice memurdur.” ERMAN, “...Memur”, s.267.

¹¹³ “Şahit, ehlihibre, tercüman: Hakim tarafından hükmün verilmesine iştirak ettikleri ve kanunen buna mecbur oldukları gibi, bunların re’sen veya doğrudan doğruya davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla Devlet arasında mevzuu bahis hususi rabıta teessüs eylemektir: bu andan itibaren şahitlik, ehlihibrelik, tercümanlık ‘içtimai ve kanuni bir vazife’ mahiyetini iktisap eylemektedir.” aynı, s.268.

“Mahkemede tanık olarak dinlenenlerin T.C. Yasasının 279. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde yazılı ‘adli bir kamu görevi yapan kimseler’den olduğu gözetilerek sanık hakkında aynı yasanın 266/1. maddesinin uygulanması gerektiğı düşünülmemiş ise de, karşı temyiz olmadığından bu konuda bozma yapılmasına gerek bulunmamıştır.” (4. CD 26.11.1996, 7896/8886), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.21.

¹¹⁴ Her ne kadar Yargıtay “bilirkişinin Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılmadığı, görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlemin ayrıca CMUK 70. maddesinde tesbit edildiğı gözetilmeksizin, görevini ihmal suçundan dolayı bilirkişi olan sanığın TCK 230. maddesiyle mahkumiyetine” ilişkin kararı bozmuşsa da (4. CD 10.9.1975, 4334/4339-Erdurak, 449), bu kararda isabetsizdir. Çünkü bilirkişi, geçici olarak adli bir kamu görevi yapan ve, bu sebeple, TCK 279/1, b.2 uyarınca ceza kanununun uygulamasında “memur” olan bir kimsedir. ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s.155.

“Mahkemede bilirkişi olarak görevlendirilen kimseler ceza yasası uygulamasında memur sayılırlar.” (4. CD 25.6.1996, 5068/5912) ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.22.

“Şahit bilirkişi ve tercümanlar kamu görevi gören özel kişilere örnektir. Bu kişiler hakim tarafından verilen hükmeye iştirak ettikleri ve buna da kanunen mecbur oldukları ve bunlar re’sen davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslar ve devlet arasında özel rabıta kurulduğundan ceza kanununun 279. maddesi anlamında diğer kimseler” tabiri içine dahil memurlardır. (CGK 25.11.1985, 1-410/595), YKD, C. XII, S. 3, (1986), s.414.

Yargıtay’ın hatalı bulduğumuz bazı kararlarında da bilirkişilerin TCK uygulamasında memur olmadığı yönünde karar verilmiştir: “Bilirkişi Ceza Kanununun tatbikatında memur sayılmaz. Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem CMUK.nun 70. maddesinde tesbit edilmiştir. Görevini ihmal suçundan dolayı bilirkişi hakkında TCK. nun 230. maddesi uygulanamaz.” (4.CD 10.9.1975, 433/4399), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2056.

¹¹⁵ ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s. 494.

“Adli bir amme vazifesi gören hususi şahıslar içine tanık, bilirkişi, teknik müşavir, tercüman girer. Hakemleri ve avukatları gördükleri işlerin mahiyetleri doktrinde ihtilaflı olmakla beraber bu guruba sokabiliriz. Hakemin izhar ettiğı irade ile Yargıcın iradesi arasında bir fark yoktur; hakem de bir hukuki tasarrufta bulunmakta bir amme vazifesi görmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda hüküm vermek kollektif bir tasarruf olduğuna göre toplumsal müdafaa makamını işgal eden avukat da hükmün verilmesine kendi fiil ve iradesi ile katılmakta ve yargının meydana gelmesinde rol oynamaktadır. Dolayısıyla bir amme vazifesi görmektedir; Memurdur.” YARSUVAT, “Devlet İdaresi Aleyhinde...”, s.686.

2.3.3. Kamu Hizmeti Yapan Kimseler

TCK'nun 279. maddesinde kamu hizmeti yapanlardan (memur sayılmayanlar) da söz edilmektedir.

Kamu hizmeti yapanlar da, devamlı veya muvakkat şekilde bir kamu hizmeti yapan devlet veya diğer kamu kurumlarının “memur ve müstahdemleri” ve devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak kamu hizmeti yapan “diğer kimseler” olarak ikiye ayrılmıştır. Bu kişiler TCK uygulamasında memur sayılmazlar.

Bunları da, fıkralardaki düzenlemeye uygun olarak kamu hizmeti yapan kuruluşlarda çalışanlar, kamu görevi yapan kuruluşlarda çalıştıkları halde yaptıkları iş kamu hizmeti olan hizmetliler olarak iki kısımda incelemek gerekecektir.

2.3.3.1. Kamu Hizmeti Yapan Kuruluşlarda Çalışanlar

Devletin gayesi gereği bizzat yapmakla zorunlu olmadığı, ancak kendi isteği ile yapmayı üstlendiği işleri yürüten kuruluşlarda çalışanlardır. Maddenin ikinci fıkrasının birinci bendi bunları “... amme hizmeti gören devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri demek suretiyle açıklamıştır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin personeli bu gruba girer. KİT’lerin yaptıkları iş kamu görevi olmadığından personeli de kamu hizmetlisi kabul edilmekte ve ceza yasası uygulamasında memur sayılmamaktadır. KİT personelinin memur suçlarını işleyebilmeleri ve memur gibi cezalandırılabilmeleri için bu konuda açık bir düzenlemeye gerek vardır.”¹¹⁶

¹¹⁶ Bu konu ile ilgili ileride KİT personeli ile ilgili olarak yapılan açıklamalara bkz. s. 50-56.

“Bir kimsenin ceza yasası uygulamasında memur kabul edilebilmesi için de, ya T. C. Yasasının 279. maddesinin birinci fıkrasının bentlerinde öngörüldüğü gibi kamu görevi yapan bir kimse olması ya da bağlı olduğu kuruluşun özel yasasında personelin ceza uygulamasında memur sayılacağı bildirilmiş olması gerekir.” (4. CD 10.5.1996, 3128/4213) ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.22.

2.3.3.2. Kamu Görevi Yapan Kuruluşlarda Çalışanlar

Devletin bizzat yapmakla zorunlu olduğu işleri (kamu görevi) yapan devlet kuruluşlarında çalıştıkları halde, hukuki tasarruf veya fiilde bulunmaları söz konusu olmayan ve yaptıkları iş kamu görevi değil, kamu hizmeti sayılan hizmetli müstahdemlerdir.¹¹⁷ 657 sayılı Kanun 36. maddesinde bu kişilere yardımcı hizmetler sınıfı adını vermiştir. Yargıtay uygulamalarında odacı, kapıcı, kaloriferci, okul hademesi, sellektör makinisti, hastabakıcı, bekçi, şoför, seyis, çöpçü, itfaiye eri ve çavuşu, belediye tellalı, otobüs biletçisi, aşçı, park bekçisi, boğa bakıcısı, greyder operatörü vb. gibi beyin gücünden çok beden gücüyle çalışan hizmetliler hangi kuruluşlarda çalışırlarsa çalışsınlar hukuksal tasarruf veya fiilde bulunmaları söz konusu olmadığından yaptıkları iş kamu görevi kabul edilmemekte ve ceza yasası uygulamasında memur sayılmamaktadırlar.¹¹⁸

Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi hakkında yaptığımız açıklamaları kısaca özetlersek, maddenin hem kamu görevlisini (memuru) tanımlayan birinci fıkrasında, hem de kamu hizmetlisini (memur sayılmayanları) tanımlayan ikinci fıkrasında “devamlı veya muvakkat”, “ücretsiz” veya “ücretli”, “ihtiyari” veya mecburi sözcüklerine yer vererek kamu görevlisi veya hizmetlisiyle devlet arasında istihdam bağı aranmayacağını, bu görev veya hizmetin devamlı veya muvakkat olmasının, mecburi veya ihtiyari veya ücretli veya ücretsiz yapılmasının önemli olmadığını anlatmak istemiştir. TCK'nun 279. maddesinde her iki kategori de ayrıca iki alt gruba ayrılmıştır. Gerçekten de her iki fıkranın birinci bentlerinde Devlet veya kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunan “memur”lardan ve “amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse”lerden söz edilmektedir. Her iki fıkranın ikinci bentlerinde yer alan “amme vazifesi gören diğer kimseler” ve “amme hizmeti gören diğer kimseler” şeklindeki

¹¹⁷ Delpino'ya göre, yalnızca bedensel işleri yapan ve basit görevleri yerine getiren ve bunun dışında kamu faaliyetinin yetkilerinden yoksun olan kimse nasıl adlandırılırsa adlandırılsın kamu hizmetiyle yükümlü kimsedir. DELPINO, a.g.e., s.66.

¹¹⁸ ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.14.

Hizmetlilerin ceza uygulamasında memur sayılmayacaklarına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekleri çoğaltmak mümkündür: Adliye odacısı (4.CD 14.12.1984, 7863/8448), kaloriferci (4.CD 29.1.1985, 24/330), okul hademesi (4.CD 18.9.1991, 3753/4966), malmüdürlüğü hizmetlisi (4.CD 21.4.1992, 2201/2874), hastabakıcı (4. CD 4.10.1985, 7430/7565), belediye greyder operatörü (4.CD 15.4.1992, 2087/2729), sağlık ocağı müstahdemi (hizmetlisi) (4. CD 8.2.1995, 130/867), orman saha bekçisi (4.CD 6.5.1998 3023/4723), lisede gece bekçisi (4. CD 26.11.1996 7915-8882).

ibarelerle ise devlet veya herhangi bir kamu kurumu ile istihdam ilişkisi olmayan “memur”lar ve “amme hizmeti görmekle muvazzaf kimse”lere işaret edilmektedir. Buna göre, bir kimsenin “memur” veya “amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse” sayılabilmesi, onun subjektif durumu ile, yani istihdam ilişkisi içinde olup olmaması ile ilgili değildir. Bir “kamu görevi” veya “bir kamu hizmeti” gören herkes, Ceza Kanunu yönünden “memur” veya “amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse” sayılmaktadır.¹¹⁹

2.4. İdare Hukuku Yönünden Memur Kavramı ve Ceza Kanunu Uygulamasındaki Memur Kavramı ile Olan Farkları

Türk Ceza Kanunu uygulamasındaki memur kavramının belirlenmesinde yukarıda da gördüğümüz üzere kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının birbirinden kolayca ayırt edilememesinden kaynaklanan pek çok sorun çıkmaktadır. Bu kavramlarla ilgili olarak idare hukukundan yararlanmak akla gelebilir. Ancak idare hukukunda da konu ile ilgili değişik görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen, bu görüşler kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarını birbirinden ayırmak konusunda yeterli değildir.¹²⁰ Yine de bize yardımcı olabilmesi açısından idare hukukundaki “kamu hizmeti personeli”ni kısaca incelemekte yarar vardır.¹²¹

¹¹⁹ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.145.

Aynı konuda Erman da şöyle düşünmektedir: “Kamu görevi veya kamu hizmeti yapan kimselerle kamu idaresi arasında bir istihdam bağının bulunması şart olmadığı gibi, bu görev veya hizmetin devamlı olması da aranmış değildir. Hatta kamu idaresiyle arasında bir bağ bulunmayan kimsenin kamu görevi veya hizmetini mecburi veya ihtiyari olarak yapması, bunun karşılığında bir ücret alıp almaması da önemli değildir. Sadece kanunda, kamu görev veya hizmetinin yasama, idare veya yargı faaliyetleriyle ilgili olabilecekleri belirtilmiştir”. Kamu idaresi mensubu olan memurla kamu hizmeti gören kimsenin bir ücret alması ve esasta kendi iradesiyle bu bağ kurmuş olması sebebiyledir ki, 279. maddenin 1. ve 2. fıkralarının 1. bentlerinde “mecburi veya ihtiyari, ücretli veya ücretsiz” deyimleri kullanılmamıştır. ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.482-483.

Bkz. (CGK. 25.11.1985, 1-410/595) YKD, C. XII, S. 3, (1986), s.413.

¹²⁰ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.146.

¹²¹ “Kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki farkın neler olduğunu bulmamıza ihtiyaç vardır. İdare hukukunda memur kavramını objektif esaslarda arayan nazariyeler bu konuda bize yardımcı olmaktadır. Bunlardan Amaç Teorisine göre Devletin görevlerinden bir kısmı asli görevidir. Bu görevler olmaksızın Devlet düşünülemez. Bir kısmı ise kamu için faydalıdır. Asli görevleri yerine getirenler asıl memurdurlar. Bunlara Kamu Görevlileri diğerlerine ise Kamu Hizmetlileri demek daha doğru olur. Kamu görevi devletin esas ve cevherine asıl amaçlarına yönelmiş faaliyetler olduğu halde kamu hizmeti nispeten daha az önemli amaçlarına yönelir.

İdare İşletme Teorisi’ne göre ise Devlet idaresi bir üstünlük hakkı verir. Diğer muameleler ise basit bir işletme tasarrufundan farksızdırlar. Birincisinin görevlileri memur ikincisinin kamu hizmetlisidir.

Takdir Hakkı Teorisi’ne göre de kamu görevi kavramında takdir hakkı mevcuttur. Kamu hizmetinde bu görülmez. Birinci kavrama giren muamelelerde görevli olan kişiler, olayın özelliklerine göre takdirini

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin A- bendine göre;

“Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır.

Yukarıda tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.”

657 sayılı Kanun'un uygulama alanı içindeki kamu kesiminde çalışan kamu görevlileri dört ana kümede toplanmaktadır: Memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel, işçiler.¹²²

İdare hukuku açısından “kamu hizmeti”, devlet veya öbür kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetim ya da denetimleri altında özel girişim tarafından genel ve ortak gereksinimleri karşılamak ve gidermek, kamu yararını sağlamak için yürütülen, kamuya sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.¹²³

Başta devlet olmak üzere bütün kamu kurumlarında kamu hizmetlerini ifa eden bir çok gerçek şahıs görürüz. Bu kimselere kamu hizmeti personeli denilmektedir. Kamu hizmeti görenleri de hükûmet ve idare edenler ve ajanlar olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Hükûmet edenler kamu hizmeti teşkilatının sürekli unsurları sayılmazlar. Bunların görevi ne gibi hizmetlerin kamu hizmeti sayılacağını, hangi ihtiyaçların kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerle karşılanacağını, hizmetlerin yerine getirilmesinde ne gibi bir yöntem takip edileceğini tespit etmek ve idarenin faaliyetlerinin bu esaslara uygun şekilde yürütülmesi için genel ve siyasi mahiyette direktifler vermektir. O halde hükûmet ve idare edenler, seçmenler ve milletvekilleridir. Ajanlar ise kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve idarenin faaliyetlerinin devamı için fiilen çalışan

kullanabilirler. Kamu hizmeti yapanlara ise takdir hakkı tanınmamıştır. Bunların yaptıklarına bağlı muameleler demek mümkündür.

Fikri Maddi Faaliyet Teorisi ise kamu görevini az çok fikri bir faaliyet, kamu hizmetini ise bedeni ve mekanik bir faaliyet olarak görürler.” ŞEKERCİOĞLU, a.g.e., s.14-15; YAŞAR, a.g.m. (1), s.813-814.

¹²² GÜNDAY, a.g.e., s.387-388.

¹²³ Bkz. GÖZÜBÜYÜK - TAN, a.g.e., s.433-459.

kimselerdir. Ajan kelimesi memur kelimesinden daha geniş bir anlam içermektedir. Ajanları idare ile aralarındaki ilişki ve hukuki durumlarına göre: Memurlar, mükellefler, yardımcılar ve fahri ajanlar olarak dört ayrı kategoride inceleyebiliriz.¹²⁴

İdare hukukunda da memurun tanımını vermek kolay değildir. Ancak idare hukukunda memur kavramının birtakım esaslı unsurları olduğu söylenebilir.

İdare hukukunda memur *kendisine bir kamu hizmeti verilen kimsedir*. Memurun ifa ettiği faaliyet Devlete ait bir faaliyet olsa da kamu hizmeti faaliyeti niteliğinde değilse onu icra eden kimse memur sayılmaz. Devletin hakimiyet tasarruflarını yapanlar, yani kamu gücünü elinde bulunduranlar yaptıkları hizmetin Devlet veya Devlete bağlı bir kamu idaresi veya kurumu tarafından emanet yolu ile görülmesi halinde memur sayılırlar.

İdare hukukunda bir kişinin memur sayılabilmesi için ayrıca o kişinin *idarenin sürekli, sabit ve normal kamu hizmetleri kadrosuna girmiş ve kadronun dereceleri içinde kaynaşmış olması* gerekmektedir. Devlet olağanüstü durumlarda gelip geçici olan bu ihtiyaçları karşılamak üzere kadrolar oluşturabilir. Ancak bu kadrolara atanan kişiler memur olarak adlandırılmazlar. Asıl kadro hizmetin normal işleyişini ve gelişimini sağlayan kadrodur ve ancak bu kadrolarda görev alanlar memur olarak adlandırılabilirler. Yine memur bu kadroya sürekli olarak girmiş kimsedir. Hizmet kadroları birtakım dereceleri içerir ve memur bu derecelerle kaynaşmış kimsedir.¹²⁵

¹²⁴ Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II*, (Üçüncü Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), s.1065-1074.

¹²⁵ “İdare hukukuna göre memur; devlet ya da bir kamu tüzel kişiliğinde, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli biçimde (kadrolu olarak) kamu hizmetini yürüten kimse olarak tanımlanabilir.” bkz. GÖZÜBÜYÜK - TAN, a.g.e., s. 571-576.

Jeze kaynaşmanın şart olmadığı görüşündedir.

Memurların diğer ajanlardan ayrı bir statüye dahil olmaları ve bir sınıf teşkil etmeleri hizmetin devamlı ve uzmanlık gereklerine uygun bir şekilde işlemlerini sağlamalarından kaynaklanmaktadır. Diğer şahıslar uzmanlık gerektirmeyen faaliyetleri yerine getiren kimselerdir veya hizmetin zaruri personeli olmayan kimselerdir, yani eksiklikleri hizmeti aksatmayacak olan kimselerdir. Fakat bu kimseler ceza kanunu alanında kamu gücünü kullanmaları ve Devlet ile olan bağları dikkate alınarak memur sayılmışlardır.

İdare hukukunda memur sayılmayan kimselere örnekler verirse: “1 - Bir mükellefiyet dolayısıyla ve idarenin celbi üzerine muvakkaten hizmete iştirak edenler;

2 - Serbest bir avukat, hekim, mühendis gibi istisnai ve muvakkat bir surette idareye yardım etmek üzere muvakkaten bir amme hizmetine iştirak edenler;

3 - İşçiler gibi daimi surette ve fakat hizmet kadrosu dışında yardımcı olarak iştirak edenler;

Bütün devlet görevlilerini, TCK bakımından, memur olarak kabul etmek, TCK'nun güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyete aykırı olur. Bir çok suçta, memur sıfatının unsur veya cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmesi, bir yandan Devletin kamu görevine ilişkin memurluk sıfatının kötüye kullanılması ve öte yandan devletin geniş anlamda itibarının zedelenmesi olur. Bu nedenle memur kavramının geniş anlamda kabulü ve basit kamu hizmetlerinin odacı, bekçi, bahçıvan, şoför gibi bunun kapsamı içine alınması, kanunun ruhuna ve maksadına açıkça aykırı düşer.¹²⁶

İdare hukukundaki memur ve ceza kanunu uygulamasındaki memur kavramı arasında bazı farklar bulunmaktadır. Bir kimsenin idare hukukunda memur sayılabilmesi için maaş veya ücret karşılığı idarede sürekli olarak çalışması ve idarenin sabit kadrosuna girmiş olması gerektiği halde¹²⁷, ceza hukukunda memur sayılanların idarede çalışıyor olmaları ve idareye ait bir kadroyu doldurmuş bulunmaları zorunlu değildir. Bir kimsenin ceza hukuku yönünden memur sayılabilmesi için devletin bizzat yapmak zorunda olduğu işlerden birini (kamu görevi) yapıyor olması ve böyle bir işte hukuksal fonksiyon ifa ediyor bulunması yeterlidir.¹²⁸

İdare hukukundaki memur sıfatı ile ceza hukukundaki memur sıfatı kimi zaman aynı kişide birleşir, kimi zaman da ayrılır. Bu durumu üç örnekle açıklarsak:

a) Bir kaymakam veya vergi dairesi müdürü, idarede sürekli olarak maaşla çalışan, idarenin kadro ve dereceleri içinde kaynamış kimseler oldukları için idare hukuku

4 - İmtiyaz sahipleri, müteahhit ve mültezimler gibi akdi bir menfaat mukabilinde, hizmet ifa edenler;
5 - Noterler gibi Devletin daimi teşkilat kadrosu dışında ve serbest bir meslek şeklinde aidat mukabilinde hizmet görenler; Jeze noterleri de memur saymaktadır;

6 - Vilayet ve belediye meclisleri azaları gibi seçim yoluyla muvakkaten amme hizmetine iştirak edenler. Yukarıdaki listede gösterdiğimiz ajanlar birer amme hizmeti ifa etmekle beraber daimi bir hizmet kadrosuna dahil olmadıkları için bu kadronun karşılığı olan maaşı da alamazlar, yoksa maaş almadıkları için memur sıfatını ihraz etmemiş değildirler. Bunların memur sayılmamaları kadro bakımından izah edilmek lazım gelir." aynı, s.1074-1082.

¹²⁶ A. Pulat GÖZÜBÜYÜK, "Türk Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları (TCK. nun 279, 280 ve 281 maddeleri)", AD, S. 1, (Yıl: 61, Ocak 1970), s.7.

¹²⁷ SELÇUK, a.g.m., s.27 vd.

¹²⁸ ŞEKERCİOĞLU, a.g.e., s. 28.

"Ceza yasası yönünden memur, kamu görevi yapan kimsedir: Orman işletme müdürlüğünde şoför olan sanık yaptığı görevin niteliğine göre memur sayılmaz." (CGK 29.5.1995, 155/177); "TCK.'nun 279'ncu maddesi nazara alındığında, imam, hatip, vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları görevler, kamu görevi niteliğinde olmadığından, ceza kanunu uygulamasında memur sayılmazlar." (CGK 5.11.1990, 245/259), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.17.

yönünden, devletin bizzat yerine getirmek zorunluluğunda olduğu işleri (yürütme organını ilçede temsil etmek ve devletin vergisini toplamak) yapan ve hukuksal tasarruf ve eylemde bulunabilen kimseler oldukları için hem idare hukuku hem de ceza hukuku yönünden memurdurlar.

b) Devlete ait kuruluşlar olan kamu iktisadi teşebbüslerinin 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına bağlı olan personeli, kamu hizmetinin sürekli kadrosunda yer alan ve maaşla çalışan kimseler oldukları için idare hukuku yönünden memur oldukları halde bu kuruluşların yaptıkları işler devletin yerine getirmek zorunluluğunda olduğu işlerden (kamu görevi) olmadığı için ceza hukuku yönünden memur sayılmazlar.

c) Milletvekilleri, muhtarlar, tanık, bilirkişi, tercüman, yediemin v.b. gibi kimseler ise idarenin sürekli ve sabit kadrosunda yer almadıkları için idare hukuku yönünden memur olmadıkları halde, yaptıkları iş kamu görevi olduğu için ceza hukuku yönünden memur sayılırlar.

Yukarıda (a) bendinde verilen örneklerde idare hukukundaki ve ceza hukukundaki memur sıfatları aynı kişide birleştiği halde, (b) ve (c) bentlerinde verilen örneklerde ayrılmaktadır.

Sonuç olarak denilebilir ki, TCK uygulaması bakımından “memur” veya “hizmetli” kavramları ile idare hukuku alanındaki memur veya hizmetli kavramları arasında tam bir benzerlik veya bağlantı söz konusu değildir.¹²⁹ Bir başka deyişle, TCK uygulamasındaki memur veya hizmetli, idare hukukundaki anlam ve nitelikte değildir. Bu itibarla TCK bakımından, kimlerin memur veya hizmetli olduğunu araştırma ve tespit amacıyla 1982 Anayasası’nın 128. maddesinden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinden ve hatta bir ceza kanunu olmasına rağmen Askeri Ceza Kanunu’nun 13. maddesinden doğrudan yararlanmak mümkün değildir.¹³⁰

¹²⁹ DÖNMEZER, a.g.e., s.74.

¹³⁰ Bu görüşü paylaşan pek çok yazar vardır: bkz. GÖZÜBÜYÜK, “...Memur ve Hizmetli Kavramları”, s.7.

“Hukukumuzda Ceza Kanununun 279. maddesinden başka memuru tarif eden metinler de vardır. Mesela, 1982 Anayasası’nın 128; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4; Askeri Ceza Kanunu’nun

Yargıtay da “TCK.nun uygulanmasında kimlerin memur olduğu 279/1. maddesinde gösterilmiştir. Ceza kanunundaki memur kavramı ile idare hukuku alanındaki memur kavramı arasında herhangi bir benzerlik ve bağlantı bahse konu değildir....Nitekim ceza uygulamasındaki memur kavramı, alan ve kapsamı bakımlarından idare hukukundaki

13. maddeleri gibi. Ancak bu tarifler ilgili oldukları hukuk dallarında geçerli oldukları için, ceza kanunu uygulamasında esas alınamazlar.” ÖNDER, a.g.e., s.92-93.

“İdare hukukuna göre memur, kendisine bir amme hizmeti tevdi edilen kimse olup, idarenin daimi sabit ve normal kadrosuna girmiş ve bu kadronun dereceleri arasında kaynaşmış olan kimsedir....Halbuki bu şekilde tanımlanan kimselerin tümü Ceza tatbikatında memur sayılmazlar. Bu kimselerden sadece herhangi bir kamu görevini ifa edenler, ceza tatbikatında memur sayılırlar ve bu durumda idare hukuku memur tanımı daha geniş, Ceza Kanunu müstahdem olmayan ve Devlet kadrosuna dahil olmayan ve fakat bir amme vazifesi gören herkesi memur kapsamına aldığından bu son halde de Ceza Kanunundaki ‘Memur’ tanımı, İdare Hukuku memur tanımından daha geniş kapsamlıdır.” Hakkı KAVAS - Hatice KAVAS, “T.C.K.’nunda Memur Kavramı”, AD, S. 6, (Yıl: 76, Kasım-Aralık 1985), s.59.

“TCK’nun 279.’uncu maddesinde tanımlanan memur kavramı ile diğer yasalar ve idare hukuku alanındaki memur kavramı birbirinden farklı olduğu gibi ceza kanunundaki tanım daha dar kapsamlıdır. Yani tüm devlet görevlilerinin ceza kanunu bakımından memur olarak kabul edilmesinin ceza kanununun güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyete aykırı olduğu düşünülmektedir.” Eray UTKU, “Ceza Hukukunda Memur”, AD, S. 8, (Yıl:92, Temmuz 2001), s.165.

“Kamu hizmetlilerinin yargılama yönünden Memurların Yargılanmalarına ilişkin Yasaya bağlı olması başka şey, maddi ceza hukuku yönünden memur sayılması başka şeydir. Bir kuruluş personelinin Memurların Yargılanmalarına İlişkin Yasaya bağlı tutulması onun ceza yasası uygulamasında da memur sayılmasını gerektirmez. Bir kamu hizmetlisinin 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına bağlı olması, onun idare hukuku yönünden memur sayılmasına yeterli ise de, ceza hukuku yönünden memur sayılmasını gerektirmez. İdare hukukunda memur sayılanlar, aldıkları ücret karşılığı idarede sürekli olarak çalışan ve idarenin sürekli ve sabit kadrosuna girmiş ve bu kadronun dereceleri arasında kaynaşmış kimseler oldukları halde, TCY.nın 279. maddesinin 1. fıkrasına göre ceza hukukunda memur ‘kamu görevi’ yapan kimsedir. Bu nedenle, idare hukukunda memur olanların tamamı ceza hukukunda memur sayılmadığı gibi, ceza hukukunda memur olanların bir kısmı idare hukukunda memur sayılmamaktadır.

Devlete ait bu tür kuruluşlarda çalışanların ceza yasası uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle o kuruluşun; devletin varlık amacı (gayesi) çerçevesinde yerine getirmek zorunluluğunda olduğu bir işi (kamu görevi) yapıyor olması gerekir. Yargıtayımızın kimi kararlarında da kabul edildiği gibi, kamu görevi devletin amacı gereği bizzat yerine getirmek zorunluluğunda olduğu işlerdir. Bu görevin en belirgin niteliği zorunlu oluşu, başka bir anlatımla devletin, bu görevi devlet olma niteliğiyle zorunlu olarak yerine getirmek zorunda olmasıdır. Bunlar dışında kalan işler ise kamu görevi değil kamu hizmetidir. TCY.nın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kamu hizmeti yaparlar. Ceza yasası uygulamasında memur sayılmazlar.” (4. CD 14.9.1995, 5141/5683), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.24.

“İdare hukuku açısından memur olan öğretmen müdürü yakınının yaptığı iş kamu görevi olmadığından T.C.Y.nın 279. maddesi uyarınca ceza yasası uygulamasında memur sayılmayacağı gözetilmeden, T.C.Y.nın 482/2. maddesi yerine 266/1. maddesi ile uygulama yapılması yasaya aykırıdır.” (4. CD 30.6.1992, 4413/4920), aynı, s.27.

Erman ise, 279. maddenin kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarını kullandığı ancak bunları tanımlamayıp idare hukukuna zımnen atıfta bulunduğu kanısındadır. bkz. ERMAN, “...Memur”, *SBOD. C. II, S. 3-4*, (1947), s. 243-245.

Çağlayan da; “Ceza Kanunu, amme hizmeti ve amme vazifesi tabirlerini tarif etmemiş ve bu suretle idare hukukuna zımnen atıfta bulunmuştur” görüşündedir. M. Muhtar ÇAĞLAYAN, “Memuriyet Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri”, *İBD, C. XXX, S. 10*, (Ekim 1956), s.227.

memur kavramından çok daha dar anlam ve niteliktedir....” şeklinde karar vererek bu yöndeki görüşünü belirtmiştir.¹³¹

2.5. Memurluk Sifatının Önemi

Türk Ceza Kanunu “memurluk sıfatı”nı da çeşitli yönlerden dikkate almış ve bu sifata hukuki sonuçlar bağlamıştır. Memurluk sıfatı her şeyden önce suç faili olabilme yönünden önemlidir. Bir kısım suçları ancak bu sıfatı taşıyan kimseler işleyebilir.¹³² Devlet idaresine karşı işlenen suçların bir çoğu sadece memurlar tarafından işlenebilen suçlardır (örneğin zimmet, rüşvet, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma gibi).¹³³ Bu durumda memuriyet sıfatı suçun mahiyetini ve suçlunun durumunu tayinde kıstastır. Cezanın esas ölçüsü de yine memuriyet sıfatına göre belirlenir. Burada memurluk sıfatı suçu teşkil eden unsurlardan biridir (örneğin TCK’nun 138. maddesi).¹³⁴

Memurluk sıfatı suçun mağduru olma yönünden de önemlidir. Nitekim bir kısım suçlar, ancak bu sıfatı taşıyan kimselere karşı veya bu kimseler üzerinde işlenebilir. Bu durumda genelde mağdurun memur olması failin cezasını artırıcı bir sebeptir. Örneğin TCK’nun 354. ve devamı maddelerinde yer alan memura karşı şiddet veya tehdit suçlarında, 266. ve devamı maddelerinde öngörülen memura hakaret suçlarında olduğu gibi.

Memurluk sıfatı bazen de cezaya etki eden neden olarak nazara alınmıştır. Örneğin TCK’nun 271, 273, 450 ve 457. maddelerinde mağdurun memur olması, yine TCK’nun 174 ve 251. maddelerinde failin memur olması cezayı ağırlaştıran bir neden sayılmıştır.¹³⁵

¹³¹ (CGK 20.1.1969, 693/17)

¹³² Ayrıntılı bilgi için çalışmamızın Suçların Faili başlığı altında anlatılan “özgü suç” ile ilgili kısmına bkz. s.11-13.

¹³³ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.149.

¹³⁴ BENGÜ, a.g.m., s.124.

¹³⁵ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.149; BENGÜ, a.g.m., s.124; bkz. Doğan SOYASLAN, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, AÜHF, C. VL, S. 1-4, (1996), s.50-51.

İtalyan Ceza Kanunu uygulamasında da kamu görevlisinin, kamu hizmetiyle yükümlü kişinin veya kamunun gereksinimlerine yönelik hizmet sunanların sıfatı, devlet idaresine karşı işlenen suçlarla ilgili olarak, suçun kurucu unsuru veya ağırlaştırıcı sebebidir.

TCK'nun 280. maddesine göre;

a- Failin suçu işledikten sonra, memurluk sıfatını kaybetmiş olması veya suçu işlediği sırada görevini yapmakta bulunmaması, memurluk sıfatına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmaz.¹³⁶

b- 280. madde hükmü, memurluk sıfatının, fail bakımından, suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi sayıldığı hallerde olduğu gibi, mağdurun memurluk sıfatının unsur veya ağırlaştırıcı sebep sayıldığı suçlarda da uygulanır. Buna göre, eskiden memur olan mağdurun, görevliken yapmış olduğu görevden dolayı saldırıya uğraması halinde, failin işlendiği sırada mağdurun memurluk sıfatının bulunmaması, bunun suçun unsuru veya cezayı ağırlaştırıcı sebep sayılmasına engel olmaz. Fail, görevdeki bir memura saldırmışçasına cezalandırılır.

c- Bu madde hükmü Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler için uygulanır. Zira, 280. madde, o başlıktaki cürümlere ilişkin ortak hükümlerdendir.¹³⁷

2.6. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personelinin Cezai Sorumluluğu

KİT'lerin yaptıkları işler devletin amacı gereği yerine getirmek zorunda olduğu işlerden olmadığı için personeli kamu görevi değil kamu hizmeti yapan kimselerdir.¹³⁸ Bu nedenle bunlar (bazı suçlarda memur gibi cezalandırılabilirler de) TCK'nun 279. maddesi karşısında memur sayılmazlar.¹³⁹ Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu görmekteyiz.¹⁴⁰

Devlet idaresine karşı işlenen suçlar, devlet idaresini korumak veya kamu hizmetiyle yükümlü ve kamunun gereksinimlerine yönelik hizmet sunan kimselerin görevlerini suistimal etmeleri veya yetki sınırlarını aşmalarını engellemek veya bu kimseleri niteliklerinden kaynaklanan saldırılara karşı korumak amacıyla ihdas edilmiştir. MANZINI, a.g.e., s.5; İCK memurluk sıfatının yanında kamu hizmetiyle yükümlü veya kamunun gereksinimlerine yönelik hizmet sunan sıfatını suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak dikkate almaktadır. bkz. MAGGIORE, ... Parte Speciale, s.124.

¹³⁶ GÖZÜBÜYÜK, "...Memur ve Hizmetli Kavramları", s.10.

"Suç failinde memurluk sıfatının sonradan kalkmasının suça etkisi yoktur." (CGK 17.2.1986, 431/2901), MALKOÇ, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", (1993), s.21.

¹³⁷ GÖZÜBÜYÜK, "...Memur ve Hizmetli Kavramları", s.10.

¹³⁸ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.149; ÇETİN, KİT Personeli..., s.14.

¹³⁹ ERMAN, "... Memur", s.262.

¹⁴⁰ Kamu iktisadi teşekküllerinde çalışanların memur sayılamayacaklarını Yargıtay, içtihadı birleştirme kararı ile kabul etmiştir.

KİT personelinin ceza kanunu uygulamasında memur olamadıklarını dikkate alan kanun ve kanun hükmünde kararname koyucu, KİT'lerle ilgili olan ve özellikle 1983 yılından sonra sık sık değiştirilen kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin ilgili maddelerine personelin “kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde gösterilen değerler üzerinde işledikleri suçlarda” memurlar gibi cezalandırılacaklarına ilişkin hükümler koyma gereği duymuştur: Sırasıyla 3460 sayılı Kanun’un 43. maddesi, 440 sayılı Kanun’un 33. maddesi, 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ve bu Kararnamenin kaldırılmış şekli olan 2929 sayılı Kanun’un 49. maddesinde olduğu gibi. Ancak birbirini izleyen bu hükümler sayesinde ki aslında TCK’nun 279. maddesi anlamında memur olmayan KİT personelinin sadece bu anlamda memur sayılanlar tarafından işlenebilen zimmet, irtikâp, rüşvet alma, görevi ihmal ve kötüye kullanma gibi memur suçlarını işleyebilmeleri ve memur gibi cezalandırılabilimleri mümkün olabilmektedir.¹⁴¹

1930’lu yıllardan 1964 yılına kadar kamu iktisadi teşebbüslerinin çoğunluğunun özel kuruluş yasaları vardı ve bu teşebbüsler personelinin hangi halde memurlar gibi cezalandırılacağı bu yasalardaki hükümlerle, kuruluş yasası bulunmayan teşebbüsler için ise 4.7.1938 tarihinde yürürlüğe giren 3460 sayılı yasanın 43. maddesindeki kurala

“1. Devlet İktisadi Teşekküllerinin faaliyet ve çalışma elemanlarının Devlet memuru sıfatını haiz olamayacaklarına, ...” (İçt. Bir. Kar. 28.3.1945, 1/6), Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C.2, Ankara (1980), s.395.

Yargıtay yeni kararlarında, özel kuruluş Kanunu bulunan kuruluşlardaki görevlilerin, Kanunda gösterilen haller dışında memur sayılamayacaklarına yerinde olarak karar vermiştir: “Görevlerini ihmalen sanıklar...5590 sayılı Yasanın 81. maddesinde Ticaret Borsası Yönetim Kurulu Başkan ve Üyelerinin ancak ‘Birlik paralarıyla, para hükmündeki evrak, senet ve sair malları aleyhine suç işledikleri ve bilanço, zabıtname, rapor ve diğer her çeşit kağıt ve defter üzerinde değişiklik yaptıkları takdirde ceza uygulamasında memur sayılacakları belirlendiği halde, sanıkların eylemlerinin bu suçların dışında kaldığı ve TCK.nun 256. maddesine uyan ‘mahkeme tarafından adli işlemler dolayısıyla verilen bir emri dinlememek’ten ibaret bulunduğu gözetilmeden yazılı maddeyle ceza tayini...”, (4.CD 1.11.1983, 5009/5378), YKD, S. 1, (1984), s.125.

“Bu kuruluşlarda çalışanların rüşvetle ilgili suçlar dışında ancak müessesenin mallarına karşı veya belge ve defterler üzerinde işledikleri görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarından dolayı (Kuruluşların özel yasalarında hüküm yoksa) devlet memurları gibi sorumlu tutulmayacaklardır. O halde henüz kuruluş yasası bulunmayan ve sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olması nedeni ile İktisadi Devlet Teşekkülü kabul edilen...Sanayi T.A.O.’lığı Genel Müdürlüğün olayımızda devlet memuru ve eylemini de TCK.nun 240. maddesine uyan nitelikte bir suç kabul etmeye olanak yoktur.” (CGK. 8.6.1981, 4-150/223), YKD, S. 9, (1981), s.1195 vd.

“Kamu iktisadi kuruluşu olan PTT işletme müdürü yakınının ceza yasası uygulamasında memur sayılmayacağı...”(4.CD 27.5.1997, 4280/4401), YDün., S. 27, (Mart 1998), s.128.

“Bir kamu iktisadi teşebbüsü olan tekel idaresinde ambar memuru olan yakınının kendisine karşı işlenen suçta ceza uygulamasında memur sayılmayacağı gözetilmeden, yakınıncıya söven sanık hakkında TCY.nın 482/3. maddesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 19.10.1994, 5370/8403), ÇETİN, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...”, s.55.

¹⁴¹ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.150.

göre (...kurumun parası, malı, para hükmündeki evrak ve senetleri üzerinde suç işledikleri takdirde memurlar gibi cezalandırılacağı...kuralına göre) belirleniyordu.¹⁴²

Bu hüküm 440 sayılı yasanın 66. maddesiyle yürürlükten kaldırılarak “KİT personelinin bağlı bulunduğu kurumun parası, para hükmündeki evrak ve senetleri ve diğer mevcutları üzerinde işlediği suçlarda” memur sayan hüküm getirilmiştir.¹⁴³

21.05.1983 tarih ve 60 sayılı KHK ile tüm KİT’ler aynı çatı altında toplandılar. Bu KHK 20.10.1983 tarih ve 2929 sayı ile yasalaştı.¹⁴⁴

Ancak 2929 sayılı Kanunu tümüyle yürürlükten kaldıran 18.6.1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile KİT personelinin TCK uygulamasında memur sayılmaları ve bunların memur suçlarını işleyebilmeleri, dolayısıyla memur gibi cezalandırılabilmesi imkânsız hale gelmişti. Nitekim söz konusu Kararname 46. maddesinde KİT personelinin bazı fillerden dolayı memur gibi cezalandırılacaklarını öngördükten sonra, Anayasa’nın 91. maddesine uygun olarak, 64. maddesinde “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 46 ncı maddesinin ceza hükümleri, “bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kanunlaştığı tarihte ...yürürlüğe girer” hükmünü koymuştu.¹⁴⁵

Aynı şekilde 233 sayılı Kararnameyi değiştiren 5.1.1988 tarihli ve 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi 233 sayılı Kararnamenin 46. maddesindeki ceza hükmünü aynı Kararnamenin 47. maddesine aldıktan ve KİT personeline “TCK’nun ikinci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler”in uygulanacağını öngördükten sonra 17. maddesinde, aynen 233 sayılı Kararnamenin 64. maddesinde

¹⁴² Nitekim; Yargıtay içtihadı birleştirme genel kurulunun 28.3.1945 tarih ve 1/6 sayılı kararla KİT personelinin ancak işletmeyi zarara sokacak davranışlarında TCK 240. maddeye göre suç işlemiş bulunacakları ilkesini kabul etmiştir. DÖNMEZER, a.g.e., s.148.

“İktisadi Devlet Teşekkülleri memur ve hizmetlilerinin vazifeyi ihmal suçlarının 3460 sayılı kanunun 43. maddesi şumulüne dahil olmakla beraber haklarında memurun muhakemat kanununun hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur. (İçt.Bir.Kar. 28.3.1945, 1/6), KAVAS - KAVAS, a.g.m., s.62.

¹⁴³ ÇETİN, KİT Personeli..., s.15.

¹⁴⁴ UTKU, a.g.m., s.173.

¹⁴⁵ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.150.

olduğu gibi “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin Ceza hükümleri, kanunlaştığı tarihte yürürlüğe girer” hükmüne yer vermişti.¹⁴⁶

KİT personelinin cezaî sorumluluğunu yeniden düzenleyen 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde, 233 sayılı Kararnamenin 308 sayılı kararname ile değişik 47. maddesindeki hüküm aynen tekrar edildikten sonra 60. maddesinde yine “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ceza...hükümleri kanunlaştığı tarihte... yürürlüğe girer” denilmekteydi. Anayasa Mahkemesi 4.4.1991 gün ve E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararı ile, Kararnamenin esasen yürürlükte olmayan bu hükümlerini iptal etmiştir.¹⁴⁷

Bunun üzerine 11.2.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı Kanun ile Kamu İktisadî Teşebbüslerinin, işçiler dışındaki personelinin cezai sorumluluğunu belirlemek için 399 sayılı Kararnamenin 11. maddesine (b) ve (c) bentleri eklenmiştir. 11. maddenin (b) bendinde “Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk ceza kanununun 2.nci kitap, üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır”, (c) bendinde ise “Görevlerini yaptıkları sırada öğrendikleri gizli bilgileri, görevden ayrılmış olsalar bile, yetkili amirin izni olmadan açıklayamazlar. Aksi halde haklarında TCK’nun 229.uncu maddesi hükümleri uygulanır” denilmektedir. Böylece KİT personeli yalnız bağlı oldukları kuruluşlara karşı işledikleri suçlarda değil, bunları ve

¹⁴⁶ aynı, s.150.

¹⁴⁷ aynı, s.151.

KİT personelinin 3771 sayılı yasadan önceki ceza sorumluluğunu ortaya koyabilmek için 399 sayılı YHK.nin 11. maddesinin Anayasa Mahkemesi iptal kararından önceki biçimini incelersek: Personelin memurlar gibi cezalandırılabilmesi için işlenen suçun Türk Ceza Yasasının ikinci kitap üçüncü (m. 202-281) ve altıncı (m. 316-368) bablarında yazılı suçlardan olması ve bu suçların, bağlı olduğu teşebbüs veya bağlı ortaklığın parası, malları, belge ve defterleri üzerinde işlenmiş bulunması gerekir. Bu bablarda yazılı memur suçlarının birçoğunu kuruluşların parası, mal varlığı, belge ve defterleri üzerinde işlenmesine olanak bulunmayan suçlar oluşturduğundan, 3771 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce KİT personeli sınırlı sayıda suçta memurlar gibi cezalandırılabiliyordu.

bunlar dışında kalan birçok suçu da kapsar biçimde “yaptıkları görevden doğan bütün suçlardan dolayı” memurlar gibi cezalandırılabilir duruma gelmiştir.¹⁴⁸

Bu hükümlerde karmaşık ifadelere ve gereksiz açıklamalara yer verilmiştir.¹⁴⁹ Ancak ceza yasası uygulamasında memur sayılmadıklarından 3771 sayılı Yasadan sonra dahi KİT personeli yerine getirdiği görevden doğmayan, yalnızca “görev sırasında işledikleri suçlarda” memurlar gibi cezalandırılmadıkları gibi, “kendilerine karşı işlenen suçlarda da” memur sayılmazlar ve yaptıkları görevden doğmayan “görev sırasında işledikleri suçlar” nedeniyle haklarında TCK’nun 251. maddesi uygulanamaz.

27.11.1994 tarihinde yürürlüğe giren 4046 sayılı Özelleştirme Yasasına konan bir hükümle de, “özelleştirme programına alınan kuruluşlar personeli TCK’nun 279. maddesi kapsamında memur sayılarak” görev sırasında işledikleri suçlarda memur sayılmalarına yol açacak biçimde sorumluluklarının kapsamı daha da genişletilmiştir.¹⁵⁰

4046 sayılı Yasanın 7. maddesinin son fıkrası şu şekildedir:

KİT’lerde çalışan personel ile sözleşmeli olarak çalıştırılan personel;

1-Ceza Yasamızın 279. maddesinde yazılı memurlardan sayılacak,

¹⁴⁸ “T. C. Y’nin 240. maddesindeki suçu ceza uygulamasında memur sayılmayan, ya da memurlar gibi cezalandırılmayan kimseler işleyemez. KİT personeli olan sanığa görevine girmeyen her işi yapacağını söyleyip iş sahibinden para alma dolandırıcılık suçu oluşturur.

T. C. Yasasının 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için sanığın ceza yasası uygulamasında memur sayılan ya da özel yasalardaki hükümler uyarınca belirli eylemleri nedeniyle memurlar gibi cezalandırılabilen kimselerden olması gerekir. Bir kamu iktisadi teşebbüsü olan TEDAŞ görevlisi bulunan sanık 399 sayılı KHK’nin 11. maddesinin 3771 sayılı Yasa ile değişik b fıkrası uyarınca yaptıkları görevden doğan suçlarında memurlar gibi cezalandırılabilirse de; abone olmak isteyen mağdurdan abone dilekçesi alıp, işlemi yaptırmama eyleminin görev ve yetkisi içinde bulunmadığının saptanmış olması karşısında, bu eylemi nedeniyle memurlar gibi cezalandırılmayacağı ve eyleminin kanıtlanması durumunda ağır ceza mahkemesinin görevine giren T. C. Yasasının 504/3, 522, 523 maddelerine uyan suç oluşturabileceği gözetilmeden, olayda öğeleri bulunmayan görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 22.2.2000, 870/1283), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.744.

¹⁴⁹ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.151.

3771 sayılı Yasa yürürlüğe girinceye kadar kamu iktisadi teşebbüsleri personelinin memurlar gibi cezalandırılacakları suçlar, “bağlı bulunduğu teşebbüsün parası, malları ve başka varlıkları üzerine işlediği suçlarla” sınırlı iken 13.2.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı yasa yukarıdakilere ek olarak “yaptıkları görevden doğan suçlarda da” memurlar gibi cezalandırılacakları bildirilerek sorumlulukları genişletilmiştir.

¹⁵⁰ “4046 sayılı Özelleştirme Yasası ‘özelleştirme programına alınan kuruluşlar personeli TCK’nın 279. maddesi kapsamında memur sayarak’ bu kapsamı daha da genişletmiştir” ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.36.

2-Özelleştirmenin paralarına, para hükmündeki evrak ve senetlerine ve mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlarda, ve

3-Yaptıkları görevden doğan suçlarda da memurlar gibi cezalandırılacaktır.

Bir kamu iktisadi teşebbüsü personelinin 4046 sayılı Yasanın 7/son madde ve son fıkrası uyarınca ceza yasası uygulamasında memur sayılabilmesi için öncelikle bu kimsenin bağlı olduğu teşebbüs, müessese veya bağlı ortaklığın özelleştirme programına alınmış olması gerekir.

“Yasa, yalnız özelleştirme programına alınmış kuruluşların personeli için hüküm koymuş, bu program dışında kalanlar için yeni bir düzenleme getirmemiş olduğundan, özelleştirme programı dışında kalan teşebbüslerin personelinin eski statülerinde bırakıldığı ve bunların 399 sayılı YHK.nin 1. maddesinin 3771 sayılı Yasa ile düzenlenen (b) fıkrası hükmüne bağlı olmaya devam edecekleri anlaşılmaktadır.

Bu durumda, özelleştirme programına alınmamış olan KİT’lerdeki personel, 399 sayılı YHK.nin 11. maddesinin 3771 sayılı Yasa ile düzenlenen (b) fıkrası uyarınca ancak, “bağlı oldukları kuruluşların parası, malları ve başka varlıkları üzerine işledikleri suçlarla, yaptıkları görevden doğan” suçlarda memurlar gibi cezalandırılabilirler ve “görev sırasında” işledikleri suçlarla “kendilerine karşı işlenen” suçlardan memur sayılmadıkları halde, özelleştirme programına alınmış olan KİT’lerdeki personel 4046 sayılı Yasa’nın 7/son maddesindeki bu hüküm nedeniyle “görev sırasındakiler de dahil, işledikleri bütün suçlarda” ve “kendilerine karşı işlenen suçlarda” memur sayılacaklardır.”¹⁵¹

Görülüyor ki bu düzenleme KİT personelinin sadece görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı memur sayıp daha ağır şekilde cezalandırmakta, buna karşılık görevleri nedeniyle veya görevleri sırasında söz konusu personele karşı işlenen suçları memura karşı işlenmiş kabul etmemekte, dolayısıyla bu kişileri memur gibi

¹⁵¹ ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.46.

Ancak bu gün hâlâ özel yasaları olan kuruluşlar için bu özel yasa hükümlerinin uygulanmakta olduğunu da unutmamalıyız: “Görevde yetkiyi kötüye kullanmaktan sanık M.A.K. hakkında TCY’nin 240 ve 657 sayılı yasanın 4. ve 6. maddeleri uygulanmış, yapılan temyiz incelemesinde ‘5590 sayılı yasanın 81. maddesine göre A.ticaret borsası yönetim kurulu başkanı olan sanığın ancak birlik paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair malları aleyhine suç işlediği ve bilanço, tutanak, rapor ve diğer her çeşit kağıt ve defterleri üzerinde değişiklik yaptığı takdirde memurlar gibi cezalandırılabilceği, sanığa yükletilen görevden alınan bir personelle ilgili idare mahkemesi kararını uygulamama eylemi nedeniyle memurlar gibi cezalandırılmayacağı gözetilmeden’...hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırı...” (4.CD 3.4.1996, 2019/3040), YDün., S. 5, (Mayıs 1996), s.115.

korumamaktadır.¹⁵² Ne var ki, KİT personelinin memur gibi cezalandırılmasını gerektiren nedenler, bunların memur gibi korunmasını da gerektirir. Bütün bu karışıklıkları ve sakıncaları gidermek için “Teşebbüsler ve bağlı ortaklıkların, işçiler dışında kalan, her çeşit personeli Ceza Kanunu uygulamasında memur sayılır” şeklinde bir hüküm koymak yeterlidir.¹⁵³

3. FİİLİN GÖREVLE İLGİLİ OLMASI

Memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümlerindeki üçüncü ortak unsur ise, memurun kanunen yerine getirmek zorunda olduğu bir görevinin bulunması ve görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçunu meydana getirebilecek fiilin bu göreve ilişkin olmasıdır.¹⁵⁴ Memurlara görev yükleyen mevzuat çok çeşitlidir¹⁵⁵ ve bundan dolayı da saptanması oldukça güçtür. Bununla beraber, bu kimseler önce bağlı bulundukları teşkilatın kuruluş ve görevleri ile ilgili yasal düzenlemelerden sorumludurlar. Bunun dışında, her yasal düzenleme beraberinde yeni görev ve hizmetler öngördüğünden, bazı memurlara yükümlülükler getirir.¹⁵⁶ Yani görevin esasları, kanun, tüzük, yönetmelik ve sirkülere bakılarak tayin edilecektir.¹⁵⁷

Memurların görevleri ile ilgili en genel ve geniş düzenlemeyi, Devlet Memurları Kanunu getirmiştir. Buna göre, devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar çerçevesinde hareket ederler. Amiri oldukları kuruluş ve hizmet

¹⁵² CGK’nun 14.05.1990 tarih ve 100/124 sayılı kararında ve 28.03.1945 sayılı İkt.Bir.Kar.’nda KİT personelinin kurum aleyhinde işledikleri suçlardan dolayı TCK 202-281 ve 308-316 maddeleri gereğince cezalandırılacakları ancak Devlet memuru sıfatına haiz olmayan bu kişiler hakkında yargılama yöntemi yönünden KİT personelinin kurul veya kişiler aleyhine işledikleri suçlardan dolayı memurların yargılanmasına ilişkin olan kanun hükümlerinin tatbik olunamayacağı belirtilmiştir. UTKU, a.g.m., s.174.

¹⁵³ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.152.

¹⁵⁴ MAGGIORE, ... Parte Speciale, s.161; Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için yasaya aykırı bir biçimde yapılan işin memurun yasal görevi olması gerekir. “Cezaevindeki bir tutuklunun yakınından tutukluyla verilmek üzere para almanın infaz koruma memurunun görevi içinde olmaması nedeniyle eylemin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına”, karar verilmiştir. (4. CD 3.7.1991, 3257/4429), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.700-701.

¹⁵⁵ Bu mevzuata birkaç örnek vererek: 1580 sayılı Belediye Kanunu, 5542 sayılı İller İdaresi Kanunu, 4664 sayılı Adli Sicil Kanunu, 766 sayılı Tapulama Kanunu, 2644 sayılı Tapu Kanunu, 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, 7201 sayılı Tebligat Kanunu, 442 sayılı Köy Kanunu vb.

¹⁵⁶ “Belediye katibi, evlenme memuru vekili olan maznunun, umumi hıfzısıhha kanunu ile nizamname hükmünce aramak mükellefiyetinde bulunduğu sıhhi şeraitin mevcut olup olmadığını tahkik etmeksizin nikahı akdetmiş olması” Türk Ceza Kanununun 230 uncu maddesinin tatbikini gerektiren vazifeyi ihmal suçu sayılmıştır. (3. CD 14.6.1938, 2457/4212), ÇAĞLAYAN, “... İhmal ve Sui-istimal Cürümleri”, s.280.

¹⁵⁷ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.256.

birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz yapmaktan sorumludurlar.¹⁵⁸ Ast durumundaki memurlar da, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uyarlar ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirirler.¹⁵⁹ Eğer memurun yasal olarak yerine getirmek zorunda olduğu bir görevi yoksa mutlak yetkisizlik nedeniyle görevi ihmal ve kötüye kullanma cürümlerinden de bahsedemeyiz.

Yargıtay değişik kararlarında memurun fiilinin memurlarca işlenebilecek bir suçta meydana getirebilmesi için görevi ile ilgili olması gerektiğini belirtmiştir: "...sanığın yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı davranışlarla imtihan kazandı belgesi vermesi görevi kötüye kullanma suçunu" oluşturur¹⁶⁰, "muhtar meskende arama yapamayacağına göre, muhtarın zorla eve girip arama yapması, vazifeyi suistimal suçunu değil, mesken masuniyetini ihlâl suçunu teşkil eder"¹⁶¹, "...kendisine yasa ile verilmiş bir görevi bulunmayan ve CK.'nın uygulanmasında memur sayılmayan köy katibi hakkında görevi kötüye kullanmaktan ceza verilmesi doğru değildir"¹⁶², "Sanık Jandarma Komutanının karşılığı olup olmadığını araştırıp, varsa çekmek üzere aldığı ve tahsil ettiği çekin bedelini ödemekten ibaret eyleminde, yasal görevi ile ilgili bir işlemin söz konusu olmaması karşısında, eylemin TCY'nın 240. maddesine değil 508. maddesine" uyar.¹⁶³

Burada görevle ilgili şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır; memura kendisi veya yakınları aleyhine bir görev verilebilir mi?

Sorunu çözümleyebilmek için Anayasa ve CMUK'ndaki hükümleri incelemek gerekir. Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrası "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklindedir. CMUK'nun 135. maddesinde de "İsnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir." denilmektedir. CMUK'nun

¹⁵⁸ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 10 (1.5.1982 gün ve 2670 sayılı kanunun 3. maddesi ile değişik).

¹⁵⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 11 (2670 sayılı kanunun 4. maddesi ile değişik).

¹⁶⁰ (6.CD 31.3.1983, 1016/2703), YKD, S. 12, (1983), s.1810.

¹⁶¹ (4.CD 6.3.1956, 17611/2704), TİK, C.II, (1956), s.431.

¹⁶² (4.CD 2.2.1976, 442/494), YKD, S. 5, (1976), s.756.

¹⁶³ (4.CD 3.3.1993, 248/1656), İZBD, S. 1, (Ocak 1993, Yıl: 58), s.20.

47. maddesinde de tanıklıktan çekinme hallerini göstermekle ve 69.maddesinde tanıklıktan çekinmeyi gösteren hallerde bilirkişilikten de çekinilebileceğini hüküm altına almaktadır.¹⁶⁴

Bu hükümlerden, sanık tanık ve bilirkişinin kendisini veya Kanunda gösterilen bir yakınını suçlamaya varan veya suçlu kılacak bir beyana zorlanamayacağı sonucu çıkmasına rağmen; Anayasamızda memura kendisi veya yakınları aleyhine bir görev verilemeyeceğine ilişkin bir hüküm yoktur.¹⁶⁵

Yargıtay bu konuda değişik yönde kararlar vermiştir. Yargıtay'ın ilk kararları, memura kendisi veya yakınları aleyhine görev verilemeyeceği şeklindeydi; "İcra dairesinden yazılan yazı üzerine şahsi borcu için maaşından kesinti yapmayan muhasebe memurunun fiili suç teşkil etmez."¹⁶⁶

Yargıtay CGK 22.6.1953 tarihli kararıyla: "... mevzuata göre bir memura kendi aleyhine vazife tahmil edilemeyeceğine dair bir hüküm olmadığı gibi, tatbikat ve maslahat da böyle bir yol açılmasına müsait bulunmamıştır. Binanaleyh, bir memura kendi şahsı aleyhine de vazife tahmil edilebileceği düşünce ve kanaatine varılmıştır..." şeklinde, bir memura kendisi veya yakınları aleyhine de görev verilebileceği görüşünü benimsemiştir.¹⁶⁷

Yargıtay 4.CD, 9.10.1970 tarihli kararında; "Hiç bir memurun, kendi aleyhine muamele tayini için vazifelendirilmesine kanunen imkân ve cevaz bulunmamasına binaen buna müas olayların suç sayılmaması gerekir"¹⁶⁸ diyerek eski görüşüne dönmüştür.

Fakat Yargıtay CGK, 25.12.1972 tarihli kararıyla ; "bir memura kendi aleyhine görev yaptırılmayacağını kabule elverişli bir hükme yasalarımızda yer verilmiş

¹⁶⁴ DEMİRBAŞ a.g.m., s.257.

¹⁶⁵ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.257.

¹⁶⁶ (4.CD 16.2.1953, 12261/12160), TİK, C.7, (1953), s.497; aynı yönde bir başka karar, (4.CD 16.9.1949, 11009/11884), TİK, C.6, (1952), s.1418.

¹⁶⁷ (CGK. 22.3.1953, 4-77/111), DEMİRBAŞ, a.g.m., s.258.

¹⁶⁸ (4.CD 9.10.1970, 5643/6658), İKİD, 1971, S. 121, s.75.

değildir. Uygulamada böyle bir anlayışa yol açılması kamu yararı ve kamu düzeni ilkeleri ile esasen bağdaşmaz...”¹⁶⁹ diyerek, 22.6.1953 tarihli görüşünü tekrar benimsediğini belirtmiştir.

Bize göre de Yargıtay’ın bu son kararı yerindedir. Çünkü, kamu görevi her koşulda subjektif duygulardan uzak olarak yerine getirilmeyi gerektirir; bu husus devletin görevlerinin düzenli olarak yerine getirilebilmesi için zorunludur. Kaldı ki, Anayasamızda ve kanunlarımızda memura kendisi veya yakınları aleyhine görev verilemeyeceğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, memur, görevine başlarken memuriyetinin gerektirdiği herşeyi yapmayı da kabul etmiştir.¹⁷⁰

¹⁶⁹ (CGK 25.12.1972, 4-164/522), DEMİRBAŞ, a.g.m., s.258.

¹⁷⁰ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.258.

İKİNCİ BÖLÜM

GÖREVİ İHMAL (SAVSAMA) CÜRMÜ

(TCK’NUN 230. MADDESİ)

1. GENEL OLARAK

TCK’nun 12.6.1979 tarih ve 2248 sayılı kanunla¹⁷¹ değişik 230. maddesine göre; “hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır”.¹⁷²

¹⁷¹ Madde metninin değişiklikten önceki hali şöyle idi: “Her ne vesile ile olursa olsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi eden veya amirinin kanuna göre verdiği emirleri makbul bir sebep olmaksızın yapmayan memur, ...liradan ... liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.

Bu ihmal ve terahiden veya amirin kanuni emirlerini yapmamış olmaktan Devletçe bir mazarrat husule gelmiş ise, derecesine göre hapis cezasıyla birlikte (ceza artırılır), müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası dahi hükmolunur.

Her iki surette memurun terahisinden veya verilen emri yapmamasından efratça bir türlü zarar hasıl olmuş ise, o da başkaca ödettilir.”

¹⁷² 1889 tarihli İCK’nun göre 178. madde hükmü şöyleydi: “Kamu görevlisi, herhangi bir nedenle görevini yapmaz veya reddederse elli lireden binbeşyüz lirete kadar para cezasıyla cezalandırılır.

Eğer cürüm üç veya daha fazla kişi tarafından iştirakle işlenirse para cezası ... kadardır.

Eğer kamu görevlisi adliye memurlarından ise, haklarında özel hukuk davasının açılabilceği şartlar gerçekleştiğinde ihmal ve reddetmenin varlığından söz edilir.”

İCK’nun 178. maddesinde öngörülen suçun faili adliye memurlarından ise, ancak bu suçtan zarar gören şahsın hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilmesi için gerekli olan şartlar gerçekleştiği zaman cezalandırılabilceği öngörülmektedir. Bu hüküm TCK’nun 231. maddesine karşılık gelmektedir. Failin herhangi bir memur olmayıp da bir hakim olması ve hakimlerin görevlerine giren bir işlemi yapmaması veya geç yapması halinde 231. madde uygulanır ve ancak hakim hakkında hakkı yerine getirmekten çekinme sebebiyle tazminat davası açılmasının mümkün bulunması şartıyla fiil suç teşkil eder.

Kanunumuz sadece "hakim" demekle yetinmiş, kaynak kanunun yaptığı gibi “yargı organına mensup bir memur” deyimini veya Yeni İCK’nda yer alan “hakim veya savcılık makamına mensup memur” tabirlerini kullanmamıştır. Bu itibarla "hakim" statüsünde bulunmayan bir kimse, yargı organının içinde bir görev yapsa dahi, 231. maddenin faili olamaz ve hakkında 230. madde hükmü uygulanır.

Failin asker kişi veya zabita görevlisi olması halinde ise 234. madde uygulanır. ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.156.

“Mehaz kanuna göre zabita memurları veya rütbe göz önüne alınmaksızın alelittlik asker tarafından ait olduğu merciinden gelen emirleri infazdan kaçınma veya usule aykırı geciktirme cürümleri 179. madde (TCK 234. madde) ile, bu fiillerin asker veya zabita memuru olmayan memurlar tarafından işlenmesi halinde bizim 230. maddenin kaynağını oluşturan 178. madde uygulanır.” MAJNO, a.g.e., s.187.

12.05.2004 tarihi itibarıyla Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metne göre, 259. madde içerisinde görevi kötüye kullanma başlığı adı altında görevi ihmale ilişkin davranışlar da hükme bağlanmıştır.

Bu suçla devlet idaresinin düzenli bir biçimde işlemesi garanti altına alınmak istenmektedir. Dolayısıyla bu suçun hukuki konusu, kamusal görevlerin (yasama gücüne ait olanlar hariç) düzenli ve etkili bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaattir.¹⁷³

Söz konusu suç tamamen genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Bu nedenle 230. maddedeki hükmün uygulanabilmesi için görevi ihmal ve geciktirme ve buyruğu yapmama özel bir hükümle düzenlenmemiş olmalıdır. Şu halde kanunun ayrıca öngördüğü görevi ihmal ve geciktirme veya buyruğu yapmama fiilleri¹⁷⁴, belirlenen ceza daha az olsa bile, özel hükme göre cezalandırılır.¹⁷⁵ Ancak uygulamada görevi ihmal ile diğer suçların ayırımının her zaman doğru bir şekilde tespit edilemediğini görüyoruz.¹⁷⁶

Tasarıya göre “Görevi 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 kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Tasarıya göre görevi ihmal cürmü artık ortadan kalkmış olacak görevi ihmal niteliğindeki davranışlar kanunun özel bir hükmünde ayrıca cezalandırılmıyorsa görevi kötüye kullanma olarak adlandırılacaktır.

¹⁷³ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.180; Ayrıntılı bilgi için “ortak hükümler” bölümüne bkz. s.6-10.

¹⁷⁴ Mesela kanunun yapılmasını emrettiği şeyin yapılmaması için rüşvet alma ve vermede olduğu gibi (TCK m.212); “Bir kimsenin kanunsuz olarak hapsolunduğunu haber alan memur o kimsenin tahliyesi için icap eden muameleyi yapmayı veya selahiyetli merciye bildirmeyi red veya ihmal veya tehir ederse” TCK.nun 185. maddesiyle cezalandırılır.

¹⁷⁵ EREM -TOROSLU, a.g.e., s.180; MANZINI, a.g.e., s.280-281.

¹⁷⁶ “...Belediye tahsildarı olan sanığın görevi gereği elektrik ve su paralarını abonelerden topladığı halde yönetmelikte öngörülen süre içinde vezneye yatırmadığı ve tanık Belediye Başkanının ikazı üzerine o anda topladığı parayı teslim ettiği ve paranın emanete alındığı, 25 günlük gecikme sırasında paranın sanık tarafından kişisel çıkarına sarfedildiği hususunda hiçbir kanıt bulunmadığı, böylece haksız temellük’ün saptanamadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla eylemin görevi savsaklama yerine zimmet biçiminde nitelendirilerek yazılı şekilde (202/1 son, 80) hükme varılması yasaya aykırıdır.” (5. CD 27.5.1986, 5622/2098), Vural SAVAŞ – Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, (Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995), s.2055.

“...Kooperatife ait depoda saptanan ve temellük kastına dayanmayan açığın kayıtların düzensizliği ve yetersiz tutulması sonucu meydana geldiği anlaşılmış bulunması karşısında sanık V.’nin eyleminin görevi ihmal suçunu oluşturduğu” (5. CD 15.1.1987, 4674/96), MALKOÇ, “Görevi İhmal Suçu”, *TBB*, S.1, (1994, Yıl:7), s.39.

“...Umumi Hıfzısıhha Kanununun 282. maddesinin muhtarlar hakkında uygulanması sırasında, muhtarlara, diğer kanunların tahmil eylediği mecburiyeti yapmamalarından dolayı verilen cezaların nev’i ve miktarı ile mukayese yaparak ona göre 282. maddeye tatbik şekli verilmesine cevaz olmayacağına ve esasen Dördüncü Ceza Dairesi Başkanlığının müzekkeresinde bahsi geçen ve mevzuları tamamen ayrı bulunan Nüfus Kanununun ve gerek gizli nüfusların yazımı hakkındaki 2576 sayılı Kanunun ihtilaf konusu olan Umumi Hıfzısıhha Kanununun 220. maddesiyle ilgileri bulunmadığından Üçüncü Ceza Dairesinin kararında belirtilmiş olduğu gibi sözü geçen Umumi Hıfzısıhha Kanununun 220. maddesinin;

2. MADDİ UNSUR

Bilindiği gibi bütün suçların maddi unsurunun oluşması için her şeyden önce icrai veya ihmali bir harekete ihtiyaç vardır. Bunlar olmadan suç düşünülemez, çünkü kanunun bir emrinin ihlali olarak suç, bir insan davranışını gerektirir.¹⁷⁷ İnsan davranışı suçun maddi unsurunun oluşması için yeterli olmayabilir. Kanunun gerekli gördüğü hallerde sonuç da aranır, bir başka deyişle failin dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi gerekir. Örneğin adam öldürme suçunda bir insanın ölmesi gibi. Davranış ve sonuç iki farklı, ancak birbirinden bağımsız olmayan kavramdır. Aralarında bir bağlantı yani nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁷⁸

Görevi ihmal suçu, görevin gereği olan işlemi hiç yapmamak, belirli biçimde yapmamak veya geç yapmak şekillerinden biriyle işlenebilir.¹⁷⁹ Gerçekten görevi

Ölüm vukuatını ihbar etmek hususunda yüklediği mecburiyeti haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmeyen muhtarlar hakkında bu Kanunun 282. maddesi yoluyla Türk Ceza Kanununun 230. maddesinin uygulanması gerektiğine ve mezkur 282. maddenin Türk Ceza Kanunu itibarıyla daha ağır cezayı istilzam eden suçlar hakkında uygulanma kabiliyeti bulunmadığına ... karar verildi.” (İçt. Bir. Kar., 16.4.1974, 21/12), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2040.

“Görev nedeniyle öğrenilen kamu adına kovuşturulması gereken suçu bildirmeme T.C.Y.’nin 235. kuşku ölüm olayını C. Savcılığına bildirmeme aynı yasanın 230. maddesine uyar.” (4. CD 18.11.1997, 9651/10052); “PTT Müdürü olan sanığın, 13.2.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı Yasa gereğince yaptıkları görevden doğan suçlardan dolayı ceza uygulamasında memur sayıldığı ve İcra Müdürünün emrini yerine getirmeyerek borçlunun telefonunu görüşmeye kapatmama eyleminin T. C. Yasasının 230/1. maddesine uyan görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yetkili makamların emrine uymama suçundan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 9.5.1996, 3105/4170); “Sanığın demirbaş ve aynıyat sayımı yapması için amirinin verdiği emirleri yerine getirmemekten ibaret olan eyleminin görevi ihmal niteliğinde olduğu gözetilmeden T. C. K.’nın 562/1. maddesiyle mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” (4. CD 5.10.1983, 4174/4629), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.683, 692.

“Başka yerden verilmiş tevkif müzekkeresi ile yakalanan kimsenin tevkif müzekkeresini veren yere sevkine kadar mevkuf sayılacağına ve 230. maddenin ancak başka suretle yakalanmış kimselerin ihmali olanlara uygulanabileceğine göre tutuklu bulunduğu jandarma nezarethanesinden kaçmaya sebebiyet vermekten sanık jandarma hakkında 230. madde uygulanamaz. 303. madde tatbik olunur.” (4.CD 14.7.1949, 8943/10710), SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2058.

“Görevi savsama suçundan sanık R. hakkında beraat kararı verilmiş temyiz incelemesinde ise, ‘belediye başkanı olan sanığın, Eskişehir İdare Mahkemesi’nce verilen ve Danıştay’ca onanan katılanın içme suyunun kesilmesiyle ilgili kararının iptaline ilişkin kararından sonra, suyun yeniden bağlanması isteğine karşın, içme suyunu bağlamamaktan ve yargı kararına uymamaktan ibaret icrai eylemin T.C. yasasının 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden...’ yazılı biçimde görevi ihmal şeklinde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4.CD 20.3.1996, 1381/2443), YDün., S. 5, (Mayıs 1996), 138.

¹⁷⁷ Giovanni LEONE, *Elementi di Diritto e Procedura Penale*, (Sesta Edizione, Napoli: Editore Jovene, 1987), s.28.

¹⁷⁸ ANTOLISEI, ...*Parte Generale*, s.197.

¹⁷⁹ “Cürmün maddi unsuru vazifesine müteallik bir işi yapmakta ihmal ve imtina etmektir.” MAJNO, a.g.e., s.186.

“yapmama” veya- kanunun ifadesiyle- “savsama” deyimini, görevin belirli bir biçimde yapılmamasını da kapsamına alır.¹⁸⁰

Bizce görevi ihmal suçunun maddi unsuru ihmali bir davranıştır.¹⁸¹ İhmali davranışın ne olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.¹⁸² Bir teoriye göre ihmali davranış, hiçbir şey yapmamak değildir. Yani ihmali davranışta fail hareketsiz değildir, ondan yapması beklenen davranışın yerine başka bir hareket yapmaktadır. Bu görüşün sağlam temele dayanmadığı eleştirisi getirilmiştir. Yapmak zorunda olduğu hareketi yapmayan kimse her zaman bir başka hareketi yapmamaktadır (hareketsiz de kalabilir, mesela uyumaya devam etmekte olabilir), yine bu belirli süre içinde yapılmayan hareketin yerine yapılan pek çok hareketten hangisi yapılmayan hareketin yerine yapılmaktadır ? Failin yapması gereken hareketin yerine yapılan hareket hukuksal açıdan önemsiz olabilir; hatta bunun saptanmış olması da gerekmez. Bizim de katıldığımız görüşe göre yapılması gereken belirli bir hareketi yapmamak ihmaldir.¹⁸³ Görevi ihmal suçunda da fail aktif bir davranışta bulunmamakta aksine yerine getirilmesi gereken belirli bir hareketi yerine getirmemek şeklinde bir davranış sergilemektedir. Hukuk bütün ihmali hareketlerle ilgilenmez, hukukun emredici kurallarında öngörülen hareketleri yapmaktan ibaret olan ihmali hareketlerle ilgilenir.¹⁸⁴ Görevin ihmali şeklindeki davranış da bu niteliktedir.

Buradaki ihmali hareket tabirini memurun durumuna göre değerlendirmek gerekir. İhmali olacağı belirtilen hareket, memurun görev ve fonksiyonuna giren işin kanun ve nizamden gerektiği şekilde yapılmamasıdır. Mesela memur asıl fonksiyonunu

¹⁸⁰ ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.159; İhmali davranış ile ilgili açıklama için bkz. Nurullah KUNTER, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 609, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 130, İsmail Akgün Matbaası, 1954), s.59.

¹⁸¹ “Bu suç, basit selbi suçtur.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk EREM - Ahmet DANIŞMAN - Mehmet Emin ARTUK, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Ondördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, 1997), s.257.

Santoro, görevi ihmal suçunun hareket şeklindeki bir davranışla da işlenebileceğini savunur: “Genellikle 328. maddedeki suçun ihmali bir davranışla gerçekleştirileceği öğretilir. Ama bu her zaman doğru değildir. Bizim görüşümüze göre, eğer bir şeyi yapmamak zorunluluğu söz konusu ise, fail hareketi yaptığında görevi ihmal söz konusu olur. Davranışın ihmali olduğu sadece dışarıdan ve şekli açıdan bakıldığında söylenebilir.” Arturo SANTORO, *Manuale di Dritto Penale, Parte Speciale: Delitti Contro lo Stato*, (Torino: Editrice Torinese, 1962), s.306-307.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER, a.g.e., s.21-45.

¹⁸³ LEONE, a.g.e., s.28; ERSOY, a.g.e., s.77; bkz. Uğur ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 263, Sevinç Matbaası, 1970), s.39, 40.

¹⁸⁴ ANTOLISEI,...Parte Generale, s.203-204.

yapmamakla beraber adeta bu fonksiyonu yapıyormuş gibi görünmek için bir takım hareketler yaparsa veya yapması gereken işi eksik yaparsa, yine ihmali bir harekette bulunmuş olur.¹⁸⁵

Görevi ihmal cürmü bağlı hareketli suçlar ve serbest hareketli suçlar ayırımı açısından da incelenebilir. Bilindiği gibi bağlı hareketli suçlar adı verilen suçlar, kanunun, tipik hareketin belirli şekilde veya belirli vasıtalarla işlenmesini öngördüğü suçlardır. Bu tür suçlarda kanun koyucu, korunan hukuki varlık veya menfaati ihlal edebilecek çeşitli davranışlar arasından cezai yönden kovuşturulabilecek nitelikte olanları seçmek istemiştir. Serbest hareketli suçlar ise, hareketin tipik sonuç yönünden nedensel bir değer taşımasının, yani onu meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli kabul edildiği suçlardır.¹⁸⁶ Bu anlamda aşağıda da görülebileceği üzere görevi ihmal suçunda kanun ihmalin ne suretle gerçekleştirileceğini belirlememiş sadece “savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur”dan söz edilmiştir. Bu nedenle serbest hareketli suçlardandır.¹⁸⁷

Görevi ihmal suçunun maddi unsurunu oluşturan ihmali davranışın TCK’nun 230. maddesinde iki ayrı ipotez olarak öngörülmekte olduğunu görüyoruz:

2.1. Görevi İhmal ve Geciktirme

TCK 230. maddedeki suçun faili memur ve özel kanunlarda memurlar gibi sorumlu olacağı belirtilenlerdir.¹⁸⁸ Bundan dolayı, her şeyden önce, ortada memurun görevi ile

¹⁸⁵ Yasanın sessiz kalmasına rağmen, kabul etmemiz gerekir ki reddetme, yapmama veya gecikmenin, ceza yaptırımına uğraması için yasal olarak önemli olması gerekir, yani devlet idaresine zarara neden olabilecek veya özel şahısların menfaatlerini zarara uğratabilecek nitelikte olmalıdır. ANTOLISEI, ...Parte Speciale, s.810.

¹⁸⁶ TOROSLU, Ceza Hukuku, s.51-52; Nur CENTEL, Türk Ceza Hukukuna Giriş, (Birinci Baskı, İstanbul: Beta Basımevi, 2001), s.194; DÖNMEZER – ERMAN, a.g.e., C.I, s.373.

¹⁸⁷ CENTEL, a.g.e., s.195; DÖNMEZER – ERMAN, a.g.e., C.I, s.373-374.

¹⁸⁸ “Bitlis Ticaret ve Sanayi Odası Genel Sekreteri olan sanığın 5590 sayılı Yasanın 81. maddesi uyarınca, ancak birlik paraları ile para hükmündeki evrak, senet ve sair mallarına karşı suç işlemesi ya da bilanço, tutanak, rapor ve sair her çeşit kağıt ve defter üzerinde suç mahiyetinde değişiklik yapması ya da kasten yok etmesi durumlarında devlet memurları gibi cezalandırılabilirliği, mahkemece istenilen defterleri göndermeme ve yazılara yanıt vermemesinden dolayı ise memur gibi cezalandırılmayacağı ve bu nedenle görevi savsama suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden, eylemine uyan T. C. Yasanın 526, 80. maddeleri yerine, aynı Yasanın 230/1. maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya

ilgili görevine giren bir işin bulunması gerekir. Bu yüzden, bu kimselerin önce statülerinden doğan ve bunun dışında ayrıca çeşitli yasa, tüzük ve yönetmeliklerle ortaya çıkan görevlerinin saptanması gerekir.¹⁸⁹

“Görevi ihmal ve savsama”¹⁹⁰, yapılması zorunlu bir görevi yerine getirmemeyi, yapmamayı ifade eder.¹⁹¹ Görevin mevzuatta gösterilen şekilde yerine getirilmemesi de savsamadır.¹⁹²

aykırıdır.” (4. CD 29.1.1997, 9227/592); “Yerel Mahkeme, Türkiye Vakıflar Bankası Ağrı Şubesinde müdür yardımcısı olan sanığın, T. C. Yasasının 230. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar vermiştir.

Sözü edilen maddede yazılı görevi savsama suçunda ve diğer memur suçlarında memur niteliği (sıfatı) suçun önkoşuludur. Başka bir anlatımla, bir kimseyi bu suçlardan cezalandırabilmek için ceza yasası uygulamasında memur sayılan bir kimse olması gerekir. 6219 sayılı kuruluş Yasasında, görevlilerin ceza uygulamasında memur sayılacağı hakkında bir hüküm de yoktur. Bu durumda, ceza yasası uygulamasında memur sayılmayan sanığın, mahkeme yazılarını cevaplandırmama olarak gerçekleşen eyleminin T. C. Yasasının 526. maddesine uyduğu gözetilmeden, öğeleri bulunmayan görevi savsama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 10.5.1996, 3178/4213), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.682.

¹⁸⁹ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.180. Bu konuda çalışmamızın 56-59. sayfalarına bkz.

Bu itibarla, “izinli bulunan memurun, vazifesi bahis konusu olamayacağından, işlediği suçun, genel hükümlere göre takibi gerekeceğine” karar verilmiştir. (CGK 22.6.1953, 59/58); “ ‘muhtar’ olan sanığa isnad olunan suç; kırdı başı boş, sahipsiz bulunan kırağı, karakola ihbar etmemekten ibaret olmasına ve hayvan hırsızlığının men’i hakkındaki 5617 sayılı kanunun 15. maddesi bu gibi hallerde muhtarlara ihbar mecburiyeti tahmil etmemesine göre; ihmal suçunun ne suretle tekevvün ettiği izah edilmeden, tesis olunan mahkumiyet hükmü, Yargıtay’ca bozulmuştur.” (CGK 31.5.1954, 4/60159); “sanığın (belediye başkanı), evlenme ihbarnamesini göndermede esas görevli bir durumu bulunmadığı, şahadet ve dosya münderecatından anlaşıldığına ve diğer yönden olayda görevi savsama kastını belirten delil bulunmadığına göre; özel daire ilamına uyulması gerekirken, eski hükümde (TCK. madde 230/1. uyarınca mahkumiyet) direnilmesi, usul ve kanuna aykırı görülmüştür.” (CGK 1.2.1971, 5/56-33) M. Muhtar ÇAĞLAYAN, “Vazifeyi İhmal Cürmü Üzerinde İnceleme”, *TİD*, S. 335, (Yıl: 43, Mart-Nisan 1972), s.44.

“Kolluk gücünün yakalayıp kendisine teslim ettiği bir şahsın kaçmasına yol açan köy muhtarının tutukluyu muhafaza altında bulundurmamak görevi olmadığından görevi savsama suçundan cezalandırılmayacağına” hükmolunmuş, (4.CD 9.4.1957, 2712/1490); “Bir memurun görevi savsama suçundan cezalandırılabilmesi için yapılmayan ya da gecikme ile yapılan işin onun yasal görevi olması gerekir. Bu husus gözetilmeden ve salma parası toplanması işinin köy ihtiyar kurulu üyesi olan sanıkların yasal görevleri arasında bulunmadığı düşünülmeden, bu suçtan cezalandırılmalarına karar verilmesi,... yasaya aykırıdır.” (4. CD 7.7.1997, 5428/6185), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.675-681.

“Mahkumlara müddetname vermek veya infaza verilen ilamların altında mahkumların müddetlerinin hitam bulacağı tarihi koymak vazifesi infaz memuru C. Müddeiumumiliğine ait olduğu ve gardiyanın infaza memur bulunmaması sebebiyle, yapılan hatada mes’uliyeti cihetine gidilemeyeceğine (4. CD 18.6.1938, 1028/1141); köyün menkul mallarını muhafaza etmenin yalnız muhtarlara ait olduğu gözetilmeden, azaların mermi eksikliğinden mes’uliyetlerinin kabul edilemeyeceğine” (4. CD 14.3.1952, 2616/2116) karar verilmiştir. ÇAĞLAYAN, “...Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri”, s.279.

¹⁹⁰ Kanun koyucu, görevi ihmal suçlarında ihmalî hareketi görevli olmanın dışında hiç bir kayda tabi tutmadan düzenlemiştir. Bu genel düzenleme karşısında, ceza kanununun uygulamasında memur sayılanların görevlerini yerine getirmemeleri, ihmalî hareketle bu suçu işlemeleri demektir. Bu suçlarda öngörülen ihmalî hareketi görevle birlikte tanımlamak gerekir. Buna göre görevi ihmal, “memurların kanunen yapmakla yükümlü oldukları görevlerini yapmamalarıdır.” Türk ve İtalyan doktrininde görevi ihmal çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Şimdi, bu tanımlardan bazılarını burada verelim: Manzini’ye göre İhmal: kamu görevlisi (veya kamu hizmeti ile yükümlünün- İtalyan CK m.328’e göre) emir veya talep

olmadan da yerine getirmek zorunda olduğu görevine kayıtsız kalmasıdır. Yine Reddetme: Kamu görevlisinin (veya kamu hizmetiyle yükümlü kişinin) haklı bir sebebe dayanmadan açıkça veya üstü örtülü olarak, yasal bir talebi yerine getirmeyi reddetme veya hiyerarşik üstün emrini yerine getirmeyi reddetme veya kollejal bir karara iştirak etmeyi reddetme durumunda oluşur. Kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle yükümlünün görevlerini, ...öngörülen zamanda yerine getirmemesinde olduğu kadar veya belirli bir süre belirlenmediği durumda ... işlemin etkilerini oluşturabilmesi için yeterli zamanın geçmiş olmasına rağmen yapmamışsa “gecikme” den söz edilir. MANZINI, a.g.e., s.283-284; Antolisei’e göre, İhmal yapılması gereken bir işi yapmamaktır. Reddetme, yapılması gereken bir işlemi yapmayı reddetmede oluşur. İşlemin yapılması talebi özel kişiden gelebileceği gibi hiyerarşik bir üstten de gelebilir. Örneğin bir belediye başkanının politik nedenlerle yoksul birine yoksulluk belgesi vermeyi reddetmesi gibi. Gecikme kısaca, işlemin tamamlanması gereken zamandan sonra işlemi yapması durumudur. Adliye memurunun özel bir kişiye iltimas etmek için belirtilen zamandan sonra tebliğde bulunması gibi. ANTOLISEI, ... **Parte Speciale**, s.809-810.

Türk doktrininde yapılan bazı tanımlar şöyledir: Dönmezer’e göre, “İhmal, memuriyet veya hizmeti dolayısıyla muayyen bir amme hizmet ve vazifesini ifaya mecbur olan kimsenin emir veya talep olmaksızın ifaya mecbur olduğu bir hususu yapmaması veya kanun veya nizam mükellef olduğu şekilde yapmaması veyahut muayyen bir müddet içinde yerine getirmemesidir.”, Sulhi DÖNMEZER, “İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıtas”, İÜHF, C. XI, S. 1-2, (1945), s. 229; Kunter’e göre “vazifeyi ihmal, vazifeyi yapmamak veya geç yapmak suçudur.”, KUNTER, “Mahkeme İçtihatları Kroniği, ...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, İÜHF, C. XV, S. 1, (1949), s.389; “ihmal, kanunun emrinin kasten yerine getirilmemesidir.” A. Pulat GÖZÜBÜYÜK, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali”, AD, S. 3-4, (1977), No: 1-6, s.174 ; A. Pulat GÖZÜBÜYÜK, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali”, AD, S. 11, (Yıl 6, Kasım 1969), s.677 vd.; Yüksek Mahkeme de, bir çok kararında sadece ihmali hareketi belirtmekle yetinmektedir. Örneğin, “...evlendirme memurunun evlenme muamelesini merciine haber vermemesi...” (4.CD 10.1.1946, 12880/296), “hareketleri, mühürleri köy muhtarına teslim etmeme...” (4.CD 22.5.1952, 5550/5499), “...köy muhtarının vazifesi icabı hadiseye el koymuş olduğu halde, bilahare hadise hakkında muamele yapmama...” (4.CD 26.11.1960, 11799/693), “...suç tarihinde nöbetçi olduğu halde, resmi göreve gelmeme...” (4. CD 3.4.1975, 1733/1716).

¹⁹¹ ÇAĞLAYAN, “...Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri”, s.181.

Mesela fakirlik kağıdı vermekten istinkaf eden belediye başkanı, fakir bir kimseyi tedaviden kaçınan belediye hekimleri hakkında bu hüküm uygulanır. MAJNO a.g.e., 187.

Yasada eskiden ihmal etmek kavramı yer alıyordu. 2248 sayılı yasa ile madde değiştirilirken Türkçeleştirmek amacı ile “savsamak” kavramına yer verildi. Gerek ihmal etmek, gerek savsamak kavramları, yapmamak veya geciktirerek yapmak anlamını taşırlar. Ancak maddede “geciktirmek” ayrıca belirtildiğine göre savsamak, “yapmamak” anlamında kullanılmıştır. Eralp ÖZGEN, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, (T.C. Anadolu Üniversitesi, Eğitim, Sağlık ve Bilimsel Araştırma Çalışmaları Vakfı, Yayınları No: 62, Eskişehir, 1988), s.104.

¹⁹² DÖNMEZER, a.g.e., s.143; bkz. DEMİRBAŞ, a.g.m., s.260; “Kaçak olarak yakalanan orman emvalinin, 6831 sayılı kanunun 84. maddesi uyarınca kendisine yed’imin olarak teslim edilmek istendiği halde, kanunun yüklediği bu görevden, haklı bir mazeret göstermeden imtina eyliyen köy muhtarı, görevini ihmalden ötürü mahkum edilmiştir.” (4. CD 18.3.1966 931/1193); “İlmühaberde gösterilen ölüm tarihinin hakikata uygun olup olmadığını araştırmadan, ilmühaberi tasdik eyliyen muhtarın...” (4. CD 25.1.1963 7378/447); “menşe şahadetnamesi olup olmadığını zamanında ve usulen tahkik etmeden, itimat üzerine ilmühaber veren muhtarın...” (CGK 18.1.1960, 4/91-9); “köy ihtiyar kurulu kararı olmadan, köylüden para toplayan ve tahsil eylediği para için makbuz kesmeyen ve bu paraları gelir defterine yazmayan köy muhtarının...” (4. CD 16.11.1964, 5026/5276) ve “köy gelir ve giderlerini muntazam olarak deftere kayıt etmeyen ve bazı şahıslardan tahsil eylediği paralara karşılık makbuz vermeyen muhtarın...” (4. CD 14.5.1964, 1579/2557) eylemleri, görevi ihmal sayılmıştır. ÇAĞLAYAN, “Vazifeyi İhmal Cürmü Üzerinde...”, s.45.

“köye bizzat gidip, muhatapına tebligat yapmadığı halde, yapmış gibi gösteren tebliğ memurunun...” (4. CD 28.6.1960, 5396/6969), SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2058.

“...sanığın (polis memuru) 3 gün gözetim altında tuttuğu kişinin durumunu C. Savcılığına bildirmemek suretiyle adli görevi savsama suçunu da işlediği gözetilmeden ...beraat hükmü kurulması...” (4. CD 10.4.1996, 2374/3319), YDün., S. 5, Mayıs 1996, s.125.

“Gecikme gösterme” ise, görevi geç yapma, yani yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapma anlamına gelir. Yazılı ve belirli bir süre yoksa, uygulamada belirlenmiş ortalama bir süreye göre değerlendirme yapılmalıdır. Aynı şekilde süresi içinde kısmen yapılmış olmakla birlikte çok önemsiz gibi gözükse ama sonucu sağlayan bir onay zamanında gerçekleştirilmeyebilir. Bütün bu hallerde, yapmama veya geciktirme unsurları gerçekleştirilmiştir. Bu hususlar emirle verilen görevler için de geçerlidir.¹⁹³ Şu halde sadece “geciktirme”nin bu suçu oluşturabilmesi için; işin “kanun” ve “nizam” yönünden yapılması mümkün ve zorunlu olan sürenin geçmesinden sonra yapılması gerekir.¹⁹⁴

Yargıtay da benzer bir tanımlı benimsemiştir: “Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi ‘işgal eylediği mevki itibarıyla yasaca belli bir kamu ödev ve görevini yapmaya mecbur olan bir kişinin, yapmağa zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirilmemesi veya belirli ve uygun bir süre içinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması’ şeklinde tanımlanmıştır”.¹⁹⁵

¹⁹³ MALKOÇ - GÜLER, ...Türk Ceza Kanunu..., s.1661.

¹⁹⁴ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.181.

Erman’a göre, görevi yapmama halinde ihmali bir suç bulunmaktadır. Geciktirme halinde ise görev, geç de olsa, yapılmış bulunmakla beraber, suçun maddi unsuru “gecikme” olduğundan yine ihmali bir suçun bulunduğu meydandadır. Ancak görevin ifasında “gecikme”den bahsedebilmek için, bunun belirli bir süre içerisinde yapılmasının ve bu sürenin geçirilmiş olmasının gerekli olduğu şüphesizdir. Bu süre bazen kanundan çıkar: Mesela bir kanun belirli bir memura yine belirli bir süre kadar göreviyle ilgili rapor vermek mükellefiyetini yükleyebilir. Bazen de bu süre somut olayın niteliğinden çıkar: Mesela TCK 530. madde -bir memur da olabilen- hekimi, şahıs aleyhinde işlenmiş bir cürümün eserlerini gösteren hallerde, gereken yardımı yapmakla birlikte, olayı adliye veya zabıtaya bildirmekle yükümlü tutmakta ve ihbarda gecikme halinde hekimi cezalandırmaktadır: Gecikme olup olmadığını anlamak için hekimin müdahale ettiği yer ve zamana, müdahale için sarfedilen süreye, haber verme imkanlarının ne vakit ortaya çıktığına bakmak ve ona göre hekimin ihbarda gecikip gecikmediğini takdir etmek gerekir. ERMAN - ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı...**, s.160

¹⁹⁵ (CGK 17.4.1978, 6-85/141), YKD, S. 3, (1979), s.405 vd.

“Sanık Alb.S.R. ve Astb. Bşçvş. A.A., T.C. nin, Askeri Kantin Yönetmeliğinin 43 ve 47nci maddelerinde yer alan kurallara dayalı şekilde hüküm mahkemesince kabul olunan gerekçeye binaen, Kantin Yönetmeliği esaslarına göre gerekli sayım ve denetimlerin yapılmadığı uğurlama giderleri olarak yapılan harcamaların belirlenen kurallara uygun biçimde yapılmaması sonucu kantin zararına sebebiyet verdiğinin belirlenmesi, kışla komutanının mevzuata aykırı şekilde kantinden ödeme yapılmasına ilişkin emrinin, yerine getirilmezden önce ödemenin usulüne uygun olmadığı kantin heyetince komutana duyurulmamış olmasının heyet mensuplarını sorumluluktan kurtarmayacağı cihetle, sanıklara yönelik görevi ihmal suçunun oluşumunu kabulde isabet görülmüştür.” (As. Y. 1.CD 12.1.1983, 49/36), As.YKD, S. 2, (1984), s. 11. Aynı yönde başka kararlar da vardır: (8. CD 8.6.1984, 3059/3241), YKD, S. 1, (1985), s.135.

Dönmezer: “İhmal ve terahi” tabirlerinin aynı manada kullanıldığını¹⁹⁶ Erem ise, ihmalin, “vazifeyi yapmamak”, terahinin “vazifeyi geç yapmak” anlamına geldiğini belirtmektedir.¹⁹⁷ Kunter de ihmalin “yapmamak” terahinin ise “geç yapmak” anlamını taşıdığını¹⁹⁸ beyan etmektedir.

Kamu görevlisinin veya kamu hizmetiyle yükümlü kişinin yapılması kendisinden istenen işlemi reddetme, yapmama veya gecikme zorunluluğu olduğunda veya reddedebilme, yapmayabilme veya gecikebilme yetkisinin olduğu durumlarda fail cezalandırılmaz.¹⁹⁹

2.2. Üstün Buyruğunu Yerine Getirmeme

Bu ipotezin gerçekleşmesi için de, her şeyden önce, ortada üst (amir) tarafından verilen bir emir bulunmalıdır. Ayrıca emri veren üstün emri vermeye yetkili olması ve emrin kanunlara göre verilmiş olması gerekir. Yani ortada kanunlardan alınan yetkiye dayanılarak ve yine kanunlara uygun olarak verilen emir söz konusu olmalıdır.²⁰⁰ Memur yasaya aykırı olarak görevlendirilmiş veya kendisine böyle bir emir verilmişse, işi yapmama suç oluşturmaz.²⁰¹

“Yapmak istememek” hali, failin gerek emri yerine getirmeyeceğini söylemesi gibi açık ve gerek emir gereğini ifa etmemek gibi örtülü bir biçimde gerçekleşir. “Geciktirme” durumu ise emrin yerine getirilmesinden umulan yararın artık elde olunmasına imkan vermeyecek bir sürenin geçirilmesi halinde söz konusu olur. Bu

¹⁹⁶ “İhmal ve terahi: İlk önce derhal kanunumuzun, ihmal ve terahi kelimelerini aynı manada olmak üzere kullanmış bulunduğunu söyleyelim. İhmal ve terahi: Memuriyet veya hizmeti dolayısıyla muayyen bir amme hizmet veya vazifesini ifaya mecbur olan kimsenin emir veya talep olmaksızın ifaya mecbur olduğu bir hususu yapmaması veya kanun veya nizamın mükellef olduğu şekilde yapmaması veya muayyen bir müddet içinde yerine getirilmesi icap eden bir hizmet veya hareketi o müddet içinde yerine getirmemesidir.” DÖNMEZER, “...Vazifesini İhmal ve Suistimal...”, s. 229; KIYAK - ÇAĞLAYAN - ŞENEL, a.g.e., s.87.

¹⁹⁷ Faruk EREM, *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 135, Güzel İstanbul Matbaası, 1959) s.50; Faruk EREM, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler C. I*, (Ankara: Bilim Yayınları Serisi, No: 1, Ajans Türk Matbaacılık, 1968), s.329.

¹⁹⁸ KUNTER, “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.389.

¹⁹⁹ MANZINI, a.g.e., s.287.

²⁰⁰ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.181.

²⁰¹ MALKOÇ, “Görevi İhmal...”, s.35.

sürenin ne kadar olduğu emrin muhtevassından ve bu emirle varılması umulan amacın niteliğinden çıkarılır.²⁰²

Her iki hipotez yönünden bir süre söz konusu ise, yani görevin veya buyruğun yerine getirilmesi için açık veya üstü kapalı bir süre kabul edilmiş ise (bu durumda emrin muhtevassına, memurun yapmakla görevli olduğu işlerin sayısına ve önem derecesine ve normal bir memurun normal çalışma hız ve temposuna göre, emrin yapılmasında gecikme olup olmadığı takdir olunur), bu süre geçmedikçe ihmal veya yapmama söz edilemez ve dolayısıyla 230. maddedeki suç oluşmaz.²⁰³ Yasanın belirli bir süre öngörmediği acil bir durumda işlemi yapacak kamu görevlisi veya hizmetlisi acil durumun gerektirdiği zaman diliminde bu işlemi yapmalıdır, yani faydalı süreyi geçirmemelidir.²⁰⁴

Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesi, yukarıda da belirtildiği üzere, Devlet idaresinin düzenli bir biçimde işlemesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenledir ki, kendi görevine giren bir işi veya üstünün yasaya uygun olarak verdiği bir buyruğu ancak "geçerli neden olmaksızın" yapmayan memuru cezalandırmaktadır.²⁰⁵ Reddetme, yapmama veya gecikmenin haksız yere olduğu yani geçerli bir nedene dayanmadığı kanıtlanmalıdır.²⁰⁶ Memurun görevini zamanında yerine getirmesini engelleyen her türlü haklı haller geçerli neden olabilir. Geçerli neden kavramının hangi durumları kapsayacağını önceden saptama olanağı yoktur. Her somut olayda ileri sürülen nedenin

²⁰² ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.160.

²⁰³ EREM - TOROSLU, *a.g.e.*, s.181.

"Kadastro mahkemesi tutanak yazmanı olan sanığın 13.11.1989 tarihinde Yargıtay'dan bozularak dönen dosyanın 20.5.1991 tarihine kadar işlemlerini yerine getirmemekten ibaret eyleminde görevi savsama suçu öğelerinin gerçekleştiği gözetilmeden, yazılı gerekçe ile beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD 19.4.1993, 1212/1953), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.691.

²⁰⁴ MANZINI, *a.g.e.*, s.289.

²⁰⁵ Görevi ihmal haksız olmalıdır. Fail kendisinden istenen işlemi, reddetme ve yapmama yetkisine sahip olduğunda suçtan söz edilemez. Silvio RANIERI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol.II*, (Seconda Edizione, Padova: Cedam, 1962), s.236.

"Geçerli neden, haklı nedendir." A. Pulat GÖZÜBÜYÜK, "Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali" *AD*, S.11, (Yıl 6, Kasım 1969), s.176. (Aynı bilgiler: A.Pulat Gözübüyük, *Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali*, *AD*, S. 3-4, (1977), No: 1-6, s.677-965'de de yer almaktadır)

"Mahalle muhtarı olan sanığın, insani yanılğı sonucu mahalle mührünü yitirmekten ibaret eyleminde, görevi savsama suçunun öğeleri oluşmadığı halde, hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD 20.3.1997, 1329/2094), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.689.

²⁰⁶ ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.810.

“geçerli” (makbul) olup olmadığını yargıç takdir edecektir.²⁰⁷ “Geçerli neden” görevin veya buyruğun mahiyetinden kaynaklanacağı gibi, bir kısım dış etkenlerden veya doğrudan memurun şahsından da (hastalık gibi) kaynaklanabilir.

Eğer TCK’nun 49. maddesinin 1. bendinde “selahiyattar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle işlenen fiilden dolayı faile ceza verilemez” şeklinde belirtilen “yetkili merciin emrini yerine getirme” hukuka uygunluk sebebi varsa failin ihmali fiili suç teşkil etmez.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrası da “Devlet memuru amirinin verdiği emri yerine getirmekle ödevlidir” şeklinde kaleme alınmıştır. Fakat aynı maddenin üçüncü fıkrasında “konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluktan kurtulamaz” cümlesine yer verilerek memur, üstünün verdiği konusu suç teşkil eden emirleri yerine getirmemekle sorumlu tutulmaktadır. Aynı durum, Anayasa’nın 137. maddesinin 2. fıkrasında da “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz” şeklinde belirtilmiştir.

Her ne kadar maddedeki “geçerli neden” şartı sadece üstün buyruğunu yerine getirmeme ipotezi ile ilgili gibi görünüyor ise de, bu ifadeyi birinci ipotezi de kapsayacak biçimde anlamak daha isabetli olur.²⁰⁸

Suçun meydana gelmesi için bir zararın oluşması gerekmez.²⁰⁹

²⁰⁷ Memurun hasta, işlerinin pek çok olması, kar fırtınası nedeniyle köye gidip tebligatın yapılamaması gibi durumlar haklı nedenlerdir. DÖNMEZER, a.g.e., s.144.

Memur sırf tecrübesizliği veya işlerin çokluğu dolayısıyla hepsine yetişememe yada kabiliyetsizliği sebebiyle değil de, memuriyet vazifesini yerine getirmediğini bilerek ve bunu da isteyerek hareket ettiği zaman vazifesini ihlal etmiş olur. Gül GÜNER, Karar İncelemesi - ...Memuriyet Vazifesinin İhmali..., İBD, C. VL, S. 5-6, (1971), s.451.

"Muhatabın Almanya'da işçi olarak çalışmakta bulunduğu sırada tebligatın yapılması için Tebligat Kanununun hükme esas alınan 16 ve 21 nci maddelerindeki şartların mevcut olmadığı ve böylece Almanya'da iş edinen şahsa gıyap kararını Türkiye'de tebliğ edememesi sebebiyle sanığın eyleminde görevi savsama suçunun unsurlarının bulunmadığı düşünülmenden yazılı şekilde (TCK nun 230/1 nci maddesiyle) mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." (4. CD 9.6.1976, 4075/4100), ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s.163.

Bkz. ÖZGEN, a.g.e., s.105.

²⁰⁸ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.181.

²⁰⁹ MANZINI, a.g.e., s.290.

2.3. Suçun Tamamlanma Anı

Görevi ihmal suçu, sadece ihmalin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Kanun bu hareketin dış dünyada bir değişiklik yapmasını aramamaktadır, yani görevi ihmal suçu “sırf davranış suçu” veya “şekli suç”tur.²¹⁰ Dolayısıyla bu suç, savsama, geciktirme ve yapmamanın gerçekleştiği anda ve yerde tamamlanır diyebiliriz.²¹¹ TCK ve Zanardelli Kanunu bu suçun tamamlanmış sayılması için korunan varlık veya menfaatin sadece tehdit edilmiş olmasını yeterli saymış, ihmalin bir zarara neden olmasını aramamıştır.²¹² O halde görevi ihmal suçu aynı zamanda bir tehlike suçudur.²¹³ Zira hukuken korunan varlık olarak devlet idaresinin düzenli işleyişinin tehlikeye sokulması suçun tamamlanması için yeterlidir. Bu suç bir zarar suçu değildir. İhmalin maddi bir sonuca neden olması gerekmez.²¹⁴

3. MANEVİ UNSUR

Günümüz ceza hukukunda hakim olan “fiilin subjektifliği ilkesi”ne göre suçtan söz edilebilmesi için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yeterli değildir. Ayrıca suçu oluşturan fiil ile fail arasında sadece nedensel değil psişik bir bağın da bulunması gerekmektedir.²¹⁵

Bilindiği gibi, TCK’nun 45 inci maddesi gereğince cürümlerin cezalandırılabilmesi için kastın mevcudiyeti şarttır; ancak kanunda belirtilen hallerde cürümler taksirle de işlenebilirler. Görevi ihmal suçu TCK’nun ikinci kitabında yer almaktadır, dolayısıyla

²¹⁰ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.55.

²¹¹ ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.811; İtalyan yargıtayı da bu yönde karar vermektedir: “Suç, işlemin gerçekleşmesi gereken anda ve yerde gerçekleşmemesiyle tamamlanır. Bunun dışında bir zararın oluşması gerekmez.” (Cass. Sez. VI, 23 marzo 1997, C. E. D. Cass. N. 207545; Cass. 4 Novembre 1980, in Cass. Pen., 1982, p. 959), PAGLIARO, *a.g.e.*, s.315.

²¹² Manfredini, Rocco kanunu için de suçun tamamlanma anını şu şekilde ifade etmektedir: “Suç, yapmama, reddetme veya geciktirmenin gerçekleştiği anda tamamlanır. Bu suçla devlet idaresinin düzgün işleyişi garanti altına alınmak istenmektedir ve maddede öngörülen davranışlar gerçekleştiğinde devlet idaresinin düzgün işleyişi de bozulmuş sayılır.” Mario MANFREDINI, *Manuale di Diritto Penale*, (Roma: Athenaeum, 1931), s.262.

²¹³ “Korunan hukuki yarara zarar verilme tehlikesi (yani ihtimali) olduğunda tehlike suçundan söz edilir.” LEONE, *a.g.e.*, s.33.

²¹⁴ Sonuç ve sonucun suçun genel bir unsuru olup olmadığı yönündeki teoriler için bkz. KUNTER, *a.g.e.*, s.76-86.

²¹⁵ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.82.

bir cürümdür ve memuriyet görevini ihmal suçunun taksirle işlenebileceğine dair 230. maddede bir hüküm bulunmaması sebebiyle, bu cürmün kasdi suç olarak kabulünde tereddüt etmeye gerek yoktur.²¹⁶

²¹⁶ EREM, *Hususi Hükümler C. I*, s.329; MAJNO, a.g.e., s.186.

“Görevi ihmal suçları da ...kasıtlı suçlardandır. Bu suçlar için kast memuriyet veya hizmet tasarrufunu haksız olarak kanun ve nizamata göre yapılması icabettiği şekilde yapmamak veya geciktirmek şuur ve iradesinden ibarettir.” ŞEKERCİOĞLU, a.g.e., s.34-35.

Kastın bulunmaması suçun tekevvününe mani teşkil eder. Mesela memurun yapmadığı ileri sürülen iş; yanlış bilgidir, hatadan ve kası bulunmaksızın hüsnüniyetle hareket edilmesinden doğmuş ise, ortada görevin ihmali suçu bulunmamaktadır. Ancak bu yanlış bilgi veya hata veya hüsnüniyet iddiasının ölçüsü sübjektif değil objektif olmalıdır. Muayyen bir görevin başında bulunan bir memurun bilmesi lazım gelen asgari bilgilerin veya işlerin; bir düşünüş meselesi olarak yapılmadığı iddiasında hüsnüniyetten bahsedilemez. Açıkça yapılmasında tereddüt edilmeyen veya neticesi sarahaten görülen bir işin yapılmaması sonunda böyle bir savunma ileri sürülemez. Bu hususlardaki savunmaların, işin niteliğine, özelliğine ve memurun durumuna göre objektif ölçülerle değerlendirilmesi icap eder. Hakkı YAŞAR, “Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili”, AD, S. 12, (Yıl:57, Aralık 1966), s.856.

Memuriyet görevini ihmal cürmünün manevi unsuru kasttır. Çünkü, TCK’nun 230. maddesi, Türk Ceza Kanununun “cürümler” başlığını taşıyan ikinci kitabında yer almaktadır. Taksir ile cezalandırılan cürümler istisna teşkil ettiklerinden ve cürümlerin cezalandırılması için kastın varlığı şart olduğundan (TCK. m. 45); ayrıca görevi ihmal suçunun taksirle işlenebileceği şeklinde, dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik gibi taksiri belirten bir ifade TCK’nun 230. maddesinde yer alması bulundugundan bu neticeye varılması doğaldır. DEMİRBAŞ, a.g.m., s.262;

Yargıtay kararları da failin sorumlu tutulabilmesi için kastı şart koşmaktadır:

“Dosyaya, oluşturma ve toplanan delillere göre; 16-24.9.1979 tarihleri arasında askıya çıkarılacak sandık seçmen listelerini en geç 16.9.1979 tarihine kadar ilçe seçim kuruluna gelerek teslim alması lüzumu Dolabaş köyü askı yeri görevlisi olarak görevlendirilen sanığa tebliğ edildiği halde, belirlenen günde teslim almadığı, sanık savunmasında, sözü edilen günde listeleri teslim almak üzere, ilçe seçim kuruluna geldiğini, ancak hükümet binasının dış kapısının kilitli olduğunu görünce geri döndüğünü ve ertesi sabah gelerek listeleri teslim alıp köyünde, askıya çıkardığını hükümet binasının yan tarafında başka bir kapı olduğunu bildiğini, ancak oraya bakmanın aklına gelmediğini ileri sürdüğü anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı gibi, sanığın seçmen listelerini gününde alamayışının mazeretini belirterek yaptığı savunmanın doğru olup olmadığının tahkiki ve sonucuna göre hüküm kurulması gereklidir. Bunun için, özel daire kararında değinilen inceleme ve araştırmanın yapılması zorunludur.

Kaldı ki, 16.9.1979 günü ilçe seçim kurulunun bulunduğu hükümet binasına geldiğini savunan sanığın, ana kapının kilitli, olduğunu görünce beşeri bir yanlış ile, tatil günü bulunduğu için, çalışma yapılmadığı zehabına kapılmış olması da mümkündür. Nitekim kendisine sandık seçmen listelerini belirli bir sürede askıya çıkarma görevi tevdi edilen sanığın görevinin ve sorumluluğunun bilincine vararak tatil gününü takibeden günün sabahı seçmen listelerini alıp köyüne götürerek, gününde askıya çıkardığı bir gerçektir. Bu da sanığın seçim görevini ihmal kastıyla hareket etmediğini açıkça ortaya koymaktadır. Kuşkusuz, değerlendirmede bu hususun da gözönünde tutulması gereklidir.

Bu nedenle özel daire bozma kararı yerinde olup, uyulmak gerekirken yazılı biçimde önceki hükümde direnmeye karar verilmesi usul ve yasaya uygun görülmediğinden... direnme hükmünün gösterilen nedenlerle ve genişletilerek bozulmasına karar verilmelidir (Oybirliğiyle).”(CGK 8.6.1981, 153/225), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2048;

“Mahkeme yazmanı sanığın, unutarak duruşma tutanaklarını imzalamamaktan ibaret eyleminde, suçun kasıt ögesinin ne suretle gerçekleştiği gösterilmeden, yetersiz gerekçe ile yazılı biçimde hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 9.12.1996, 8307/9340), Y.Dün., S.13, (Ocak 1997), s.121.

“A...nın evinde yapılan hırsızlık suçunu soruşturmakla görevli sanığın suç kanıtı olabileceği düşüncesiyle tutanağa geçirip el koyduğu dürbünü, kovuşturma evrakı ile birlikte C.Savcılığın göndermeyip masasında alıkoymaktan ibaret eyleminin, ...beşeri bir hataya dayalıdır. Suç kastı bulunmayan sanığın beraatine karar verilmelidir.” (CGK 15.3.1993 5-7/63), İKİD, S. 385, Ocak 1993, 9675 vd.; aynı yönde bir başka karar da CGK’nun 18.4.1938 tarih ve 172/190 sayılı kararıdır. SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2053.

Kastın varlığı için iki unsur söz konusudur. Bunlar suçu oluşturan fiilin tasavvur edilmesi, yani önceden görülmesi veya daha doğrusu bilinmesi ve söz konusu fiilin irade edilmesi, yani istenmesidir. Kural olarak suçu oluşturan fiil bir insan davranışından ve sonuç adı verilen bir dış değişiklikten ibaret bulunduğu göre, kast sadece davranışın değil, sonucun da istenmiş olmasını gerektirir. Bir başka deyişle, failin iradesi hem davranışın gerçekleşmesine, hem de sonucun gerçekleştirilmesine yönelmiş olmalıdır; yani sonuç gerçekleştirilen davranışın ürünü olarak istenmelidir. Ancak pek çok suçun sonucu yoktur; bunlar sadece bir hareketten veya ihmalden ibarettirler. Kanun koyucu bu hareket veya ihmalde bir zarar veya tehlike öngördüğünden bunları tek başlarına yasaklamıştır. Bu gibi hallerde kastın varlığı için, sonucun öngörülmesi ve istenmesi şart koşulamaz, çünkü sonuç yoktur. Burada failin suçu oluşturan hareketi veya ihmali istemiş olması gerekir ve yeterlidir.²¹⁷ Görevi ihmal suçunda da maddi anlamda bir sonuç kanunda öngörülmemiş olduğundan kastın varlığı için failin ihmali davranışı istemiş olması gerekir, sonucun istenmesi gerekmez. Ancak görevi ihmal kastının varlığı için, memurun sadece kendi görevine giren bir işi savsamak veya üstünün buyruğunu yerine getirmemek iradesi ile hareket etmesi yeterli değildir. Ayrıca bu şekilde hareket etmekle, hukuk düzeni veya üstü tarafından kendisine yüklenen görevleri ihmal ettiği, yani haksız bir biçimde hareket ettiği bilincine sahip olmalıdır.²¹⁸ Maddedeki “geçerli bir neden olmadan” ibaresi bunu gerektirir.²¹⁹

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.88-98.

²¹⁸ SANTORO, a.g.e., s.308; MANFREDINI, a.g.e., s.262; bkz. Giuseppe MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale, Vol. I*, (Seconda Edizione, Bologna: Zanichelli Editore, 1937), s.372.

²¹⁹ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.182.

“Görevi ihmal suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, suçun sübutuna ilişkindir.

Görevi ihmal suçu için;

1- Failin ceza uygulamasında memur sayılan veya özel kanunlarında memur gibi, cezalandırılacağı belirtilen görevlilerden olması,

2- Kanun, tüzük, yönetmelik v.s. gibi normlar hiyerarşisi içinde yer alan düzenlemelerle verilmiş olan belirli bir görevin;

a) Hiç yerine getirilmemesi veya

b) Geç yerine getirilmesi,

3- Failde görevi ihmal kastının varlığı, gerekir.

Adli Tıp Grup Başkan Vekili olan sanık, otopsi salonundaki su kanalı çıkışının tıkanması üzerine, hizmet binasındaki aksaklıkların giderilmesi için en düşük teklifi veren taşarona onarımı yaptırmıştır. Ceset odası, otopsi salonu, grup başkan ve sekreter odası, yakıt deposu ve kazan dairesinin duvar, yağlı boya, fayans işleri ile kompresör için muhafaza binası, ihata duvarı yapılmıştır. Onarım bedelinin ödenmesi için, 250 metrekare fayans, 50 Kg. boya, sıhhi tesisat malzemesi ve işçilik gösterilmek suretiyle tek bir fatura düzenlenmiş ve yapılan incelemede 55 metrekare fayans, 10 Kg. boya harcandığından bahisle ödemede bulunulmamıştır.

İtalyan Yargıtayı da 12.6.1969 tarihli bir kararında, memuriyet görevini ihmal cürmünde manevi unsuru şu şekilde belirtmiştir: “Memuriyet vazifesini ihmal suçunda manevi unsurun bulunması için memurun sadece kendi vazifesine giren bir işi yapmamak, yapmayı reddetmek veya geç yapmak şuur ve iradesiyle hareket etmesi yeterli olmayıp bu şekilde hareket etmek suretiyle, hukuk düzeni tarafından kendisine yüklenen vecibeleri ihmal etmek suretiyle haksız bir şekilde hareket ettiğinin de

farkında olması gerekir.”²²⁰

Sanık; yüklenen suçu inkarla kurum başkanının isteği üzerine ödemenin yapılabilmesi için yapılan işleri ayrıntılı gösteren fatura yerine boya ve fayans faturası alındığını savunmuştur.

Tanıklar, yapılan işleri anlatmışlar, onarımın sanık ile kurum başkanı arasında kararlaştırıldığını söylemişlerdir.

Savunma, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamında; pis su tahliye borularının tıkanması ve açıldığında çürüdüğüünün saptanması nedeniyle tamiratın aciliyet kazandığı, bu nedenle şartname hazırlanması, ilan edilmesi ve sözleşme yapılmasından vazgeçilerek onarımın yaptırıldığı, yaptırılan işlerin çokluğu ve ödemenin sağlanması için tek fatura alındığı, sanıkta suç işleme kastının bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla; sanığa yüklenen görevi ihmal suçunun unsurları oluşmadığından itirazın reddine karar verilmelidir.” (CGK 16.12.1991, 332/356), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2042.

“Sanık tüm aşamalarda müteahhit firma yararına gerçekleştirilen fazla tahakkukun iş yoğunluğunun neden olduğu beşeri hatadan kaynaklandığını ve olayda suç kastı bulunmadığını savunmuştur.

Sanığın bu savunması ve müfettiş raporundaki açıklamalar karşısında müteahhit firma yararına gerçekleştirilen fazla tahakkukun iş yoğunluğunun neden olduğu beşeri hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığının saptanması için bu konuda bilirkişi raporu alınıp diğer kanıtlar da gözetilmek suretiyle sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken bu hususlar araştırılmadan ve aleyhe kanıtlar tartışılıp reddedilmeden eksik soruşturmayla hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir. Bu nedenle direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” (CGK 8.3.1993, 33/53), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2041.

“CMUK. nun 81. maddesinde ‘otopsi, ölünün hali müsait oldukça, mutlaka baş, göğüs ve karnının açılmasını icabettirir’ denilmekte ise de; ‘ihmal’, kanunun emrinin kasten yerine getirilmemesidir. (Logoz Partie Generale p. 32). Başka bir deyişle, görevi ihmal suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Taksir ile işlenemez. Görevin yapılmaması kanunun yapılmasını emir eylediği şey’in bilerek ve isteyerek yerine getirilmemesidir (A.P. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 3. Sh. 165).

4. Ceza Dairesi kararında da belirttiği gibi, köy muhtarı tarafından ‘şüpheli bir ölüm’ ihbarı yapılınca sanık derhal olay yerine gitmiş gerekli soruşturmayı yaptıktan sonra, öldürülenin herhangi bir yerinde darp ve cebir asarına rastlanmadığının, hükümet doktoru tarafından da söylenmesi üzerine daha ziyade ‘zehirlenmiş olabileceği’ ihtimalini gözönünde tutarak, öldürülenin karın ve göğüs boşluğunu açtırmış, burada bulunan organlardan parçalar aldirarak gerekli incelemeleri yaptırmıştır. Hükümet doktorunun, ‘klasik otopsiye gerek vardır’ şeklindeki beyanını da zapta yazdıran sanıktır. ‘Ölü muayene ve otopsi zabıt varakası’nın tümü incelendiğinde, hükümet doktorunun bu sözlerini, öldürülenin başının da açılması gerektiğinin açıkça belirtilmesi şeklinde yorumlamaya imkan bulunmamaktadır.

Olayın, ‘görevi ihmal’ kastından değil C.Savcısı ve hükümet doktorunun mesleklerindeki tecrübesizliğinden kaynaklandığı, belirgin bir şekilde anlaşıldığından, sanığın temyiz itirazının kabulü ile, özel daire kararının bozulmasına karar verilmelidir (Oyçokluğu ile). (CGK 14.5.1984, 36/162), aynı, s.2045.

²²⁰ Sahir ERMAN, “İtalyan Mahkemeleri Kararları”, İÜHFİM, S. 10, 1973, ayrı bası, s. 147.

Memuriyet görevini ihmal cürmünün oluşması için kastın dışında bir maksadın da (özel kast) bulunmasına gerek yoktur.²²¹ Çünkü, Kanundaki “Hangi nedenle olursa olsun” ifadesi, maksadın araştırılmasına ve onun iyi veya kötü olmasına göre farklı sonuçlara varılmasına engeldir.²²²

Şu halde memurun işin görevine dahil olmadığı, buyruğu veren kişinin yetkili olmadığı veya buyruğunun kanuna uygun olmadığı yolundaki hatası, yani fiil üzerindeki hatası veya iyi niyeti kastı ortadan kaldırmaz.²²³ Dolayısıyla, yargılama sonucu failin hata ettiği veya taksirle hareket ettiği konusunda hakimde vicdani kanaat oluşursa fail sorumlu olmaz. Ancak hata veya taksir için failin ileri sürdüğü nedenler sözde nedenler

²²¹ “S. S. Beşbinevler Yapı Kooperatifinin mevzi imar planının 90 gün süreyle durdurulmasına ilişkin Ankara 1. İdare Mahkemesinin 16.9.1992 tarihli kararını 5.10.1992 tarihinden itibaren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Yasanın 28. maddesi gereğince en geç 60 gün içinde uygulamaya koyması gereken sanığın, bu sürede gecikerek kararı 3.3.1993 tarihinde uygulamaya koymaktan ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturacağı gözetilmeden, genel kasıtle işlenen suçta özel kasıt arayan ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 29.4.1998, 3554/4339); “İlçe jandarma bölük komutan vekili olan sanığın, içerisinde düğün yapılan okulun kurşunlanması olayı ile ilgili olarak yaptırdığı soruşturmayı, C.Y.Y.’nin 154. maddesi uyarınca derhal C. Savcısına bildirmesi gerekirken, önemsemeyip duyuluncaya değin üç ay süre ile bildirmemekten ibaret eyleminde, suç öğeleri olduğu gözetilmeden, genel kasıtle işlenebilen suçta özel kast arayan gerekçe ile beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 02.11.1995, 6071/7082); “...görevi savsama suçunda özel kasta ağırlık verilerek ve yasal olmayan gerekçeye dayanılarak beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 6.6.1995, 3215/4049), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s. 688, 690, 694.

“...oluşa uygun kabule göre ... görevi savsama suçunun öğelerinin olduğu gözetilmeden, genel kasıtle işlenen suçta özel kasta dayanılarak ve kusursuzluktan söz edilerek yazılı biçimde karar verilmesi, yasaya aykırı...” (4. CD 2.4.1996, 1909/2951), YDün., S. 5, (Mayıs 1996), s.109.

Ancak Yargıtay’ın kimi zaman bu konuda yanılığa düştüğü de olmaktadır: “Kooperatif yönetimiyle ilgili ve suç sayılan fiil ve davranışlarda devlet memuru gibi cezalandırılan kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurları, devlet memurları gibi görevi ihmal ve suistimal suçlarını da işleyebilirler. Ancak özel kasıtle işlenebilen bu suçlarda, devlet memurları gibi, kooperatif yönetici ve memurlarının da bu özel kasıtle hareket edip etmediklerinin açık ve seçik bir şekilde belirlenmesi gerekir.” (CGK 27.6.1988, 4-227/302), YKD, C. IVX, S. 9, (1988), s.1283.

²²² KUNTER., “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.391; YAŞAR, a.g.m., (2), s.856; ÇAĞLAYAN, *Vazifeyi İhmal Cürmü Üzerinde...*, s.49.

²²³ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.182; Sadece fiili değil hukuki hata da suçun oluşumuna engeldir. ANTOLISEI, ... Parte Speciale, s.811; Majno da; “...memurun cehaletinden dolayı bir işin gecikmesine sebep olması halinde bu cürüm tahakkuk etmez...” demekle bu durumu vurgulamıştır. MAJNO, a.g.e., s.186; Hata durumunda suç oluşmaz, bu durumda disiplin cezasını gerektirir bir fiil oluşabilir ancak, bu fiili yasadışı kılmaz. MANZINI, a.g.e., s.284; RANIERI, a.g.e., s.237.

Temyiz Mahkemesi; “bir düşünce ve hesap hatasından mütevellit olduğu kabul edilen hadisede kasıt unsuru cürmisinin ne suretle tekevvün ettiğinin gözetilmemesini...” (4. CD 14.6.1941, 5371/4982) ve “beşeri hata veya zühul sonucu olmayıp, kasta dayandığını sübuta vardırان deliller belirtilmeden maznuna ihmalden ceza verilmesini...” (4. CD 8.10.1947, 11743/12367) yolsuz görerek hükmü bozmuştur. ÇAĞLAYAN, “...Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri”, s.281.

Aksi görüş: “...failin yerine getirmediği işlemin kendi görevine girmediği zannıyla hareket etmesi mümkündür. Ancak böyle bir bilmeme, görevi belirtilen ve Ceza Kanunu’nun yollaması itibarıyla bir ceza kuralı haline gelmiş bulunan hukuk kaidelerini bilmemeyi ifade ettiğinden, hukuki niteliktedir ve bu sebeple kastı kaldırmaz.” ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.164; MALKOÇ - GÜLER, *Memurlar ve Suçlar*, s.274.

olmamalıdır. Yine failin görevine giren işlemin tamamlanması imkansız ise failin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.²²⁴

Kastı kaldıran esaslı yanılma durumu söz konusu ise görevi ihmalden bahsedemeyiz.

Kanundaki "hangi nedenle olursa olsun" ifadesi çok katı bir biçimde algılanmamalıdır. Gücünün üstünde bir iş yapılması kimseden istenemeyeceğine göre, her olayda bu husus aranmalı ve "mücbir sebep" addedilebilecek bir durumun bulunması halinde fail cezalandırılmamalıdır.

4. TEŞEBBÜS

TCK, teşebbüsü, 61 ve 62. maddelerinde bir kimsenin işlemeyi kastedildiği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş olması veya bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürmün meydana gelmemiş olması biçiminde tanımlamaktadır.

İrade alanında teşebbüsü tamamlanmış suçtan ayırmak mümkün değildir. Teşebbüs bir suç işleme kararını gerektirir. Dolayısıyla teşebbüs halinde kalmış suçun manevi unsur yönünden tamamlanmış kabul etmek mümkündür. Suç sadece objektif yönden tamamlanmış değildir; çünkü suç yaratan normda tanımlanan suç ipotezi, ancak kısmen gerçekleşmiştir.²²⁵ Her suç gibi teşebbüs halinde kalan suç da, biri maddi (objektif) diğeri manevi (sübjektif) unsur olmak üzere iki unsurdan oluşur.

²²⁴ MANZINI, a.g.e., s.294.

²²⁵ Manevi unsur yönünden teşebbüs halinde kalmış suç da tamamlanmış suça özgü özellikleri taşır. Teşebbüs halinde kalmış suç, her şeyden önce, kasıtlı bir suçtur. Çünkü 61 ve 62. maddelerde "bir kimse işlemeyi kastedildiği" ibaresi yer almaktadır. Kast tipik fiili bilmek ve istemek olduğuna göre, teşebbüs halinde kalmış suçlarda bu, "işlenmesi kastedilen cürmün" icrasına başlandığını bilmek ve istemekten ibarettir. Şu halde, fail ancak belirli kast ile hareket etmiş ise teşebbüs halinde kalmış suç söz konusudur; buna karşılık, aleyhte kıyas yasağını ihlal etmeksizin, muhtemel kasıtlı teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir. TOROSLU, Ceza Hukuku, s.141, 150.

Görevi ihmal suçu yalnızca ihmal ile işlenebildiğinden sırf ihmal suçudur.²²⁶ Sırf ihmal suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.²²⁷ Böyle düşünenlere göre, kanunda yapılması öngörülen hareketin yapılması için gerekli süre geçmemiş ise yapma ödevinin ihlali söz konusu olmayacaktır; yok eğer bu süre geçmiş ise suç esasen tamamlanmıştır. Ancak sırf ihmal suçlarında parçalara bölünebilen bir gerçekleşme veya bir suç yolu (iter criminis) mümkün olduğunda, bu tür suçlarda da teşebbüsün gerçekleşebileceği ileri sürülmüştür. Gerçekleşmesi ve

²²⁶ İhmali Suçlarda Sonuç ile İlgili Özellikler

İhmali hareketin sonucu ile ilgili özellikler, ihmali hareketin sona erdiği an ve ihmali hareketlerin doğurdukları zarar veya tehlike üzerinde ortaya çıkar. Şimdi bunlar üzerinde duralım.

İhmali hareketlerle işlenen suçlar, sonucu harekete bitişik suçlar içinde yer alırlar. Bundan dolayı, ihmali suçların sonuçlarının saptanmasında ihmali hareketin kendisini ve sona erdiği anı belirlemek gerekir. İcrai suçların sonucu harekete bitişik olanlarının saptanmasında herhangi bir zorluğa rastlanmaz. Çünkü, icrai hareket ortaya çıkar ve hemen sonuca neden olur. Buna karşılık, aynı kolaylık ihmali suçlarda görülmez. İhmali hareketin başlama ve bitme anları, icrai hareketlerin sonucu harekete bitişik olanları gibi bir an değil, genellikle bir zaman parçası olduğundan bu zorluk ortaya çıkar. Bundan dolayı, ihmali suçların sonucunu incelemede en önemli yeri sürenin belirlenmesi teşkil eder. Sürenin belirlenmesi, yasanın bu süreyi belirlemesi veya belirlememesine göre saptanır.

a) Yasanın bir süre öngördüğü hallerde ihmali hareketin sonucunu saptamak kolaydır. Öngörülen süre içinde bu hareketi yerine getirmekle yükümlü kişi istenen hareketi yapmazsa suç gerçekleşir. Suçun işlendiği an, öngörülen saat, gün, hafta veya senenin belirttiği andır. İhmal hareketi, sürenin belirttiği anda sonuç bakımından bir anlam taşır. Yani hareket biter bitmez sonuç da gerçekleşir.

b) Faydalı zaman veya uygun süre, yasanın herhangi bir süre öngörmediği durumlarda başvurulacak kavramlardır. Bu zamanın saptanmasında her olay ayrı özellikler göstereceğinden, suçun işlenme anını her olaya göre saptamak gerekir. Bu sürenin saptanmasında hakimın takdiri önemli rol oynayacaktır. Faydalı zaman veya uygun sürenin geçirildiği kabul edildiği an, suçun sonucunun gerçekleştiği andır.

Bu konuda bkz. EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s.253-272; Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, (Ondördüncü Baskı, İstanbul: Beta Basımevi, 1997), s.376-378; Selahattin KEYMAN, "Cürmü Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", AÜHFD, C. XL, S. 1-4, (1988), s.121-171.*

²²⁷ Cürüm reddetme, yapmama veya gecikmenin doğrulandığı anda ve yerde oluşur. Bu suça teşebbüs mümkün değildir, burada sırf ihmali bir suç söz konusudur. ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.811; RANIERI, a.g.e., s.237; EREM - TOROSLU, a.g.e., s.182; Suç esasta ihmali olduğundan tam ve nakıs teşebbüse elverişli değildir: Görev hiç yapılmadığı veya yapılması için mevzuatta öngörülen veya görevin niteliğinden çıkarılan süre geçtiği ya da yine mevzuat veya uygulamayla belirlenmiş biçimlere uyulmadığı yer ve zamanda suç da tamamlanmış olur. Yapılmayan görevin failin üstü veya bir başka memur tarafından yapılması veya şikayet, teftiş gibi usullere başvurulmak suretiyle aynı memur tarafından yerine getirilmesinin sağlanması, suçun oluşmuş sayılmamasını gerektirmez. ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.159; Genel olarak ihmali suçlara teşebbüs imkansızdır: İhmali suçlarda kanunun yapılmasını emrettiği hareket ya yapılmıştır ve bu halde ihmali suç zaten yoktur, ya da yapılmamıştır ve bu durumda suç tamamlanmıştır. Bu iki ihtimalden öncesinin ise hukuken önemi yoktur. Diğer bir deyişle, yapmama durumundan önceki safhayı cezalandırmak, kastın soyut olarak cezalandırılması demek olur ki, bu kabul edilemez. Mesela bir memur belirli bir görevi yapmamayı kararlaştırırsa bu kararını uygulamadıkça cezalandırılması imkansız olur; buna karşılık kastını uygulayarak ihmal etmek istediği memuriyet görevini yapmazsa memuriyet görevini ihmal suçu da gerçekleşmiş olur. DÖNMEZER - ERMAN, a.g.e., C.I, s.456.

"Teşebbüste esas unsurun 'cürmün icrasına başlamak' olduğu tarzındaki yorum ihmali suçlarda da cürmün işlenmesine karar verildiği andan sonucun meydana gelmesine kadar geçecek zaman zarfında teşebbüsün mümkün olabileceğini kabul etmemizi gerektirir. Her ne kadar ihmali suçlarda cürüm kararı icrai bir fiille dış dünyada belirginleşmemiş olmasından dolayı ispatı zor ise de imkansız değildir." bkz. EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s.310.

kanıtlanması güç olmakla birlikte, failin kasıtlı olarak kendisini süresinde yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir duruma sokması, ancak yükümlülüğü öngören norm ile korunan menfaatin zarar görmesinin faile yabancı nedenlerle önlenmiş olması halinde durum böyledir. Örneğin belli bir süre içinde bir şeyi yapmak (bir görevi yerine getirmek) yükümlülüğü bulunan kimsenin, bunun için zorunlu olan zaman ve yerde hazır bulunamayacağını bilerek uzak bir ülkeye gitmesi; ancak üçüncü kişilerin söz konusu yükümlülüğü yerine getirdikleri için görevin yerine getirilmesi durumunda olduğu gibi.²²⁸

Görevi ihmal suçu için kanun belirli bir maddi sonuç aramadığından zarar suçu değildir ve aksini savunanların varlığına rağmen, sık rastlanmasa bile, tehlike suçlarına da teşebbüs mümkündür. Gerçekten tehdit suçu (m. 191) bir tehlike suçudur ve buna teşebbüs mümkündür. Örneğin tehdidi içeren mektubun postalanmasından sonra ele geçmesi durumunda olduğu gibi.²²⁹

5. İŞTİRAK

Suç bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Bir kişi tarafından gerçekleştirilebilen suçu birden çok kişi gerçekleştirdiğinde “suça iştirak” söz konusudur.

Görevi ihmal suçu TCK uygulamasında memur olarak nitelenen kimselerce işlenebilen bir suç, dolayısıyla mahsus (özü) suçlardandır.²³⁰ Bu suçlara sadece kanunun aradığı nitelikleri taşıyan kişilerin mi, yoksa bu nitelikleri taşımayan kişilerin de mi iştirak edebileceği konusu bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrin ve uygulama gerekli nitelikleri taşımayanların da özü suçlara iştirak edebileceğini kabul etmektedir. Aksi halde, bir özü suçun işlenmesini kolaylaştıran, hatta azmettiren kimselerin cezasız kalmaları gerekecektir. Özü suçu öngören normun koruduğu hukukî

²²⁸ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.157.

Malkoç ise, “görevin, başka görevlilerce yapılmış, tamamlanmış olması oluşan suçu ortadan kaldırmaz” görüşündedir. MALKOÇ, “Görevi İhmal...”, s.32.

²²⁹ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.157.

²³⁰ Birinci bölümde, “Suçların Faili” başlığı altında özü suçlarla ilgili daha geniş açıklama yapılmıştır. bkz. s.11-13.

varlık veya menfaatin sadece gereken niteliklere sahip olan kimse tarafından ihlal edilebileceği doğrudur. Ancak bu nitelikleri taşımayanların bu nitelikleri taşıyanları söz konusu mahsus suçları işlemeye azmettirebilirler veya onlara yardım edebilirler. Şu halde gereken niteliklere sahip olmayan kimse, asla tek faili özgü suçun faili olamaz ise de, özgü suça ilişkin çok faili kanunî tipin aktif süresi olabilir; bir başka deyişle özgü suçu tek başına işleyemez ise de, ona iştirak edebilir.²³¹ Bu durumda kamu görevlisinin şerikleri diğer tüm suçlarda olduğu gibi sadece kamu hizmetiyle yükümlü olanlar değil özel şahıslar da olabilir ancak burada asıl failin kamu görevlisi niteliğine sahip olması gerekir.²³²

Özgü suçlara iştirakten söz edilebilmesi için de, iştirake ilişkin genel ilkelere göre bütün objektif ve subjektif unsurların gerçekleşmesi aranacaktır. Objektif unsur yönünden, her şeyden önce, kanunun aradığı nitelikleri taşıyan kişinin katılması gerekir, ancak özgü suça ait tipik davranışın mutlaka gerekli niteliklere sahip olan kimse tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir. O halde görevi ihmal suçunun varlığından söz edebilmek için de mutlaka TCK uygulamasında memur olarak nitelenen kimsenin suça iştiraki şarttır. Manevi unsur yönünden ise görevi ihmal cürmüne memur olmayan kimsenin kasıtlı iştiraki için memurun bu suçuna iştirak etme bilinci ve iradesine sahip olması gerekmektedir.²³³ Bu da, o kişinin memurun bu niteliğini bilmesini gerektirir. Bilme şartı taksirli iştirak için de geçerlidir; çünkü bu tür iştirakte gerekli nitelikleri taşımayanın özgü suça iştirak etmek bilinci ve iradesine sahip olması zorunlu değil ise de, daima belli niteliklere sahip bir kişinin davranışlarına katıldığının bilincine sahip olması zorunludur.²³⁴ Memur olmayan kimse failin memur olduğunu bilmiyorsa bu kimse bakımından mahsus suç oluşmaz, dolayısıyla memur olmayan kimse bu durumda görevi ihmal suçundan sorumlu olmaz, ancak bu kimsenin fiili başka bir suçu oluşturuyorsa ondan sorumlu olur.

²³¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.183-184.

²³² MANZINI, *a.g.e.*, s.280.

²³³ Örneğin, memur bu cürümlerden birisini kendisinin memur olduğunu bilen üçüncü bir kişinin azmettirmesi sonucu işlerse, azmettireni de iştirak hükümlerine göre cezalandırmak gerekir. DEMİRBAŞ, *a.g.m.*, s.276.

²³⁴ Özgü suçlara iştirak konusunda geniş açıklama için bkz. TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.183-186.

Memur olmayan kişi memuru hataya düşürerek TCK'nun 230. maddesindeki suçlardan birisini ona işlettirmişse durum ne olacak sorusu akla gelebilir. İştirakten söz edilebilmesi için, bütün ortakların birlikte faaliyette bulunması bilinç ve iradesine sahip olmaları anlamında bir “ortak irade” ye gerek yoktur. Birlikte faaliyette bulunma bilincinin ortaklarından yalnız birinde bulunması ve suçu oluşturan çeşitli güçlerin, sadece ortaklardan biri tarafından da olsa, koordinasyonun sağlanması iştirakin varlığı için yeterlidir. Ancak, sadece birlikte faaliyette bulunmak bilinci ve iradesine sahip olanlar iştirakten dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu durumda bu bilinç ve iradeye sahip olmayan memur, iştirak kastının yokluğu nedeniyle, iştirakten dolayı sorumlu olmayacak ve kendisinde görevi ihmal kastı olmadığından bu suçtan sorumlu tutulamayacaktır.²³⁵

6. AĞIRLAŞTIRICI NEDEN

Eğer savsama veya emri yerine getirmemekten dolayı devlet yönünden zarar doğmuş ise, bu zararın derecesine göre, ceza artırılır (TCK'nun 230. maddesi 2. fıkrası).²³⁶

TCK'nun 230. maddesinde suçun basit şekli ile ilgili bir cezalandırılabilme şartı öngörülmemiştir. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında “...devletçe bir marazzat husule gelmişse...” ifadesi, suçun ağırlaştırıcı nedenini bir zarar şartına bağlamıştır. Bundan dolayı, ihmal, terahi veya red hareketinin sonucunda, devlet bir zarara uğramadıkça, bu fıkradaki ağırlaştırıcı neden faile uygulanamaz.

Buradaki “Devlet” kavramını geniş anlamda anlamak gerekir. Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimi ve kontrolleri altında genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve kamuya sunulmuş bulunan devamlı ve düzenli faaliyetleri, yani kamu hizmeti veya kamu görevi gören her kuruluşu “Devlet” kavramı içinde kabul etmek gerekir.²³⁷

²³⁵ Ancak başka bir suçun unsurları söz konusu ise ondan sorumlu olabilecektir.

²³⁶ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.182.

²³⁷ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.263.

“Etibank'ın Kamu İktisadi Teşebbüsü olması karşısında, sanığın eyleminden dolayı devlete bir zarar meydana geldiği halde, TCY'nın 230. maddesinin ikinci fıkrası yerine birinci fıkrasının uygulanması

“Zarar” kavramı ise, maddi zarar anlamındadır. Nitekim, Yargıtay eski bir kararında: “Mevkufun kaçması Devlet bakımından maddi bir zarar sayılamaz” diyerek bu hususu belirtmiştir. Ancak bu zararın da bir nevi “gelirden yoksun kalma” şeklinde değil de, Devletin malvarlığında bir “azalma” tarzında olmasının gerekli olduğu uygulamada kabul edilmiştir.²³⁸

TCK’nun 230. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için zararın doğrudan doğruya sanığın eyleminden meydana gelmesi gerekir.²³⁹

yasaya aykırıdır.” (4. CD 26.12.1994, 8873/11441), ÇETİN, **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...**, s.54.

Zararın "Devletçe", yani Devlete ait olmasından neyin anlaşılması gerektiği pek belli değildir. Devletin genel bütçesinden gereksiz bir harcamayı gerektiren her olayın, Devlete ait bir zararı ifade ettiği söylenebilir. Keza bütçeleri TBMM’nce onaylanan kuruluşlara verilen zararların da bu nitelikte olduklarını kabul etmek gerekir. Bunun dışında kalan kuruluşların zarar görmeleri halinde ağırlaştırıcı sebep uygulanamaz. Hatta, bunun için, belirli bir kuruluşa ait malların "Devlet malı" sayılacağı hususunda kanunlarda hüküm bulunması da bir anlam ifade etmez: O kuruluşun bütçesi TBMM de kabul edilmedikçe, o bütçeden yapılan harcama Devlet tarafından yapılmış sayılamaz ve bu harcama dolayısıyla de Devlete bir zarar verildiği kabul olunamaz. ERMAN - ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı...**, s.163.

Sosyal Sigortalar Kurumu’nun zararı devlet zararı sayılır: “S. S. Kurumu Dispanserinde eczacı kalfası bulunan sanık İ. A.’ın sigortalı hastalardan Kurum veznesine ödemek üzere aldığı paraları yatırmamaktan ibaret eylemin T.C.Y.’nin 510; sanık eczacısı E. G. G.’ın da bunu denetlemeyerek görevini savsamaktan ibaret eyleminin ise aynı Yasanın 230/2. maddesine girdiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 01.06.1994, 8828/4832).

Kamu iktisadi teşebbüslerinin zararı devlet zararı sayılır: “TCK.’nın 230. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesinin devletçe bir zarar oluşması halinde mümkün olabileceği ve kooperatif mallarının devlet malı sayılacağı hakkında gerek 1163 sayılı Kooperatifler Kanununda ve gerekse diğer kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmadığı nazara alınmayarak, T. C. K.’nın 230. maddenin 1. fıkrası yerine 2. fıkrası ile hüküm tesisi yasaya aykırıdır.” (5. CD 5.7.1997, 2226/2203), ÇETİN, **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...**, s.699.

²³⁸ (4.CD 6.6.1950, 6613/7388), TİK, C.5, 1952, s.505; “Köy İhtiyar Heyetince köy tüzel kişiliğine gelir sağlamak amacı ile elma bahçesi haline getirilen yeri gerekli bakım ve ilgiyi göstermeyerek elma ağaçlarının kurummasına ve bahçenin yok olmasına sebebiyet vererek görevini ihmal ettiği iddia olunan sanığın eyleminden dolayı Devletçe bir zarar meydana gelmediği gözetilmeden TCY’nın 230. maddesinin 1. fıkrası ile ceza tayini, bozmayı gerektirmiş...” (4. CD 30.3.1984, 1805/2379), YKD, S. 8, (1984), s.1266.

“Sanık polis memurunun aracın trafik sigortasını yaptırmayan kişiye ceza makbuzu kesmemesinden ibaret olan eyleminde doğrudan doğruya Devletçe bir zarar meydana gelmediği gözetilmeden TCK 230/1 yerine 2. fıkra ile ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” (4. CD 11.3.1983, 761/1297), ERMAN - ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı...**, s.166.

²³⁹ “Seçim işlerinde görevini savsamaktan sanık köy muhtarı İbrahim’in, TCK.nun 230/ 2, 89 ve 298 sayılı Kanunun 138. maddeleri gereğince 3 ay 15 gün hapis, bu kadar süreyle memuriyetten geçici olarak uzaklaştırılmak cezalarıyla hükümlülüğüne dair Susurluk Mahkemesinden direnme suretiyle verilen karar CGK.unda görüşülerek: TCK.nun 230/2. maddesinde (... devletçe bir mazarrat husule gelmişse) cezanın daha da artırılacağı kabul olunmuştur. Bu fıkranın uygulanabilmesi için mazarratın doğrudan doğruya sanığın eyleminden meydana gelmesi gerekir. Olayda olduğu gibi, suçun işlenmesinden sonra Seçim listelerinin getirilmesi için harcanan jeep ücretine ve telgraf ücretlerine bakılarak seçmen kütüklerinin kesinleşmesine engel olduğu gerekçesiyle devletçe mazarrat husule geldiğinin kabulüyle sözkonusu ikinci fıkranın uygulanması yasaya aykırıdır.” (CGK 5.7.1965, 4-264/285), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2051.

Zanardelli yasası bu suçun üç veya daha çok kişi tarafından işlenmesi durumunu özel ağırlaştırıcı sebep olarak öngörüyordu. Ancak yürürlükteki İCK'na göre sadece bu suç yönünden değil bütün suçların üç veya daha fazla kişi ile işlenmiş olması ağırlaştırıcı sebeptir. Bu nedenle söz konusu özel ağırlaştırıcı sebep ortadan kalkmıştır.²⁴⁰

Mehaz İCK'nda yer alan “cürmün üç veya daha fazla memur tarafından ittifakla işlenmesi” halinde söz konusu olan ağırlaştırıcı neden kanunumuza alınmamıştır.

7. YAPTIRIM

Suçun basit şeklinin yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin²⁴¹ liradan beşbin liraya kadar ağır para cezasıdır. Suçun basit halinde “sürelili veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma” cezasına hükmedilmez.

Ağırlaştırıcı nedenin gerçekleşmesi halinde hapis cezası altı aydan üç yıla kadardır.²⁴² Ancak bu halde -anlaşılmayan bir sebeple- para cezası verilmez. Ağırlaştırıcı nedene hükmedildiğinde “sürelili veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma” cezasına hükmolunur. Bu cezanın geçici veya sürekli oluşu, verilen zararın büyüklüğüne bağlıdır. Burada öngörülen memurluktan sürelili yoksunluk cezasının alt sınırı TCK'nun 20. maddesine göre üç ay, üst sınırı ise üç senedir.²⁴³

²⁴⁰ MANZINI, a.g.e., s.291.

²⁴¹ 1999/4421 tarih ve sayılı kanunla 786 misli artmıştır.

²⁴² “Sanığa 230. maddenin 1. fıkrasıyla ceza tayin edildiği halde bu fıkra uygulama yeri bulunmayan memuriyetten mahrumiyet cezasına hükmolunması yasaya aykırıdır.” (4. CD 21.9.1983, 3859/4223);

“Her ihmalin sonucunda dolaylı olarak bir zarar doğması olasılığı mevcuttur. Ancak T.C.Y.’nin 230/2 maddesinin uygulanabilmesi için görevi ihmal sonucu zararın doğması, diğer bir ifadeyle zarar ve failin eylemi arasında doğrudan yakın ve uygun bir nedensellik bağının bulunması gerekir.

İncelenen dosyada, sanıkla babası T. İ. arasında, ölüm olayını geç bildirip, ölene ait 7560 lira aylığının alınması hususunda bir anlaşma olduğuna ilişkin kanıt bulunmamaktadır. Ödemede bulunulması sanığın eyleminden değil, Ziraat Bankası Yığılca Şubesinin dosyada mevcut yazılarında belirtildiği gibi, maaş çekinin ölen E. ile eşi T. adına müştereken düzenlenip kocaya ödeme yapılmasından kaynaklanmaktadır.

Sanığın eylemi ile, ölene ait yoksulluk maaşının T. İ.’ye ödenmesi arasında, yukarıda açıklanan nitelikte bir illiyet bağı bulunmaması nedeniyle, eylem T.C.Y.’nin 230/1. maddesine uygundur.” (CGK 1.5.1989, 113/173) ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.696-697.

²⁴³ MALKOÇ - GÜLER, Memurlar ve Suçlar, s.277.

Bazen memurların disiplin cezalarına konu olabilecek davranışları nedeniyle de cezalandırıldıkları görülmektedir.²⁴⁴

8. ZARARIN TAZMİNİ

Memurun görevini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından dolayı kişilerin gördüğü zarar faile ödettilir (TCK'nun 230. maddesi 3. fıkrası).²⁴⁵ Bu müeyyidenin uygulanması için, suçtan zarar gören şahsın açılan davaya müdahale edip bunu talep etmesinin şart olmadığı, bu müdahalenin Devletin uğradığı zararların ödettilmesi için aranacağı Yargıtayın bazı kararlarından anlaşılmaktadır.²⁴⁶ Ancak, Yargıtay'a göre zararın ödettilmesi için istek gerekir.²⁴⁷

²⁴⁴ "Sanığın özürsüz olarak 22 saat derse girmekten ibaret olan eyleminin T.C.Y.'nın 230. maddesinde yazılı olan görevi ihmal suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sınıf defterine yapılmayan 22 saatlik dersin yapılmış gibi yazılmasının suç vasfını ne suretle değiştireceği açıklanıp tartışılmadan T.C.Y.'nın 230. madde yerine 240. madde ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (6.CD 28.10.1985, 7933/10417), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2055.

"... bir gün göreve gelmemek disiplin cezasını gerektirir." (4. CD 8.6.1984, 404/4581); "Cezaevi infaz koruma memuru olan sanığın izinsiz olarak 3 gün süreyle işe gelmemekten ibaret olan ve disiplin cezasını gerektirebilecek eyleminde..." (4. CD 18.3.1993, 1367/2324); "T. E. K. muhasebecisi sanığın, aldığı işçi ikramiyelerini kuruma götürüp vermesi için N. C. a teslim ettikten sonra izinsiz olarak İstanbul'a gidip 9 gün süreyle işe gelmemekten ibaret olan eyleminin disiplin cezasını gerektirebilecek..." (4. CD 26.2.1992, 768/1458), MALKOÇ, "Görevi İhmal Suçu", s.32-33.

"Adliyede hizmetli olan sanığın, gördüğü işin niteliğine göre T.C.Yasasının 279. maddesi açısından memur sayılmadığı gibi, izinsiz olarak işe gelmemekten ibaret eyleminin disiplin cezasını gerektirdiği ve bu nedenlerle görevi savsama suçunun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden, hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD 27.3.1997 1753/2384); "Nöbetçi olan tutanak katibinin, özürsüz olarak göreve gelmemekten ibaret eyleminin disiplin cezasını gerektirdiğinden ve görevi savsama suçunun oluşmadığının gözetilmemesi yasaya aykırıdır." (4. CD 28.10.1997, 8775/9096), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.682, 688.

"Cezaevi infaz koruma memuru olan sanığın, görev yerinde alkol alma ve cezaevine alkollü içki sokmaktan ibaret eyleminin disiplin cezasını gerektirdiği gözetilmeden, öğeleri oluşmayan görevi savsama suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırı..." (4. CD 3.6.1997, 3332/4096), MALKOÇ - GÜLER, Memurlar ve Suçlar, s.283.

²⁴⁵ "Sanıklar TCK'nun 230. maddesine muhalefetten mahkemeye sevk edilmişler, mahkemece de, sevkte öngörülen 230. madde uyarınca uygulama yapılarak sanıkların hükümlülükleri ile birlikte, Kamu İktisadi Devlet Teşekküllü olan P.T.T. idaresine ait 29760 lira zararın ödettilmesine karar verilmiştir. Sözü geçen maddenin 6123 sayılı Kanunla değiştirilmeden evvel son fıkrasında "efrat" kelimesi olarak geçen tabir yerine değiştirilme ile "şahıslar" kelimesi konulmuştur. Bu fıkra; memurun ihmaliinde şahıslarda bir zarar hasıl olduğu takdirde bu zararın mahkemece re'sen ödettilileceğine mütedair olup bu hükmün Hazine ve PTT gibi kamu kuruluşlarına şümulü olmadığından burada PTT ye ait zararın sanığa ödettililmesi için PTT'nin davaya müdahale ederek şahsi hakkını talep etmesi gerekir (Oybirliğiyle)." (CGK 22.3.1976, 122/141), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2051.

²⁴⁶ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.182.

"Bu itibarla memurun ihmali hareketi neticesinde hazineye terettüp edecek zararın ceza mahkemesince failine ödettilmesi için hazinenin davaya müdahale ederek şahsi hakkını talep etmesi şarttır." (5. CD 7.11.1950, 4096/4150), ÇAĞLAYAN, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri, s.282.

"TCK nun 230 uncu maddesinin son fıkrasında memurun ihmali sebebi ile şahıslara bir zarar verildiği hallerde bunun re'sen ödettilileceği kabul edilmiş bulunduğuna ve bu hükmün hazine gibi hükmi

9. SUÇLARIN İÇTİMAI

Bir kimse, bir fiil ile kanunun birden çok hükmünü ihlal etmiş olabileceği gibi, birden çok fiil ile kanunun aynı hükmünü veya birden çok hükmünü ihlal etmiş de olabilir. Kural olarak ceza kanunun ihlali sayısınca suç vardır ve her bir suça ilgili olduğu hükümde öngörülen ceza verilir ve sonuçta bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilir. Ancak kanun bazen birden çok ihlali tek suç saymış ve faile tek ceza verileceğini kabul etmiştir. Bu gibi durumlarda suçların içtimaidan söz edilir.

Suçların içtimainın bir türü olan fikri içtima hükmünün uygulanabilmesi ve dolayısıyla fiilin tekliğinden söz edilebilmesi için, görevi ihmal gibi sırf davranış suçlarında ihmalin tek olması gerekir.²⁴⁸ Hangisinin cezasının daha ağır olduğunu

şahıslara şumultü olmadığına ve hazinenin müdahil sıfatıyla ceza davasına katılarak veya hukuk mahkemesine müracaatla zararı istemesi mümkün bulunduğu göre, TCK'nun 230 uncu maddesinin son fıkrasına aykırı olarak resmi daire zararının ödettilmesine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” (4. CD 7.5.1975-2452/2513), ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.167.

“...Görevi savsamaktan 230. maddeye göre cezalandırılan sanıktan maddenin son fıkrasına göre zararın ödetilmesi şahıslar içindir. Bunlar gerçek kişiler olabilir. PTT. gibi kamu kuruluşları bu gerçek şahıslar kavramına girmez.” (CGK 22.3.1976, 4/122-141), MALKOÇ, “Görevi İhmal Suçu”, s.38.

Zararın re’sen tazmini doktrinde eleştirilere konu olmuştur: Müdahale olmasa da zarara hükmedilmesi gerektiği görüşü beyan edilmiştir. Ancak, kişisel istek yoksa, nitelik ve miktarı belli değilse, özel hukuk kurallarına aykırı olarak hakimnin kendiliğinden hükmetmesi mümkün değildir. Kaldı ki faize hükmetmek de gerekebilir. Kişinin bunu isteyip istemediği belli değilken re’sen hükmetmek, özel hukuk davasına benzeyen böyle bir davada kolay savunulamaz. aynı, s.37-38.

TCY.’nın 230. maddesinin son fıkrasındaki zararın re’sen ödettilmesine ilişkin hükmün fert zararlarıyla ilgili olduğu ve devlet zararlarını kapsamadığı gözetilmeden, davaya katılıp uğradığı zararın ödettilmesini istemeyen hazineye ait zararın ödettilmesine de hükmolunması yasaya aykırıdır. (4. CD 16.10.1991 4911-6041); Müdahil hazine vekilinin talebi üzerine, T. C. K.’nın 39. maddesine göre görevi ihmal suçundan dolayı doğan zararın sanıktan tahsiline karar verilmesi gerekirken, zararın, cezanın unsuru olduğu gerekçesiyle reddine hükmolunması yasaya aykırıdır. (4. CD 17.12.1986 9874-10253); 230. maddenin son fıkrasının tatbikinde suçtan zarar görenin müdahil sıfatını iktisap etmesi şart bulunmamasına nazaran tebliğnamedeki; (usulen müdahale talebinde bulunarak karar almamış olan mağdur lehine tazminata hükmedilmesi yasaya aykırıdır) mütalaanın reddiyle hükmün onanmasına oybirliğiyle karar verildi. (4. CD 24.3. 1959, 3410/4126), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.677, 700, 701.

“T.C.Y.’nın 230. maddesinin son fıkrasındaki zararın re’sen ödettilmesine ilişkin hükmün birey zararıyla ilgili olduğu ve devlet zararlarını kapsamadığı gözetilmeden, davaya katılıp uğradığı zararın ödettilmesini istemeyen belediyeye ait zararın ödettilmesine hükmolunması yasaya aykırıdır.” (4. CD 2.12.1996, 8093/9064), YDün., S. 13, Ocak 1997, s.117-118;

²⁴⁷ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.182.

Bu itibarla memurun ihmali hareketi neticesinde hazineye terettüp edecek zararın ceza mahkemesince failine ödettilmesi için hazinenin davaya müdahale ederek şahsi hakkını talep etmesi şarttır. (5. CD 7.11.1950, 4096/4150), ÇAĞLAYAN, “...Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri”, s.282.

²⁴⁸ TCK’nun 79. maddesine göre “İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkamdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır”. O halde suçların içtimainın bir türü olan fikri içtimaidan söz edebilmek için, ilk şart, fiilin tek olması, yani değişik hükümlerin bir tek fiille ihlal edilmiş bulunmasıdır. Kanun fiil deyimini kullanmıştır. Tek fiilin işlendiğinin saptanması

belirlemede somut ceza esas alınır. Fikri içtimanın var olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir konu olduğuna göre görevi ihmal suçu için de somut olaya göre fikri içtimanın söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Aynı suç işleme kararıyla memur görevini birden çok kez ihmal edebilir ve bu durumda da müteselsil suçtan söz edilebilir.²⁴⁹

bakımından davranışın mı yoksa sonucun mu esas alınacağı konusu doktrinde tartışılmaktadır. Davranış esas alan görüşe göre, tek bir davranışın birden çok sonuca neden olduğu çok neticeli sapma durumu gibi durumlarda fikri içtima kurumu uygulanabilir. Kanundaki “fiil” deyimini esas alan görüşe göre ise fiil kavramının sonucu da kapsamı nedeniyle, sonuçlu suçlarda tek sonucun meydana geldiği hallerde tek fiilden söz edilebilir. Bu görüşe göre çok neticeli sapma halleri gibi tek bir davranıştan birden çok sonuç meydana geldiğinde sonuç sayısının fiil vardır ve fikri içtima hükümleri uygulanamaz. ERSOY, a.g.e., s.126-127.

Alacakaptan fikri içtimadan söz edilebilmesi için sonucun da tek olması gerektiğini savunanlardır. ALACAKAPTAN, a.g.e., s.57.

İçel ise, fikri içtimada fiilin tekliği ile ilgili şu açıklamaları yapmıştır: “Fiilin sayısını tespit ederken, maddi neticeyi göz önünde bulundurmak ve neticenin sayısının fiilin olduğunu kabul etmek gerekir.... Ancak hareketten ayrı bir neticenin bulunmadığı suçlarda neticeye göre fiilin sayısının tesbiti, gerçekte hareketin sayısının esas alınmasından başka bir şey değildir. İhmali suçlarda hareketin sayısı fiilin sayısını gösterecek ve emredilen bir hareketin ihmali ile kanunun çeşitli hükümleri ihlal edilmişse, fikri içtima kabul edilebilecektir. İhmali suçlar arasında fikri içtima ilişkisi, özellikle bir hareketle (davranışla) birden çok yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken hallerde karşımıza çıkar.” Kayıhan İÇEL, **Suçların İçtimaı**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 385, Sermet Matbaası, 1972), s.64-65, 69.

Yalçın Sancar ise fiillerin tekliği konusunda şu görüştedir: Suçların içtimaidan söz edilebilmesi için ortada aslında birden çok suç vardır. Suç sayısını belirlemede hareket veya fiil sayısının esas alınması halinde örneğin fikri içtima gibi bazı kavramların açıklanmasında yetersizlikler olduğundan normun ihlali ölçütü esas alınmalıdır. Böylece suçun varlığından söz edebilmek için suçun bütün unsurlarının gerçekleşmesini aramak daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Türkan YALÇIN SANCAR, **Müteselsil Suç**, (Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995), s.19-30.

Fikri içtimadan söz edilebilmesi için aranan ikinci şart tek fiilin kanunun değişik hükümlerini ihlal etmesidir. Bu durumda faile gerçekleşen ihlallerden sadece cezası ağır olandan dolayı ceza verilir. bkz. CENTEL, a.g.e., s.397-404.

²⁴⁹ Birden çok suç işlemesine rağmen faile tek ceza verilen durumlardan biri de müteselsil suç adı verilen durumdur. Müteselsil suçu düzenleyen TCK’nun 80. maddesine göre “Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar arttırılır”. Müteselsil suçun söz konusu olabilmesi için, öncelikle ortada birden çok suçun bulunması gerekir. Zira kanunun bir kaç defa ihlalinden söz edilmektedir. Bu suçlar, icrai veya görevi ihmal suçunda olduğu gibi ihmali nitelikte olabilir. Başlı başına suç teşkil etmeyen davranışlar veya tek bir suçu meydana getiren davranışlar, birden fazla olsa bile, müteselsil suçu oluşturmaz. ALACAKAPTAN, a.g.e., s.54.

Bu nedenle aynı görevin aynı şekilde icrası kanunda düzenlendiği gibi memurun amiri de söz konusu görevin yerine getirilmesi için bir emir verebilir. Bu durumda sözü edilen görev yerine getirilmediğinde iki ayrı suçun varlığından ve müteselsil suçtan bahsedilemez. Müteselsil suçu oluşturan suçların cezalandırılabilir olmaları gerekir. Cezalandırılmaları mümkün olmayan suçlar teselsül ilişkisi yönünden dikkate alınmaz. Müteselsil suçun varlığı için aranan ikinci şart, kanunun aynı hükmünün birden çok ihlal edilmiş olmasıdır. Kanunun aynı hükmünden Kanunun aynı maddesini anlamamak gerekir. Suçun ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerini öngören normlar ile suçun teşebbüs halini öngören normlar da “aynı hüküm” kavramına dahildir. Müteselsil suça özelliğini veren ve birden çok suçu tek suç haline getiren husus, bu suçların “bir suç işleme kararı” ile gerçekleştirilmiş olmasıdır. “Bir suç işleme kararı” müteselsil suçu oluşturan suçların “aynı kast” ile işlenmesi anlamına gelmez. Müteselsil suçu oluşturan suçların her biri ayrı bir kastla işlenmiştir. Burada aynı ve tek olması gereken husus, bu kasıtları

Bir başka suçu işlemek, ya da işlenmiş bir suçu gizlemek amacıyla ya da işlenmiş olan bir başka suç vesilesiyle görevi ihmal suçunun işlenmesi mümkündür ancak uygulamada görevi ihmal suçunun mürekkep suç oluşturabileceği bir hale ,rastlamak pek mümkün değildir.²⁵⁰

birleştirici bir rol oynayan ve kasttan farklı olan suç işleme kararıdır. Bir suç işleme kararından maksat, belirli bir hedefe ulaşmak için aynı mahiyette olan bir kısım suç fiillerini işlemek konusunda genel bir karardır.

Müteselsil suçun şartları ve hükümleri ile ilgili geniş açıklama için bkz. YALÇIN SANCAR, a.g.e., s.61-157.

Yargıtay da görevi ihmal suçunun müteselsilen işlenebileceğini kabul etmiştir:

“Sulh ceza mahkemesine ait bir kısım ilamları, görevleri olduğu halde infaza vermemek, harç tahsil müzekkerelerini yazmamak, TCK.230/1, 80 olur...” (4.CD 7.1.1987, 10030/10501), MALKOÇ, “Görevi İhmal..”, s.36.

(4.CD 17.12.1981, 7746/7801), YKD, S. 3, (1982), s.420 vd.

“Oluşa göre birden çok belge düzenlendiğinin anlaşılması karşısında TCK’nin 71 veya 80. maddelerinden hangisinin uygulanacağını tartışılmaması...”, (8.CD 31.1.1996, 17194/1243), YDün., S. 8, (1996), s.131.

“Sulh ceza mahkemesine ait bir kısım ilamları, görevleri olduğu halde infaza vermemek, harç tahsil müzekkerelerini zamanında yazmamak TCY. 230/1, 80 olur...” MALKOÇ - GÜLER, Memurlar ve Suçlar, s.275.

Ancak Yargıtay’ın aksi yönde kararlar verdiği de olmuştur. Nitekim Yargıtay, “görevi savsayan memurun Orman Kanununa muhalefetten kaç kişi hakkında zabıt düzenlemesi gerekirse o kadar suç işlemiş olur” gerekçesiyle 80. maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir.” (4. CD 28.01.1981, 290/234), YKD, S.7, (1981), s.915.

²⁵⁰ TCK’nun 78. maddesine ilişkin daha geniş açıklama için bkz. CENTEL, a.g.e., s.413-415; EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s.329-335; Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, (İkinci Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1992), s.481-483.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA CÜRMÜ

(TCK’NUN 240. MADDESİ)

1. GENEL OLARAK

TCK’nun 12.6.1979 tarih ve 2248 sayılı kanunla değişik 240 ncı maddesi: “Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur....” şeklindedir.²⁵¹

²⁵¹ Bu hüküm Zanardelli Kanunu’nun 175. maddesinden alınmıştır. Zanardelli Kanunu’nun 175. maddesi şöyle idi: “Kamu görevlisi, görevini suistimal ederek başkalarının haklarına karşı kanunun özel bir hükmünde suç olarak öngörülmemiş herhangi bir keyfi işlem yaparsa onbeş günden bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır; özel bir amaçla hareket ettiğinde ceza altında bir oranında artırılır hapis cezası ağır hapis cezasına dönüştürülür.

Görevinin icrasında bir diğer kişiyi kanuna veya idari bir emre karşı gelmeye azmettiren kamu görevlisi de aynı ceza ile cezalandırılır.”

Daha sonra “azmettirme” hipotezi yerinde olarak kaldırıldı. Çünkü iştirak kuralları gereği azmettirerek bir fiilin işlenmesine neden olan kişi zaten o fiili işlemiş sayılır. Eğer o fiil azmettirmeye karşılık yine de işlenmemişse zaten ortada suç yoktur ve böyle bir azmettirme cezalandırılamaz.

Rocco Kanunu’nda ise genel nitelikli görevi kötüye kullanma 323. maddede düzenlenmiştir. Buna göre: “Kamu görevlisi görevlerine bağlı yetkilerini suistimal ederek başkalarına bir zarara neden olmak veya bir çıkar sağlamak için, kanunun herhangi bir özel hükmünde suç olarak öngörülmemiş herhangi bir fiil işlediğinde” görevi kötüye kullanma suçundan söz edilir.

“Mehaz Zanardelli Kanunu’nda genel olarak görevi kötüye kullanma, ‘keyfi muamele’ şeklinde hükme bağlanmış bulunmakta idi. Yeni İtalyan Ceza Kanunu ise kanunumuzun 228. maddesinin karşılığı olan eski kanunların 175. maddesi yerine 323. maddeyi sevk etmiş, bu madde genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu tesbit etmiş ve uygulama alanı bakımından fiilin kişilere karşı işlenmiş olması gibi bir sınırlandırma da kabul etmemiştir.” ÖNDER, a.g.e., s.202; Mehaz kanundan “keyfi muamele” ye ilişkin hüküm alınmış, ayrıca 240. madde, kısmen eski ceza kanunundan nakledilmiş ve bu nedenle bazı alanlarda mükerrer iki hüküm meydana çıkmıştır. EREM, *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine...*, s.49; EREM, *Hususi Hükümler C. I*, s.325; M. Muhtar ÇAĞLAYAN, *Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde Bir İzah Denemesi*, *TİD*, S. 333, (Yıl: 42, Kasım-Aralık 1971), s.20.

Gözübüyük’e göre: “Bunun sebebi, 228. maddenin ‘insanlara karşı keyfi muamele’ye ilişkin olduğunun düşünülmüş bulunması ve insanlara karşı olmayan her türlü keyfi muamelenin de cezalandırılmasının istenmiş olmasıdır. Bu takdirde, en doğru hareket 228. maddeyi kabul etmemektir.” GÖZÜBÜYÜK, “...Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali”, s.194.

Çetin’e göre de: “228. madde ile 240 madde arasında şu farkların olduğunu söyleyebiliriz: 228. maddenin 1. fıkrasında ‘görevdeki yetkiyi kötüye kullanarak bir kişi ya da memur hakkında yapılan keyfi işlem’, 240. maddede ise ‘genel nitelikte görevde yetkiyi kötüye kullanma eylemi’ cezalandırılmaktadır. 228. maddenin birinci fıkrasında yazılı suç, 240. maddede yazılı suça göre özel nitelikte olduğundan, memurun görevde yetkisini kötüye kullanarak yaptığı keyfi işlem kişinin bir hakkına saldırı oluşturuyorsa 240. madde değil, 228. madde uygulanmalıdır.”

“Sanık belediye başkanının kişi haklarına zarar verici nitelikte olan eylemlerinin T.C.Y.’nın 228 ve 80. maddelerine uyup uymayacağı tartışılmadan, yardımcı hüküm olarak görevde yetkiyi kötüye kullanmayı yaptırım altına alan aynı Yasanın 240. maddesiyle cezalandırılması yasaya aykırıdır.” (4. CD 20.10.1997, 8292/8592), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..*, s.727-728.

Daha geniş bilgi için bkz. ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.128.

323. madde hükmü daha sonra 1990 yılında değiştirilmiş ve görevi suistimalin sınırları daha net çizilmeye çalışılmıştır. Bu değişiklikle madde hükmü şu şekli almıştır: “Kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle yükümlü kişi kendisine veya başkalarına maddi nitelikte olmayan haksız bir çıkar sağlamak veya başkalarına haksız bir zarara neden olmak amacıyla görevini kötüye kullanırsa fiil daha ağır bir suç meydana getirmiyorsa iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer fiil kendisine veya başkasına maddi bir çıkar sağlamak amacıyla işlenirse hapis cezası iki yıldan beş yıla kadardır.”

Bu suçun değişiklikten önceki hali fazlasıyla geniş yorumlamaya müsait olduğu ve ceza yargıcının hangi fiili görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edebileceğinin belli olmadığı ileri sürülmekteydi. Ancak 1990 yılında 86 nolu kanunla yapılan değişiklik de yargıcın yorum sınırlarını daraltmak için yeterli açıklık sağlamadı. Yorum sınırının çok geniş olması nedeniyle ceza yargıcı idarenin faaliyet alanına fazlasıyla müdahale etti, bu nedenle idarenin bağımsızlığı ilkesi zedelendi.

1990 yılında yapılan değişiklik de istenilen sonucu vermeyince yine: a) Kamu idaresinin faaliyetleri üzerindeki cezasal kontrolü sınırlamak, yetki paylaşımında anayasaya uygun sınırlamalara gitmek, b) 1990 reformunun başaramadığı fiilin daha açık ve kesin bir şekilde sınırlarını çizmek, ceza yargıcının sözü edilen sınırsızlığına engel olmak veya azaltmak amaçlarıyla 1997 yılında bir başka değişiklik daha yapılmıştır. Giovanni FIANDACA - Enzo MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol.I*, (Terzo Edizione, Bologna: Zanichelli Editore, 2002), s.240-241.

1997 yılında 234 sayılı kanunla değiştirilen 323. maddenin bugün yürürlükte olan İCK’daki düzenlemesi şöyledir: “Fiilin daha ağır bir suç oluşturması halleri hariç olmak üzere kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle yükümlü kimse görevini veya hizmetini ifa sırasında kanunun veya diğer idari düzenlemelerin bir hükmünü ihlal ederek veya halihazır veya yakın bir gelecekteki yapmama yükümlülüğünü kasıtlı biçimde ihlal ederek kendisine veya başkalarına haksız bir maddi çıkar sağlar veya başkalarına haksız bir zarara neden olursa altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Söz konusu çıkarın veya zararın ağır olması halinde ceza artırılır.”

Böylece görevin kötüye kullanılmasının daha ağır bir suç oluşturması halleri dışında 323. madde hükmünün uygulanması mümkün hale geldi ve failin kendisine veya başkasına maddi bir çıkar sağlaması durumunun suçun basit şeklini oluşturduğu bir düzenleme yapıldı. Maddede belirlilik sağlamak amacıyla “görevini kötüye kullanırsa” ifadesi yerine “kanunun veya diğer düzenlemelerin ihlali veya halihazır veya yakın bir gelecekteki yapmama yükümlülüğünü kasıtlı biçimde ihlali” ifadesi kullanılmıştır. Antonio PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, Delitti Contro la Pubblica Amministrazione*, (Ottava Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1998), s.234.

Carmona’ya göre de 1997 yılında 323. maddenin uygulanma alanını sınırlamak için yapılmış olan değişiklik de amacına ulaşmamıştır. Yazar şu açıklamayı getirmiştir: “1997 değişikliği ile kanunun veya diğer bir idari düzenlemenin ihlali yanında özel bir yapmama yükümlülüğünün ihlali ile suçun işlenebileceği belirtilmiştir. Bu durumda özel bir yapmama yükümlülüğü eğer kanunda veya diğer bir idari düzenlemede belirtilmiş ise kanunun veya diğer bir idari düzenlemenin ihlali ile zaten özel yapmama yükümlülüğü de ihlal edilmiş olurdu. O halde kanun veya diğer bir idari düzenlemenin ihlali dışındaki hallerde dahi 323. maddenin aradığı ihlal gerçekleşmiş olur ve bu durumda 323. maddenin alanını da daraltmak için yapılmış olan 1997 reformu amacına ulaşmamıştır.” Angelo CARMONA, “La Nuova Figura di Abuso di Ufficio: Aspetti di Diritto Intertemporale”, *Cass.Pen.*, Vol.XXXVIII, n.6, (Giugno 1998), s.1850.

12.05.2004 tarihi itibarıyla Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metne göre, 259. madde içerisinde görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Tasarıya göre “Görevi 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 kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç 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 kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Tasarıda görevi ihmal suçunun da görevi kötüye kullanma şeklinde adlandırıldığını görüyoruz. Yani, görevi kötüye kullanma suçu hem hareket şeklindeki hem de ihmal şeklindeki davranışla işlenebilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesi genel ve tamamlayıcı bir hükümdür.²⁵² Eğer, memurun görevi kötüye kullanma niteliğindeki fiili TCK'nun diğer bir maddesinde veya özel bir kanunda düzenlenmişse²⁵³, ceza daha hafif olsa bile memuriyet görevinin kötüye kullanılmasına ilişkin bu özel hükümler uygulanır.²⁵⁴ Görevi kötüye kullanma, bir çok suçun unsurudur ve bu nedenle uygulamada karışıklıklar çıkmaktadır.²⁵⁵ Yargıtay da kararlarında bu hususu belirtmektedir.²⁵⁶

Görevi kötüye kullanma genel hüküm olma özelliğini korumaktadır. Tasarıda madde metni İCK'nda yer alan "başkalarına bir zarara neden olma veya başkalarına bir çıkar sağlama" ifadesine benzer bir hal almıştır. Böylece suç zarar suçu haline getirilmiştir. Suç zarar suçu haline geldiğine göre teşebbüsün her iki haline de müsait olacaktır. Cezanın da görevi ihmal suçuna göre hem alt sınırının hem de üst sınırının yükseltildiği görülmektedir. Görevi kötüye kullanma suçunda ise cezanın üst sınırının yükseltildiği görülmektedir.

²⁵² ANTOLISEI, ...Parte Speciale, s.796; MANZINI, a.g.e., s.229; PAGLIARO, a.g.e., s.234; GUADAGNO, a.g.e., s.556.

"Görevi kötüye kullanma niteliği taşıyan herhangi bir fiil, kanunda başka surette cezalandırılmadığı takdirde -genel ve tamamlayıcı- hüküm niteliğindeki 240. madde alanına girer." (CGK. 7.2.1986, 431/2901); "İhaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yeterlik komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların, ihale mevzuatına ve Bakanlık tebliğine aykırı olarak, ihaleye katılan müteahhitlere, yönetime uymayan puanlar verdiklerinin, değerlendirmenin ayrı ve gizli yapılması kuralına uymadıklarının, puanlarda sonradan değişiklik ve ayarlamalar yaparak ihaleleri öngördükleri eylemin (hükümet hesabına) yapılan ihalede, hileli araçlar kullanmak suretiyle rekabeti ihlal ve TCY nin 366. maddesine uyar nitelikte olup olmadığının tartışılması, eylemin bu maddeye girmediği takdirde aynı yasanın yardımcı hüküm konumunda olan 240. maddesine gireceğinin gözetilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile hüküm..." (4. CD 7.2.1991, 7518/723), MALKOÇ, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu" (1993), s.19-20.

²⁵³ Örneğin TCK'nun 181.maddesinde yer alan: "Bir memur, memuriyetine ait vazifeyi suistimal ederek veya kanunen icab eden usul ve şartlara riayet etmeyerek bir kişiyi şahsi hürriyetinden mahrum ederse bir seneden üç seneye kadar hapis cezası verilir" hükmü, TCK'nun 186.maddesindeki: "Mevkuf veya mahkumun muhafazasına veya nakline memur olan yahut vazifesi iktizasınca o kimse üzerine nüfuz icrasına memur bulunan şahıs onun hakkında keyfi muamele yapar veya kanun ve nizamın cevaz vermediği surette şiddet istimal ederse bir aydan iki seneye kadar hapis olunur" hükmü, TCK'nun 194. maddesindeki: "Bir memur vazifesini suistimal ederek veya kanunda muayyen olan usul ve şartlar haricinde olarak ahırın mesken veya müştemilatına girse üç aydan üç seneye kadar ve eğer bu işte evin içini araştırmak gibi başka keyfi bir muamele de yapılacak olursa altı aydan üç seneye kadar hapis olunur..." şeklindeki hükümler gibi.

²⁵⁴ Erman bu durumu suçun oluşabilmesi için önşart olarak görmektedir. Yazara göre: Suç genel ve tamamlayıcı nitelikte olduğundan, görevin kötüye kullanılmasını ifade eden hareketin başka herhangi bir suçu oluşturmaması gerekir. Nitekim 240. maddede yer alan "yasada yazılı hallerden başka" deyimini bu önşartı ifade etmektedir. Bu itibarla yapılan hareket herhangi bir suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı sebebinin teşkil etmekte ise, bu suçun gerektirdiği ceza 240. maddede öngörülen cezadan hafif olsa dahi, 240. madde uygulanmaz.

²⁵⁵ Görevi kötüye kullanma suçu ile görevi kötüye kullanmanın unsur olduğu suçlar için bkz.İsmail MALKOÇ, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, AD, C. LXXIX, S. 4, (Temmuz-Ağustos 1988), s.128-132; bkz. Vedat KARADELİ, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar -Zimmet, İrtikap, Görevi Kötüye Kullanma-, ABD, S. 4, (Yıl:41, 1984), s.574.

²⁵⁶ "Mevkufu şehir içinde dolaştırmak, lokantada birlikte yemek yemek firar tehlikesini doğuracak bir eylem ve hareket olduğundan ve Kanunda 305. madde ile hususi bir hüküm konmuş olduğundan bu madde ile cezalandırılması gerekir." ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.265.

"Görevi kötüye kullanma niteliğini taşıyan herhangi bir fiil, kanunda başka surette cezalandırılmadığı takdirde -genel tamamlayıcı- hüküm niteliğindeki 240. madde alanına girer." (CGK 7.2.1986, 431/2901), MALKOÇ - GÜLER, Memurlar ve Suçlar, s.324.

Her türlü ve her tip kötüye kullanma eylemini ayrı ayrı maddelerle düzenlemenin zorluğu karşısında konuyu genel olarak kapsayan ve karşılayan böyle bir hüküm geliştirilmiştir. Bu maddeye ilişkin olarak “kötüye kullanma” kavramının yanısıra “görev kavramı”nın içeriğini belirlemek de zorunludur. Görevin ne olduğu yasa, tüzük ve yönetmelik ve bunlara uygun olarak düzenlenen yazılı ve sözlü emirler ve direktiflerden anlaşılır.

Bazen disiplin cezasını gerektirebilecek eylemlerin TCK’nun 240. maddesi ile cezalandırıldığı görülmektedir.²⁵⁷ Bazen de özel yasalarda görevi kötüye kullanma

Kararda, “yapılan sözkonusu göstermelik ihaleyle T ve A’nın ‘idareyi zarara soktukları’ belirtilmektedir. Dolayısıyla, T ve/veya A, bu göstermelik ihaleyle haksız bir kazanç da elde etmiş(ler)dir. Bu itibarla, olayda, genel olarak görevi kötüye kullanma suçundan ziyade, zimmet (ve bu suçun bir özel şekli olan ‘Devlet Alım-Satımına Fesat Karıştırma’ -CK. mad. 205-) suçunun oluştuğu kabul edilmeliydi. Görevi kötüye kullanma suçu genel, tali, tamamlayıcı bir yükümlülük suçudur.” (CGK 3.10.1988, 5-301/336), YKD, S.2, (1989), s.261 vd.; bkz. İzzet ÖZGENÇ, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak” (Karar İncelemesi), SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, C. IV, 1994, S. 1-2, (1995), s.348, (dipnot:48).

“Dosya içeriğine göre, köy muhtarı ve kurul üyesi olan sanıkların, köy bütçesine gelir temin etmek amacıyla köy merasını sürüp ettikleri anlaşılmaktadır.

T.C.Y.’nin 240. maddesi ‘yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur...’ hükmünü içermektedir. Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, bu madde ancak yasada yazılı hallerden başka şekilde memurların görevlerini kötüye kullanma suçlarına uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğindedir. Halbuki 513. madde, köy tüzel kişiliğinin malı olan ve köylülerin ortaklaşa yararlandığı harmanyeri, mer’a ve yol gibi yerleri sürüp ekenler için getirilmiş özel bir hükümdür. Bir olayda uygulanabilecek iki hükümden özel nitelikte olanın, genel nitelikte olanına üstün tutulması hukukun ana kuralı olduğuna göre, suçu işleyen köy orta malını korumakla görevli muhtar ve kurul üyesi de olsa, sürüp ekmekteki kastının kişisel veya köy bütçesine gelir temin etmeye yönelik olup olmadığına bakılmaksızın 513. madde ile uygulama yapılması gerekir.” (CGK 13.3.1989, 535/96), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2141.

“Uyuşmazlık konusu olan husus: Kaçak orman emvalini, kendi ihtiyacı için hazırlattırıp ormandan çıkarttıran ve orman muhafaza memuru olan sanığın eyleminin, ‘Görevi Kötüye Kullanma’ suçunu mu, ‘Orman Kanununa Muhalefet’ suçunu mu oluşturduğu hususudur.... TCK.’nin 240. maddesinde: (Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memurun... cezalandırılacağı) hükme bağlanmıştır. Genel nitelikte olan bu maddenin açık hükmünde de anlaşıldığı gibi, memur olan sanık, eylemiyle TCK.’nin belirli başka bir maddesini veya özel kanunlardaki bir yasa maddesini ihlal etmişse, o maddeye göre cezalandırılacak, ancak bu suçu ‘vazife esnasında’ işlemişse, sanığa verilen ceza T. C. K.’nin 251. maddesiyle artırılacaktır.... 6831 sayılı Yasanın 14 ve 91. maddelerinde, ormanda ‘ağaç kesen’, ‘yatık veya devrik ağaçları kesen veya götüren’ler için, özel hüküm bulunduğu göre, sanık hakkında genel nitelikte olan T. C. K.’nin 240. maddesi uygulanamayacağından, yerel C. Savcısı ve sanık vekilinin temyiz itirazlarının bu nedenle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” (CGK 11.3.1985, 205/128); “Müdahilin kira ile oturduğu daireyi tutmak isteyen polis memuru sanığın devriye görevi yaptığı sırada müdahilin evine giderek (sen buradan daha çıkmadın mı) diyerek onu karakola götürmek için itip kakarak ekip otosuna bindirmekten ibaret eyleminin T. C. K.’nin 228. maddesine uyan bir suç teşkil ettiği düşünülmeyen yazılı maddeyle (240/2) hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 28.5.1985, 4791/5056), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.753, 756.

²⁵⁷ “Yöresel töre gereği, ramazan bayramı günü bayramlaşmak üzere karakola gelen bazı köylülerin beraberlerinde getirdikleri bir kısım yiyecek ve sigara ve şeker alınmak üzere bırakılan parayı kabul

eylemi belirtilir ve müeyyidenin 240. madde olduğu ifade edilir (Örneğin, Vergi Usul Kanunu'nun 363. maddesi).

TCK'nun 240. maddesinin "suçta kanunilik" ilkesiyle²⁵⁸ bağdaşıp bağdaşmadığı hususu doktrinde tartışılmıştır:

Bir görüşe göre, TCK'nun 240. maddesi memurlara güvensizliğin bir sonucu olarak eskiden beri TCK'nda yer almaktadır. Ancak hükümde belirtilen "kanunda yazılı hallerden başka" kavramıyla suçun kapsam ve unsurları net bir şekilde ortaya konulamamaktadır. Dolayısıyla bu madde hükmü TCK'nun 1. maddesinde düzenlenen "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ile çelişmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, memurların kanunda açık bir suç teşkil etmeyen, ancak aynı zamanda kendilerinden yapmamaları beklenen fiil ve hareketlerine karşı disiplin tedbirleri uygulanmalıdır. Çünkü, kanun ve tüzüklerde tarif edilenlerin dışında, pek çok görevi kötüye kullanma hali mümkündür. Diğer bir görüş ise TCK'nun 240. maddesi, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesiyle çelişmemektedir.²⁵⁹

etmekten ibaret olan ve disiplin cezasını gerektirebilecek eylemde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin ne şekilde oluştuğu..." (4 CD 1.3.1993, 259/1140), MALKOÇ - GÜLER, ...*Türk Ceza Kanunu...*, s.1726.

²⁵⁸ Modern ceza hukukunun dayandığı temel ilkelerden biri olan kanunilik ilkesi, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından açıkça tesbit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağını ifade eder. Kanunilik ilkesi, yürütmenin ve yargının keyfilikliğini önlemeye, hukuki kesinliği ve eşitliği sağlamaya yönelik olduğu için, birey haklarının garanti altına alınması yönünden yeri doldurulamayacak bir işleve sahiptir. TCK'nun 1. maddesinde "Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz", 2. maddesinde de "işlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiillerden dolayı kimseye ceza verilemez" denilerek, kanunilik ilkesi benimsenmiştir. Benzer hükümler Anayasanın 15 ve 38. maddelerinde yer almaktadır. Ceza Kanununun ve Anayasanın ilgili hükümlerinin incelenmesi, kanunilik ilkesinin üç alt ilkeye dayandığını ortaya koymaktadır: a) Kanunun tekelsizliği, b) kanunun açık ve kesin olması, c) kanunun geçmişe uygulanmazlığı.

Kanunun tekelsizliği ilkesi, sadece yazılı olmayan kaynakları değil, kanun dışındaki yazılı kaynakları, yani idarenin düzenleyici işlemlerini de ceza hukukunun kaynakları dışında tutmayı, böylece bu hukukun kaynağını yalnızca kanunla sınırlandırmayı amaçlar. Kanunun açıklığı ilkesi, kanun koyucunun norm yaratırken, cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulabilmesi için, kanundaki suç tanımını açık ve belirgin bir biçimde tespit etmesini ifade eder.

Kanunun açıklığı ilkesi veya suçta ve cezada belirlilik ilkesi, her şeyden önce, kanunda açık şekilde öngörülmemiş olan durumlarda cezalandırma olanağını ortadan kaldırarak yargıcın keyfilikliğini önlemeyi amaçlar. Suçta ve cezada belirlilik, hem suçun unsurlarının ve hem de suç karşılığında öngörülen cezanın yasada açık ve seçik bir biçimde belirtilmesi demektir. Kanunun açık ve belirgin olması, öte yandan, aynı şekilde davrananların hukuki eşitliğini ve insanların yasak olanla olmayana bilmelerini, böylece davranışlarını bilinçli bir şekilde kararlaştırmalarını da teminat altına alır. bkz. TOROSLU, *Ceza Hukuku*, s.13-27; CENTEL, *a.g.e.*, s.13-29.

²⁵⁹ Bkz. DEMİRBAŞ, *a.g.m.*, s.266.

Bu tartışmaların sonucu olarak, TCK'nun 240. maddesinin 1961 Anayasası'nın 33. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek, iptali istemiyle dava açılmıştır. 1961 Anayasasının 33. maddesi; "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur..." şeklinde, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini koymaktaydı. Anayasa Mahkemesi 12.10.1965 tarihli kararında şu gerekçeye dayanarak, 240. maddenin iptali istemini haklı olarak reddetmiştir:

"Türk Ceza Kanununun bir çok maddelerinde memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenen, özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza hükümleri vardır. Bunlara T. C. Kanununun 194., 209., 213., 228 inci maddeleri örnek olarak gösterilebilir. Maddede 'Kanunda yazılı hallerden başka her ne surette olursa olsun vazifesini suistimal eden' denilmesinin sebebi, yukarıda örneğini verdiğimiz maddelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı da kapsayan nitelikleri belli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezasız bırakılmamalarını sağlamaktır. 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 bulunduğu göre; bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdire yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan Anayasanın 33. maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olamaz, suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir..."²⁶⁰

²⁶⁰ Anayasa M. 12.10.1965. E.1965/127, K.1965/55, AMKD, S. 3, (1965), s.213-214.

İtalya'da da görevi kötüye kullanma suçunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür ve orada da maddenin Anayasaya aykırılık taşımadığı kanaatine ulaşılmıştır. Rocco Kanunu'nda 323. madde üzerinde henüz 1990 değişikliği yapılmadan önce maddenin özellikle "belirlilik ve açıklık ilkeleri"ne aykırılığı tartışmaları yaşandı. Anayasa mahkemesi "başkalarına bir zarara veya çıkara neden olmak" şeklindeki özel kastın 'kötüye kullanma' kavramındaki belirsizliği önlediği gerekçesiyle anayasaya aykırılık kararının verilemeyeceğine karar verdi. (Anayasa mahkemesi 19 Şubat 1965, 7 sayılı kararı) (Corte Cost. 19 Febbraio 1965, n. 7), PAGLIARO, a.g.e., s.234. (Ancak bu tarihte İCK'nun 323. madde metninin "Kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle yükümlü kişi kendisine veya başkalarına maddi nitelikte olmayan haksız bir çıkar sağlamak veya başkalarına haksız bir zarara neden olmak amacıyla görevini kötüye kullanırsa fiil daha ağır bir suçu meydana getirmiyorsa iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer fiil kendisine veya başkasına maddi bir çıkar sağlamak amacıyla işlenirse hapis cezası iki yıldan beş yıla kadardır" şeklinde olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.)

Kanımızca Anayasa Mahkemesinin kararı yerindedir. Çünkü özel hükümlerle düzenlenmemiş memuriyet görevini kötüye kullanma halleri için, unsurları açık olarak gösterilmiş böyle bir genel hükmün varlığı zorunludur.²⁶¹

2. MADDİ UNSUR

Bu suçun maddi unsurunu kamu görevlisince görevini kötüye kullanma niteliğindeki herhangi bir hareketin yapılması teşkil eder.²⁶²

Görevi kötüye kullanma kavramının tanımı çağdaş ceza kanunlarında verilmemiştir. Ancak bazı eski kanunlarda bu kavramın tarifi yapılmıştır.

“Mesela İsviçre Bal Kantonu -Eyalet devleti- ceza kanununda (m. 75), görevi kötüye kullanma, ‘memurun başkasına zarar vermesi veya kötü muamele yapması veya başkasını kayırması’ tarzında nitelendirilmiştir. Fransız hukukunda da görevi kötüye kullanma, bir bakıma, memurun gerek hususi ve gerekse kamu menfaatini bozan bir fiili olarak tavsif edilmiştir. Buna göre ‘zarar’ suçun unsurlarındandır.”²⁶³

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için her şeyden önce memurun görevine giren bir işin olması gerekir.²⁶⁴ Bu nedenle memurluk görevi ile memurluk sıfatının birbirine karıştırılmaması gerekir. Görevde sahip olunan yetkinin kötüye

²⁶¹ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.267.

²⁶² Örneğin: Bir polis komiserinin, hakkında tutuklama müzekkeresi olan bir kimseyi serbest bırakması; bir hapisane müdürünün geçici bir süre için, işlerini yapması için bir mahkumu hapisaneden dışarı yollaması; bir hiyerarşik üstün kişisel hınç nedeniyle bir astını gerektiğinden daha fazla bir disiplin cezasıyla cezalandırması gibi hareketler görevi kötüye kullanma niteliğindeki hareketlerdir. ANTOLISEI, ... Parte Speciale, 797.

²⁶³ GÖZÜBÜYÜK, “...Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali”, s.195-196.

²⁶⁴ DELPINO, a.g.e., s.105.

“Köy muhtarlarının görevleri 442 Sayılı Köy Yasasının 36 ve 37. maddelerinde, mahalle muhtarlarının görevleri ise 4541 sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Yasanın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki yasada ve özel yasalarda muhtarlara, hazineye ait taşınmazları koruma görevi verilmemiştir. Hazine veya resmi kurumlara ait taşınmazlara tecavüzde, özel şahıs gayrimenkullerinde olduğu gibi işlem yapılabileceği gibi hukuk mahkemelerinde tecavüzün önlenmesi için dava açılması mümkündür. Muhtar olan sanığa, yasalar tarafından arsa Ofisine ait taşınmazları koruma görevi verilmediğinden, görevi kötüye kullanma veya görevi savsama suçunun unsurları oluşmamıştır.

Öte yandan sanığın; memuriyet unvan ve nüfuzunu kötüye kullanarak, görevine girmediği halde, Arsa Ofisine ait taşınmazı başkalarına kullandırması muhtarlık sıfatının kötüye kullanılmasıdır. T.C.Y.’nın 240. maddesinde görevin kötüye kullanılması cezalandırılmış, sıfatın suistimali müeyyide altına alınmamıştır.” (CGK 7.10.1991, 256/257), SAVAŞ – MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2043; ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.748.

kullanılması demek, memurun yasa ve öbür hukuksal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerin yasanın gösterdiği usul ve esaslara aykırı biçimde yapılması demektir. Memurluk sıfatının kötüye kullanılması ise, memurun yasal görevine giren işler dışında memurluk nüfuzunun, memurluk unvan ve sıfatının kötüye kullanılması demektir. Memurluk sıfat ve nüfuzunun kötüye kullanılması durumunda TCK'nun 240. maddesinde yazılı suç oluşmaz.²⁶⁵

Görevi kötüye kullanma suçunun kapsamına gelince; bizzat görev kullanılan bir şey değildir. Görev yapılır. Kullanılması, görev dolayısıyla memura tanınan kudret ve yetkidir. Nitekim, 1930 tarihli İCK'ndaki görevi genel kötüye kullanma suçunda "göreve bağlı yetkilerin kötüye kullanılması" ifadesi kullanılmıştır.²⁶⁶ Kötüye kullanılan yetkinin, memura "görevi" nedeni ile tanınmış bir yetki olması gerekir. Bu görevin mutlaka memurun kadrosuna ilişkin bir görev olması gerekmez; zira memura hukuka uygun yöntemlerle kadro görevi dışında da görevler verilebilir.²⁶⁷ Örneğin bir memura, kadro görevi olmayan bir disiplin soruşturması görevi, ona bu görevi vermeye yetkili üst tarafından kurallara uygun olarak verilebilir.

Memurun sadece görevi kötüye kullanma niteliğinde olan işlemleri değil tüm faaliyetleri madde kapsamına dahil olmalıdır.²⁶⁸

²⁶⁵ Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için yasaya aykırı bir biçimde yapılan işin memurun yasal görevi olması gerekir. "Cezaevindeki bir tutuklunun yakınından tutukluya verilmek üzere para almanın infaz koruma memurunun görevi içinde olmaması nedeniyle eylemin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına", karar verilmiştir. (4. CD 3.7.1991, 3257/4429), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.726.

"Önemli olan, kötüye kullanılan yetkinin memuriyet 'görevi' olmasıdır. Yasa memuriyet görevinin kötüye kullanılmasını bu madde ile cezalandırmıştır; memuriyet 'sıfatının' kötüye kullanılması bu madde kapsamında değildir." ÖZGEN, *a.g.e.*, s.107.

"Vazifeyi suistimal suçunda kanun koyucu sadece vazifenin suistimalini derpiş etmiş, memuriyet sıfatının suistimalini maddenin hükmü haricinde tutmuştur." KUNTER, "...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...", s.395.

²⁶⁶ "Suçun maddi unsuru; memurun, görevini başka bir söyleyişle, görevlerine dahil bulunan kudret ve yetkileri kötüye kullanarak, kanunu özel bir hükmü ile suç telakki edilmemiş olan herhangi bir fiili işlemesi... diye tanımlanabilir." ÇAĞLAYAN, *Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...*, s.21.

²⁶⁷ EREM, *Hususi Hükümler C. I*, s.325.

²⁶⁸ İCK'nda da failin *failinin* esas alındığını görüyoruz: 1889 yasası görevi kötüye kullanmanın söz konusu olabilmesi için kamu görevlisinin başkasına karşı "keyfi işlem"i yapmasını ve bunun başka bir yasa hükmünde suç olarak öngörülmemiş bulunmasını gerektiriyordu. Bu hüküm yerinde olarak değiştirildi ve "keyfi işlem", "eylem" şekline dönüştürüldü. Böylece önceden 1889 yasasına göre memur yasaya aykırı bir imza attığı zaman suç oluyor ama hukuka aykırı olarak hacze gittiği evin kapısını kırdığında görevi kötüye kullanma olmuyordu. Oysa değişiklikle "eylem" halini alınca -ki eylem hem hukuki işlemleri hem hukuki fiilleri kapsar- artık kamu görevlisi göreviyle ilgili başkasına karşı bir

Eğer bir kamu görevlisi görevini tüm unsurları ile yasal olarak yerine getiriyorsa, görevinin ifası ile aynı anda veya daha sonra gayrimeşru bir harekette bulunsa dahi kamu görevlisinin hareketi görevi kötüye kullanma suçu oluşturmaz (örneğin mahkeme kararı ile evi boşaltabilme yetkisine sahip bir memur, kararı içeren bir belgeyle ve tüm usul kurallarına uygun bir şekilde evi boşaltıyorsa ancak, ev sahibine hakaret ediyorsa veya şiddet kullanıyorsa bu fiiller görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Bu durumda hakaret, sövme, tehdit veya cebir kullanma gibi suçlar oluşabilir). O halde bir kamu görevlisi üçüncü bir kişiye haksız bir eylemde bulunursa, hakaret ederse, vurursa, vs. muhtemelen bu fiilleri suç oluşturacak ancak oluşan bu suç görevi kötüye kullanma suçu olmayacaktır. Bu durumda failin fiili görevi kötüye kullanma suçu dışında bir suç teşkil ediyorsa ilgili hükmünün cezası ile cezalandırılacak; disiplin cezasını gerektiren bir durum söz konusu ise hareketine uyan bir disiplin cezası verilecektir.²⁶⁹

Memur kendisine tanınan yetki sınırını aştığında (bu durumda nisbi yetkisizlik söz konusu olacaktır²⁷⁰), görevini yerine getirirken uyması gereken usullere uymadığında, kanunlara veya diğer düzenlemelere aykırı hareket ettiğinde görevi kötüye kullanma suçu meydana gelebilir.²⁷¹

harekette de bulunsa bir işlem de yapsa görevi suistimal suçunu işlemiş sayılabilir. MANZINI, a.g.e., s.232.

²⁶⁹ aynı, s.233.

²⁷⁰ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.268.

Memur, ancak memurların ve idari düzenlemelerin belirlediği durumların dışına çıkmak suretiyle, yetkisinin sınırlarını aştığında görevini kötüye kullanmış sayılır. Bir başka deyişle, memurun normlara veya öngörülen formalitelere yahut kendisine verilen talimatlara uymadığında ve görevi ile ilgili olarak kendisine verilen yetkileri verilmiş amacı dışında bir amaç için kullandığında görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunun gerçekleştiği söylenebilir.

²⁷¹ Kamu görevlisi kanunda ve diğer düzenlemelerde belirtilen haller dışında yetkisinin sınırlarını aştığında, öngörülen usullere veya kanunlara veya yönergelere uymadığında ve nihayet yetkilerini onların verilmiş amacı dışında bir amaç için kullandığında (yetki saptırması) görevini kötüye kullanmış olur. ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.797.

“Yetki sınırının aşımı halinde de görevi kötüye kullanma suçu oluşur.” DELPINO, a.g.e., s.64.

KUNTER, “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.395.

Mesai saati içinde muayene ücreti isteyen ve ücret verilmediği için yazdığı reçeteyi yırtan veterinerin memuriyet görevini kötüye kullandığı yolundaki yargıtay kararı yerindedir.

“Sulh ceza mahkemesinin... esas sayılı dosyası için yapılan keşfe iştirak etmediği halde, mübaşir...i keşifte imiş gibi göstererek, ücret tahakkuk ettiren hakimın eylemi, görevi kötüye kullanmak” sayılmıştır. (CGK 28.12.1970, 430/441), Köylünün zati odun ihtiyacı için köylüden para toplayarak, orman idaresine yatırmanın, köy muhtarının görevi cümlesinden olmadığı düşünülmeyen, ve artan para ile çeşme yaptırılması, köy ihtiyar kurulu kararına dayandırılmış olmasına göre; bu hususun, görevi kötüye kullanma suçunu teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir. (4. CD 22.11.1963, 5459/6239), ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.24-25.

(4.CD 5.2.1951, 707/707), TİK, C.4, s.1559.

Saltelli ve *Romani di Falco* gibi yazarlar, mutlak yetkisizlik, yani memurun kanunun kendisine vermediği bir yetkiyi kullanması halinde de görevin kötüye kullanılmasını kabul ederler.²⁷² Yargıtay, “Maliye ve belediye tebliğ memurlarının makbuz itası suretiyle para ahz ve kabzına salâhiyetleri bulunmamasına göre mükelleflerden vazife harici olarak vergi borçlarına mukabil aldıkları paraları zimmetlerine geçirmeleri TCK’nun 202 nci maddesinin şumülüne dahil olamayacağı cihetle iş bu fiil ve hareketlerin vazifeyi suistimal suçunu teşkil edeceğine ittifakla karar verilmiştir”²⁷³ şeklinde aynı görüşü kabul etmiştir. Fakat, daha sonraları Yargıtay verdiği bir kararla: “Bir memurun bir işi yapmağa selahiyetli olduğu tesbit edilmeden vazifenin suistimali suçu sabit sayılamaz” diyerek, aksi görüşü benimsemiştir.²⁷⁴

Kunter, bu konuda: “Biz, Manzini ve Levi ile birlikte, istimali mümkün olmayan şeyin suistimali de olmayacağı kanaatiyle, mutlak selâhiyetsizlik halinin vazifeyi suistimal mefhumuna dahil olmadığı, bu takdirde Ceza Kanunumuzun 252 nci maddesinde bahis mevzu olan nizama aykırı olarak memuriyeti ifa suçu meydana geleceği fikrindeyiz” şeklinde, mutlak yetkisizlik durumunda memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünün söz konusu olamayacağını savunmaktadır.²⁷⁵ Bize göre de yerinde olan görüş budur.

Erman’a göre failin kendi görevine girmeyen bir tasarrufta bulunması halinde görevin kötüye kullanılmasından değil, belki memurluk nüfuzunun kötüye kullanılmasından bahsedilebilir. Ancak TCK’nun 240. maddesi ile nüfuzun değil de görevin kötüye kullanılması cezalandırmış olduğundan, failin kendi görevine girmeyen bir tasarrufta bulunması halinde bu maddenin uygulanması mümkün değildir.²⁷⁶

“Trafik polisi olmayan, bu işle de görevlendirilmeyen polis memurlarının; trafik suçu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için para almaları, yiyeçilik (irtikâp) ve rüşvet suçlarını değil, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” (5. CD 27.8.1980, 2599/2721), *YKD*, S. 3, (1981), s. 370.

²⁷² Bkz. KUNTER, “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.395; ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.24.

²⁷³ (İçt. Bir. Kar. 11.2.1942 6/2), Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C.2, Ankara 1980, s.159.

²⁷⁴ (4.CD 20.4.1950, 4070/5082), *TİK*, C.2, 1950, s.792.

²⁷⁵ KUNTER, “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.395.

²⁷⁶ “Kendisine kanunla verilmiş bir görev bulunmayan ve Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılmayan köy katibi bulunan sanık hakkında görevi kötüye kullanmaktan TCK nun 240 ıncı maddesi ile ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir.” (4. CD 2.2.1976, 442/494), *ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı...*, s.209.

Erman’a göre, memurun kasten yetkisi dışında hareket etmesi halinde, her ne kadar yapılan tasarruf veya fiil Devlete izafe olunamazsa da, kendisi memur sıfatını kaybetmez, dolayısıyla bu sıfat nazara alınır

Kanunun verdiği takdir hakkının verilmiş amacı dışında kullanılması durumunda da, görev kötüye kullanılmış sayılmalıdır.²⁷⁷ Takdir hakkı ancak görevin daha iyi görülmesi, kamu yararı gibi nedenlerle ve bu amaçlarla kullanılabilir. Kayırma, nefret duyma gibi amaç dışı nedenler takdir hakkının kullanılmasında etkili olursa görev kötüye kullanılmış olur.²⁷⁸ Yüce Divan da 5.10.1948 tarihli kararıyla bu esası kabul ederek: "...takdir hakkının yerinde kullanılmasına göre, vazifenin suistimali bahis mevzu olamayacağına..." karar vermiştir.²⁷⁹

Memurun görevini nasıl yerine getireceğini kanunun belirttiği hallerde, o uygulama için gerekli olan şartlara uymamak da görevi kötüye kullanmak demektir.²⁸⁰ Örneğin, muhtarın üyelere danışmadan onların mühürlerini kullanması veya zabıt kâtabinin dava ile ilgili olmayan bir kimseye davetiye çıkarmasında olduğu gibi.²⁸¹ Aynı durum kanunun aradığı şekil şartlarına uyulmaması durumunda da gerçekleşir, hacze giden

ve cezası ağırlaştırılarak verilir. Nisbi yetkisizlik halinde ve taksir veya iyiniyetle harekette bulunulması halinde, tasarruf zaten Devlete izafe edilebildiğinden, böyle bir tasarrufu yapan kimse de memur telakki edilir. ERMAN, "...Memur", 264.

²⁷⁷ KUNTER, "...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...", s.395; ÇAĞLAYAN, "...Vazifesini İhmal ve Suistimal Cürümleri", s. 39, DEMİRBAŞ, a.g.m., s.269.

"Takdir yetkisinin bir memura tanınmış olmasındaki 'maksad'ın dışında kalan ve bu maksadın sapıtıldığını ifade eden gayelerle bu yetkinin kullanılması halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Özellikle memurun dini veya siyasi ayrılık, husumet, intikam, üstünlüğü ispatlama gibi sebeplerle hareket ederek kamu görevinin gerektirdiği ciddiyet, objektiflik ve tarafsızlıktan ayrıldığını gösteren hallerde, takdir yetkisinin amacından sapıtıldığını ve görevin kötüye kullanıldığını kabul etmek gerekir." ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.210.

²⁷⁸ Orhan YENER, *Görevin Kötüye Kullanılması*, YD, C. VI, S. 1-2, (Ocak-Nisan 1980), s.49.

²⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK, "...Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali", s.195.

²⁸⁰ MANZINI, a.g.e., s.232; KUNTER, "...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...", s. 396.

"Taşıt yasasının 5. maddesi uyarınca İçişleri Bakanlığından gerekli izni almadan taşıma aracını Devlet Malzeme Ofisi ve ve Açık Artırma Yasasına aykırı şekilde belediye adına özel bir satıcıdan satın aldığı anlaşılan sanığın (belediye başkanının) eylemi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur." (4. CD 2.12.1987, 8751/10542), YKD, C. XV, S. 6, (1989), s.885; benzer bir karar: (4. CD 3.4.1996, 1932/3017), YDün., S. 5, Mayıs 1996, s.113.

"279/6 sayılı satış şartnamesinin 6. ve 17. maddelerinin öngördüğü yöntemle aykırı ölçüm yaparak, alıcılara fazla odun verip, 373 ster odun açığına yol açmaktan ibaret olayımızda, orman depo memurları olan sanıkların eylemleri, yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

Bu durum gözetilmeden sanıkların görevi savsama suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD 18.6.1998, 3681/6643), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.727, 730.

"Sanığın eyleminin bir görevin yapılmaması ya da geç yapılması biçiminde değil, yasa ve yöntemle aykırı yapılması biçiminde gerçekleşmiş olması karşısında, T.C.Yasası'nın 240. maddesi yerine 230. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi...yasaya aykırı..." (4.CD 5.3.1997, 1183/1513), YDün., S. 22, (Ekim 1997), s.137-138.

²⁸¹ "Belediye başkanı olan sanığın, yeni mezar yerini kullanmaya açılacağı zamana kadar 2490 sayılı yasaya uymaksızın, kendi yakınına kiraya vermesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur." (4. CD 25.9.1984, 5413/6186), YKD, S. 6, (1985), s.898.

memurun şekli kurallara uymayarak kapı kırması gibi.²⁸² Nitekim, As. Yargıtay Darl. Krl. “Memuriyet vazifesini suistimal suçunun tekevvünü için bir memurun görevine dahil bir hususu muayyen formaliteler dışına çıkarak ifa etmesi... gerekir” diyerek, bu hususu belirtmiştir.²⁸³

Üstün kanuna aykırı olarak verdiği emri yerine getirme durumunda da, memuriyet görevi kötüye kullanılmıştır.²⁸⁴

Kısaca özetlemek gerekirse memurun, herhangi bir şekilde kanuni yetkisini aşması, görevini yaparken kanunun koyduğu usul ve şekil kurallarına uymaması, takdir yetkisini gayesi dışında kullanması, hareketlerinin kanun ve nizama uyduğu hallerde bu hareketin gerektirdiği ön şartlara aykırı hareket etmesi halleri birer görevi kötüye kullanma teşkil eder.²⁸⁵

²⁸² KUNTER, “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.396; ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.25.

²⁸³ (As. Y. Drl. Krl. 8.12.1967, 78/79), İKİD, (1968), S. 92, s.6299.

²⁸⁴ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.270.

“Bl. Komutan vekili olarak bütün erlerin şahsi dosyaları kendisinde bulunduğu için eratin her türlü istihkakları ile izinlerini takip etmekle görevli olan sanık Astb. A.G.’in, İnş. Emlâk ve İstihkâm K.nı Alb. N.O. tarafından emredilse dahi kanuni izin hakkını kullandığı için artık izinli gitmeye müstehak bulunmayan erler hakkında izin kağıdı tanzim etmemesi ve Alb. tarafından kanun ve talimatlara aykırı olarak verilen erken terhis etme veya fazladan izinli gönderme şeklindeki suç teşkil eden emirleri yazılı bir şekilde komutan tarafından emredilmedikçe yerine getirilmemesi, 30 gün erken terhis dahil olmak üzere erlerin 70 gün izin kullandırılmaları gerektiği halde; ...3 er aylık izin vesikası tanzim edip vermek suretiyle Alb. N.O.’la müştereken memuriyet vazifesini suistimal suçunu işlediği sabit iken...gösterilen gerekçe ile sanığın kastı bulunmadığının kabulü ile Astb. A.G. hakkında beraat kararı verilmesi kanuna aykırı olduğundan As. Savcının temyiz itirazına atfen ...hükümün bozulmasına karar verildi.” (As. Y. 4.D. 20.12.1983, 894/857) As. YKD, S. 2, (1984), s.163.

“maznunun adli bir vazifenin ifası sırasında amirin verdiği kanunsuz emre itaat mecburiyetinde bulunmadığı...” (CGK 24.4.1950, 5/49-54); “Ankara sıkıyönetim komutanlığının verdiği emre binaen, kasaba ve köylerde bulundurulması ve taşınması suç teşkil eden silah ve emsali gibi şeylerin aranması sırasında; hazır bulunanlar tarafından yere atılmış olan bıçakları almak ve keyfiyeti bir zabıtla tesbit etmemekten sanık jandarma karakol komutanı astsubay üst çavuş (A) ve uzatmalı çavuş (B) nin yapılan duruşmaları sonunda: TCK. nun 240. maddesi uyarınca mahkumiyetlerine karar verilmiştir. C. Başsavcılığı tebliğnamesinde; sanık (B) nin, diğer sanık (A) nin emri altında görev yaptığına göre; elde edilen tabanca ve bıçakların kanuni muameleye tabi tutulup tutulmaması hususu, astsubay olan sanık (A) nin takdirine taalluk ettiğinden, sanık (B) nin, tabanca ve bıçaklardan herhangi birinden faydalandığına dair herhangi bir delil mevcut olmadığı halde, bu sanığında mahkumiyeti cihetine gidilmesinin yolsuz olduğundan bahisle hükümün bozulmasını istemiş ise de; daire, (sanık (B) nin, (A) nin emrinde bulunmasına rağmen, görevi birlikte ifa etmelerine ve kanunsuz olduğunu bildiği bir muameleye iştirake mecbur olmayıp, bunu üst makamlara ihbar imkanına sahip bulunduğu) nedeniyle tebliğnamedeki bozma isteminin reddi ile, hükmü tasdik eylemiştir.” (4. CD 18.9.1964, 3224/3781), ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.26.

²⁸⁵ ŞEKERCİOĞLU, a.g.e., s.33; GÖZÜBÜYÜK, “...Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmalı”, s.196.

Görevi kötüye kullanma cürümünde bu kötüye kullanmadan dolayı menfaatleri ihlal edilen şahıs memurun görevi kötüye kullanma teşkil eden bu davranışına karşı koymasa da görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.²⁸⁶

Memurun kendi aleyhine olan işlemi yapmaması veya kendi aleyhine olabilecek işlemleri engelleyecek hareketlerde bulunmasının suç sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.²⁸⁷ Bizim görüşümüze göre, kamu görevi kişisel nedenlerden uzak olarak objektif bir biçimde yerine getirilmelidir. Devletin görevlerinin düzenli olarak yerine getirilebilmesi için bu bir zorunluluktur. Ayrıca memur, görevine başlarken memuriyetinin gerektirdiği herşeyi yapmayı da kabul etmiştir.²⁸⁸

Maddi unsuru meydana getiren davranışın hareket şeklinde mi yoksa ihmal şeklinde mi olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.²⁸⁹ Genellikle kabul edilen ve bizim

²⁸⁶ MANZINI, a.g.e., s.236.

²⁸⁷ "Sanık köy muhtarına, kendi aleyhine bir görev yükletilmesi ve binnetice böyle bir görevin kötüye kullanılması bahis konusu olamayacağı cihetle; zabıtaca, kendisinin arandığını bildiği halde 'köyde böyle bir şahıs tanınmıyor, bilinmiyor' diye ilmühaber düzenlemenin, görevi kötüye kullanma suçunu teşkil eylemeyeceğine karar verilmiştir." (4. CD 10.6.1970, 3983/4669), ÇAĞLAYAN, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...", s.26.

"P.T.T. müdürü bulunduğu sırada Durmuş namındaki şahsa olan borcunun, icra memurluğunca Ekim 1950 maaşından haczen tahsili bildirildiği halde bu meblağı kanuni müddeti içinde icra dairesine yatırmamak suretiyle vazifesini suistimalden maznun ... ın TCK. nun 240 ıncı maddesi gereğince mahkumiyetine dair verilen hüküm Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesince; (... şahsi borcundan dolayı icra dairesinin tebliğine binaen her ay maaşından muayyen miktar parayı ödemekte iken aldığı izin sebebiyle ödemediği taksiti 18 gün sonra avdetinde icra dairesine tevdi ettiği anlaşılmasına ve bir memura kendi şahsi aleyhine vazife tahmil edemeyeceğine göre suç unsuru bulunmadığı düşünülmeksizin mahkumiyet kararı verilmesinin yolsuz olduğu) ndan bahisle bozulmuş ise de; mahkemenin ısrar kararı ceza umumi heyetince tasdik edilmiştir.

Mahkemenin ısrar kararında dayandığı mucip sebepler şunlardır:

1. Maznunun her ay maaşından muayyen miktar parayı ödemediği anlaşılmış olmayıp, daha evvel de icabeden taksitleri maaşından kesmemiş ve icra memurluğu, C. Müddeiumumiliğine 31.8.1950 tarihli yazıyı göndermiştir.

2. Son taksit izin sebebiyle ödenmediği gibi, kayda dahi geçirilmemiş ve bu suretle gerekli vazife yapılmamıştır.

3. Mevzuatımızda, bir memura kendi aleyhine vazife tahmil edilemeyeceğine dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, tatbikat ve maslahat ta böyle bir yol açılmasına müsait değildir. Binaenaleyh bir memura kendi şahsı aleyhine de vazife tahmil edileceği düşünce ve kanaatine varılmıştır." (CGK 22.6.1953, 4-72/111), ÇAĞLAYAN, "... Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri", s.288.

²⁸⁸ Demirbaş da aynı görüştedir: bkz. DEMİRBAŞ, a.g.m., s.258.

²⁸⁹ Erem ve Toroslu'ya göre, "bu suç icabi suçlardandır". EREM, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine..., s.50; "Görülüyor ki, bu suç, 230. maddedeki görevi ihmal suçunun aksine, icrai bir davranışla işlenebilen bir suçtur. Yani memurun kanunlara veya idari düzenlemelere veyahut talimatlara aykırı bir harekette bulunması gerekir." EREM - TOROSLU, a.g.e., s.186; TOROSLU, Ceza Hukuku, s.251.

Manzini'ye göre de: "Suç ..., icrai karaktere sahiptir, sadece hareketle işlenebilir." MANZINI, a.g.e., s.236.

de katıldığımız görüşe göre görevi kötüye kullanma suçu ancak icrai bir hareket ile işlenebilir; ihmali davranış ile işlenen fiiller ise görevi ihmal suçunu teşkil eder. Yargıtayın her iki yönde de kararları mevcuttur.²⁹⁰

Görevi kötüye kullanma suçu yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere serbest hareketli bir suçtur. Bu suçun meydana gelmesi için mehz Zanardelli Kanunu'nda olduğu gibi görevi kötüye kullanma sayılacak bir hareketin yapılması yeterlidir. Ayrıca TCK'nun 240. maddesinde görevin kötüye kullanılmasından bir sonucun meydana gelmesini aramamızı gerektirir bir ifade yoktur, bu suç sırf davranış suçudur.²⁹¹ Yani hareketin devlet veya özel şahıslar açısından bir zarara neden olması

Dönmezer, "kötüye kullanma icrai şekilde gerçekleştirildiğinde mesele yoktur, ama ihmal biçiminde gerçekleştirildiğinde, bazan ihmal ve suistimal suçlarını birbirinden ayırmak güç olabilir" diyerek suçun ihmali davranışla da işlenebileceğine dair görüşünü ortaya koymaktadır. DÖNMEZER, a.g.e., s.149.

Malkoç da, "görevi kötüye kullanma icrai şekilde gerçekleştirilebileceği gibi nadiren ihmali eylemlerle de gerçekleştirilebilir" görüşündedir. MALKOÇ, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu"(1993), s.26.

Bkz. ÖZGEN, a.g.e., s.107.

²⁹⁰ "Jandarma karakol komutanı olan sanığın, yapılan başvuru üzerine kanıtları toplayıp belgeleri C. Savcısına gönderme yerine, tarafları barıştırdığı gerekçesiyle hiçbir belge düzenlememe eyleminin, savsama suretiyle icra niteliğinde olduğu ve TCY'nın 240. maddesine uyduğu gözetilmeden aynı yasanın 230. maddesiyle hüküm kurulması, ..." (4.CD 19.03.1996, 1502/2389), MALKOÇ - GÜLER, ...Türk Ceza Kanunu..., s.1741.

"Sanık avukatın saptanıp kabul edilen,

a- Asliye hukuk mahkemesindeki dava dosyasından vekil sıfatıyla yakınan S. adına aldığı,

b- Yakınan H...'nin, icra dosyasına veya alacaklısına ödenmek üzere verdiği;

Parayı ödememekten ibaret eyleminin ... yasanın 240. maddesi ile hüküm kurulması..." (4. CD 14.05.1996, 3243/4319), aynı, s.1742.

"Kasıtlı olarak Adliye'den istenen kayıtları göndermeyen Nüfus Başmemuru sanığın eylemi, görevi suistimal niteliğindedir." (CGK 8.12.1986, 4-249/564), SAVAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.2146.

"Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması veya gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur.

Olayımızda sanıkların eylemleri, yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Bu durum gözetilmeden sanıkların görevi savsama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, ..." (4. CD 23.01.1996, 8804/401), MALKOÇ - GÜLER, ...Türk Ceza Kanunu..., s.1742.

²⁹¹ Davranışa göre suçların ayrımı konusunda ayrıntılı bilgi için görevi ihmal suçunun maddi unsuru konusunda yapılan açıklamalara bkz. s.62-64.

Yürürlükteki İCK'nda görevi kötüye kullanma cürmü için seçimlik iki sonuç öngörülmüştür. Bu seçimlik sonuçlardan birinin gerçekleşmesi zorunlu ve yeterlidir. Failin kendisine haksız bir maddi çıkar sağlaması veya başkalarına haksız bir çıkar sağlaması veya başkalarına haksız bir zarara neden olması yeterlidir. Ancak fail kendisine ve başkalarına haksız bir çıkar sağlarsa ve yine aynı zamanda haksız bir zarara neden olursa fiili tek bir suç olmaya devam eder. Failin kendisine veya başkalarına "maddi" bir çıkar sağlaması gerekir, ancak başkalarına neden olduğu zarar maddi olmasa da suç gerçekleşir. Failin maddi nitelikte olmayan çıkar sağlaması durumunda sadece disiplin cezasını gerektirir bir ihmal oluşmuştur. PAGLIARO, a.g.e., s.236.

veya failin kendisine veya bir başkasına bir yarar sağlaması gerekmez.²⁹² Görevi kötüye kullanma teşkil eden davranışın gerçekleştirildiği yerde ve anda suç gerçekleşir.²⁹³

3. MANEVİ UNSUR

Görevi kötüye kullanma cürmünün meydana gelmesi için sadece TCK'nun 240. maddesinde belirtilen "görevin kötüye kullanılması" niteliğindeki bir hareketin yapılmış olması yeterli değildir. Ayrıca failin kastının da varlığı aranır.²⁹⁴

Görevi kötüye kullanma sırf davranış suçudur ve bilindiği gibi sırf davranış suçları yönünden kastın varlığı için sadece suçu oluşturan hareket veya ihmalin istenmiş olması

Rocco Kanunu'nun ilk halinde görevi kötüye kullanma suçu için Santoro şu ifadeleri kullanmıştır: "Bu suç başkasına zarar vermek veya bir çıkar sağlamak kastıyla işlenen bir tehlike suçudur. Denilebilir ki görevi kötüye kullanma niteliğindeki davranış başkalarına bir zarara veya çıkara neden olmak amacıyla yapılmalıdır, fakat zararın veya çıkarın gerçekten oluşması suçun tamamlanması için şart değildir." SANTORO, a.g.e., s.269; Aynı görüş için bkz. GUADAGNO, a.g.e., s.557.

²⁹² EREM - TOROSLU, a.g.e., s.187; ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.797.

"T. C. Yasasının 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için idarenin bir zarara uğraması zorunlu değildir. Bu suç, bir memurun yasal görevini yaparken yasalara ve yazılı hukuka aykırı davranmasıyla oluşur. Zararın yokluğu ya da azlığı, ancak anılan maddenin ikinci fıkrasının uygulanmasına yol açan cezayı indirici neden olabilir." (4. CD 18.1.1996, 7825/239), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.728.

"TCY'nın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için idarenin bir zarara uğraması zorunlu değildir. Bu suç, bir memurun yasal görevini yaparken yasalara ve yazılı hukuka aykırı davranmasıyla oluşur. Zararın yokluğu ya da azlığı, ancak anılan maddenin ikinci fıkrasının uygulanmasına yol açan cezayı indirici neden olabilir." (4. CD 18.1.1996, 7825/239), ÇETİN, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri...*, s.53.

Aksi görüşü savunan Erman - Özek'e göre: "Yapılan hareketin böyle bir zararı vermeye veya maddi veya manevi bir menfaat sağlamaya elverişli olması lazım gelir." ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.214.

Zanardelli Kanunu'nun 175. maddesi şöyle idi: "Kamu görevlisi, görevini suistimal ederek başkalarının haklarına karşı kanunun özel bir hükmünde suç olarak öngörülmemiş herhangi bir keyfi işlem yaparsa onbeş günden bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır; özel bir amaçla hareket ettiğinde ceza altında bir oranında artırılır, hapis cezası ağır hapis cezasına dönüştürülür .

Görevinin icrasında bir diğer kişiyi kanuna veya idari bir emre karşı gelmeye azmettiren kamu görevlisi de aynı ceza ile cezalandırılır."

Rocco Kanunu'nda ise genel nitelikli görevi kötüye kullanma 323. maddede düzenlenmiştir. Buna göre: "Kamu görevlisi görevlerine bağlı yetkilerini suistimal ederek başkalarına *bir zarara neden olmak veya bir çıkar sağlamak için*, kanunun herhangi bir özel hükmünde suç olarak öngörülmemiş herhangi bir fiil işlediğinde" görevi kötüye kullanma suçundan söz edilir. Belki de bu hüküm kimi yazarları "yarar sağlamak veya zarara neden olmak" amacının gerekli olduğu yönünde yanılgıya düşürmüş olabilir. Ancak bizim kanun metnimizde bu durumların suçun maddi unsurunda yer almadığı unutulmamalıdır.

Carmona, 1990 değişikliğinden sonraki İCK m. 323'de suçun tamamlanması için *zarar veya çıkar sonucunun* gerçekleşmesinin gerekli olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre 1997 değişikliğinden sonra ise *kendisine veya başkasına haksız çıkar sağlama veya başkasına bir zarar verme* suçun sonucunu oluşturur. Böylece suçun tamamlanması için bu zarar veya çıkar gerçekleşmelidir. CARMONA, a.g.m., s.1843; Delpino da aynı görüştedir. DELPINO, a.g.e., s.64.

²⁹³ MANZINI, a.g.e., s.237.

²⁹⁴ Bkz. aynı, s.234.

gerekir ve yeterlidir. Ancak görevi kötüye kullanma suçu yönünden kasıt, eylemi yapma isteğinin ötesinde, göreve bağlı yetkinin kötüye kullanılması bilincini de gerektirir.²⁹⁵ Yani kastın varlığı için sadece hareketin iradi olması yetmez; ayrıca memurun yaptığı hareketin görevi kötüye kullanma niteliğinde olduğunun bilincinde, yani bu şekilde hareket etmekle görevini belirleyen kanunlara, düzenlemelere ve talimatlara aykırı davrandığının bilincine de sahip olması gerekir. Bu nedenle yaptığı hareketin görevi ile ilgili olmadığı veya görevin sınırları içinde kaldığı inancı ile hareket eden memurun görevi kötüye kullanmak kastıyla hareket ettiği söylenemez.²⁹⁶

Suçun oluşması için genel kastın bulunması şart olmakla birlikte özel kastın gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.²⁹⁷

Bir görüşe göre; görevin kötüye kullanılması sonucu teşkil ettiğine ve failin davranışı bilmesi ve istemesi kastı meydana getirdiğine göre, ayrıca özel kasta gerek yoktur. Örneğin, “Mahkeme ile işi olmayan bir kimseye resmen davetiye gönderen zabıt katibi, vazifesini kötüye kullandığını bilmektedir.”²⁹⁸

Aksi yöndeki görüşe göre ise, memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünün meydana gelmesi için, memuriyet görevini ihmal cürmünden farklı olarak, failde “özel

²⁹⁵ ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.797.

²⁹⁶ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.187; EREM, *Hususi Hükümler C. I*, s.325; “Kamu görevlisinin görevine bağlı yetkilerin neler olduğu konusundaki hatası durumunda kast yoktur.” ANTOLISEI, ... *Parte Speciale*, s.797

“Umumi kast kafidir. Vazifesinin muayyen bir hareketi icra etmesini icap ettirip ettirmediği hususundaki hata memur için ‘fiili hata’dır.” EREM, *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine...*, s.50.

“Kamu görevi yapan ve yetkili bulunan sanığın yargı kararını bilerek yerine getirmemesi görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur.” (4.CD 7.4.1978, 1868/2008), DEMİRBAŞ, a.g.m., s.272.

“Hükümet doktoru olan sanık, evinde misafirleriyle oturduğu sırada, Cumhuriyet savcısının resmi bir yazısı olmaksızın, bir hasta muayenesi için çağırılmış, (benim, misafirim var, Demiryolları kısım hekimini götürün) demiştir. Kendisini götürmekte direnmeleri üzerine de; (ücretimi alırım) diyerek, hasta kadını muayene ve ilaç enjekte etmiş ve para almadan ayrılmıştır. Ertesi sabah, hasta kadının kocası, bir akşam evvelki muayene ve iğne parası olarak 20 lirayı doktora vermiştir. Yapılan muhakemesi neticesinde; beraatine ilişkin verilen hüküm Yargıtay’ca; ‘sanık doktorun, resmi bir belge olmaksızın ve adli bir olay olduğu bildirilmeden çağrılıp götürüldüğü hastayı muayene edip, kendisine iğne yaparak, karşılığında para almasında, memurluk görevini kötüye kullanma kasdiyle davrandığını gösteren bir durum bulunmadığı’ gerekçesiyle onanmıştır.” (CGK 11.3.1963, 6/12); Çağlayan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.28-29.

²⁹⁷ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.271.

²⁹⁸ KUNTER, “...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, s.393.

kastın” araştırılması, yani bu konuda failin saikine bakmak gerekir.²⁹⁹ Görevi kötüye kullanmanın hem icrai, hem de ihmali davranışla işlenebileceğini kabul edenler, bu suçta özel kasta gereksinim olduğunu ve görevi savsama suçundan da bu yönüyle ayrıldığını ileri sürerler. Faildeki özel kast, memuriyete ilişkin yetkileri, çeşitli maksatlar için -bu maksatlar kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkası için bir zarar oluşturmak olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerde gerekli tasarrufu yapmamak bilinç ve iradesidir.³⁰⁰

²⁹⁹ Gözübüyük’e göre; Suçun manevi unsuru; ‘hususî kasıt’tır. Görevi, genel nitelikte kötüye kullanma suçunun doğumu için, özel kasıt ile işlenmiş olması lazımdır. (Yüce Divan kararı, 5.10.1948). Yargıtay’ın içtihadı da bu mahiyettedir (4. CD 14.6.1960 E. 4453 K. 6462). GÖZÜBÜYÜK, “...Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali”, s.197.

Çağlayan da saikin araştırılması gerektiği kanaatindedir. bkz. ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.27.

Bkz. YENER, a.g.m., s.50.

³⁰⁰ “240 ıncı maddenin tahakkuku için, vazifei memuriyeti ihmal suçundan farklı olarak, failde “hususî bir kastın” araştırılması lazım gelir. Faildeki kast, ihmal suçundan farklı olarak memuriyete taalluk eden salahiyetleri gayri muayyen maksatlar için -bu maksatlar kendisine veya başkasına bir menfaat temin etmek, yahut başkası için bir zarar husule getirmek olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi iktiza eden yerlerde lüzumlu tasarrufları icra eylememek şuur ve iradesidir.” DÖNMEZER, “...Vazifesini İhmal ve Suistimal...”, s.231; DÖNMEZER, a.g.e., s.149.

“Gerçekten de memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümleri, ikincisinde özel kastın bulunmasıyla birbirinden ayırdedilebilir. Yoksa, TCK. m. 230 ile 240 arasındaki farkın, birincisinde olumsuz, ikincisinde olumlu hareketin bulunması şeklindeki görüşün kabulüyle uygulamada karışıklık doğabilir. Çünkü, memuriyet görevini kötüye kullanma suçu her zaman olumsuz bir hareketle işlenmez. Bazı hallerde, failin memuriyetine ait görevi kasten yapmaması, görevi kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilir. Bu nedenle, failin genel kastından başka, onu suç işlemeye sevkeden his ve menfaatin, yani saikin saptanması suçun niteliğinin belirlenmesi bakımından şarttır. Ancak, bu haldedir ki memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümlerini birbirinden ayırmak mümkündür. Yargıtay da kararlarında memuriyet görevinin kötüye kullanılması cürmünün varlığı için özel kastı aramaktadır: ...İlçe Orman Depo Memuru olan sanığın,... sonuçta tüm emvalin temsilinde 4829 metrekep fazla tomruk verdiği, bu şirketin sahibi Vehbi ve Sorumlu Müdürü, Edremit İşletme Müdürlüğünden emekli İsmail’in muhitte saygınlığı bulunan kişileri olmaları sebebiyle manevi destek ve şefkatini sağlamak amacıyla yapıp idarenin zararına sebebiyet vermek suretiyle görevini kötüye kullandığı sübuta erdiği halde, bazı istiflerde fazlalık bulunması sebebiyle bu halin sonuca etkili olamayacağı görüşüne dayanan bilirkişinin yetersiz ve kifayetsiz raporuna dayanılarak yazılı düşünce ile beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş...” (4. CD 23.11.1984, 7582/8068), YKD, S.4, (1985), s.586.

Özgen de, “Bu görüşe göre görevi kötüye kullanma suçunda ‘kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek’ niyeti aranır.” diyerek bu yöndeki görüşünü belirtmiştir. ÖZGEN, a.g.e., s.107.

“Görevi kötüye kullanma suçun manevi unsurunu ise genel kast yanında özel kast oluşturur. Bu suç taksirle işlenemeyeceği gibi hukuki veya fiili yanılma hallerinde de suçun manevi unsuru oluşmayacağı için suç da düşünülemez.” (CGK 26.11.1984, 6/206-396), MALKOÇ, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”(1993), s.20.

“Fail memur fiili isteyerek yapmalı ve görevini suistimal ettiğinin bilincinde olmalıdır. Bunun dışında failin fiili başkasına zarar vermek veya avantaj sağlamak amacıyla yaptığını bilmesi ve bunu istemesi gerekecektir. Yargıtay’a göre mahalle muhtarını tanımadığı ve gerçekte mahallesinde oturmeyen kişiye oturma belgesi vermesi vazifeyi suistimaldir.” (4. CD 9.12.1992, 7053/7806), SOYASLAN, a.g.e., s.554.

Bizim de katıldığımız görüşe göre mehzaz kanunda ve TCK'nda madde metinlerinde yürürlükteki İCK'ndan farklı olarak görevi kötüye kullanma cürmünde özel kastın aranmasını gerektiren, bu konuda şüphe doğuran herhangi bir ibare yoktur. 1930 tarihli İCK'nun memuriyet görevinin genel kötüye kullanılmasından bahseden 323. maddesinde ise, başkasına zarar vermek veya fayda temin etmek amacı aranmaktadır.³⁰¹ TCK uygulamasında suçun oluşup oluşmadığını tespit için özel kastın araştırılmasına gerek yoktur, genel kast manevi unsurun varlığı için yeterlidir.³⁰²

“Evlenecek taraflardan erkeğin cezaevinde mevkuf bulunması hasebiyle, kanuna uygun şekilde hazırlanan evlenme evrakı ve evlenecek kadın ve şahitlerle birlikte cezaevinin bulunduğu kazaya giderek, nikah muamelesini orada yapan köy muhtarının eylemindeki usulsüzlüğün, hususi bir maksada ve cürümkar kasta makrun bulunduğu gösteren deliller izah ve irae edilmeden, mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4. CD 14.4.1960, 2304/4157); “Köy kanununun 36. maddesinin 14 üncü bendi uyarınca, haklarında tevkif müzekkeresi bulunan kimseleri, kağıdı getirenlere tutturmak, köy muhtarının görevi cümlesinden olduğuna, ortada TCK. nun 255 inci maddesi uyarınca verilmesi gereken bir ilmühaber olmamasına göre; haklarında tevkif müzakeresi bulunan kimseleri korumak için, bunların köyde bulunmadıklarına dair ilmühaber tanzim ve ita eden köy muhtarı da görevini kötüye kullanmıştır.” (4. CD 18.6.1963, 4439/5245); “Cezaevi karakol komutanı olan sanığın, mahkum sevkine görevli olmadığı ve bunu bildiği halde mahkumun sevkedileceği Ankara'da ilgili mercie tesliminden önce doktora muayene edilmesini sağlamak ve böylece mahkum hakkında özel bir muamele yapmak maksadıyla, mahkumu Ankara'ya sevk için cezaevinden teslim alındığının ve en az iki muhafız jandarma ile sevkı gerekirken, bir jandarma ile sevk etmek suretinde beliren eylemi, görevin kötüye kullanılması sayılmıştır.” (4. CD 9.7.1963, 4618/5405), ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.28-29.

³⁰¹ Rocco Kanunu'nda “başkalarına bir zarara neden olmak veya bir çıkar sağlamak için” ibaresiyle özel kastın arandığı açıkça belirtilmiştir.

Özel kast maddi veya maddi olmayan haksız zarara neden olmak veya yarar sağlamak amacından oluşur. Yarar veya zarar kamusal veya özel herhangi bir şahıs ile ilgili olabilir. Kamu görevlisinin bir zarara veya çıkara neden olmak istediği kendisi dışındaki “diğer kimse” gerçek veya tüzel kişi, birden çok belirli kişiler veya belirli bir topluluk (örneğin vergi mükellefleri, belirli bir bölgede ikamet edenler vs.) olabileceği gibi kamunun kendisi de olabilir. MANZINI, a.g.e., s.238.

ICK'da 1990 yılında yapılan değişiklikle 323. maddede aranan özel kast kamu görevlisi veya kamu hizmetiyle yükümlü kişinin “kendisine veya başkalarına maddi nitelikte olmayan haksız bir çıkar sağlamak veya başkalarına haksız bir zarara neden olmak amacı” şeklinde değiştirildi ve eğer fail “kendisine veya başkasına maddi bir çıkar sağlamak amacıyla” hareket ederse cezası artırılır.

1997 değişikliği ile ise özel kast “kendisine veya başkalarına haksız bir maddi çıkar sağlamak veya başkalarına haksız bir zarara neden olmak” şeklinde değişikliğe uğradı.

³⁰² Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 12.05.2004 tarihi itibarıyla Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metninde görevi kötüye kullanma cürmü, görevi kötüye kullanma başlığı altında: (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 kazanç sağlayan* kamu görevlisi, bir yıldan üç 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 kazanç sağlayan* kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde kaleme alınmıştır. Bizim görüşümüze göre bu hükümde yer alan “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan” ifadesi suçun maddi unsuruna ilişkin bir ifadedir. Tasarının ifadesiyle suç bir zarar suçu haline gelmiş ve failin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması veya kişilere haksız bir kazanç sağlaması suçun sonucu olarak öngörülerek suçun tamamlanması için bu sonuçların meydana gelmesi aranmıştır. Yoksa bu ifadeler özel kastın arandığı anlamına gelmez.

TCK Tasarısının bundan önceki halinde ise (Adalet bakanlığınca hazırlanan ve T.B.M.M. Başkanlığına arzı Bakanlar Kurulu'nca 14.4.2003 tarihinde kararlaştırılan TCK Tasarısı'nda) görevi kötüye kullanma cürmü, genel olarak görevi kötüye kullanma başlığı altında: “Kanunda yazılı haller

4. TEŞEBBÜS

TCK 240. maddedeki görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüse müsait olup olmadığı konusunda, maddi unsurun ihmali bir fiille de işlenip işlenememesi ve zarar veya yararın gerçekleşmesinin gerekli olup olmamasına göre değişik görüşler ileri sürülmüştür.³⁰³

Bir görüşe göre, genellikle hareket şeklindeki bir davranışla işlenebilen memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü, bazı hallerde ihmali davranışla da işlenebilir. Bu bakımdan, memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünün hareket şeklindeki davranışla işlenmesi halinde, hareketin parçalara bölünmesi mümkün olduğunda bu suça eksik teşebbüs mümkündür. Fakat, bu suç sırf davranış suçu olduğundan, yani dış dünyada bir değişiklik meydana getirmese de tamamlanmış sayılacağından bu suça tam teşebbüs mümkün değildir. İhmali bir davranışla bu suçun işlendiği durumlarda ise, teşebbüsün hiçbir şeklinin mümkün olmadığı söylenebilir. Örneğin;

a) Bir ceza mahkemesi katibinin, hakkında tahliye kararı verilen bir tutuklunun, bu tahliye kararını kişisel ihtiraslarını tatmin gayesiyle iki gün ihmal etmesi halinde oluşan memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü teşebbüse müsait değildir. Çünkü, zabıt katibi, kanunun kendisine verdiği görevi yapmayarak hareketsiz kalmakla fiilini tamamlamış olmaktadır.

b) Bir asker kaçağının askere alınmasını önlemek için köyde bulunmadığına ilişkin gerçeğe aykırı bir ilmühaber düzenleyen muhtarın henüz ilmühaberi tamamlamadan

dışında kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadıyla görevini kötüye kullanan memura bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde kaleme alınmıştı. Bu durumda genel kast yanında , failde, kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadının da bulunması aranıyordu. Maddenin bu haliyle manevi unsur açısından bu suçta özel kast da aranıyordu ve böyle olunca örneğin başkasına zarar vermek veya kendisine veya bir üçüncü kişiye çıkar sağlamak amacı ile hareket etmeyen kamu görevlisi görevini kötüye kullansa da cezalandırılmayacaktı. bkz. GIARDA ve diğerleri, a.g.e., s.19.

³⁰³ Carmona, Rocco Kanunu’nun 1990 yılında yapılan değişiklikten sonraki halinde zarara neden olmak veya çıkar sağlamak ifadelerinin özel kastı belirttiği ve bu nedenle suçun tamamlanmış sayılabilmesi için zarar veya çıkarın gerçekleşmesinin şart olmadığını belirtmektedir. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçu ancak eksik teşebbüse müsait olabilirdi. Ancak yazara göre, 1997 yılında yapılan değişiklikle zarar veya çıkar suçun maddi unsuru içine alındığından suç bir zarar suçuna dönüşmüş ve teşebbüsün her iki haline müsait bir duruma gelmiştir. CARMONA, a.g.m., s.1851.

suçüstü yakalanması halinde, icra hareketleri bitmediği için memuriyet görevini kötüye kullanma cürmüne eksik teşebbüs söz konusudur.³⁰⁴

Bir başka görüşe göre bu suçlara teşebbüs mümkün değildir, çünkü suçu oluşturan fiillerin işlenmiş olması ile suç tamamlanır.³⁰⁵

Suçun maddi unsurunda failin başkalarına zarar vermesi veya bir menfaat sağlanmasının da yer aldığını savunanlara göre ise, bu suç bir zarar suçudur ve bu itibarla teşebbüse elverişlidir. Hareketin kısımlara bölünebilmesi halinde hareketlerin icrasına başlanılmış fakat icra hareketleri tamamlanamadan bir engel neden ortaya çıkmış ve icra hareketleri tamamlanamamışsa eksik, bu hareketlerin bitirilmesine rağmen herhangi bir menfaatin sağlanamaması veya idareye ya da kişilere herhangi bir zarar verilememesi halinde ise tam teşebbüs söz konusu olur.³⁰⁶

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise TCK'nun 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu, 230. maddesindeki görevi ihmal suçunun aksine, icrai bir davranışla işlenebilen bir suçtur. Yani memurun kanunlara veya idari düzenlemelere veyahut talimatlara aykırı bir harekette bulunması gerekir. Ayrıca bu suç ile devlet idaresinin fonksiyonlarının düzenli ve hukuka uygun bir biçimde icrası korunmak istenmektedir ve görevi kötüye kullanma niteliğindeki hareketin icrası ile korunan menfaat ihlal edilmiş olur. Suçun tamamlanması için başkaları yönünden bir zarar veya fail veya başkaları yönünden bir çıkarın oluşması gerekmez. Yani bu suç bir tehlike suçudur. Bu nedenle ancak icra hareketlerinin parçalara bölündüğü durumlarda suça eksik teşebbüs mümkündür.³⁰⁷

³⁰⁴ Bkz. DEMİRBAŞ, a.g.m., s.275.

³⁰⁵ MANZINI, a.g.e., s.237.

³⁰⁶ Bkz. ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s.213.

³⁰⁷ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.186; ANTOLISEI, a.g.e., 797; RANIERI, a.g.e., s.223; GUADAGNO, a.g.e., s.563.

5. İŞTİRAK

Görevi ihmal suçu TCK uygulamasında memur olarak nitelenen kimselerce işlenebilen bir suç, dolayısıyla mahsus (özü) suçlardandır.³⁰⁸ Doktrin ve uygulama gerekli nitelikleri taşımayanların da özü suçlara iştirak edebileceğini kabul etmektedir. Aksi halde, bir özü suçun işlenmesini kolaylaştıran, hatta azmettiren kimselerin cezasız kalmaları gerekecektir. Öyleyse görevi kötüye kullanma suçunda kamu görevlisinin şerikleri sadece kamu hizmetiyle yükümlü olanlar değil, diğer tüm suçlarda olduğu gibi özel şahıslar da olabilir ancak asli failin kamu görevlisi niteliğine sahip olması gerekir.³⁰⁹

Görevi kötüye kullanma suçunun iştirakin her şekli ile işlenmesi mümkündür.³¹⁰

Memuriyet görevini kötüye kullanma cürümü, mahsus suçlardan olduğu için bu suçlara iştirak özellik taşır. Bunu ikiye ayırarak inceleyebiliriz:

a) Memur olmayan kişilerin bu suçlara iştiraki, memur olan failin memur sıfatını bilmeleri halinde mümkündür. Örneğin, memur bu cürümü kendisinin memur olduğunu bilen üçüncü bir kişinin azmettirmesi sonucu işlerse, azmettiren de iştirak hükümlerine uygun şekilde görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırmak gerekir.³¹¹

b) Fakat, memur olmayan kişi memuru hataya düşürerek memurun TCK'nun 240. maddesindeki suçu işlemesine neden olursa durum ne olacaktır ? İştirakten söz edilebilmesi için, bütün ortakların birlikte faaliyette bulunması bilinç ve iradesine sahip olmaları anlamında bir "ortak irade"ye gerek yoktur. Birlikte faaliyette bulunma bilincinin ortaklarından yalnız birinde bulunması ve suçu oluşturan çeşitli güçlerin, sadece ortaklardan biri tarafından da olsa, koordinasyonun sağlanması iştirakin varlığı için yeterlidir. Ancak, sadece birlikte faaliyette bulunmak bilinci ve iradesine sahip olanlar iştirakten dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu durumda bu bilinç ve iradeye sahip

³⁰⁸ Birinci bölümde, Suçların Faili başlığı altında özü suçlarla ilgili daha geniş açıklama yapılmıştır. bkz. s.11-13.

³⁰⁹ MANZINI, a.g.e., s.228, 280.

³¹⁰ SOYASLAN, a.g.e., s.553.

³¹¹ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.276.

olmayan memur, iştirak kastının yokluğu nedeniyle, iştiraktan dolayı sorumlu olmayacak ve kendisinde görevi kötüye kullanma kastı olmadığından bu suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Eğer memurun fiili başka bir suçu veya disiplin cezasını gerektirir bir durumu meydana getiriyorsa bu durumlardan sorumluluğu söz konusu olabilir.³¹²

Memurun bu sıfatını bilmiyorsa, memur olmayan şerik bakımından mahsus suç oluşmaz. TCK'nun 66. maddesine göre, “şahsa merbut daimi veya arızı ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder”. Bu maddenin ters anlamından şerikinin memur olduğunu bilmeyen şerik mahsus suçtan sorumlu tutulmamalıdır. Bu durumda memur olmayan şerikin hareketi ve kastı tek başına başka bir suçu oluşturuyorsa bu suçtan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir.³¹³

6. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER VE YAPTIRIM

Suçun basit şeklinin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrıca para cezası da öngörülmüştür.³¹⁴

TCK'nun 240. maddesi hakimın temel cezayı belirlerken memurun görevini “kötüye kullanma derecesi”ni göz önüne alacağını belirtmektedir.³¹⁵

Zanardelli Kanunu'ndaki “fiilin kişisel sebeple işlenmesi hali”ni ağırlaştırıcı neden sayan düzenleme kanunumuzda yer almamaktadır.³¹⁶

³¹² Böyle bir durumda dolayısıyla faillik yoluyla meselenin çözümlenebileceği ileri sürülmüştür. Yani memur olmayan kişi sanki memurmuş gibi kabul edilir ve cezalandırılmayan mahsus suç failinin yerine geçerek cezalandırılır. Örneğin, bir vatandaşın tasdik edilmek üzere muhtara getirdiği gerçek dışı aile nüfus durumuna ilişkin belgeyi, muhtarın başının kalabalık olmasından veya diğer herhangi bir nedenle yanılarak tasdik ettirmesinde, muhtar hataya düşürülmüştür. Burada muhtarın ihmali olmakla birlikte kastı bulunmadığından cezalandırılması mümkün değildir. Ancak, muhtarı yanıltan kişi dolayısıyla faillik yoluyla muhtarmış gibi TCK m. 230'dan sorumlu tutularak cezalandırılır. bkz. DEMİRBAŞ, a.g.m. s.276.

³¹³ Bkz. DÖNMEZER – ERMAN, a.g.e., C.II, s.488.

³¹⁴ Kaynak 1889 Ceza Kanununda para cezası öngörülmemiştir, 1930 tarihli yasada ise para cezası hapis cezasına alternatif olabiliyordu.

³¹⁵ EREM, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine..., s.50.

³¹⁶ “Zanardelli kanunu 175. maddesi cezayı ağırlaştıran bir kişisel amacı da öngörüyordu.” GIARDA ve diğerleri, a.g.e., s.37 (ilgili bölümü yazan: Salvatore CAMAIONI).

TCK'nun 240. maddesinin ikinci cümlesi: "Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis..." cezası verilebileceğini belirtmektedir. Bu hüküm ile TCK'nun 59. maddesinin ne şekilde uygulanacağı konusunda dikkat etmek gerekmektedir.

Yargıtay aslında zarar suçu olmayan görevi kötüye kullanma cürmünde, zararın meydana gelmemesi veya derecesinin azlığı, memurun sağladığı menfaatin azlığı gibi durumları hafifletici neden saymaktadır.³¹⁷ Kanun sözü geçen hafifletici sebeplerin varlığı halinde cezanın indirileceğini söylemekle beraber, ne gibi hallerin hafifletici sebep sayılacağını belirtmiş değildir. Bu gibi sebeplerin tayini yetkisi hakimnin takdirine bırakılmıştır.³¹⁸ Uygulamada bu nedenlerin fiile bağlı nedenler olduğu yönünde kararlara rastlanmaktadır.³¹⁹

TCK'nun 240. maddesinin ikinci cümlesini uyguladıktan sonra, TCK'nun 59. maddesiyle cezanın bir defa daha indirilip indirilemeyeceği konusunda TCK'nun 240. maddesindeki hafifletici nedenlerin açıkça düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan bir

³¹⁷ "Sanığın eylemi nedeniyle zarar doğmaması veya zararın hafif olması, memurun menfaat sağlamaması veya sağlanan çıkarın azlığı, zararın soruşturmaya başlanmadan giderilmesi gibi haller öğreti ve yargı kararlarında hafifletici neden olarak kabul edilmiştir. İncelenen olayda, sanığın eylemi sonucu müdahilin uğradığı zarar, Özel Daire ve Yerel Mahkemenin kabulü gibi 362.639 lira olmayıp, şikayetçiden tahsiline karar verilen 128.700 lira inkar tazminatı 19.739 lira harç ve 72.200 lira vekalet ücreti toplamı 220.639 liradır. Bu miktar suç tarihindeki paranın satın alma gücü ekonomik koşullar, fiyat indeksleri ve suçun niteliği nazara alındığında hafif olarak kabul edilmeli ve sanık hakkında TCY.'nın 240/2. maddesi uygulanmalıdır. Bu nedenle direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir." (CGK 6.5.1991, 100/140); "Cezayı azaltıcı nedenlerin bulunması halinde maddenin 2. fıkrasıyla uygulama yapılacaktır. Hangi hallerin cezayı azaltıcı nedenler olabileceği hükümde açıklanmamışsa da bu nedenlere, hiçbir zararın doğmamış olması, veya Devlet zararının azlığı memurun içinde bulunduğu durum gibi haller örnek gösterilebilir. Sanığın eyleminden dolayı bir zarar doğmamış ve yarar da sağlamamış olması karşısında, bu durumun cezayı indirici neden olabileceği ve dolayısıyla sanık hakkında TCY.'nın 240/2. madde ve fıkranın uygulanabileceği gözetilerek gerekli inceleme ve tartışma yapılmadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır." (4. CD 30.6.1993, 4626/5351), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.761-762

³¹⁸ DEMİRBAŞ, a.g.m., s.273.

Soyaslan'a göre: "Vazifeyi suistimalin derecesine göre failin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve para cezasıdır. Dereceden kastedilen fiilin verdiği zarar veya sağladığı menfaatin ağırlık veya hafifliğidir. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde failin cezası altı aydan bir yıla kadar hapis ve para cezasıdır. Hafifletici nedenlerden kastedilen idareye veya başkalarına verilen zararın veya sağlanan menfaatin hafifliğidir." SOYASLAN, a.g.e., s.554.

³¹⁹ "Cezayı hafifletici nedenlerin fiile bağlı nedenler olması gerektiği gözetilmeden, sanığın şahsi hali ve duruşmadaki davranışları nazara alınarak hakkında T. C. K.'nın 240/2. maddesinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır." (4. CD 2.6.1988, 4494/4732); Sanığın eylemi nedeniyle zarar doğmaması veya zararın hafif olması, memurun menfaat sağlamaması veya sağlanan çıkarın azlığı, zararın soruşturmaya başlamadan giderilmesi gibi haller öğreti ve yargı kararlarında hafifletici neden olarak kabul edilmiştir." (CGK 6.5.1991 100-140), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.728.

belirsizlik bulunmaktadır. Maddede “cezaı azaltıcı takdiri sebepler”den değil, genel olarak “cezaı azaltıcı sebeplerden” söz edilmesi sonucu uygulamada ceza ayrıca 59. maddeye göre de indirilmektedir.³²⁰ Ancak burada özel kuralın genel kuralı sınırlayacağı ve genel kuralın uygulanmasına engel olacağı ilkesi geçerlidir görüşü ileri sürülmüştür.³²¹ Bizim görüşümüze göre herhangi bir durum, örneğin zararın azlığı TCK’nun 240. maddesindeki bu hükme dayanarak indirim nedeni olarak uygulanmışsa aynı neden bir kez daha TCK’nun 59. maddesi gereğince yapılacak indirimde esas alınamaz.

TCK’nun 240. maddesinin ikinci cümlesinin devamında ise maddenin her iki durumunda da uygulanır ve şöyledir: “...her iki halde iki bin liradan on bin³²² liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli yoksun kılınır”. Yargıtay bir kararında: “...vazifeyi suistimalden mahkum edilen memur hakkında emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma cezası hükmolunmaz”³²³ ve diğer bir kararında da: “...memuriyetten mahkumiyet cezası ile birlikte amme hizmetlerinden mahrumiyete hükmedilemez”³²⁴ diyerek, memuriyetten mahrumiyetin kamu hizmetlerinden yoksunluk anlamına gelmediğini belirterek üçüncü cümleye açıklık getirmiştir.

7. SUÇLARIN İÇTİMAI

Türk Ceza Kanunu bazı durumlarda bir kimsenin kanunu birden çok ihlal etmesi halinde dahi tek suç işlediğini kabul etmiş ve faile tek ceza verileceğini belirtmiştir. Bu gibi durumlarda suçların içtimaidan söz edilir.³²⁵

Failin hareketi görevi kötüye kullanmayı düzenleyen hükmün yanında kanunun diğer bir hükmünü de ihlal etmiş ise fikri içtima hükümleri uygulanır. Görevi kötüye kullanma cürmünün de söz konusu olduğu bir durumda fikri içtimadan söz edilip

³²⁰ EREM - TOROSLU, a.g.e., s.187.

³²¹ DÖNMEZER, a.g.e., s.150.

³²² 1999/4421 tarih ve sayılı kanunla 786 misli artırılmıştır.

³²³ (4.CD 4.2.1955, 12678/2056), DEMİRBAŞ, a.g.m., s.274.

³²⁴ (4.CD 10.5.1950, 5133/6071), aynı, s.274.

³²⁵ Görevi ihmal cürmü ile ilgili suçların içtimaı konusuna bkz. s.84-86.

edilemeyeceği somut olaya göre değerlendirme yapılarak tespit edilebilecek bir konudur.

Memuriyet görevini kötüye kullanma cürümleri, şartlarının bulunması durumunda müteselsil suç şeklinde işlenebilirler. Nitekim, Yargıtay değişik kararlarında bu durumu belirtmiştir.³²⁶

Görevi kötüye kullanma suçu şartları var ise mürekkep suç oluşturabilir. Ancak görevi kötüye kullanmanın özel hüküm olarak düzenlendiği haller ile (örneğin zimmet irtikap cürümlerinde olduğu gibi) görevi kötüye kullanmanın bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olarak kanunda açıkça öngörüldüğü durumlar birbirine karıştırılmamalıdır.

8. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA VE GÖREVİ İHMAL CÜRÜMLERİNİ AYIRMAYA YARAYACAK KISTAS

Görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçları uygulamada oldukça sık birbirine karıştırılmakta ve doktrinde de bunları ayırıcı kıstas konusunda oldukça farklı görüşler bulunmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmali bir hareketle de işlenebileceğini savunanlar görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçu arasındaki farkı manevi unsorda görürler.

³²⁶ “Sanığın, kısa sayılabilen iki ayrı tarihte bir kasıtle aynı şahsa karşı görevini kötüye kullanmasının TCK.nun 80. tatbikini gerektireceği gözetilmeden iki suç sayılarak yazılı şekilde ceza tayini...” (4.CD 20.10.1981, 5207/6029), YKD, S. 1,(1982), s.117 vd.

“...sulh ceza mahkemesine ait bir kısım ilamları, görevleri olduğu halde infaza vermemek, harç tahsil müzekkerelerini yazmamak, TCK.230/1, 80 olur...” (4.CD 7.1.1987, 10030/10501), MALKOÇ, “Görevi İhmal...”, s.36.

(4.CD 17.12.1981, 7746/7801), YKD, S. 3, (1982), 420 vd.

“...oluşa göre birden çok belge düzenlendiğinin anlaşılması karşısında TCK’nin 71 veya 80. maddelerinden hangisinin uygulanacağını tartışılmaması...” (8.CD 31.1.1996, 17194/1243), YDün., S. 8, Ağustos, 1996, s.131.

“Sulh ceza mahkemesine ait bir kısım ilamları, görevleri olduğu halde infaza vermemek, harç tahsil müzekkerelerini zamanında yazmamak TCY. 230/1, 80 olur...” (4.CD 7.1.1987, 10030/10501), MALKOÇ - GÜLER, Memurlar ve Suçlar, s.275.

Bu görüşe göre; 240. maddenin meydana gelmesi için, memuriyet görevini ihmal suçundan farklı olarak, failde “özel kastın” araştırılması lazımdır. Faildeki kast, ihmal suçundan farklı olarak görevine bağlı yetkilerini çeşitli amaçlar için -bu amaçlar kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar meydana getirmek olabilir- yerinde kullanmamak veya yetkilerini verilmiş amaçlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerlerde gerekli işlemleri yapmamak şuur ve iradesidir. Oysa memuriyet görevini ihmal cürmünde faildeki kast özel bir kast değildir, sadece görevinin gerektirdiği işlemleri yapmamak veya vaktinde yapmamak bilinç ve iradesinden ibarettir. Demek oluyor ki bu ihmal ediş, yapmayış görevine bağlı yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle, bu amaç ve saikle meydana gelirse fiil görevin ihmali değil, kötüye kullanılmasını oluşturacaktır. Sonuç olarak, maddi unsurları bazen aynı da olabilen bu iki suçu birbirinden ayırmaya yarayacak kıstas, manevi unsurlarıdır.³²⁷

Uygulamada sürüp gitmekte olan tereddütlerin, 240. maddenin, sahip olduğu hususi kastın varlığının maddede açık bir şekilde yer almamasından kaynaklandığı belirtilmektedir ve yeni İCK’nun, memuriyet görevinin kötüye kullanılmasından bahseden 323. maddesinde manevi unsurun “başkasına bir zarar ırası veya menfaat temini maksadıyla kötüye kullanma teşkil eden fiili ika eylemek şuur ve iradesinden ibaret bulunduğu” belirtilerek görüşlerinin desteklendiği görülmektedir.³²⁸

³²⁷ DÖNMEZER, “...Vazifesini İhmal ve Suistimal...”, s.231.

³²⁸ aynı, s.232.

YAŞAR, a.g.m.(2), s.862-863.

GÖZÜBÜYÜK, “...Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali”, s.197.

“Memuriyet görevini ihmal ile kötüye kullanma cürümleri, ikincisinde özel kastın bulunmasıyla birbirinden ayırdedilebilir. Yoksa birincisinde olumsuz, ikincisinde olumlu bir hareket ile ayırdedilebileceği görüşü ile uygulamada karışıklıklar doğabilir. Çünkü memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü her zaman olumlu bir hareketle işlenmez. Bazı hallerde, failin memuriyetine ait görevi kasten yapmaması görevi kötüye kullanma şeklinde nitelenebilir.” (4.CD 7.4.1978, 1868/2008), DEMİRBAŞ, a.g.m., s.271.

“Bize göre; suçun tekevvünü için, failde cürüm kastının bulunması lazımdır. Memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü, her zaman müsbet bir fiil ile işlenmez. Bazı hallerde, memurun, memuriyetine ilişkin bir görevi kasten yapmamış olması da görevi kötüye kullanma cürmü suretinde mütalaa olunabilir. Bu itibarla, sanığın umumi kastından maada, onu suç işlemeye sevkeden his ve menfaatin yani hususi kastın (saikin) kesinlikle tesbiti cürmün vasıf ve mahiyetini tayini konusunda özellikle önemi haizdir. Ve ancak bu sayededir ki; vazifeyi suistimal ile, ihmal cürmünün yekdiğerinden ayırt edilmesi imkan dahiline girebilir. Failin bu şekilde tezahür eden, beliren hususi kastı, ya başkasına zarar vermek veya kendisine ya da üçüncü bir şahsa herhangi bir yarar sağlamak olabilir diye düşünmekteyiz.” ÇAĞLAYAN, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde...”, s.28.

Yargıtay memuriyet görevini kötüye kullanma suçunda manevi unsur bakımından hususi bir kastın, maksadın araştırılması lazım geldiği noktasına açık olarak işaret etmektedir: “Hadisede maznunlar, ofise ait hububatı naklettirmek için arabacılara nakliye ücreti bedeli karşılığı olarak arpa vermişler ve bu fiillerinden dolayı esas mahkemesince vazifei memuriyeti suistimalden dolayı mahkum edilmişler, yine meseleyi tetkik eden Yargıtay Ceza Umumi Heyeti manevi unsur bakımından vazifei memuriyetin suistimali suçuna ait hususi kastın ademi mevcudiyeti dolayısıyla ‘ihtiyaç hasıl olan nakliye vasıtalarını temin kastı ile hareket edilmiş olmasına göre fiilde suç unsuru bulunmadığının düşünülmemesi’ mucip sebebi ile hükmü bozmuştur.”³²⁹

Bu görüşe göre söz konusu saik görevin başkası veya kendisi için haksız bir menfaat sağlamaya veya başkasına zarar oluşturmaya yöneliktir ve ancak bu halde görevin kötüye kullanılmasından bahsedilebilir. Görev veya yetki Devlet veya kamu idaresi lehine menfaat temini için kullanılmış ise görevin kötüye kullanılmasından söz edilemez.³³⁰

Bir diğer görüşe göre, görevin kötüye kullanılmış sayılması için, failin, icrai bir fiil yapması gerekir, sadece hareketsiz kalması halinde görev yapılmış olmayacağından, TCK 230. maddede yer alan suç oluşur. Bununla beraber 230. madde, yalnız hareketsiz kalmak halini değil de, görevin geç yapılmasını ve gerektirdiği şekilde yapılmamasını da kapsamına aldığından görevi yerine getirememenin bu halleriyle, görevi kötüye kullanma suçunu ayırt etmek bir hayli zor olabilir, çünkü bu durumlarda da geç de olsa, gerektiği biçimden farklı şekilde yapılmış da olsa, ortada bir "fiil" yine de vardır. Bu durumda görevi kötüye kullanmada zarar vermek kastı değil ama yapılan fiil sonucunda kamu idaresinin maddi bir zarara uğramış veya failce bir menfaat sağlanmış olup olmamasına göre görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarının ayırımı yapılmalıdır.³³¹

Bizim de katıldığımız görevi kötüye kullanma suçunun ancak icrai bir hareketle işlenebileceği görüşünde olanlara göre ise görevi ihmal ve kötüye kullanma cürümleri arasındaki fark birincisinin ihmali, ikincisinin icrai nitelikteki bir hareketle

³²⁹ DÖNMEZER, “...Vazifesini İhmal ve Suistimal...”, s.235.

³³⁰ aynı, s.235.

³³¹ ERMAN - ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı..., s.212-213.

işlenebilmesidir³³²: TCK'nun 230. maddesinde yazılı görevi savsama suçu, görevin yapılmaması ya da geç yapılması ile, 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise, görevin yasal düzenlemelere aykırı biçimde yapılması ile oluşur. Birincisinde sanığın eylemi etkin olmayan (olumsuz, pasif, menfi), ikincisinde etkin (olumlu, aktif, müsbet)dir. Memur yaptığı işi, elindeki evrakı ya da onunla ilgili yasal durumu iyice incelemeyen yasaya aykırı bir işlem yapmış olsa ve böylece işlemin kökeni araştırmamaya (olumsuzluğa) dayansa dahi, sonuç yapma biçiminde (olumlu, aktif) olarak gerçekleşeceğinden hakkında TCK'nun 240. maddesi uygulanmalıdır.³³³

³³² Kunter; "Bizce vazifeyi ihmal ile vazifeyi suistimal suçları arasındaki fark birinde menfi, diğerinde müspet hareket bulunmasıdır. Suistimal suçunda da mesela formalitenin ihmalı bahis mevzuu olabilir. Fakat suçun maddi unsurunu bu ihmal değil, yapılan müspet hareket teşkil eder. Temyiz mahkememiz de çok defa bu kıstası kabul etmiştir. Mesela müracaat sahibinin iddiasını tetkik etmeden ilmühaberi veren muhtarın hareketini suistimal saymıştır. 'C. U. H. 4.1.1937, 156/6'. İtalyan temyiz mahkemesi de bu kıstası kabul etmiş ve kararında; suistimal suçu için formaliteye riayet olunmaması veya şekil kusurları bulunması kafi değildir. Müspet bir fiil lazımdır" demektedir. KUNTER, "...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...", s.394.

³³³ ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.675-676.

"Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapamaması ya da gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur. Olayımızda sanığın eylemi yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır." (4.CD 30.03.1998, 2201/3043), YDün., S. 49, Ocak 2000, s.92.

"Sanığın eyleminin bir görevin yapılmaması ya da geç yapılması biçiminde değil, yasa ve yöneme aykırı yapılması biçiminde gerçekleşmiş olması karşısında, T.C.Yasası'nın 240. maddesi yerine 230. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi...yasaya aykırı..." (4.CD 5.3.1997, 1183/1513), YDün., S. 22, Ekim 1997, s.137-138.

"Görevi savsama suçu memurun yasal görevini yapmaması veya gecikerek yapması ile, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal görevini yaparken yasaya uygun davranmaması ile oluşur. Birincisinde edilgin (pasif) ikinci suçta etkin (aktif) bir eylem söz konusudur. Sanığın oluşturma uygun biçimde kabul edilen eylemlerinde görevin yapılmaması veya geç yapılması değil yasaya aykırı biçimde yapılması söz konusu olduğundan T.C.Y.'nin 240. ve 80. maddeleri yerine, suç çokluğu da gözetilmeden 230/1. maddesi ile uygulama yapılması, yasaya aykırıdır." (4. CD 24.11.1994, 7489/10122).

"Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı bir biçimde yapması ile oluşur.

Birincisinde etkin olmayan (pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müspet) bir davranış söz konusudur.

Olayımızda sanığın eylemi, yasanın kendisine verdiği görevi yapmama ya da gecikme ile yapma biçiminde değil, yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

Bu durum gözetilmeden sanığın görevi savsama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (4. CD 19.9.1995, 4780/5753).

"Bir memurun görevi savsama suçundan cezalandırılabilmesi için yapılmayan ya da gecikme ile yapılan işin onun yasal görevi olması gerekir. Bu husus gözetilmeden ve salma parası toplanması işinin köy ihtiyar kurulu üyesi olan sanıkların yasal görevleri arasında bulunmadığı düşünülmeden, bu suçtan cezalandırılmalarına karar verilmesi,

Kabule göre de, etkin (aktif) nitelikteki para toplama işinin T.C.Y.'nin 240. maddesine uyacağı gözetilmeden anılan Yasanın 230. maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır." (4. CD 7.7.1997, 5428/6185).

“Sanıklar M. G., D. Y., H. H. S. ve M. Y.’ın sözlü sınavda 60 puan alanları, ilgili yönetmeliğin 19/2. maddesine aykırı olarak başarılı kabul edip kazandırmaktan ibaret eylemlerinin T.C.Y.’nin 240. maddesine uyduğu gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile aynı Yasanın 230. maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 30.6.1997, 6108/5916); aynı yönde bir başka karar: (4. CD 5.2.1996, 197/1038), YDün., S. 3, Mart 1996, s.130.

“Sanığın sınır dışı edilmeleri için Kırklareli İli Emniyet Müdürlüğüne götürmek üzere kendisine teslim edilen yabancı uyruklu iki bayanın pasaportlarını da vererek serbest bırakma biçimindeki etkin (aktif) nitelikteki eyleminin T.C.Y.’nin 240/1. madde ve fıkrasına uyduğu gözetilmeden, yazılı biçimde (230) hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 28.5.1997, 4528/4485).

“1-Sanığın eyleminin bir görevin yapılmaması ya da geç yapılması biçiminde değil, yasa ve yöneme aykırı yapılması biçiminde gerçekleşmiş olması karşısında, T. C. Yasasının 240. maddesi yerine 230. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi.

2-Kabule göre;

a) Cihaz alımında devletçe bir zarar oluşup oluşmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması ve sonucuna göre uygulanacak yasa madde ve fıkrasının belirlenmesi gerektiğinin,
b)T. C. Yasası’nın 230. maddesinin 2. fıkrasının para cezasını öngörmediğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 5.3.1997, 1183/1513).

“Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur.

Olayımızda sanıkların eylemleri, yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Bu durum gözetilmeden sanıkların görevi savsama suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 25.1.1996, 7876/591).

“Görevi savsama ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarının oluşması için yapılmayan ya da aykırı biçimde yapılan işin memurun yasal görevi olması gerekir. Köyün tapulanmasını yapmak için gelecek tapulama komisyonuna hizmet binası, araç ve komisyonda görevli olanların işlerinin sağlanması gibi işlemler köy muhtarının yasal görevi içinde olmadığından, bu işlemler için köy halkından usul ve yasaya aykırı para toplama işinin de görevi savsama suçunu oluşturmayaacağı düşünülmeyen, yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” (4. CD 29.11.1994, 3788/7785), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.677-681.

(4.CD 3.4.1996, 1542/3055), YDün., S. 5, Mayıs 1996, s.116.

“TCY’nın 240. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, aynı yasanın 279. maddesi uyarınca memur sıfatına haiz olan kimsenin kasten yasada yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun, görevini yasanın gösterdiği usul ve esaslardan başka suretle yapması veya yasanın koyduğu usul ve şekle uymadan yapmasıdır. TCY’nın 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu ise, ceza uygulamasında memur sayılan kimsenin görevini yapmaması veya gecikerek yapması ile oluşur, görevi kötüye kullanma suçunda etkin (aktif), görevi ihmal suçunda ise etkin olmayan (pasif) bir davranış söz konusudur. İnceleme konusu somut olayda, tapu sicil müdürü, şef ve sicil memuru olarak görev yapan sanıklar, taşınmazın tapu kaydının iptal edilerek davacı adına tescil edildiğine ilişkin Asliye hukuk Mahkemesinin ilamına aykırı olarak taşınmaz üzerindeki şerhi kaldırarak taşınmazın üçüncü kişilere satışını sağlamışlardır, sanıkların eylemleri yasanın kendilerine verdiği görevi yapmama ya da geciktirerek yapma biçiminde değil, yasaya aykırı olarak yapma şeklinde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu tüm öğeleriyle gerçekleşmiştir. (4. CD 25.4.2000, 4-82/88), YDün, S. 57, Eylül 2000, s.134 vd.

“Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi Yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur.

Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme Yönetmeliğinin 67. maddesine aykırı biçimde kiralama olayında sanığın eylemi, Yasaya aykırı yapma biçiminde gerçekleştiğinden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Bu durum gözetilmeden sanığın görevi savsama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (4. CD 16.4.1998, 2329/3623), ÇETİN, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri..., s.733.

Aynı yönde: (4.CD 26.11.1998, 9363/10705), YDün., S. 37, Ocak 1999, s.132.

Ayrıca unutulmamalıdır ki TCK’nda yeni İCK’nda olduğu gibi (İCK m.323) görevi kötüye kullanma suçu açısından failin "başkasına bir zarar vermek veya bir menfaat sağlamak" için bir fiil işlemesi yönünde herhangi bir ifade yer almamaktadır ve bilindiği gibi kanunda genel ifadelerle dahi yazılı olmayan herhangi bir unsura dayanılarak hüküm kurulması mümkün değildir.³³⁴

³³⁴ “Her ne kadar bazı müellifler zarar vermek veya menfaat sağlamak kastının kanunumuz açısından da aranmak ve iki suç tipini manevi unsur bakımından bu suretle ayırmak gerekeceğini ileri sürmekte iseler de, kanunda bulunmayan bir özel kasta içtihaden yer vermenin doğru olamayacağı görüşüne biz de katılmaktayız.” ERMAN - ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı...*, s.213.

SONUÇ

Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümlerden olan “Görevi İhmal” ve “Görevi Kötüye Kullanma” cürümleri üzerine yaptığımız bu çalışma sonucunda aşağıdaki sonuçlara vardık:

Bu suçlar aslında birden fazla menfaate zarar verebilen cürümlerdir. Ancak, kamusal kurumların düzenli olarak işleyişi ve itibarına zarar verilmesinin önlenmesi yani devlet idaresinin düzenli ve kanuna uygun işleyişinin korunması düşüncesi daha ağır basmış ve bu cürümler “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler”den sayılmıştır. Buradaki “Devlet” kavramından geniş anlamda Devlet yani, dar anlamda Devlet ve diğer her türlü kamu kurumu ve kuruluşu anlaşılmalıdır.

Görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma cürümlerinin faili Ceza Kanunu uygulamasında memur olarak adlandırılan kişiler olabilir. Ceza Kanunu uygulamasındaki memur kavramını belirlemek için TCK’nun 279. maddesi dikkate alınmalıdır. 279. maddenin birinci fıkrasında Ceza Kanunu uygulaması yönünden kimlerin memur sayılacağı, ikinci fıkrasında ise kimlerin amme hizmetiyle muvazzaf kimse sayılacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu iki kategori ajanı birbirinden ayırırken gördükleri işlevin niteliğini esas almıştır. Böylece kamu görevi görenleri memur, kamu hizmeti görenleri ise amme hizmetiyle muvazzaf kimse saymıştır. O halde diyebiliriz ki, Devlete ait hukuki bir yetki ve iktidarın kullanılması şeklindeki faaliyetlerin hepsi aynı değerde ve kapsamda değildir. Bu faaliyetlerden bazıları hukuki yetki ve iktidarın kullanıldığı faaliyetlerdir, bazıları ise hukuki yetki ve iktidarın kullanılmasını sadece kolaylaştırmaya yönelik faaliyetlerdir. Devlet görev ve yetki paylaşımı yaparken bazı kişilere hukuki tasarruf ve faaliyetlerin yerine getirilmesi işini, bazı kişilere de doğrudan hukuki sonuçlar doğurmayan fikri ve bedeni faaliyetlerin yapılması işini verilmiştir. Devlete ait hukuki yetki ve iktidara dayanılarak hukuki tasarruf ve faaliyetlerin yapılması kamu görevidir. Bu faaliyetleri yerine getiren veya bu faaliyetlere kamu hukuku usulüne uygun biçimde katılan ve yardım eden kimseler kamu görevi yapan, yani memur sayılan kimselerdir. Bu şartları içermeyen faaliyetler de kamu hizmetidir. Dolayısıyla hukukî tasarruf veya filleri gerçekleştirmeyen ve bunların

gerçekleşmesine katkıda bulunmayan yahut katkıda bulunmakla birlikte, katılmaları kamu hukuku usulüne uygun olmayan kişiler kamu hizmeti gören ve dolayısıyla “amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse”lerdir.

279. maddede memurlar ve kamu hizmetiyle muvazzaf olan kimseler, devlet veya diğer kamu kurumları ile aralarında bir istihdam bağı bulunup bulunmamasına göre kendi içlerinde iki alt gruba ayrılmıştır. Öyle ise, bir kimsenin Ceza Kanunu uygulamasında memur sayılması için bu kimse ile devlet veya diğer kamu kurumları arasında bir istihdam bağı kurulmuş olması, başka bir anlatımla bu kimsenin müstahdem olması şart değildir. Yine memurların bu göreve seçimle veya atamayla getirilmesinin, bu görevin sürekli veya geçici olmasının, bu görev nedeni ile kişiye para veya sair şeyler sağlanıp sağlanmamasının da önemi yoktur.

279. madde gereğince kamu görevlisi ve kamu hizmetiyle yükümlü kişi ayrımı kabul edilince, özellikle devlet idaresi aleyhinde cürümlerin pek çoğu kamu hizmetiyle yükümlülerce işlenemez. Bu nedenle gerekli maddelere kamu hizmeti ile yükümlülerin de bu suçların faili olabilmesine yönelik ilaveler yapılmalıdır.

Görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma cürümlerinin faili Ceza Kanunu uygulamasında memur olmamakla birlikte özel kanunlarında memur sayılacakları veya memurlar gibi cezalandırılacakları yazılı olan kimseler de olabilir.

Önemle belirtelim ki bir memurun çalışma konumuzu oluşturan suçları işleyebilmesi için her şeyden önce memurun fiilinin görevine giren bir işle ilgili olması gerekir. Memura bu görev kanun, yönetmelik gibi bir mevzuatla veya idari bir emirle verilmiş olabilir.

Görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma cürümleri genel ve tamamlayıcı niteliktedirler. Bu nedenle cezası daha az olsa dahi kanunun diğer bir hükmünde görevi ihmal veya görevi kötüye kullanma özel bir hükümle düzenlenmiş ise bu özel hüküm uygulanır. TCK'nun 230. ve 240. maddeleri uygulanamaz.

Görevi ihmal cürmü, görevin gereği olan işlemi hiç yapmamak, belirli biçimde yapmamak veya geç yapmak şekillerinden biriyle işlenebilir. Yani görevi ihmal suçunun maddi unsuru ihmali bir davranıştır ve yapılması gereken belirli bir hareketi yapmamak ihmaldir. Kanun bu hareketin dış dünyada bir değişiklik yapmasını aramamaktadır, dolayısıyla görevi ihmal “sırf davranış suçu” veya “şekli suç”tur. Görevi ihmal suçunun maddi unsuru iki ipotezi içermektedir. Görevi ihmal ve geciktirme ipotezinde “ihmal” yapılması zorunlu bir görevi yerine getirmemeyi, yapmamayı; “savsama” ise, görevin mevzuatta gösterilen şekilde yerine getirilmemesini ifade eder. “Gecikme gösterme” de, görevi geç yapma, yani yapılması gereken zaman geçtikten sonra yapma anlamına gelir. Emri yerine getirmeme ipotezinde ise; emri vermeye yetkili üst (amir) tarafından kanunlara göre verilmiş bir emrin yapılmaması veya gecikme gösterilmesi söz konusudur.

Görevi ihmal cürmü genel kastla işlenebilen bir suçtur. Kastın varlığı için, memurun sadece kendi görevine giren bir işi savsamak veya üstünün buyruğunu yerine getirmemek iradesi ile hareket etmesi yeterli değildir, ayrıca bu şekilde hareket etmekle, hukuk düzeni veya üstü tarafından kendisine yüklenen görevleri ihmal ettiği, yani haksız bir biçimde hareket ettiği bilincine sahip olmalıdır; maddedeki “geçerli bir neden olmadan” ibaresi bunu gerektirir. Bu nedenle, memurun işin görevine dahil olmadığı, buyruğu veren kişinin yetkili olmadığı veya buyruğunun kanuna uygun olmadığı yolundaki hatası, yani fiil üzerindeki hatası veya iyi niyeti kastı ortadan kaldırır.

Suç savsama, geciktirme ve yapmamanın gerçekleştiği anda ve yerde tamamlanmıştır. Sırf ihmal suçu olduğundan bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Ancak sırf ihmal suçlarında parçalara bölünebilen bir gerçekleşme veya bir suç yolu (iter criminis) mümkün olduğunda, bu tür suçlarda da teşebbüsün gerçekleşebileceği ileri sürülmüştür.

Görevi kötüye kullanma cürmünün maddi unsurunu kamu görevlisince görevini kötüye kullanma niteliğindeki herhangi bir hareketin yapılması teşkil eder. Belirtmek gerekir ki görev kullanılan bir şey değildir, görev yapılır. Kullanılan, görev dolayısıyla memura tanınan kudret ve yetkidir. Nitekim, 1930 tarihli İCK’nda görevi kötüye

kullanma suçunu düzenleyen hükümde “göreve bağlı yetkilerin kötüye kullanılması” ifadesi kullanılmıştır.

Memuriyet görevini kötüye kullanmanın oluşabilmesi için, memurun kendisine tanınan yetki sınırını aşması veya kanunun verdiği takdir hakkını gaye dışı kullanması gerekmektedir. Memurun hareketini kanunun belirttiği hallerde, o uygulama için gerekli olan şartlara uymamak da görevi kötüye kullanmak demektir.

Görevi kötüye kullanma cürmünün maddi unsurunu meydana getiren davranışın hareket şeklinde mi yoksa ihmal şeklinde mi olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre görevi kötüye kullanma suçu ancak icrai bir hareket ile işlenebilir; ihmali davranış ile işlenen fiiller ise görevi ihmal suçunu teşkil eder. Bu suçun meydana gelmesi için mehz Zanardelli Kanunu’nda olduğu gibi görevi kötüye kullanma sayılacak bir hareketin yapılması yeterlidir. Bu hareketin devlete veya özel şahıslara ilişkin bir zarara neden olması veya failin kendisine veya bir başkasına bir yarar sağlaması gerekmez.

Görevi kötüye kullanma genel kastla işlenen bir cürümdür. Suçta özel kastın da aranması gerektiği savunulmuştur. 1930 tarihli İCK’nun memuriyet görevinin genel olarak kötüye kullanılmasından bahseden 323. maddesinde ise, başkasına zarar vermek veya fayda temin etmek amacı aranmaktadır. Ancak gerek mehz Zanardelli Kanunu’nda ve gerekse TCK’nda görevi kötüye kullanma cürmünü düzenleyen hükümde, yürürlükteki İCK’dan farklı olarak görevi kötüye kullanma cürmünde özel kastın aranmasını gerektiren, bu konuda şüphe doğuran herhangi bir ibare yoktur. Genel kastın varlığı için ise sadece hareketin iradi olması yetmez; ayrıca memurun yaptığı hareketin görevi kötüye kullanma niteliğinde olduğunun, yani bu şekilde hareket etmekle görevini belirleyen kanunlara, düzenlemelere ve talimatlara aykırı davrandığının bilincine sahip olması gerekir. Bu nedenle fail yaptığı hareketin görevi ile ilgili olmadığı veya görevinin sınırları içinde kaldığı inancı ile hareket ettiği takdirde kastın varlığından söz edilemez.

Uygulamada görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma cürümlerinin sık sık karıştırıldığı ve doktrinde de bu iki suçun birbirinden nasıl ayırtedileceği konusunda bir birlik sağlanamadığı görülür. Görevi ihmal ve kötüye kullanma cürümleri arasında birincisinin ihmali, ikincisinin icrai nitelikteki bir hareketle işlenebilmesi şeklinde bir fark olduğu kanısındayız. Bu iki suç arasındaki farkı görevi kötüye kullanma cürmünde özel kastın varlığıyla açıklayan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre; görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunu teşkil eden davranışla birlikte failde “kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlamak veya başkasına haksız bir zarara neden olmak” şeklinde özel bir kast bulunmakta ise bu suç görevi kötüye kullanma suçudur. Failde bu özel kast yoksa görevi ihmal cürmü meydana gelmiştir. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü az önce de belirttiğimiz gibi mehzaz kanunun ve TCK’nun görevi kötüye kullanmayı düzenleyen maddelerinde özel kastın arandığına dair herhangi bir ifade yoktur. Buna bağlı olarak, madde metninde yer almayan bir unsurun maddede yer aldığını ileri sürmek de madde metnini kanunilik ilkesine aykırı biçimde yorumlamak olacaktır.

KAYNAKLAR

Alacakaptan, Uğur. **Suçun Unsurları**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 263, Sevinç Matbaası, 1970.

Antolisei, Francesco. **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**. Tredicesimo Edizione aggiornata e integrata a cura di Luigi CONTI. Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1994.

Antolisei, Francesco. **Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-II**, Nona Edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi CONTI, Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1986.

Artuk, Mehmet Emin- Ahmet Gökçen - Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**. Dördüncü Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

Baykal, Ali. "Memurluk Görevinin İhmal ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilememesi", **TİD**, S. 332, Yıl: 42 Eylül-Ekim 1971 (s.196-199). (Yazarın aynı makalesi: Adalet Dergisi, S. 4, Yıl: 62, Nisan 1971 (s.719-722)'de de yayınlanmıştır.)

Bengü, Cemil Halit. "Ceza Tatbikatında Memur", **SİM**, S. 158, Mayıs 1944, (s.119-128).

Centel, Nur. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**. Birinci Baskı, İstanbul: Beta Basımevi, 2001.

Carmona, Angelo. "La Nuova Figura di Abuso di Ufficio: Aspetti di Diritto Intertemporale", **Cass.Pen.**, Vol.XXXVIII, Giugno 1998, n.6, (s.1843-1852).

Çağlayan, M. Muhtar. "Memuriyet Vazifesini İhmal ve Sui-istimal Cürümleri", **İBD**, C. XXX, S. 10, Ekim 1956, (s.275-289).

Çağlayan, M. Muhtar. "Vazifeyi İhmal Cürmü Üzerinde İnceleme", **TİD**, S. 335, Yıl: 43, Mart-Nisan 1972, (s.43-51).

- Çağlayan, M.Muhtar. "Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerinde Bir İzah Denemesi", **TİD**, S. 333, Yıl: 42, Kasım-Aralık 1971, (s.20-33).
- Çetin, Erol. **Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları**. Ankara: Eda Matbaacılık, 2000.
- Çetin, Erol. **KİT Pesonelinin ve Kooperatif Görevlilerinin Ceza Sorumlulukları**. Ankara: Gen matbaacılık, 1994.
- Delpino, Luigi. **Diritto Penale, Parte Speciale**. Napoli: Undicesima Edizione, Edizione Giuridiche Simone, 2001.
- Demirbaş, Timur. "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", **DEÜHFD**, Kudret Ayiter Armağanı, Ankara Üniversitesi Basımevi, C. III, S. 1-2, 1987, (s.249-278).
- Dönmezer, Sulhi. "İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Görevini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas", **İÜHFM**, C. XI, S. 1-2, 1945, (s.225-237).
- Dönmezer, Sulhi. "Mahkeme İçtihatları, Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur", **İÜHFM**, C. IX, S. 1-2, 1943, (s.816-826).
- Dönmezer, Sulhi. **Özel Ceza Hukuku Dersleri (...Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler...)**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3269, Hukuk Fakültesi No: 688, Fakülteler matbaası, 1984.
- Dönmezer, Sulhi - Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I. Ondördüncü Baskı**, İstanbul: Beta Basımevi, 1997.
- Dönmezer, Sulhi - Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II. Onikinci Baskı**, İstanbul: Beta Basımevi, 1999.
- Duran Lütfi. "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni II", **AİD**, C.XIX, S. 2, 1986, (s.14-21).
- Duran, Lütfi. "Anayasa'nın 128 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ve Bakanların Durumu ile İlgili Yorum", **Any.Y.**, 1984, (s.201-212).

Erem, Faruk. **Ceza Hukuku Hususi Hükümler C. I.** Ankara: Bilim Yayınları Serisi, No: 1, Ajans Türk Matbaacılık, 1968.

Erem, Faruk. **Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler.** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 135, Güzel İstanbul Matbaası, 1959.

Erem, Faruk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku.** Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1984.

Erem, Faruk - Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk. **Ceza Hukuku Genel Hükümler.** Ankara: On dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, 1997.

Erem, Faruk - Nevzat Toroslu. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler.** Dokuzuncu Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2003.

Erman, Sahir. **Sahtekarlık Cürümleri.** İkinci Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.

Erman, Sahir - Çetin Özek. **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281).** İstanbul: 1992, Işık Matbaacılık.

Erman, Sahir. "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", **SBOD**, C. II, S. 3-4, 1947, (s. 235-276).

Erman, Sahir - Çetin Özek. **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar,** İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1996.

Ersoy, Yüksel. **Ceza Hukuku Genel Hükümler.** Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002.

Fiandaca, Giovanni - Enzo Musco. **Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. I.** Terza Edizione, Bologna: Zanichelli Editore, 2002.

Giarda, Angelo ve diğerleri. **Problemi Attuali della Giustizia Penale, le Nuove Leggi Penali, Abuso d'Ufficio...**, Padova: Cedam, 1998.

Gözübüyük, A. Pulat. "Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali", **AD**, S. 11, Yıl 6, Kasım 1969, (s.165-197). (Aynı bilgiler: A.Pulat Gözübüyük, Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali, **AD**, S. 3-4, 1977, No: 1-6, (s.677-965)'de de yer almaktadır).

- Gözübüyük, A. Pulat. "Türk Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları (TCK'nun 279, 280 ve 281 maddeleri)", **AD**, S. 1, Yıl: 61, Ocak 1970, (s.5-12).
- Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut. **İdare Hukuku, Genel Esaslar**. Ankara: Turhan Kitabevi, 1998.
- Guadagno, Gennaro. **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Speciale**. Roma: Casa Editrice Nazionale, 1962.
- Günday, Metin. **İdare Hukuku**. Dördüncü Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1999.
- Güner, Gül. "Karar İncelemesi - ...Memuriyet Vazifesinin İhmali...", **İBD**, C. XXXV, S. 5-6, 1971, (s.440-452).
- Güran, Sait. "Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ve Bakanların Durumu", **Any.Y.**, Ankara 1984, (s.191-200).
- Güran, Sait. "Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", **Any.Y.** 6, 1989, (s.39-66).
- İçel, Kayıhan. **Suçların İçtimai**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 385, Sermet Matbaası, 1972.
- Kanlıgöz, Cihan. "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", **AÜHFD**, S. 3-4, 1993, (s.169-195).
- Karadeli, Vedat. "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar-Zimmet, İrtikap, Görevi Kötüye Kullanma", **ABD**, S. 4, Yıl: 41, 1984, (s.572-575).
- Kavas, Hakkı - Hatice Kavas. "T.C.K.'nunda Memur Kavramı", **AD**, S. 6, Yıl: 76, Kasım-Aralık 1985, (s.57-67).
- Keyman, Selahattin. "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", **AÜHFD**, C. XL, S. 1-4, 1988, (s.120-171).
- Kıyak, Fahrettin - M. Muhtar Çağlayan - Cebbar Şenel. **Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu ve Alâkalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Mevzuatı**, Ankara: Işık Matbaacılık, 1960.

- Kunter, Nurullah. **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 609, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 130, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Kunter, Nurullah. “Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu”, **İÜHFM**, C. XIII, S. 1, 1947, (s.755-772).
- Kunter, Nurullah. “Mahkeme İçtihatları Kroniği, ...Vazifeyi İhmal ve Suistimal...”, **İÜHFM**, C. XV, S. 1, 1949, (s.377-405).
- Leone, Giovanni. **Elementi di Diritto e Procedura Penale**. Sesta Edizione, Napoli: Editore Jovene, 1987.
- Maggiore, Giuseppe. **Principi di Diritto Penale, Parte Generale, Vol. I**. Seconda Edizione, Bologna: Zanichelli Editore, 1937.
- Maggiore, Giuseppe. **Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. II**. Seconda Edizione, Bologna: Zanichelli Editore, 1938.
- Majno, Luigi. **Ceza Kanunu Şerhi, C. II**. Ankara: Yargıtay Yayınları No: 4, Sevinç Matbaası, 1978.
- Malkoç İsmail-Mahmut Güler. **Memurlar ve Suçlar**. Ankara: Adil Yayınevi, 1998.
- Malkoç, İsmail. “Görevi İhmal Suçu”, **TBB**, S. 1, 1994, Yıl: 7, (s.27-40).
- Malkoç, İsmail. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu” (1), **İzBD**, S. 1, Ocak 1993, Yıl: 58, (s.19-35).
- Malkoç, İsmail. **Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Malkoç, İsmail. Görevi Kötüye Kullanma Suçu (2), **AD**, C. LXXIX, S. 4, Temmuz Ağustos 1988, (s.124-132).
- Malkoç, İsmail - Mahmut Güler. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler**. Ankara: Adil Yayınevi, 1998.
- Manfredini, Mario. **Manuale di Diritto Penale**. Roma: Athenaeum, 1931.

- Manzini, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. XV.** Torino: Editrice Torinese, 1950.
- Onar, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II.** Üçüncü Baskı, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Ögel, Ragıp: “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar - Ceza Kanununa göre Memur, Zimmet, İrtikap”, AC, S. 7, Yıl: 32, 1941, No: 21, (s.472-483).
- Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III.** İkinci Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1992.
- Önder, Ayhan. **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.
- Özek, Çetin. “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İÜHFM, C. XXVI, S. 1-4, 1961, (s.34-85).
- Özgen, Eralp. **Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi.** Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi, Eğitim, Sağlık ve Bilimsel Araştırma Çalışmaları Vakfı Yayınları, No: 62, 1988.
- Özgenç, İzzet. “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak” (Karar İncelemesi), SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, C. IV, S. 1-2, 1994, (s.329-348).
- Pagliari, Antonio. **Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, Delitti Contro la Pubblica Amministrazione.** Ottava Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- Ranieri, Silvio. **Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol.II.** Seconda Edizione Rinnovata e Aggiornata, Padova: Cedam, 1962.
- Santoro, Arturo. **Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale: Delitti Contro lo Stato.** Torino: Editrice Torinese, 1962.
- Selçuk, Sami. “İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, YD, C. XXIII, S. 1-2, Ocak-Nisan 1997, (s.21-45).

- Selçuk, Sami. **Dolandırıcılık Suçunun Kimi Suçlardan Ayırımı ve Çeklerle İlgili Suçlar**. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1986.
- Soyaslan, Doğan. “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, **AÜHFD**, C. VL, S. 1-4, 1996, (s.41-53).
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Üçüncü Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 1999.
- Şekercioğlu, Metin. **Ceza Hukukunda Memur Kavramı ve Suç Faili Olarak Başlıca Sorunları**. Birinci Baskı, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Toroslu, Nevzat. **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 273, 1970.
- Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku**. Beşinci Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2001.
- Toroslu, Nevzat. “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2270, Hukuk Fakültesi No: 511, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü No: 19, 1977, (s.113-155).
- Tozman, Önder. “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Dicle Üniversitesi SBE, 2001.
- Utku, Eray. “Ceza Hukukunda Memur”, **AD**, S. 8, Yıl: 92, Temmuz 2001, (s.163-178)
- Savaş, Vural - Sadık Mollamahmutoğlu. **Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II**. Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.
- Yalçın Sancar, Türkan. **Müteselsil Suç**. Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.
- Yarsuvat, Duygun. “Ceza Kanununun Uygulamasında Memur - İktisadi Devlet Teşekkülleri - Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suistimal ve Zimmet”, **İÜHFM**, C. XXXV, S. 1-4, 1970, (s.525-542).
- Yarsuvat, Duygun. “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İÜHFM**, C.XXX, S. 3-4, 1965, (s.665-691).

Yaşar, Hakkı. “Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki” (1), **AD**, S. 11, Yıl: 57, Kasım 1966, (s.793-818).

Yaşar, Hakkı. “Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki” (2), **AD**, S. 12, Yıl: 57, Aralık 1966, (s.843-863).

Yener, Orhan. “Görevin Kötüye Kullanılması”, **YD**, C. VI, S. 1-2, Ocak-Nisan 1980, (s.47-50).

Yıldırım, Turan. **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**. İkinci Baskı, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1999.

Zafer, Hamide. “ ‘Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, **İBD**, C.LXXIV, S. 4, (2000), (s.981-1013).