

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
(TCK. m. 240)**

147219

YÜKSEK LİSANS TEZİ

YALÇIN KARATAŞ

147219

**ANABİLİM DALI: HUKUK
PROGRAMI: KAMU HUKUKU**

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. M. EMİN ARTUK

KOCAELİ, 2004

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK m. 240)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: YALÇIN KARATAŞ

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Tarih ve No: 23.06.2004, 2004/14

Prof.Dr. M. Emin Artuk

Doç.Dr. Mustafa Koçak

Doç.Dr. Ahmet Gökçen

M. Emin Artuk *Doç.Dr. Mustafa Koçak* *Doç.Dr. Ahmet Gökçen*

KOCAELİ, 2004

SUNUŞ

Çalışmanın konusunu teşkil eden “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Ceza Kanununda en çok uygulama alanı bulan memur suçlarından. Bu konuyu tercih etmemin nedeni, memur suçlarında önemli bir yer teşkil etmesi ve diğer memur suçları ile arasındaki bağlantıdır. Zira görevi kötüye kullanma suçu, kanunkoyucu tarafından genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu özelliği gereği madde ile yaptırım altına alınan fiil, diğer memur suçları ile, özellikle görevi ihmal, irtikap, rüşvet, zimmet, kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu ve sahtecilik suçları ile karıştırılmakta, uygulamada çeşitli güçlükler doğurmaktadır. Bir uygulamacı olarak görevi kötüye kullanma suçunu seçmemin, bu yönden, daha faydalı olacağına inandım.

Görevi kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanununda “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığını taşıyan üçüncü babında, 240’ıncı maddede düzenlenmiştir. Maddede yer alan suça, doktrinde ve uygulamada çoğunlukla verilen isimi ile hitap ederek, çalışmanın başlığını “Görevi Kötüye Kullanma Suçu” olarak belirtmeye çalıştım.

Mahsus suçlardan olan görevi kötüye kullanma suçu ancak memurlar tarafından işlenebilir. Memurun tanımı ise TCK.’nın 279’uncu maddesinde yapılmıştır. Suçun maddi unsuru bakımından kanunilik ilkesine aykırı olduğu bir kısım yazarlar tarafından savunulmakta ise de, Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular bu yönden reddedilmiştir. Yine suçun manevi unsuru, uygulama ve doktrinde farklı yorumlanmakta, kasıtlı işlenen suçta özel kasıt mı yoksa genel kasıt mı aranması gerektiği ihtilaf konusu olmaktadır.

Maddenin ikinci cümlesinde yar alan ve cezada indirimde gidilen hallerde hakimnin takdiri indirim maddesini uygulayıp uygulamayacağı da doktrince tartışılmaktadır. Madde de öngörülen memuriyetten mahrumiyet cezası ferî nitelikte olup maddenin her iki cümlesine de uygulanması gerekmektedir.

Bu hususları belirttikten sonra, son olarak, çalışmam esnasında bana büyük yardımları dokunan hocam Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Kocaeli, Mayıs 2004

Yalçın KARATAŞ

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	II
ÖZET	VI
ABSTRACT	VII
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1
I- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER	4
1- Suçun Tarihi Gelişimi	4
2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Kapsamı	7
3- Suç İle Korunan Hukuki Menfaat	9
4- Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Bağlantılı Suçlarla Karşılaştırılması	10
A- Genel Olarak	10
B- Görevi İhmal Suçu İle Karşılaştırılması.....	12
C- Kişilere Karşı Keyfi ve Sert Muamele Suçu İle Karşılaştırılması	15
D- İrtikap Suçu İle Karşılaştırılması	19
E- Rüşvet Suçu İle Karşılaştırılması	20
F- Sahtecilik Suçlarıyla Karşılaştırılması.....	22
II- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNDA FAİL	25
1- Genel Olarak.....	25
2- Suç Faili Olarak Memurlar	28
A- Memurun Tanımı	28
B- Türk Hukukunda Memur Kavramı.....	31
a- Genel Olarak.....	31
b- İdare Hukukunda Memur	33
c- Ceza Hukukuna Göre Memur.....	35

e- TCK. 279'uncu Maddedeki Memur Tanımı.....	41
aa- Devlet Veya Bir Âmme Müessesesinin Müstahdemi Olan	
Memurlar	42
aaa- Teşrii (Yasama) Bir Âmme Vazifesi Gören Müstahdemler...	42
bbb- İdari Bir Amme Vazifesi Gören Müstahdemler	42
ccc- Adli Bir Âmme Vazifesi Gören Müstahdemler.....	43
bb- Devlet Veya Bir Âmme Müessesesinin Müstahdemi Olmayan	
Memurlar	43
aaa- Teşrii Bir Âmme Vazifesi Gören Hususi Şahıslar.....	44
bbb- Adli Bir Âmme Vazifesi Gören Hususi Şahıslar	44
ccc- İdari Bir Âmme Vazifesi Gören Hususi Şahıslar	44
f- Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personelinin Cezai Sorumluluğu	45
III- SUÇUN MAĞDURU	48
1- Genel Olarak.....	48
2- Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler.....	50
A- Devlet İdaresi Kavramı	50
B- Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Fiilleri Cezalandırmakla Korunmak	
İstenen Hukuki Menfaat	52
3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Mağduru	54
IV- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI.....	55
1- Suçun Genel Unsurları.....	55
2- Suçun Kanuni (Tipiklik) Unsuru	56
A- Genel Olarak	56
B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Kanunilik Unsuru.....	58
3- Maddi Unsur	61
A- Genel Olarak	61
B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Maddi Unsur	62
a- Kavram Olarak Görevi Kötüye Kullanma.....	62
b- Hareketin Niteliği	65
c- Görevi Kötüye Kullanma Suçu Kapsamında Değerlendirilen Fiiller .	70
4- Manevi Unsur.....	72
A- Genel Olarak	72

B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Manevi Unsur	74
a- Genel Olarak.....	74
b- Genel Kastı Yeterli Görenler	75
c- Özel Kastı Arayanlar	77
d- Yargıtay'ın Uygulaması.....	78
5- Hukuka Aykırılık Unsuru.....	80
A- Genel Olarak	80
B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Hukuka Aykırılık Unsuru	82
V- SUÇU ETKİLEYEN HALLER.....	85
1- Genel Olarak.....	85
2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Suçu Etkileyen Haller	87
A- Suçu Hafifletici Haller	87
B- Suçu Ağırлатıcı Haller	91
VI- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	92
1- Genel Olarak.....	92
2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Teşebbüs.....	92
3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda İştirak	94
4- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda İctima.....	95
VII- ZAMANAŞIMI SÜRELERİ.....	97
1- Genel Olarak.....	97
2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Dava Zamanaşımı.....	98
3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Ceza Zamanaşımı	101
VIII- KOVUŞTURMA USULÜ.....	102
1- Genel Olarak.....	102
2- Memurların Özel Muhakeme Hukukuna Tabi Olması	103
A- Tarihteki Durum.....	103
B- Türk Hukukundaki Durum	104
a- Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat	105
b- 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun	106
aa- Genel Olarak	106
bb- 4483 Sayılı Kanunun Temel Özellikleri.....	109

aaa- Hazırlık Soruşturmasını Yapacak Makam.....	109
bbb- Kanunun Uygulanacağı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri	110
ccc- Kanun Kapsamında Kalan Suçlar.....	112
ddd- Kanun Kapsamı Dışında Kalan Memurlar.....	114
eee- Kanun Kapsamı Dışında Kalan Suçlar	115
3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Kovuşturma Usulü	116
IX- YAPTIRIM.....	118
1- Genel Olarak.....	118
2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Yaptırım	119
A- Genel Olarak	119
B- Hapis Cezası.....	120
C- Para Cezası	120
D- Memuriyetten Men Cezası.....	121
X- TCK. ÖNTASARILARINDA VE 2001 TCK. TASARISINDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN DÜZENLEME ŞEKLİ	123
1- Genel Olarak.....	123
2- 1987, 1989, 1997 ve 2000 TCK. Öntasarıları.....	124
3- 2001 TCK. Tasarısı.....	124
A- Genel Olarak	124
B- Tasarıda Görevi Kötüye Kullanma Suçu	125
C- Tasarıda Bağlantılı Suçların Düzenleme Durumu	126
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	128
YARARLANILAN YAYINLAR.....	132

ÖZET

Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olup Türk Ceza Kanununun “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” babında, 240’ıncı maddede düzenlenmiştir.

Suç, düzenlenme itibarıyla mahsus suçlardan olup sadece memurlar tarafından işlenebilir. Memur görevi kötüye kullandığında, kanunda tarifini bulmamış hallerde, şartları da varsa bu maddeden hüküm giyebilecektir.

Suçun faili olarak kabul edilen memurun tanımı, Türk Ceza Kanununun 279’uncu maddesinde yapılmıştır. Buna göre kamu görevi görenler ceza kanunu uygulamasında memur, kamu hizmeti görenler ise memur kabul edilememektedirler.

Suçun maddi unsuru, memurun memuriyet görevine bağlı yetkilerini kötüye kullanılmasıdır. Suçun maddi unsurunun net bir şekilde belirtilmemiş olması nedeniyle madde düzenlemesinin suçların kanuniliği ilkesine aykırılığı iddia edilmişse de Anayasa Mahkemesi, madde düzenlemesinin anılan ilkeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Doktrin ve yargı kararlarına göre takdir hakkının amacı dışında kullanılması, gerekli usuli şartlara uymama, kanuni yetkinin aşılması gibi durumlar görevin kötüye kullanılması sayılmaktadır. Suçun manevi unsuru kast olmakla birlikte bu kastın özel kast mı yoksa genel kast mı olduğu doktrin ve uygulamada ihtilaflıdır.

ABSTRACT

The guilty of malpractice, which is secondary, general and complementary, is arranged under the topic of “High Crimes Against State Authority” in 240’ th article of Turkish Penal Code.

This crime is arranged special for officers and only they violate it. If an officer malversate own duty and the violation is not arranged in the act the other conditions are present, the accused will be condemned.

Definition of the officer who accepted perpetrator of this crime is in the article 279 of the Turkish Penal Code. Description of officer in penal code is arranged in TCK. 279. According to this article who does public duty is accepted as an officer and who does civil service are not accepted as an officer in the penal code practice.

The fact of the crime, is the misuse of the authority related to the officers civil duty. Even if it is claimed that the unclearness of the arrangement of the crime in the article is against constitution because it is against the “crimes should be coded” principle. It was rejected by the Supreme court due to the reason “the arrangement of the article is not against the principle mentioned”. Due to the doctrine and judgement, stations like abuse of discretion, disregarding to the procedural terms and not to obey legal authorisation limits are accepted as malversation. It is in dispute in doctrine and practice that the immaterial fact of the crime is malicious but wheter special malicious or general.

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AC.	: Adliye Ceridesi
AD.	: Adalet Dergisi
As.CK.	: Askeri Ceza Kanunu
AÜHFD.	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY.	: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
AYMK.	: Anayasa Mahkemesi Kararı
Blz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CK.	: Ceza Kanunu
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇMK.	: Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DGMK.	: Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İD.	: İdare Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT.	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
MMHKM.	: Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SBOD.	: Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi

s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TİD.	: Türk İdare Dergisi
TODAİE.	: Türkiye Ve Ortadoğu Âmme İdaresi Enstitüsü
vd.	: Ve Devamı
vs.	: Ve Sair
Y.	: Yıl
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD.	: Yargıtay Dergisi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

İnsan, hayvanlardan farklı olarak siyasal bir varlık, yani toplumsal bir çatının dışında yaşama yeteneğine sahip olmayan bir canlı olduğundan, toplumsal örgütlenmeye ihtiyaç duymaktadır. En gelişmiş biçimi altında, bu toplumsal örgütlenme devlet biçiminde ortaya çıkmaktadır.

İnsanın doğal eğilimi örgütlenmeye, çalışmaya ve yönetmeye doğrudur. Aynı şekilde insan, iyi ve kötü, adalet ve adaletsizlik arasında ayırım yapma yeteneğine de sahiptir. Bu yetenek, ailenin gelişmesi ve ailelerin cemaat halinde yerleşik toplumlar olarak bir araya gelmesi ve sonunda da cemaatlerin bir devlet örgütlenmesine ulaşmaları için gerekli olan temeli meydana getirmektedir. Devlet, doğal bir toplumsal süreç içinde ve aşamalar halinde gelişmiştir.

Toplu halde yaşamının bir sonucu olarak ortaya çıkan devlet, kendisine birtakım hakları devreden topluma belli başlı bir kısım hizmetleri sunmak durumundadır. Günümüzde devlet, halka hizmeti organları aracılığıyla sunmakta ve bu organlarını da yine toplum içinden seçmiş olduğu kişileri kullanarak oluşturmaktadır. Devletin kullanmış olduğu bu kişiler, halka hizmet sunarken ve devlet faaliyetlerini yerine getirirken, devleti en iyi şekilde temsil etmek ve temsil ettikleri devlete de sadık olmak durumundadırlar. Devleti temsil eden bu kişilerin taşımış oldukları yükümlülükleri yerin getirmemeleri, devlet faaliyetlerinin aksamasına, toplumun da devlete karşı beslediği güvenin azalmasına neden olur. İşte, kanun koyucu bu durumu gözeterek, devlet idaresine karşı işlenen suçları yaptırım altına almıştır.

Devlet idaresine karşı işlenen fiiller, devletin seçerek kendisini temsil etme yetkisini vermiş olduğu kişiler tarafından işlenebileceği gibi, toplumu oluşturan bireyler tarafından da işlenebileceğinden kanun koyucu, tüm bu hususları bir arada değerlendirerek çeşitli fiilleri yaptırıma bağlamıştır. Bu bağlamda işlenen cürümler, ceza kanunlarında çeşitli isimler altında anılmakla birlikte mevzuatımıza, “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığı altında girmiştir.

Devlet idaresi aleyhinde işlenen suçlar TCK.’nın 202’nci maddesi ile 282’nci maddesi arasında düzenlenmiştir. İnceleyeceğimiz konu da, Türk Ceza Kanunu’nun

İkinci Kitabının “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığı altında yer alan, Üçüncü Babında düzenlenmiş ve bu babın Dördüncü Faslında yerini bulan 240’ıncı maddedir. Söz konusu Dördüncü Fasil “Memuriyet Ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal Edenler Ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar” başlığını taşımaktadır.

Kanun koyucu, Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümleri cezalandırırken, kendisini temsil eden memurun görevini kötüye kullanmasını da yaptırıma tabi tutmuştur. Aslında memur, bir çok şekilde görevini kötüye kullanabilecektir; rüşvet alarak, irtikapta bulunarak, zimmetine para geçirerek... Kanunda bu suç tiplerine yer verilirken boşluk doğmaması için görevi kötüye kullanma suçu da yaptırım altına alınmıştır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan görevi kötüye kullanma suçu on ana başlık altında inceleyeceğiz:

İlk olarak, inceleme konumuzun tarihi gelişimini, suçun kapsamını, korunmak istenen hukuki menfaati ve görevi kötüye kullanma suçu ile bağlantı arz eden suçları inceleyeceğiz.

İkinci olarak, suçun failini inceleyecek, genel olarak faile değinip, suç faili olarak memurlardan bahsedeceğiz. Bu kısımda görevi kötüye kullanma suçunun faili olan memur tanımının hukukumuzdaki yerini belirtmeye çalışacak ve ceza hukukunda memurdan ne anlamamız gerektiğini tespit edeceğiz.

Üçüncü olarak, suçun mağduruna değinecek ve görevi kötüye kullanma suçunun mağduru olan devlet idaresini tanımlamaya çalışacağız. Ayrıca bu kısımda devlet idaresi aleyhinde işlenen fiilleri cezalandırmakla korunmak istenen hukuki menfaate de yer vereceğiz.

Dördüncü olarak, suçun genel unsurlarına değindikten sonra, suçun kanuni unsuru, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsuruna değinerek görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendireceğiz.

Beşinci olarak, suçu etkileyen hallere genel olarak değinecek ve inceleme konumuz olan görevi kötüye kullanma suçunda suçun hafifletici halleri ile ağırlatıcı hallerini tespit edeceğiz.

Altıncı olarak, suçun özel görünüş şekillerini inceleyeceğiz. Bu bölümde teşebbüs, iştirak ve içtima kavramlarına yer vererek, görevi kötüye kullanma suçunun özel görünüş hallerini belirtmeye çalışacağız.

Yedinci olarak, zamanaşımı sürelerine değinecek ve görevi kötüye kullanma suçu için uygulanacak dava ve ceza zamanaşımı sürelerini belirteceğiz.

Sekizinci olarak, kovuşturma usulüne değinecek, memurlar için öngörülen özel kovuşturma hallerinin tarihi gelişimine yer verdikten sonra hukukumuzdaki duruma ve en son yürürlüğe giren 4483 sayılı Kanunun belli başlı bazı özelliklerine yer vereceğiz.

Dokuzuncu olarak, suç için maddede öngörülen yaptırımlar olan hapis cezası, para cezası ve memuriyetten men cezasını işlemeye çalışacağız.

Son olarak, görevi kötüye kullanma suçunun TCK. öntasarılarında düzenleniş şeklini inceleyecek, bu öntasarılardan 1987, 1989, 1997 ve 2000 Öntasarılarına kısaca değindikten sonra, çalışmamızı yazdığımız esnada Mecliste görüşülen 2001 Tasarısına da geniş bir şekilde yer vereceğiz.



I- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1- Suçun Tarihi Gelişimi

1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren ve hale yürürlükte olan Türk Ceza Kanununun me hazı 1889 İtalyan Ceza Kanunudur. Bu tarihe kadar uygulanan 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun hemen hemen aynen çevirisi yapılarak oluşturulmuştur¹. Mehaz Ceza Kanunumuz Türkçe'ye çevrilirken bazı hataların yapılması ve bu Kanuna 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunundan bazı maddelerin alınması uygulamada bir takım tereddütler meydana getirmiş, bu nedenle yürürlüğe girdikten sonra bir çok değişikliğe uğramıştır².

İnceleme konumuz olan 240'ıncı madde, söz konusu mehaz Kanunda yer almamaktaydı. Bu hükmün Ceza Kanunumuza girmesi, 1274 tarihli Ceza Kanununun 102. maddesinde, 1330 yılında yapılan değişiklik ile sağlanmıştır. Yani, 1274 tarihli Ceza Kanunumuzun kaynağı olan Fransız Ceza Kanununda 240'ıncı madde yer almamaktaydı³. Daha sonradan yapılan değişiklik ile bu madde hukukumuza girmiştir⁴. Doktrinde yer alan bu görüşlere rağmen, bazı yazarlar 240'ıncı maddenin Fransız Ceza Kanunundan 1274 tarihli Ceza Kanunumuza geçtiğini savunmaktadırlar⁵.

1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu, Fransa'dan alınan ve laik hükümler içeren bir Ceza Kanunu olmasına rağmen, daha sonradan yapılan değişiklikler ile İslam ve Batı hukuku ikiliği korunmuştur. Meydana getirilen bu ikilik ile kıyas ve diyet cezalarının uygulanacağı hallerde, Adliye Mahkemeleri tarafından yargılanan

¹ Artuk, Mehmet Emin, "Ceza Hukukunun Tarihi", Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 31.

² İçel, Kayıhan- Yenisey, Feridun, Kompendium Ceza Kanunları, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 25.

³ 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda, görevi genel nitelikte kötüye kullanmayı cezalandıran bir hüküm bulunmamakla birlikte, görevin kötüye kullanılabileceği haller, birer birer gösterilmeye çalışılmış, bunlar kişilere ve kamuya karşı görevi kötüye kullanma halleri şeklinde iki kısma ayrılmak suretiyle işlenmiştir. Çağlayan, M. Muhtar, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerine Bir İzah Denemesi", TİD., Y.: 42, S.: 333, 1971, s. 20.

⁴ Dönmezer, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 148. Demirbaş, Timur, "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Cürümleri", Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD., C.: III, S.: 1-4, Ankara 1987, s. 252. Vidinli, İbrahim, "Memuriyet Görevini Savsamak Ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme", AD., Y.: 37, S.: 4, 1946, s. 336.

⁵ Erman-Özek, Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), Işık Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 208.

kişi, ilgililerin baş vurması halinde İslam Hukuku esaslarına göre Şer'îye Mahkemelerinde de yargılanabiliyordu⁶.

1274 tarihli Ceza Kanunnamesinin 102'nci maddesinde yapılan değişiklik ile günümüzdeki 240'ıncı madde⁷ arasında çeşitli farklılıklar vardır. Öncelikle, hafifletici nedenlerin varlığı halinde cezanın alt sınırı arttırılmış olup, mütemmim ceza, rütbe ve memuriyetten mahrumiyet iken, şimdiki haliyle sadece memuriyetten mahrumiyet cezası olmuştur. Maddede ilk önce “vazife-i memuriyeti suiistimal”den söz edilirken şimdi, “vazifeyi suiistimal” deyiimi kullanılmıştır⁸.

Görevi genel nitelikte kötüye kullanma suçu, yukarıda da bahsettiğimiz üzere 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun, hemen hemen aynen çevirisi niteliğinde olan 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu, 28 Nisan 1330 tarihinde değişikliğe uğramış ve bu günkü 240'ıncı madde ceza mevzuatımızda yerini almıştır⁹. Ancak, daha sonradan kabul edilen ve günümüzdeki TCK.'ya kaynaklık eden, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun (Zanardelli Kanunu¹⁰) 175'inci maddesinde yer alan, görevi kötüye kullanma suçu da 228'inci madde olarak mevzuatımızda yerini bulmuş, dolayısıyla 1926 tarihli TCK.'da, kapsam bakımından birbirine yakın iki madde ortaya çıkmıştır¹¹.

Kapsamları hemen hemen aynı olan iki genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun bulunmasının nedeni; 228'inci maddenin “genel olarak kişilere

⁶ Artuk, “Ceza Hukukunun Tarihi”, s. 31.

⁷ Değişikliğe uğrayan 1926 Tarihli Ceza Kanunumuzun 240. maddesinin ilk hali: “*Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur derecesine göre üç aydan üç seneye kadar hapsedilir. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde bir aydan az olmamak üzere hapis ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır ve herhalde müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrum edilir.*” **Vidinli**, s. 345.; **Erem, Faruk**, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu Ve Meriyet Kanunu, II. Bası, Ankara 1948, s. 273.

⁸ **Artuk, Mehmet Emin**, “1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu'nun Değiştirilmesi Yönünde Çalışmalar Hakkında Düşünceler”, İBD., C.: 72, S.: 10-11-12, 1998, s. 830 vd. **Cihan, Erol**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 181.

⁹ **Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt: III, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 407. **Cihan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 181. **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 148. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 252. **Vidinli**, s. 336.

¹⁰ 1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanununun Zanardelli Kanunu olarak anılması, o dönemde İtalyan Adalet Bakanı olan Zanardelli tarafından parlamentoya getirilmesinden kaynaklanmaktadır. **İçel- Yenisey**, Kompendium, s. 25.

¹¹ Mevzuat kanun olan 1889 tarihli İtalyan eski Ceza Kanununda genel nitelikte görevi kötüye kullanma, “keyfi muamele” suretinde kaleme alınmış idi. Mevzuat kanundan “keyfi muamele” ye ilişkin hüküm alınmakla, ayrıca 240'ıncı madde, kısmen eski ceza kanunundan nakledilmiş ve bu suretle bazı alanlarda mükerrer iki hüküm ortaya çıkmıştır. **Çağlayan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 20.

karşı görevin kötüye kullanılması”¹², 240’ıncı maddenin ise bunların dışında kalan “genel nitelikte görevin kötüye kullanılması” hallerinde uygulanacağını düşünülmesidir¹³. Yani, 228’inci maddenin insanlar hakkında keyfi muameleyle ilişkin olduğu düşünülmüş ve insanlara karşı işlenmemiş olan her türlü keyfi muamelenin de cezalandırılması amaçlanmıştır¹⁴. Uygulama da bu yönde gelişmiştir¹⁵.

Kanun Koyucunun yapması gereken en doğru davranış, mehzaları farklı olan ancak, birbirlerinin tekrarı niteliğini taşıyan iki maddeden 228’inci maddenin mevzuattan çıkarılması olacaktır. Gerçekten 228’inci maddenin karşılığı olan 175’inci maddeye yer vermeyen 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, görevi kötüye

¹² TCK.’da yer bulan 228’inci madde için “genel olarak” tabirinin kullanılmasının nedeni, kanunda yer alan örneğin, hürriyetten mahrumiyet (madde 181), görevi kötüye kullanarak üst arama (madde 183), mahkum veya tutuklulara keyfi muamele (madde 186), konut dokunulmazlığını ihlal (madde 194), zimmet (madde 202), irtikâb (madde 209), rüşvet (madde 211) hallerinde 228’inci madde değil söz konusu bu maddeler uygulanacaktır. Yani, kişilere karşı görevi kötüye kullanma niteliğinde işlenen ve fakat başka bir suç teşkil etmeyen fiiller için 228’inci madde uygulama alanı bulacaktır. **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Dördüncü Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 427. **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması Ve İhmali (TCK.nın 228, 229, 230, 231 ve 240. maddeleri)”, AD., Y.: 60, S. 11, 1969, s. 679.

¹³ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 426.

¹⁴ **Kunter, Nurullah**, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, İÜHF., C.: 15, S.: 1, 1949, s. 392.

¹⁵ “İlçe belediye başkanı olan sanığın orman işletmesine ait ruhsatsız garajı İmar Yasasının 32. maddesinde öngörülen yasal düzenlemeye uymaksızın, yıkma biçimindeki kişiye yönelik olmayan ve kamu yönetimine zarar verir nitelikteki eyleminin TCY.nın 228. maddesinde düzenlenen suçunu değil, aynı Yasanın 240. maddesinde yaptırım altına alınan genel olarak görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD., 17.06.2002/9039-11164.

“...sanıkların, ağır ceza mahkemesinde açılan mağdure Aynur Ay’ın zorla ırzına geçme ve alıkoyma suçlarından beraat etmeleri ve bireysel hakka zarar verme biçimindeki bu eylemlerinden verilen kararların kesinleşmiş olması karşısında, adı geçen mağdurenin yakalamalı olduğunu bildiklerinin kanıtlanması koşuluyla onu doğrudan karakola götürmeyip rızası ile ırzına geçip bekletme biçimindeki eylemlerinin kamu yönetimine karşı işlendiği gözetilmeden TCY.nın 240. maddesi yerine aynı Yasanın 228. maddesi ile hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD., 10. 06.2002/7857-10619.

“Sanığa yükletilen eylem yargı kararlarını uygulamamaktan ibarettir.

Türk Ceza Yasasının 240. ve 228. maddeleri görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarını cezalandırmıştır. İki suç arasındaki ayrım, yetkinin kötüye kullanılması sonucu kişilerin yada görevlilerin haklarının çiğnenip çiğnenmediği ögesinde düğümlenmektedir. Eğer böyle bir hak çiğneme ya da zarar söz konusu ise eylem, özel ve asıl hüküm olan TCY.nın 228. maddesine; tersi durumda aynı yasanın daha genel ve yardımcı nitelikte olan 240. maddesine girecektir.

Yerleşik Türk ve İtalyan Yargı kararları da bu doğrultudadır.

Olayımızda sanığın eylemi nedeniyle mağdur hakları çiğnenmiş, dahası bu çiğneme zarar verici boyutlara ulaşmıştır.

Yukarıda belirtilen nedenler ve normların yarışıp kaynaşması (içtima) konusundaki ilkeler gözetilmeden, TCY. nın 228. maddesi yerine 240. maddesinin uygulanması,” Yarg. 4. CD., 26.02.1998/11492-819, (**Malkoç, İsmail**, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 485.).

kullanma suçunun kişilere karşı işlenmesinin şart olmadığını belirtmiş¹⁶, daha genel bir maddeyi kaleme almıştır¹⁷.

1926 tarihli Ceza Kanunumuzun 240'ıncı maddesi bu güne kadar iki defa değişikliğe uğramıştır. İlk değişiklik 09.07.1953'te, 6123 sayılı Kanunun 1'inci¹⁸ ve ikinci değişiklik 12.06.1979'da 2248 sayılı Kanunun 19'uncu maddesi ile yapılmış ve madde günümüzdeki halini almıştır. Birinci değişiklik ile maddedeki cezalar artırılmış, son değişiklik ile de maddedeki cezalar arttırılmakla birlikte madde metni dil yönünden sadeleştirilmiştir¹⁹.

2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Kapsamı

Kamu görevinin icaplarını yerine getiren memurların, yerine getirmek zorunda oldukları işleri eksiksiz yapmaları için bazı yaptırımlar söz konusu olacaktır. Bu yaptırımlar yerine göre disiplin cezası olabileceği gibi, işin önem ve derecesine göre, görevin ihmali veya kötüye kullanılması halinde cezai yaptırım da olabilecektir²⁰.

¹⁶ Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 392.

¹⁷ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 323'üncü maddesi; "Görevine bağlı yetkilerini bir şahsa zarar vermek veya ona bir menfaat sağlamak kastıyla kötüye kullanarak kanunun özel bir hükmü ile suç olarak tespit edilmemiş herhangi bir fiil işleyen memur.... cezalandırılır." şeklinde yerini bulmuştur. Çağlayan, M. Muhtar, "Memuriyet Vazifesini İhmal Ve Suiistimal Cürümleri", İD., Y.: 28, S.: 244, 1957, s. 30. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 452.

¹⁸ Söz konusu Kanun ile yapılan değişiklik sonucu madde; "*Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suistimal eden memur derecesine göre altı aydan üç seneye kadar hapsolunur. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde üç aydan bir seneye kadar hapis ve her iki halde de ikiyüzliradan binbiraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve her halde memuriyetten müebbeden veya muvakkaten mahrum edilir.*" şeklini almıştır.

¹⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 452.

²⁰ Yaşar, Hakkı, "Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki", AD., Y.: 57, S.: 11, Kasım 1966, s. 794.

"Polis memuru olan sanığın, görevli olduğu kaçakçılık şubesine gözaltına alındıktan sonra serbest bırakılan bir kişi tarafından bağışlanan televizyonu, izne giderken yanında götürmekten ibaret olan ve disiplin cezasını gerektirebilecek eylemde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin ne suretle oluştuğu açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır." Yarg. 4. CD., T. 17.09.2003 E. 2002/23744, K. 2003/7726, (<http://www.yargitay.gov.tr>.)

Yargıtay bir kararında doktor olan sanığın çalıştığı hastaneden izinli ya da izinsiz olarak çalışma saatinin bitiminden önce hastaneden ayrıldıktan sonra özel muayene yerinde bulunduğu zaman dilimi içinde hastadan para almasını, görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu karara 4. CD.'nde o dönemde başkanlık yapan Sayın Sami Selçuk muhalif kalarak, fiilin disiplin cezası gerektirecek bir durum olduğunu belirtmiştir. Muhalefet şerhinde Sayın Selçuk; "Sanık hekimdir. Çalıştığı hastaneden, izinli ya da izinsiz, çalışma saatinin bitiminden önce ayrılmıştır. Eylemi ise, hastaneden ayrıldıktan sonra, özel muayene yerinde bulunduğu zaman dilimi içinde hastadan para almaktan ibarettir. İzinsiz bile ayrılrsa, bu özel yerde, sanığın ne görevi, ne de görevden doğan kötüye kullanmaya elverişli bir yetkisi bulunmamaktadır. O nedenle sanığın eylemi, ancak disiplin cezasını gerektirecek boyutlar içinde kalmıştır." demiştir. Bkz. Yarg. 4. CD., 10.10.1990/4371-5006, (<http://www.yargitay.gov.tr>.)

Memur suçlarından olan ve Ceza Kanunumuzda yerini bulan görevi kötüye kullanma suçu, failin suç teşkil eden fiilini karşılayan özel bir maddenin bulunmaması halinde uygulama alanı bulacaktır. Maddede; “*Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur ...*” ifadesi yer almakla, memurun işlemiş olduğu fiil özel olarak Ceza Kanununca²¹ veya özel ceza kanunlarınca²² yaptırım altına alınmamışsa, uygulanacak madde TCK.’nın 240’ıncı maddesidir. Vardığımız bu yargı, “özel norm-genel norm” ilişkisinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, TCK.’nın 240’ıncı maddesi genel bir hükümdür²³. Maddenin bu özelliği gereği, görevin kötüye kullanılmasına rağmen, Ceza Kanununda veya özel kanunlarda yer alan özel nitelikte görevi kötüye kullanma suç tiplerinden birine göre cezalandırılmayanların cezasız kalmamaları sağlanmıştır²⁴.

Bu durumda kanunumuz, görevi kötüye kullanmayı iki ayrı şekilde kabul etmektedir. Birinci haliyle kanunumuz, görevin muayyen şekillerde kötüye kullanılmasını kabul etmiştir. Zimmet, ihtilâs (m. 202, 203), irtikâp (m. 209-210), rüşvet (m. 211 ve devamı), keyfi muamele (m. 228), mesken masuniyetini ihlal (m. 194) vs. gibi. İkinci haliyle kanunumuz, görevin genel nitelikte kötüye kullanılmasını

²¹ Örneğin, evlendirme memurunun görevini kötüye kullanarak bir evlendirme akdini yapması durumunda, TCK.’nın 237’nci maddesinde yer alan özel hüküm uygulama alanı bulacaktır. Bkz. **Baykal, Ali**, “Kanuni Şarta Uymaksızın Evlenme Kağıdı Veren Evlenme Memurunun Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanması”, AD., Y.: 60, S.: 12, Aralık 1969, s. 809 vd.

“Ceza İnfaz Koruma Başmemuru olan sanığın, hastaneye getirdiği hükümlüyü lokantaya götürmek ve başka yere gitmesine izin vermekten ibaret olan eylemi, özel hüküm niteliğindeki T.C. Yasasının 305/1. maddesine uyduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 240/1. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 26.09.1996/6071-7080, YKD. C.: 22, S.:12, 1996, s. 1940.

²² “Ancak; Ç..... köyü Tarımsal Kalkınma Kooperatifi Başkanı olan sanığın katılan Mustafa katıldığı halde 3 kez üst üste genel kurul toplantılarına katılmadığı gerekçesiyle kooperatif ortaklığından çıkarmaktan ibaret eyleminin 3476 sayılı Yasa ile değişik 1163 sayılı Yasanın 16. maddesinin 1. fıkrası aracılığıyla 3476 sayılı Yasanın 26. maddesi ve Kooperatifler Yasasınca eklenen ek 2. maddenin 2. bendine uyduğu gözetilmeden TCY’nın 240. maddesiyle hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 21.03.1995/1090-2151, (http://www.yargitay.gov.tr.).

²³ **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 265. **Arıca, Mehmet Nadir**, Memur Suçları Ve Soruşturma, İlksan Matbaası, Ankara 2000, s. 295.

Bazı özel ceza kanunlarında, TCK.’nın 240’ıncı maddesine benzer hükümler yer almaktadır. Örneğin 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 144’üncü maddesine göre; “*Kendisine tevdi edilen askeri bir işin ifasında bu kanunda yazılı hallerden başka Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucip ihmal ve tekasül gösteren ve vazifesini suiistimal eden bu kanun mucibince cezalandırılır.*”

3780 sayılı Milli Korunma Kanununun 64’üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; “*I- Bu kanuna taalluk eden işlerde vazife ve salahiyetlerini suiistimal edenler veya bu suretle diğer bir suç işleyenler ve vazifede ihmal ve terahide bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu ile diğer kanunlarda muayyen olan cezalar iki kat olarak hükmolunur.*”

²⁴ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 454.

kabul etmiştir (m. 240). Burada memur, kanunun özel hükümlerini ihlal etmemekle birlikte sahip olduğu yetkileri kötüye kullanmaktadır²⁵.

3- Suç İle Korunan Hukuki Menfaat

Devlet faaliyetlerinin büyük gelişme kaydettiği XIX. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren, devletin müdahale alanı da önemli ölçüde genişlemiştir. Devletin toplum hayatının içine girmesi ve faaliyetlerinin fazlalaşması sebebiyle devlet aleyhine işlenen suçlarda da artış olmuştur²⁶.

Başta devlet olmak üzere, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının üstlenmiş oldukları faaliyetleri yürütmek için sahip oldukları unsur ve vasıtaları işletmek suretiyle kamu hizmetlerini yürütmek, hakiki şahıslara bırakılmıştır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde insan ögesi, idarenin hayatiniyetini temin eden unsurlara benzetilebilir²⁷.

Devletin el attığı işleri yürütecek olan söz konusu bu hakiki şahıslar, belli şartları sağlayan ve ehil olan kişiler, kamu faaliyetlerini yürütmeleri için çeşitli yetkilerle donatılmakta ve bu kişiler kamu gücüne dayanarak işlemler yapmaktadırlar. Diyebiliriz ki, üstün yetkilerle donatılan bu kişiler kanun, yönetmelik ve talimatnamelere uygun bir biçimde hizmetlerini yerine getirmelidirler. Hizmetlerin yerine getirilmesi esnasında yapılacak olan görevin ihlali, sadakatin ihmali, hizmet emniyetinin ihlali ve hizmete ilgisizlik devletin faaliyetlerini sekteye uğratacak ve bireyler karşısında Devletin itibarını düşürecektir. İşte Devletin itibarının korunması ve Devlet mekanizmasının esaslı bir şekilde çalışması için işlenen bu fiiller cezalandırılmaktadır²⁸. Bu bağlamda işlenen cürümler ceza

²⁵ Çağlayan, M. Muhtar, En Son Değişiklikleri İle Gerekçeli- Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara(tarihsiz), s. 753. Kıyak, Fahrettin- Çağlayan, M. Muhtar- Şenel, Cebbar, Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler Ve Memurun Muhakemat Kanunu, Işık Matbaacılık, Ankara 1960, s. 137. Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt. Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 1906. Malkoç, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 482. Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut, Öğreti- Uygulama- Mevzuat Eşliğinde Zimmet- İrtikap- Rüşvet Ve Başlıca Memur Suçları, Gen Matbaacılık, Ankara 1993, s. 296. Yener, Orhan, Tatbikatta Asliye Ceza Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 60. Çelikkaya, İlhan, “Rüşvet, Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal, İhmal Suçları Üzerine Tetkikler”, İller ve Belediyeler Dergisi, Y.: 21, S.: 236, Haziran 1965, s. 263 vd.

²⁶ Yarsuvat, Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM., C.: XXX, S.: 3-4, 1965, s. 665.

²⁷ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1065.

²⁸ Gözübüyük, A. Pulat, “Devlet İdaresine Karşı İşlenen Cürümler”, AC., S.: 7, No: 42, 1943, s. 546-547. Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 670. Erman- Özek, s. 208. Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 183.

kanunlarında çeşitli isimler altında anılmakla birlikte mevzuatımıza, “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığı altında girmiş ve 12 fasıl halinde düzenlenmiştir²⁹.

İnceleme konumuz olan 240’ıncı madde de Ceza Kanunumuzun ikinci kitabının üçüncü babında, söz konusu başlık altında yerini almıştır. Dolayısıyla devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler için korunmak istenen hukuki menfaat ne ise 240’ıncı madde için de korunmak istenen hukuki menfaat aynıdır.

Suçun mağduru kısmında belirtileceği üzere, kısaca değinmek gerekirse; devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümlerin cezalandırılması yoluna gidilerek, devlet hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesi, bununla birlikte devletin ve fonksiyonlarının prestijinin korunması amaçlanmaktadır³⁰. Burada korunmak istenen sadece teknik manada idari faaliyetler olmayıp, yargı ve yasama faaliyetleri de himaye edilmektedir³¹.

Bu bağlamda diyebiliriz ki, görevi kötüye kullanma suçu ile korunmak istenen hukuki menfaat, kamu görevinin belirli bir düzen dahilinde yürütülmesini sağlarken, kamu idaresinin olumsuz davranış ve eylemlerle zarara uğramasını önlemektir³².

4- Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Bağlantılı Suçlarla Karşılaştırılması

A- Genel Olarak

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, TCK. 240’ıncı maddesi; “*Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur*” ifadesine yer vererek, memurun işlemiş olduğu fiil özel olarak ceza kanununca veya özel ceza kanunlarınca yaptırım altına alınmamışsa, uygulama alanı bulacak hüküm, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen, TCK.’nın 240’ıncı maddesi olacaktır. Kanun koyucu bu hükümle suçun, genel, tamamlayıcı ve tali olduğunu belirtmek

²⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247.

³⁰ Soyaslan, Doğan, Ceza hukuku Özel Hükümler, Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 584. Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 73. “Yine modern bir devlet kamu yönetiminin saygınlığının örselenmesine ve tehlikeye düşürülmesine kayıtsız kalamaz. Bu yüzden tüm ülkelerin ceza yasalarında kamu yönetimine karşı görevlilerin ve sıradan kişilerin işledikleri suçlar yaptırım altına alınmıştır. Bu suçlarla korunan üst değer, ne memurdur ne de üçüncü kişilerdir, memurun kişiliğinde devlet yönetiminin saygınlığı, otoritesidir.” Utku, Eray, “Ceza Hukukunda Memur”, AD., Y.: 92, S.: 8, Temmuz 2001, s. 164.

³¹ Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 669.

³² Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1907. Malkoç, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 483. Malkoç- Güler, Başlıca Memur Suçları, s. 297.

istemmiştir. Madde bu niteliği ile, görevini kötüye kullanan memurların, TCK. veya özel ceza kanunlarında yer alan özel nitelikte görevi kötüye kullanma suç tiplerinden biri ile cezalandırılmaması ile ceza yaptırımını dışında kalmalarını önlemek istemiştir³³.

240'ıncı maddenin sağladığı pratik fayda, memur olan failin görevi kötüye kullanma teşkil eden eylemi, TCK.'nın veya özel ceza kanunlarının herhangi bir maddesinde bir suçun kurucu unsuru veya suçu etkileyen bir hal olarak öngörülmüşse artık, genel ve tamamlayıcı düzenleme olan TCK.'nın 240'ıncı maddesi değil, söz konusu özel düzenleme maddesi uygulama alanı bulacaktır. Örneğin TCK.'nın 181, 183, 186, 194, 202, 205, 209'uncu maddelerinde düzenlenen suçlarda memurun görevi kötüye kullanma teşkil eden eylemi, örnek olarak belirtilen bu maddelerden birine tekabül ediyorsa, özel-genel norm ilişkisinde özel normun önceliği ilkesi gereğince özel norm uygulanacaktır.

Bu durumda kanunumuz görevi kötüye kullanmayı iki ayrı şekilde kabul etmektedir. Birinci haliyle kanunumuz, görevin muayyen şekillerde kötüye kullanılmasını kabul etmiştir. Zimmet, ihtilâs (m. 202, 203), irtikâp (m. 209-210), rüşvet (m. 211 ve devamı), keyfi muamele (m. 228), mesken masuniyetini ihlal (m. 194) vs. gibi. İkinci haliyle kanunumuz, görevin genel nitelikte kötüye kullanılmasını kabul etmiştir (m. 240). Burada memur, kanunun özel hükümlerini ihlal etmemekle birlikte sahip olduğu yetkileri kötüye kullanmaktadır³⁴.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, inceleme konumuzu teşkil eden genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu ile özel nitelikte görevi kötüye kullanma suç tipleri arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır. Zira uygulamada da bu benzerlikler nedeniyle çeşitli karışıklıklar çıkmakta, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu yerine özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçları tatbik edildiği gibi, bunun tam tersinin de hükümlerde yer aldığı görülmektedir. Çalışma konumuzu aşmamak amacıyla TCK.'nın 240'ıncı maddesinde yer alan suç ile benzerlik gösteren özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçlarından TCK.'nın 230 (görevi ihmal), 228 (kişilere karşı keyfi ve sert muamele), 209 (irtikap), 211 (rüşvet) maddeleri ile evrakta sahtecilik suçlarını (m. 339 vd.) inceleyeceğiz.

³³ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 453 vd.

³⁴ Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, s. 753. Kıyak- Çağlayan- Şenel, s. 137.

B- Görevi İhmal Suçu İle Karşılaştırılması

Görevi ihmal suçu (TCK. m. 230), Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlığı altında yer alan, Üçüncü Babında, bu babın Dördüncü Faslında, 230'uncu maddede³⁵ yerini bulmuştur. Görevi ihmal suçu, görevi kötüye kullanma suçu ile aynı fasıl altında yani, "Memuriyet Ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal Edenler Ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar" başlığının altında düzenlenmiştir.

TCK. 230'uncu madde, tamamlayıcı ve genel nitelikte bir hükümdür. Bu maddenin uygulanabilmesi için, görevi ihmal ve geciktirme veya emirleri yapmamaya ilişkin TCK.'da ve özel kanunlarda bulunan hükümlerin fiile uygulama olanağının bulunmaması gerekmektedir. Yani özel bir hükmün bulunmadığı hallerde şartları varsa, görevi ihmal suçu uyulama yeri bulur³⁶.

Görevi ihmal suçu genel ve tamamlayıcı bir hüküm olması yönüyle görevi kötüye kullanma suçu ile benzerlik göstermektedir. Bunun yanında her iki suçun faili ancak memur olabilir. Yani, görevi ihmal suçu da mahsus suçlardandır ve memurlar dışındaki kişiler tarafından işlenemez. İki suç arasındaki bir diğer benzerlik ise, memurun sadece görevine giren işlerde görevin ihmal edilmesi veya görevin kötüye kullanılmasıdır. Görevine girmeyen bir işte memurun görevini ihmal ettiğinden veya kötüye kullandığından bahsedilemez.

Görevi ihmal suçu, kasıtlı işlenen suçlardandır. Kasıtlı işlenen suçlardan olması yönüyle de görevi kötüye kullanma suçu ile benzerlik göstermektedir³⁷.

³⁵ TCK. 230'uncu maddeye göre, "Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savaşa ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Bu savaşa ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükmolunur.

Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödetilir."

³⁶ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 437. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 627. Arıcı, s. 280.

³⁷ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 629.

"Ancak; köy korucusu olan sanıkların önceden saptanıp kendilerine bildirilen nöbet yerlerinde bekleyip, köye giriş çıkışları denetim altında bulundurmaları gerekirken, kimilerinin evlerine, kimilerinin de köy muhtarlık odasına giderek köye serbestçe girip yanlarına gelen teröristlere karşı koymadan devletçe verilen silahları teslim etme biçimindeki davranışlarında görevi savaşa suçu öğelerinin olduğu gözetilmeden, genel kasıtlı işlenen suçla özel kasıt arayan ve yasal olmayan gerekçeyle dayanılarak beraat hükümleri kurulması," Yarg. 4. CD., T. 14.02.2000, E. 1999/10208, K. 2000/983.

İki madde arasındaki farkın açıklaması ise doktrinde, manevi unsur üzerinde yoğunlaşmaktadır³⁸. Bir kısım yazarlar, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, görevi ihmal suçundan farklı olarak özel kastın bu suçta yer aldığını savunmaktadırlar³⁹. Bu yazarlara göre, söz konusu iki suç arasındaki ayırım bu fakla anlaşılabilir. TCK. 230'uncu madde ile 240'ıncı madde arasındaki farkın, ihmali hareketin birincisinde, icrai hareketin ise ikincisinde yer aldığından bahsetmek uygulamada karışıklıklara neden olabilir⁴⁰. Çünkü, görevi kötüye kullanma suçu her zaman icrai bir hareketle işlenmez. Memurun bazı hallerde görevini kasten yapmaması, görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına neden olabilir. Bu iki suç arasındaki ayırımı ortaya koyabilmek için failde genel kastın yanında onu bu fiili işlemeye sevk eden saikin belirlenmesi gerekir⁴¹. “Kanaatimizce tatbikatta memuriyet vazifesinin suiistimali ve ihmali suçlarının birbirine karıştırılmasının sebebi iki suçun, manevi unsur bakımından arzulemekte bulundukları şu özelliğin nazarı dikkat ve itibare alınmamakta bulunmasıdır.”⁴²

Doktrinde yukarıda bahsettiğimiz görüşün karşısında yer alan yazarlara göre ise, iki suç arasındaki fark manevi unsurdan değil maddi unsurdan kaynaklanmaktadır. Bu yazarlara göre, görevi kötüye kullanma suçu icrai bir davranışla işlenmesine rağmen, görevi ihmal suçu ihmali bir davranışla işlenebilmektedir⁴³. Görevi ihmal suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasında

³⁸ Bkz. **Vidinli**, s. 346 vd.

³⁹ Bkz. **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149 vd. **Dönmezer**, **Sulhi**, “İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas”, İÜHF, C.: 11, S.:1-2, 1945, s. 231 vd. **Gözübüyük**, **Abdullah Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt II, Hususi Kısım-Cürümler, Madde 125-181, Genişletilmiş Beşinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul (tarihsiz), s. 907. **Evliyaoglu**, **Erkal**, Örneklerle Açıklamalı, Karşılaştırmalı ve İçtihatlı Memurlarla İlgili Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2001, s. 608 vd. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 271 vd. **Vidinli**, s. 346. **Çağlayan**, “Görevi Kötüye Kötüye Kullanma Suçu”, s. 28. **Yener**, s. 50. **Kıyak-Çağlayan-Şenel**, s. 138. **Çağlayan**, Türk Ceza Kanunu, s. 754. **Soyaslan**, Özel Hükümler, s. 631. **Gözübüyük**, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması Ve İhmali”, s. 695.

⁴⁰ **Dönmezer**, “İki Yeni Yargıtay Kararı ...”, s. 232.

⁴¹ **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 271-272. “Memuriyet görevini kötüye kullanmakta ise; sanığın memuriyet görevini savsayan sanığın kastından başka hususi bir maksadı vardır. Burada sanığı fiili bu şekilde işlemeğe sevkeden saikin aranması gerekir. Sanık görevini akla gelen veya gelmeyen sebepler tahtında ve fakat her halde hususi bir maksat için kanunen ve nizamen arzu edilmeyen ve men olunan bir şekilde yapmıştır.” (**Vidinli**, s. 347.).

⁴² **Dönmezer**, “İki Yeni Yargıtay Kararı ...”, s. 231

⁴³ “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 (pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müspet) bir davranış söz konusudur.” Yarg. 4. CD., 19.09.1995/4780-5753, YKD. C.: 22, S.:1, 1996, s. 128.

maddi unsur yönünden, iki suç tipinin bazı durumlarda aynı olduğu ileri sürülse de bu iki suçun ayırt edilebilmesi için maddi unsurlar göz önünde tutulmalı, görevi kötüye kullanma suçunun sadece icrai bir hareketle işlenebileceği kabul edilmelidir. Çünkü ihmali bir hareketle bu fiil işlenemez. “İhmali bir hareketle işlendiği ileri sürülen görevin kötüye kullanılması suçu aslında görevin ihmali suçudur.”⁴⁴ “Fakat suçun maddi unsurunu bu ihmali değil, yapılan müspet hareket teşkil eder.”⁴⁵ Görevin ihmali suçunun manevi unsuru da genel kasıttır. Her iki suçta da genel kasıt oluşum için yeterli olup ayrıca özel kastın aranmasına gerek yoktur⁴⁶.

Kanaatimizce, görevi kötüye kullanma suçu ile görevi ihmali suçu arasındaki fark, manevi unsorda değil, maddi unsorda kendini göstermektedir. Zira, TCK.’nın 240’ıncı maddesindeki suçun işlenmesi icrai bir fiille mümkün olmasına rağmen; 230’uncu maddedeki suçun işlenmesi ihmali bir davranış ile mümkündür. Zira, Yargıtay’ın da içtihatları da bu doğrultudadır⁴⁷.

“Mahkeme davetiyelerini muhataplarına tebliğ edilmiş gibi gösteren PTT. dağıtıcısının fiili, vazifeyi ihmal değil suiistimaldir.” Yarg. 4. CD., 07.07.1955, K. 1955/12947. (Arıca, s. 281.).

⁴⁴ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 459.

⁴⁵ Kunter, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 394.

⁴⁶ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 459.

⁴⁷ “...cezaevi görevlisi olan sanıkların duruşma celbi müzekkeresini tahliye müzekkeresi sanarak tutukluyu serbest bırakma eyleminin verilen bir görevi Yasaya aykırı biçimde yapma şeklindeki etkin eylemleri düzenleyen TCY’nın 240. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, “görevi geç yapma ya da hiç yapmama” biçimindeki edilgin eylemleri düzenleyen TCY’nın 230. maddesindeki suçtan hükümler kurulması,” Yarg. 4. CD., 24.06.2002/7977-11667.

“Yakınının hayvanlarının çalındığına dair ısrarlı yakınmalarına karşın onları geri aldığından bahisle soruşturmaya başlamamak ve nöbetçi C.avcısını haberdar etmemek biçimindeki sanıkların ihmali suretiyle gerçekleştirdikleri eylemlerinin TCY’nın 240. maddesine uyduğu gözetilmeden aynı Yasanın 230. maddesiyle uygulama yapılması,” Yarg. 4. CD., 29.05.2002/8408-9848.

“PTT dağıtıcısı olan sanığın Tebligat Tüzüğü’nün 28. maddesine aykırı tebligat yapma eyleminin TCY’nın 240. maddesine uyduğu gözetilmeden TCY’nın 230. maddesi uyarınca hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD., 11.02.2002/68-1682.

“... TCY.’nın 230. maddesinde yazılı görevi savsama suçu, bir görevin yapılmaması veya geç yapılması, 240. madde de yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise, görevin yasal düzenlemelere aykırı biçimde yapılması ile oluşur. Birincisinde sanığın eylemi edilgin (pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müspettir)...” Yarg. 4. CD. 22.12.1997/11068-11404, YKD. C.: 24, S.: 9, 1998, s. 1384.

“...posta dağıtıcısı olan sanığın adli tebliğ evrakını belirtilen adrese götürmeksizin evraka “tanınmıyor” şerhi yazıp iade ettiği kabul edildiğine göre eyleminin görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, TCY’nın 230.maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi,” Yarg. 4. CD., T. 26.01.2000, E. 1999/9957, K. 2000/35.

“TCY’nın 230. maddesinde yazılı görevi savsama suçu bir görevin yapılmaması ya da gecikme ile yapılması, 240. maddede yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise, görevin yasal düzenlemelere aykırı biçimde yapılması ile oluşur. Birincisinde sanığın eylemi edilgin (pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müspettir)dir. Olayımızda sanık avukatın eylemi görevin yasaya aykırı biçimde yapılması değil, gecikme ile yapılması biçiminde gerçekleştiğinden, görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması,” Yarg. 4. CD., 22.12.1997/11068-11404, YKD., C.: 24, S.: 9, 1998, s. 1384 vd.

C- Kişilere Karşı Keyfi ve Sert Muamele Suçu İle Karşılaştırılması

TCK.'nın 228'inci maddesinde⁴⁸ yerini bulan Kişilere Karşı Keyfi ve Sert Muamele Suçu, adından da anlaşılacağı gibi, farklı hukuki yapılara sahip iki suç tipini birlikte düzenlemektedir. Keyfi muamele suçu 228'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenirken, set muamele ise ikinci fıkrada düzenlenmiştir.

228'inci madde, genel, tamamlayıcı ve tali bir hüküm niteliğindedir⁴⁹. Bu yönüyle görevi kötüye kullanma suçu ile benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte her iki suç, mahsus suçlardandır ve memurlar dışındaki kişiler tarafından işlenemezler. Yine her iki suçta da memurun görevine giren işlerde kişilere karşı görevini kötüye kullanması veya genel nitelikte görevini kötüye kullanması gerekmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçu ile 228/1'de düzenlenen keyfi muamele kapsam bakımından birbirine yakın hükümler içermektedirler. Daha önceden de bahsettiğimiz üzere 228'inci madde, günümüzdeki TCK.'ya kaynaklık eden, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 175'inci maddesinde düzenlenmiş haliyle mevzuatımızda yerini bulmuştur⁵⁰. TCK.'nın 240'ıncı maddesi ise, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun, hemen hemen aynen çevirisi niteliğinde olan 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu, 28 Nisan 1330 tarihinde değişikliğe uğramış 102'inci maddesinin 1 numaralı geçici eki ile mevzuatımıza girmiştir⁵¹. Mevzuat kanun olan 1889 tarihli

⁴⁸ TCK.'nın 228'inci maddesi de TCK.'nın, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlığını taşıyan İkinci Kitabının üçüncü babının dördüncü faslında, "Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar" başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; *Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.*

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

⁴⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 427. Kara, Şinasi, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler Ve Memurlar Hakkında Yargılama Usulleri, İstanbul 1974, s. 76 vd.

⁵⁰ 1889 İtalyan CK.'nın 175 inci maddesi: "Devlet Memurlarından her kim, memuriyetine ait vazifeyi suistimal ederek kanun ve nizamın tayin ettiği hallerden başka suretle bir şahıs hakkında keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emrederse on beş günden bir seneye kadar hapis cezası görür ve bunda hususi bir maksadı mevcut olduğu anlaşılırsa ceza altıda bir miktarında arttırılmakla beraber hapis, ağır hapse çevrilir.

Memuriyetinin icrasında bir şahsı kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemeye tahrik eden memur aynı ceza ile cezalandırılır. " Majno, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 180.

⁵¹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 426. Erem, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 407. Cihan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 181. Dönmezer, Özel Ceza

İtalyan eski Ceza Kanununda görevi kötüye kullanma, “keyfi muamele” suretinde kaleme alınmış idi. Mevzuat kanundan “keyfi muamele”ye ilişkin hüküm alınmakla ayrıca 240’ıncı madde, kısmen eski ceza kanunundan nakledilmiş ve bu suretle bazı alanlarda mükerrer iki hüküm ortaya çıkmıştır⁵².

Kapsamları hemen hemen aynı olan iki genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun bulunmasının nedeni; 228’inci maddenin genel olarak kişilere karşı görevin kötüye kullanılması, 240’ıncı maddenin ise bunların dışında kalan genel nitelikte görevin kötüye kullanılması hallerinde uygulanacağını düşünülmesidir⁵³. Yani, 228’inci maddenin insanlar hakkında keyfi muameleye ilişkin olduğu düşünülmüş ve insanlara karşı işlenmemiş olan her türlü keyfi muamelenin de cezalandırılması amaçlanmıştır⁵⁴.

Daha öncesinden de bahsettiğimiz gibi, TCK. 228’inci madde, 240’ıncı madde gibi genel ve tamamlayıcı bir hüküm içermektedir. 228’inci madde için

Hukuku Dersleri, s. 148. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 252. **Vidinli**, s. 336.

⁵² **Çağlayan**, “Görevi Kötüye Kötüye Kullanma Suçu”, s. 20.

⁵³ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 452. **Gözübüyük**, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması Ve İhmali”, s. 679.

“...sanıkların, ağır ceza mahkemesinde açılan mağdure Aynur Ay’ın zorla ırzına geçme ve alıkoyma suçlarından beraat etmeleri ve bireysel hakka zarar verme biçimindeki bu eylemlerinden verilen kararların kesinleşmiş olması karşısında, adı geçen mağdurenin yakalamalı olduğunu bildiklerinin kanıtlanması koşuluyla onu doğrudan karakola götürmeyip rızası ile ırzına geçip bekletme biçimindeki eylemlerinin kamu yönetimine karşı işlendiği gözetilmeden TCY’nın 240. maddesi yerine aynı Yasanın 228. maddesi ile hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD., 10. 06.2002/7857-10619.

“Sanık belediye başkanının kişi haklarına zarar verici nitelikte olan eylemlerinin TCY’nın 228 ve 80. maddelerine uyup uymayacağı tartışılmadan, yardımcı hüküm olarak görevde yetkiyi kötüye kullanmayı yaptırım altına alan aynı Yasanın 240. maddesi ile cezalandırılması,” Yarg. 4. CD., 20.10.1997/8292-8592, YKD., C.: 26, S.: 4, 2000, s. 618.

“Oluşa göre; Belediye Başkanı olan sanığın, saptanıp kabul edilen 2942 sayılı Yasaya göre kamulaştırma işlemlerini yerine getirmeden yol açma amacıyla yakınların taşınmazlarındaki ağaçlar ile ürünleri dozerle söktürerek zarar vermektan ibaret eylemlerinin TCY’nın 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 09.03.1995/279-1840, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

⁵⁴ **Kunter**, “Mahkeme İctihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 392.

“...sanık belediye başkanının, belediyede harita ve kadastru teknisyeni olarak görev yapan mağdur Ali Ayvat’ı belediye mezbahasında görevlendirmesinden sonra, Isparta Valiliğinden aldığı sevk ile Devlet Hastahanesinde yatarak aldığı 10 günlük rapora rağmen, 10 günden fazla izinsiz işe gelmediği gerekçesiyle encümen kararı almadan görevine son verme ve rapor sunmasına karşın göreve başlatmamaktan ibaret eyleminin TCY’nın 228/1. maddesine uyduğu gözetilmeden yetersiz ve yerinde olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi,” Yarg. 4. CD., T. 07.02.2000, E. 1999/10153, K. 2000/630.

“Komiser ve polis memurları olan sanıkların, trafik denetimi yaptıkları sırada ağır ceza mahkemesi başkanı olan katılana 2802 sayılı Yasanın 88. maddesi hükmüne karşın peşin idari para cezası uygulama yolundaki ısrarlı davranışlarının, T.C. Yasasının 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 18.03.1997/1730-1999, YKD. C.: 23, S.: 8, 1997, s. 1324.

“genel olarak” tabirinin kullanılmasının nedeni, kanunda yer alan örneğin, hürriyetten mahrumiyet (m. 181), görevi kötüye kullanarak üst arama (m. 183), mahkum veya tutuklulara keyfi muamele (m. 186), konut dokunulmazlığını ihlal (m. 194), zimmet (m. 202), irtikâb (m. 209), rüşvet (m. 211) suçlarında 228’inci madde değil, söz konusu bu maddeler uygulanacaktır. Yani, kişilere karşı görevi kötüye kullanma niteliğinde işlenen ve fakat başka bir suç teşkil etmeyen fiiller için 228’inci madde söz konusu olabilecektir⁵⁵.

Yargıtay kararlarında da bu iki suçun düzenledikleri alnın benzerliği nedeniyle farklı kararlar ortaya konmuştur. Yargıtay 4. CD., “Görevin genel nitelikte kötüye kullanılması suçu, hangi nedenle olursa olsun görevin kötüye kullanılmasıyla oluşur. Görevi kişilere karşı kötüye kullanma suçunun meydana gelebilmesi için ise, yetkinin kötüye kullanılması ve keyfi davranılmasının kişisel hakları çiğneyici ve zarar verici nitelikte olması gerekir...”⁵⁶ diyerek iki suç arasındaki farklılığı ortaya koymuştur. Söz konusu kararın devamında “...şikayetçinin iki kez görevi değiştirilmiş; bu işlemler için idari yargıya başvurulmuş ve yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Şikayetçi, mahkeme kararı ile iki kez görevine döndürüldüğü halde; sanıklar mahkeme kararına sözde uymuş gibi davranarak birkaç gün ya da bir buçuk ay sonra yeniden görevden alarak bir başka göreve atama yapmışlardır. Yasama, yürütme ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri keyfi davranışları ile kişilerin haklarını çiğneyip zarar vermiş olurlar. Sanıklar eylemlerinin suç olduğu bilinç ve iradesine sahiptir. Yargı kararlarını sözde uygulamış gibi davranarak uygulamamak konusunda kararlı biçimde direnmişlerdir. Açıklanan nedenlerle sanıkların eylemleri görevi kişilere karşı kötüye kullanma suçunu (TCK. m. 228) oluşturur” şeklinde içtihat ederek, yargı kararlarının uygulanmamasını, daha doğrusu kişiler hakkındaki yargı kararlarının uygulanmamasını TCK.’nın 228’inci maddesi kapsamından değerlendirmiştir⁵⁷. Buna karşılık daha eski kararlarında Yargıtay, “Yolsuz olarak işten el çektilen belediye görevlisinin, Danıştay’ın yürütmenin durdurulması ve

⁵⁵ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 427. Arıca, s. 269.

⁵⁶ Yarg. 4. CD., 22.01.1998/10-1, (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 426 vd.).

⁵⁷ Mahkeme kararını yerine getirmeyen sanığın fiili yerel mahkemece görevi ihmal olarak değerlendirilmesine karşın Yargıtay; “Sanık Belediye Başkanının görevden çıkarma kararının, idare mahkemesince iptaline karşın, yakıncıyı tekrar işe almama eylemi, TCY.nın 228. maddesindeki suç oluşturur.” şeklinde karar vermiştir. Yarg. 4. CD., T. 17.01.1996, E. 1995/7957, K. 1996/234, YKD. C.: 22, S.: 4, 1996, s. 642.

yerine atama yapılması hakkında aldığı kararlar üzerine işe başlaması bildirildiği halde katılanı işten uzaklaştırmak ve Danıştay kararlarını uygulamamak biçimindeki eylemleri görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur”⁵⁸ diyerek kişiler hakkında verilen yargı kararının uygulanmamasını görevi kötüye kullanma suçu (TCK. m. 240) kapsamında değerlendirmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, “...keyfi muamele mevzuatın gösterdiği haller dışında başkalarının haklarına karşı yapılan her türlü haksız icrai veya ihmali hareket olarak tanımlanabilir, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCY.nın 240. maddesindeki suçun tamamlayıcı bir hükmü niteliğindeki keyfi muamele suçunu genel nitelikte görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan ayıran ölçüt; ‘keyfi muamelenin’ doğrudan doğruya kişilere yönelmesi, bir kimsenin kişisel hakkına zarar vermesidir. Keyfi muamele niteliğindeki hareketin objektif olarak bir hakkı ihlal etmesi veya zarar tehlikesi yaratması yeterli olup, bireysel bir zarar veya zarar tehlikesine yol açmayan fiiller bu madde kapsamında değil, TCY.nın 240. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.” ifadelerine yer vererek iki suç arasındaki bağlantı ve farkı ortaya koymaya çalışmıştır⁵⁹.

Kapsamları hemen hemen aynı olan bu iki hüküm karşısında Kanun Koyucunun yapması gereken en doğru davranış, mehzaları farklı olan ancak birbirlerinin tekrarı niteliğini taşıyan iki maddeden 228’inci maddenin mevzuattan çıkarılması olacaktır. Gerçekten 228’inci maddenin karşılığı olan 175’inci maddeye yer vermeyen 1930 İtalyan Ceza Kanunu görevi kötüye kullanma suçunun kişilere karşı işlenmesinin şart olmadığını belirtmiş⁶⁰, daha genel bir maddeyi kaleme almıştır⁶¹.

⁵⁸ Yarg. 4.CD., 18.5.1979/3115-3089, YKD. C.: 5, S.: 9, 1979, s. 1367.

⁵⁹ YCGK., T. 17.09.2002, E. 2002/4-173, K. 2002/307, YKD. C.: 28, S.: 12, 2002, s. 1833.

“Devlet memurlarının bir şahıs veya diğer bir memur hakkında, görevini yasaya aykırı şekilde kötüye kullanmak suretiyle bulunduğu keyfi işlem, eğer doğrudan doğruya kişiye yönelip kişisel bir hakkın zarara uğramasına neden olmuşsa TCY.nın 228. maddesinde düzenlenen suç oluşturur.” YCGK., T. 08.05.2001, E. 2001/4-86, K. 2001/92, YKD. C.: 27, S.: 10, 2001, s. 1588.

⁶⁰ Kunter, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 392.

⁶¹ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 323’üncü maddesi; “Görevine bağlı yetkilerini bir şahsa zarar vermek veya ona bir menfaat sağlamak kastıyla kötüye kullanarak kanunun özel bir hükmü ile suç olarak tespit edilmemiş herhangi bir fiil işleyen memur.... cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Çağlayan, “Memuriyet Vazifesini İhmal Ve Suiistimal Cürümleri”, s. 30. Artuk- Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 452.

D- İrtikap Suçu İle Karşılaştırılması

TCK.'nın 209'uncu maddesinde düzenlenen irtikap suçu⁶², Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümlerin yer aldığı üçüncü babın, “irtikap” başlıklı ikinci faslında düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen suç, icbar (m. 209/1), ikna (m. 209/2) ve mağdurun hatasından yararlanmak suretiyle (m. 209/3) işlenebilmektedir.

İrtikap suçu, görevi kötüye kullanma suçu gibi mahsus suçlardan olup, ancak memurlar tarafından işlenebilir. Maddede “*Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle...*” ifadesine yer verilerek suçun, hem memuriyet sıfatının ve hem de memuriyet görevinin kötüye kullanılması şeklinde işlenebileceğinden bahsedilmektedir. Birinci halde memur, mücerret memuriyet sıfatını kötüye kullanmakta, yani sadece memuriyet sıfatını öne sürerek haksız bir menfaat temin etmekte; ikinci halde ise, memur sahip olduğu yetkilerini kötüye kullanarak haksız bir menfaat elde etmektedir⁶³. İkinci haliyle irtikap suçu, görevi kötüye kullanma suçu (m. 240) ile benzerlik göstermektedir. Ancak irtikap suçunda bulunması gereken maddi unsurların, “bir kimseyi icbar etme”, “ikna etme” ve “almış bulunma”, görevi kötüye kullanma suçunda söz konusu değildir. “Failin, görevini veya sıfatını suiistimal ederek mağduru; kendisine para vermeye veya sair menfaatler sağlamaya ya da bu yolda vaatte bulunmaya icbar ya da ikna etmesi veya mağdurun hatasından istifade suretiyle kanunen almaması gereken şeyi almasıyla”⁶⁴ irtikap suçunun maddi unsuru olduğu halde; görevi kötüye kullanma suçunda, sadece memuriyete ait yetkiler kötüye kullanılmaktadır. Bu kötü kullanmada icbar veya ikna etme ya da hatadan faydalanarak menfaat temin etme söz konusu değildir⁶⁵.

⁶² TCK.'nın 209'uncu maddesine göre; “*Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına, bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.*”

Yukarıdaki fıkra yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Memur kanunen alması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁶³ Bkz. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 346 vd. Çetin, Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda Ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara 2000, s. 595 vd. Erman-Özek, s. 69.

⁶⁴ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 353. Bkz. Erman-Özek, s. 71 vd. Ögel, Ragıp, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet”, AC., No: 47, S.: 11, 1941, s. 926 vd.

⁶⁵ “Bazı dosyaların sanıkları olan müştekilerden; keşif, posta, temyiz gideri ya da para cezası olarak bir miktar para vermeleri gerektiğini söyleyerek, memuriyet sıfatını kötüye kullanmak suretiyle kanunen ödenmesi gerekmeyen bu paraların ödenmesi hususunda onları ikna edip, kendilerinden

İrtikap suçu, özel nitelikte görevin kötüye kullanılmasıyla oluşan suçlardandır. Görevi kötüye kullanma suçu ise, daha önceden de bahsedildiği gibi genel, tamamlayıcı ve tali bir hüküm niteliğinde olduğundan irtikap suçunun oluşmaması halinde devreye girecek ve şartları varsa uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür. Yargıtay'ın da bu doğrultuda içtihatları mevcuttur. Örneğin bir kararında Yargıtay, "Tahsildar -sayaç okuyucusu olan sanığın müştekiye ait 8 ve 9 no.lu dairelerinin su saatlerinin bağlanması için başvuru üzerine mahallinde yaptığı tespitte müştekinin kaçak su kullandığını tutanakta belirttiğini ileri sürerek, fazla para cezası ödeyeceğinden bahisle işi kapatmak için ondan para istediği; müştekinin de 'cezam varsa ödemeye razıyım' diyerek , sanığın talep ettiği parayı vermediği, yapılması gereken veya geciktirilme tehlikesine maruz haklı sayılabilecek bir işi bulunmayan ve belli bir şiddete ve korkuya ulaşmış tazyike maruz bırakılmadığı anlaşılan müştekinin ancak ısrar üzerine sanığa para vermeyi kabullenmiş gözüküp ilgili makamlara başvurarak para ile onu yakalatmış olmasına göre; olayda cebri irtikap suçunun yasal unsurlarının bulunmadığı; fiilin bu haliyle görevi suiistimal suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde (cebri irtikap suçundan) mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır"⁶⁶ şeklinde karar vererek, irtikap suçunun unsurlarının oluşmaması halinde şartları olduğu takdirde, görevi kötüye kullanma suçunun (TCK. m. 240) oluşabileceğini belirtmiştir.

E- Rüşvet Suçu İle Karşılaştırılması

Rüşvet suçları TCK.'nın Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümlerin yer aldığı üçüncü babında, madde 211 ve devamında düzenlenmiştir. TCK.'nın 211'inci maddesi rüşvet suçunun tanımına yer vermiş ve bu suçun kimler tarafından işlenebileceğini belirtmiştir⁶⁷. 212'nci maddede rüşvet alma suçu, 213'üncü maddede ise rüşvet verme suçları düzenlenmiştir.

makbuzsuz paralar alarak haksız çıkar sağlayan zabıt katibi sanığın eylemleri; ikna suretiyle iyicilik (irtikâp) suçunu oluşturduğundan, görevi kötüye kullanma suçunun unsurları yoktur." Yarg. 4. CD., T. 29.02.1996, E. 1995/4264, K. 1996/523, YKD. S.: 2, 1997, s. 297.

⁶⁶ Yarg. 5. CD., 27.9.1988/1497-5733, YKD. S.: 7, 1989, s. 1038.

⁶⁷ TCK.'nın 211'inci maddesine göre; "*Ceza Kanununun tatbikinde memur sayılanların, kanunen veya nizamden yapmaya veya yapmamaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldıkları para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler ile bu maksatla alıp sattıkları veya ihale eyledikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark rüşvet sayılır.*

Bu Kanundaki memur tanımı dışında kalsalar dahi, özel kanunlarında belirli hallerde Devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumluluk bakımından Devlet memurları

Rüşvet suçu alma ve verme olarak, kişi veya memurun haksız menfaat teklif veya vaat etmesi veya vermesi, karşı tarafın da bunu kabul etmesi şeklinde ortaya çıkan ve her iki tarafın da ayrı ayrı fiillerinden sorumlu tutulmaları şeklinde kabul edilmektedir⁶⁸.

Rüşvet alma suçunun faili mutlaka memur olmalıdır. Yani rüşvet alma suçu mahsus suçlardandır ve bu yönüyle görevi kötüye kullanma suçu ile benzerlik göstermektedir. Ayrıca, rüşvet alma suçunun gerçekleşmesi için fail olan memurun görevine giren bir işte, yapması gerekeni yapması veya yapmaması; yapmaması gerekeni de yapması veya yapmaması gerekir. Görevi dışında kalan işlerde memurun işlediği fiiller rüşvet suçunu meydana getirmeyeceğinden bu yönüyle de görevi kötüye kullanma suçu ile benzerlik göstermektedir. Örneğin, adliyede zabıt katibi olan memurun, failin cezasının ertelenmesi için bir sanıktan çıkar sağlaması eyleminde erteleme işi failin görevi dışında kaldığı için rüşvet suçu oluşmayacaktır⁶⁹.

Görevi kötüye kullanma suçu, daha önceden de bahsedildiği gibi genel, tamamlayıcı ve tali bir hüküm niteliğindedir. Rüşvet alma suçu ise, özel nitelikte görevin kötüye kullanılmasıyla oluşan suçlardandır. Bu bağlamda memurun görevine giren bir işte sahip olduğu yetkileri kötüye kullanması halinde fiil, rüşvet alma suçunun unsurlarını taşııyorsa, TCK. 240'ıncı madde gündeme gelecek ve şartları varsa uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay uygulamalarında da bu yönde kararlar vermekte, fiilde rüşvetin unsurları mevcut değilse, unsurlarının varlığı halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceğini belirtmektedir. Örneğin, Yargıtay bir kararında; "Olayda sosyal sigortalar hastanesi yönetimi hakkındaki şikayetler üzerine müfettişlerce yapılan soruşturma sonucunda iç hastalıkları uzmanı sanığın işçilere para karşılığı istirahat verdiği istihbar olunmuştur. Yapılan cürmü meşhurat sonunda doktor, kendisini işçi gibi gösteren ve istiharat almak talebinde bulunan komişere, para vermezse rapor vermeyeceğini söylemiş ve evvelce numarası alınan 1000 lirayı adı geçenden almıştır.

gibi cezalandırılacakları belirtilenlerin yukarıdaki fıkrada gösterilen şekilde sağladıkları her türlü menfaat de rüşvet sayılır."

⁶⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 379 vd. Erman-Özek, s. 88 vd.

⁶⁹ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 624.

"Hasta kabulü ile görevli olmayan memurun hastaneye yatması için depozito adı altında hastadan para alma" eylemi rüşvet suçunu oluşturmayacaktır. Yarg. 5. CD., 25.05.1985/1546-2246, (Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 624.).

Olayda tanık olarak gözüken komiser, verdiği paranın kanuni olmadığını bildiğine göre, hadisede ikna ve hatadan istifade suretiyle irtikap (yiyicilik) yoktur. Rüşvet suçu ise komiserin serbest iradesiyle sanıkla karşılıklı anlaşmaya dayalı bir rüşvet sözleşmesi yapmasıyla teşekkül eder. Böyle olunca komiser serbest iradesiyle bir rüşvet mukavelesi yapmadığına göre rüşvet suçunun kabulü imkanı yoktur. Diğer taraftan sanığın, parayı vermezsen bende rapor vermem sözünü komiser üzerinde etkili olabilecek bir manevi baskı olarak telakkisine de imkan yoktur. O halde olayda rüşvet ve cebri irtikap suçu söz konusu değildir. Sanığın eylemi görevi kötüye kullanma biçiminde 240. maddeyi ihlal eyleyen bir fiil teşkil eder”⁷⁰ diyerek görevi kötüye kullanma suçu ile rüşvet ve irtikap suçları arasındaki farkı belirtmiştir.

Rüşvet suçu için, rüşvet veren ve alan arasındaki anlaşmanın işin gerçekleşmesinden önce yapılması gerekmektedir. İş yapıldıktan sonra bir menfaat temin edilmişse rüşvetten değil, görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilecektir⁷¹.

F- Sahtecilik Suçlarıyla Karşılaştırılması

Sahtecilik suçları, TCK.’nın “Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler” başlığını taşıyan altıncı babının üçüncü faslında madde 339 ve devamında düzenlenmiştir. Söz konusu fasılda, resmi evrakta sahtecilik suçları yanında, özel evrakta sahtecilik suçları da yer almaktadır.

Sahtecilik suçlarının cezalandırılması ile korunmak istene kamunun güvenidir. “Esasen bir şeyin delil olarak kabulüne cevaz verilmiş ise ammenin ona inanması da mümkün kılınmış demektir.”⁷² Devlet, belli bir durumu otaya koyarak kanıtlama gücünü tanımış olduğu belgelerin öz ve biçimleri ile gerçekliklerine ve doğruluklarına ilişkin beslenen ortak toplum inancını, kamu güveni içinde korumak

⁷⁰ YCGK. 25.4.1983/5-113-197, YKD. C.: 8, S.: 9, 1983, s. 1373. Ayrıca bkz. Yarg. 5. CD., 18.12.1986/6432-4566, (Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 640.).

⁷¹ “Rüşvet suçunun oluşması için rüşvet veren ve alan arasında rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra, anlaşma konusu işin yerine getirilmesi gerektiğine göre, sanığın görevi gereği düzenlediği tapu senedini verdikten sonra para istemesinden ibaret eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 5. CD., 21.01.1988/5152-127, (Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 639.).

İşin tamamlanmasından sonra sağlanan menfaatin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı görüşüne karşın Sayın Malkoç bunun aksini savunmaktadır. “... İşlemi tamamlayan memurun artık kullanacağı bir yetki yoktur ki, o yetkinin şöyle ya da böyle kullanılması için çıkar sağlanmak söz konusu olabilsin. 3628 sayılı yasanın 4 ve 13. maddelerinin bile uygulanırılığı şüpheli olan bu tür eylemlerin disiplin suçu oluşturması düşüncesinin daha isabetli olduğu kabul edilmelidir.” Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 450.

⁷² Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt IV, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, s. 37 vd.

ve o yüzden de bu soyut varlık ya da yararın veya değerin somutlaştığı belgeleri ilişilmez ve dokunulmaz kılmak istemiştir⁷³. Kamunun güvenini korumayı amaçlayan resmi evrakta sahtecilik suçları, devletin ve fonksiyonlarının prestijinin korunmasını amaçlayan görevi kötüye kullanma suçu ile korumayı amaçladıkları hukuki yarar yönüyle farklılık gösterir.

TCK.'nın 339 ve devamındaki maddelerde resmi evrakta sahtecilik suçları düzenlenmiş ve yaptırımlara yer verilmiştir. Söz konusu bu maddelerde resmi evrakı tanzim eden kişi görevi nedeniyle memurdur. Yani, bir memur görevine giren bir işte, görev ve yetki alanı içinde ve görevi gereği resmi evrakı düzenlemiş olması gerekmektedir⁷⁴. Memur tarafından işlenen resmi evrakta sahtecilik suçu, bu yönüyle görevi kötüye kullanma suçu ile benzerlik göstermektedir.

Memur tarafından işlenen sahtecilik suçları, özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçlarından. Yani memur görevini kötüye kullanarak sahte resmi evrak düzenlemişse ve bu fiil 339'uncu ve devamındaki maddelerde belirtilen unsurları içeriyorsa, artık görevi kötüye kullanma suçu, resmi evrakta sahtecilik suçuna dönüşmüştür⁷⁵. Sahtecilik suçunun unsurlarının bulunmaması hallerinde görevi

⁷³ Bkz. **Erman, Sahir**, Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku, Cilt 3, Beşinci Bası, İstanbul 1987, s. 10.

⁷⁴ **Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt 3, Ankara 1999, s. 2500.

⁷⁵ **Çetin, Erol- Malkoç, İsmail**, Uygulamada Sahtekarlık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 1995, s. 167.

“Sanık köy muhtarının, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına ilişkin tüzüğün 152. maddesine dayanak oluşturacak (hükümlü ve tutuklu ile görüşme olanağını sağlayacak) akrabalık ilişkisini gösteren belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesinde kullanılmak üzere köyünde oturan kişiye (Ali Başkale'ye) imzalı mühürlü boş ilmühaber verme eyleminin, TCY'nın 355. maddesine uyduğu gözetilmeden, görevi savsama suçundan hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD., 20.05.2002/7037-8903.

“Bayındırlık İskan Müdür Yardımcısı, şube müdürü ve aynı yerde inşaat mühendisi olan sanıkların gerçeğe aykırı klas tesbit tutanakları düzenleme eylemlerinin, TCY'nın 339/1.maddesinde yer alan görevlinin gerçeğe aykırı resmi evrak düzenleme suçunu oluşturduğu, kanıtları değerlendirmenin oluşmuş ise eylemi nitelendirmenin Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, görevsiz mahkemede yargılamaya devamla hükümler kurulması...” Yarg. 4. CD., T. 27.01.2000, E. 1999/10155, K. 2000/98.

“Orman muhafaza memuru olan sanığın ilçe sınırları dışında nakil sırasında yakalanan kaçak orman envalini kurtarmak amacıyla sonradan ve gerçeğe aykırı bir biçimde taşıma izin belgesi (nakliye tezkeresi) düzenleme eyleminin TCY'nın 339/1. maddesinde yer alan suçu oluşturduğu, kanıtları değerlendirmenin oluşmuş ise eylemi nitelendirmenin ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği gözetilmeden, görevsiz mahkemede yargılamaya devamla hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD., T. 01.02.2000, E. 1999/10185, 2000/96.

“1-Sanık köy muhtarının, köyünde oturmayan kişinin yararlanacağı sonucu sağlamak için yokluğa ilişkin mal bildiri belgesi düzenleme eyleminin, T.Ceza Yasasının 355. maddesine uyduğunun gözetilmemesi,

kötüye kullanma suçu (m. 240) oluşabilecektir⁷⁶. Uygulamada da bu doğrultuda kararlar verilmektedir. Örneğin bir kararında Yargıtay, “Mutemet olan sanığın vergi iadesi ve maaş bordrosu sütunlarındaki toplamaları fazla göstermek suretiyle Maliye’den çektiğinin anlaşılmasına göre, Malmüdürlüğü’nce yapılacak basit bir kontrol sonucu sütunlardaki fazla miktarın anlaşılacağı, bu duruma göre iğfal kabiliyetinin bulunmadığı gözetilmeden, eylemin görevi kötüye kullanma olarak kabulü yerine yazılı madde ile hüküm kurulması...”⁷⁷ şeklinde içtihat etmiş, bir diğer kararında da, “Suçun işlendiği M..... Tekel Satış Deposu’nda suç tarihinde tekel mamullerinin perakende satışlarının yapıp yapılmadığının, satış memuruna bayiler dışında kişilere indirimsiz fiyatlarla satış yapma yetkisi verilip verilmediğinin araştırılıp saptanmasından sonra, ayrıca görevi kötüye kullanmak suçundan mahkumiyet kararı verilen eyleminin, eğer mamuller bayiler dışındaki kimselere etiket fiyatından, bayilere ise iskontolu olarak satılıyorsa, bayiler adına düzenlenen sahte faturalarla iskontolu fiyat üzerinden temin ettikleri tekel mamullerini bayiler dışındaki kimselere satarak iskontolu fiyatı arasındaki farklı temellük etmekten ibaret eylemlerinin diğer fiilleri ile birlikte bütün olarak müteselsil adiyen zimmet, aksi halde depodan sadece bayilere ve iskontolu satış yapabiliyorsa davaya konu fiillerin aldaticılık niteliği varsa sahtecilik, yoksa görevi kötüye kullanmak şeklinde oluşacağı gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı biçimde hükme varılması”⁷⁸ şeklinde karar

2-Kabule göre, T.Ceza Yasasının 20. maddesi hükmü gözetilmeden ve gerekçe de gösterilmeden memurluktan yoksunluk cezasının alt sınırı üzerinde belirlenmesi,” Yarg. 4. CD., T. 03.02.2000, E. 1999/10143, K. 2000/354.

“Muhtar tarafından düzenlenen kayıp ve değiştirme belgesine dayanarak 1980 doğumlu Kazım adına kimlik belgesi düzenleyip veren nüfus memuru sanığın, kimlik belgesini kime verdiğinin, bu belgeye Güli’nin fotoğrafını yapıştırıp yapıştırmadığının araştırılması, Güli’nin tanık olarak dinlenmesi ve sanığın düzenlediği kimlik belgesi üzerinde inceleme yaptırılması ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre T.C. Yasasının 240. ya da 352. maddeleri hükümlerinin uygulama olanağının tartışılması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle karar verilmesi...”Yarg. 4. CD., T. 05.02.1997, E. 1996/8283, K. 1997/856, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

“Sanık mahalle muhtarının, Bektaş’ın kendisine ait evde oturmadığını bildiği halde, bu yerde oturduğundan söz ederek ‘ikametgah ilmhaberi’ düzenlemekten ibaret eyleminin, temel hüküm olan TCK.’nun 355. maddesine uyduğu gözetilmeden, yardımcı hüküm olan görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 24.11.1992/6637-7277, (Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 756.).

⁷⁶ Bkz. Malkoç, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 30 vd. Çetin- Malkoç, s. 167 vd.

⁷⁷ Yarg. 6. CD., 26.02.1991/1038-1562, (Malkoç- Güler, Cilt 3, s. 2522.).

“Sanığın telefon haber kağıtları ve faturaları üzerindeki rakamları değiştirip tebliğ ederek yatırılan fazla paraları mal edindiği anlaşıldığından, ikna unsuru olmayan eylem irtikap suçunu oluşturmaz. Ancak, iğfal kabiliyeti varsa sahtecilik, yoksa görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” Yarg. 5. CD., 14.05.1991/1338-2480.

⁷⁸ Yarg. 5. CD., 17.05.1990/1281-2744, YKD., Ocak 1991, s. 133.

vererek, iğfal kabiliyetinin olmadığı durumlarda memurun fiilinin, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğini belirtmiştir.

Diyebiliriz ki, memurun sahte olarak oluşturduğu belgede suç unsurlarının yokluğu veya eksikliği hallerinde sahtecilik suçu oluşmayacak, şartları varsa memur, 240'ıncı maddeden cezalandırılacaktır. Örneğin memurun sahtecilik suçu için hazırladığı belgeyi düzenlediği ve fakat belgeyi imzalamadan olayın anlaşılması halinde memur, davranışları ve eksikte olsa hazırladığı belgeler nedeniyle görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır⁷⁹.

II- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNDA FAİL

1- Genel Olarak

İşlenen suç karşısında Devletin faili cezalandırması zorunludur; Devlet ceza vermeden imtina edemez. Bu zorunluluk ceza kurallarının iki taraflı olduğunu göstermektedir. Devlet, suçları ve cezaları belirleme ve bunları ihlal edenleri cezalandırma yetkisine sahipken, bireyler de belirtilen kurallara uymak, uymadıkları zaman verilecek olan cezaya katlanmakla sorumludurlar⁸⁰.

Ceza hukuku bağlamında suç teşkil eden hareketi yapan kişiye “suçlu” yada “fail” denir. Devlet tarafından konulan kuralların ihlali durumunda suç oluşmakta ve bu suçu işleyen kişi de “suçun faili”, “suçlu” veya “suçun aktif sujesi” olarak nitelendirilmektedir⁸¹.

Ceza ilişkisi bakımından kimlerin suç işleyebileceği veya suçun faili olacağı önem arz etmektedir. Ceza hukukunda bir kimsenin fail olabilmesi için ilk önce insan olması gerekmektedir⁸². İnsandan sayılmayan canlılar veya eşya suçun faili sayılamayacaktır⁸³.

⁷⁹ Malkoç- Güler, Cilt 3, s. 2530. Çetin- Malkoç, s. 206.

⁸⁰ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 405.

⁸¹ Öztürk - Erdem - Özbek, s. 294. Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s. 401. Soyaslan, s. 207. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 406.

⁸² Dönmezer - Erman, II., s. 401. Öztürk - Erdem - Özbek, s. 294. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 406.

⁸³ Ceza hukuku tarihinin değişik dönemlerinde bazı eşyaların suçlu sayılıp cezalandırıldığı, hayvanlara karşı ceza davası açılıp ceza verildiği görülmüştür. Örneğin, hayvanlara uygulanan cezai yaptırım,

Suçun faili olmanın gerektirdiği ikinci şart ise hayatta olmaktır. Bununla birlikte Roma hukukunda, vatana ihanet, irtikap ve zimmet suçları nedeniyle, ölmüş bir kişinin yargılanarak cezalandırıldığı, ağır bir suçtan sanık olan kişi intihar ettiğinde⁸⁴ bu, suçunu ikrar etmiş sayılarak cesedin mahkum edildiği görülmüştür⁸⁵.

Günümüz anlayışında ancak yaşayan bir kişi, işlenmiş olan bir suçun faili olabilecektir. Kişilik doğumla kazanılıp ölümle biteceğinden, ölmüş olan kişinin hukuki bir ilişkinin tarafı olması söz konusu değildir⁸⁶.

Yukarıda açıkladığımız üzere, bir suçun faili ancak gerçek kişiler olabilmektedir. Bununla birlikte, tarih boyunca çeşitli nedenlerle suçu işleyen birey dışında, toplulukların da cezalandırıldığı görülmüştür⁸⁷. Asıl olan, suç unsurlarının aynı anda bir arada bulunması olduğundan, hareket unsurunun, kusurlu davranışın ancak gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği ve cezaların şahsiliği prensibi tüzel kişilerin cezaen sorumlu tutulmasını⁸⁸ engellemektedir. Tüzel kişi tarafından işlenmiş gibi görünen suçlar aslında gerçek kişilerin fiillerinde oluşmuş suçlardan başka bir şey değildir. Bu nedenle tüzel kişilerin cezai sorumlulukları yoktur⁸⁹. Bununla birlikte tüzel kişilerin ekonomi ve mali alandaki gelişmeleri göz önüne

Almanya'da 18'inci yüzyıla kadar sürmüş, İngiltere'de 1864 yılında bir çocuğu ağır bir şekilde yaralayan bir horozun ölüm cezasına çarptırılmasına, 1894 yılında New York'ta bir maymun aleyhine ceza davası açılmasına, 1926 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde bir çocuğu ısırarak köpek hakkında dava açılıp elektrikli sandalyede ölüm cezasıyla tecziyesine karar verilmiştir. **Dönmezer - Erman**, II., bkz. dn.: 12, s. 402. **Artuk, Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 428 vd.

⁸⁴ İntihar, eski devirlerde suç sayılıp cezalandırılmıştır. Zira Roma İmparatorluğunun ilk devirlerinde intihar eden kişi hayvanlara teslim edilir veya bir darağacında teşhir edilirdi. Sonraki devirlerde intihar hoş karşılsansa da intihara teşebbüs eden ancak ölmeyen askerler ölüm cezasına çarptırılıp malları da müsadere edilmekteydi. Fransa'da 1791 Ceza Kanunu ile intiharın cezalandırılmasından vazgeçilmiş, İngiltere'de uzun zaman suç sayılan intihara teşebbüs, 1962 yılında suç olmaktan çıkartılmıştır. Modern hukukta ise intihar veya intihara teşebbüs suç sayılmamaktadır. **Artuk, Mehmet Emin**, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu", Hukuk Araştırmaları, C.: 8, S.: 1-3, İstanbul 1995, s. 9.

⁸⁵ Ölülerin yargılanıp cezalandırılması özellikle Kilise Hukukunda uygulanmıştır. Örneğin, 896 yılında Papa olan Formoso'nun halefi Stefano VI, Formoso'nun cesedini mezarından çıkartıp, kendisine bir müdafî tayin etmiş ve usulüne uygun kurulan kilise mahkemesince gasıp ile yargılanmış, susması suçu ikrar olarak değerlendirilmiş ve cezalandırılarak başı ve takdis için kullandığı sağ elinin üç parmağı kesilmiştir. Örnekler için bkz. **Dönmezer - Erman**, II., s. 402 vd.

⁸⁶ **Dönmezer - Erman**, II., s. 402. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 407

⁸⁷ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 729 vd.

⁸⁸ Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu ve bunu açıklayan teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. **Dönmezer - Erman**, II., s. 403 vd. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 729 vd.

⁸⁹ **Dönmezer - Erman**, II., s. 411. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 732. **Öztürk - Erdem - Özbek**, s. 294. "Kanaatimizce ticari, ekonomik ve mali suçların yaygınlaştığı endüstri toplumlarında hükmi şahısları suç faili saymamak için sebep yoktur." **Soyaslan**, s. 207. Ayrıca bkz. **İçel, Kayıhan- Akıncı, Füsün Sokullu- Özgenç, İzzet- Sözüer, Adem- Mahmutoglu, Fatih S.- Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, İkinci Kitap, İkinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 57.

alındığında, temsilci veya organlarının işledikleri suçlardan dolayı hukuki sorumluluklarının kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁰.

Ceza Kanunumuza bakıldığında suçun failini ifade etmek için kanunkoyucu “her kim” veya “kimse” gibi sözcükler kullanmıştır. Bu ifadeler gerçek kişileri göstermektedir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmadığı Anayasamızın 38’inci maddesinin 6’ıncı fıkrasında, “ceza sorumluluğu şahsidir” hükmü ile belirtilmeye çalışılmıştır⁹¹.

Tüzel kişilerin, kaçırma, ırza geçme, adam öldürme gibi suçların faili olamayacakları açıktır. Ayrıca tüzel kişilere yaptırım olarak idam, hapis cezası verilemeyeceği de bir gerçektir. Bununla birlikte para veya kapatma, faaliyet yasaklama cezalarının verilmesi mümkündür⁹².

Suçların çoğunluğu herkes tarafından işlenebilir niteliktedir. Bazı hallerde suçlunun taşımış olduğu sıfatı kanun, suçun unsuru veya hukuka uygunluk sebebi yahut ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak görmüştür⁹³. Suçlunun taşımış olduğu sığfata göre suçları ikiye ayırarak işlememiz mümkündür. Eğer suç, herkes tarafından işlenebiliyorsa “genel suç”; belli niteliklere sahip kimseler tarafından işlenebiliyorsa “mahsus suç” söz konusudur. Bazı suçların işlenebilmesi için kanun, failin belli nitelikler taşımasını, belli sıfatlara sahip olmasını aramaktadır⁹⁴.

Genel suçlar, ceza kanununun büyük bir kısmını içine alan, “her kim” ibaresinin bulunduğu, suçlunun sıfatının önem taşımadığı, herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Bunlara örnek olarak kasten adam öldürme suçu (TCK. m. 448) veya hırsızlık suçu (TCK. m. 491) gösterilebilir⁹⁵.

Mahsus suçlar ise, belirli sıfat veya niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlar olup, bunların dışında kalan kişilerce işlenmesi mümkün olmayan suçlara denir. Kişinin belirli bir sıfat veya nitelik sahibi olması suçun unsuru veya

⁹⁰ Dönmezer - Erman, II., s. 411.

⁹¹ Bkz. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 743 vd.

⁹² Bakıcı, s. 39.

⁹³ Örneğin, rüşvet suçunda failin memur olması suçun unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Babanın tedip hakkı çerçevesinde çocuğuna vurması suç teşkil etmeyecektir. Çünkü, bu hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Usul ve fîru arasında işlenmiş olan adam öldürme cürümleri ise ağırlatıcı neden olarak kabul görmektedir (TCK. m. 450/1. bent). Hafifletici neden olarak, TCK. m. 462’yi (Söz konusu madde 19.07.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 4928 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.) gösterebiliriz. Bu maddeye göre, koca karısını zina yaparken öldürürse hafifletici neden uygulanır. Cezasızlık sebeplerinden birine ise TCK. nın 524’üncü maddesini göstermemiz mümkündür. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 407.

⁹⁴ Dönmezer - Erman, II., s. 424. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 408.

⁹⁵ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 408.

önşartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçlarda herkes suçun faili sıfatını kazanamaz. Mahsus suçlarda failin sıfatı, doğal ve hukuki olmak üzere iki niteliğe dayanabilir. Bunlardan doğal niteliklerin başında cinsiyet gelir. Gerçekten bazı suçların işlenebilmesi için kişinin erkek olması ve işlenen bazı suçlar içinde şahsın kadın olması zorunlu olduğu⁹⁶ gibi, sadece belirli bir meslek veya sanatı icra edenlerin işleyebilecekleri suçlar⁹⁷ da vardır.

Hukuki nitelikler ise kamu hukukundan kaynaklanabileceği gibi (memurlar ve vatandaşların işleyebileceği suçlar), failin niteliği özel hukuktan da kaynaklanabilir (aile efradına kötü muamele suçunda fail ile mağdur arasında aile ilişkisinin bulunması gerekmektedir). Ayrıca sırf askeri suçların işlenebilmesi için de kişinin asker olması gerekmektedir⁹⁸.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK.'nın 240'ıncı maddesinde belirtilen fiil ancak memurlar tarafından işlenebilecektir. Bu nedenle mahsus suçlardan olan görevi kötüye kullanma suçunda memurun yeri önemli olduğundan, memurun tanımına genişçe yer vererek inceledik.

2- Suç Faili Olarak Memurlar

A- Memurun Tanımı

Ceza kanununun uygulamasında memur sıfatı ve memur kavramının kapsamı açıkça belirtilmesi, çeşitli nedenlerden dolayı önem arz etmektedir. Memurun fail veya mağdur olması ceza kanununun uygulamasında yerine göre suçun unsuru (zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet v.b.), yerine göre de suçun ağırlatıcı nedeni (Örneğin TCK'nın 251, 181 ve 194'üncü maddeleri) olarak karşımıza çıkmaktadır. Memuriyet sıfatının suçun unsuru olarak kabul edilmesinin nedeni, bu gibi suçların ancak bir memur tarafından veya bir memur aleyhine işlenmesinden kaynaklanmaktadır. Fail veya mağdurun memur olması durumunun ağırlatıcı neden olarak kabul edilmesinin nedeni ise, memurların keyfi ve yetki dışı hareketlerine

⁹⁶ Örneğin, ırza geçme suçları sadece erkekler tarafından işlenebilir. Sadece kadınların işleyebileceği suçlara örnek olarak da çocuk düşürme (TCK. m. 469) veya yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi (TCK. m. 453) gösterilebilir. Bahsedilen ilk suçta suçun faili, sadece gebe olan kadın, ikincisinde ise şerefini kurtarmak amacıyla yeni doğum yapmış olan kadındır.

⁹⁷ Mesela, kanun ve nizamı aykırı bir biçimde matbaacılık sanatını icra edenlerin (TCK. m. 533) bu suçu (suç kabahat niteliğindedir) işlemeleri için fiilen bu meslek veya sanatı yapmaları gerekmektedir.

⁹⁸ **Dönmezer - Erman**, II., s. 424-425. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 408.

karşı fertleri korumak veya memurları vazifelerini yerine getirirken her türlü baskıdan uzak tutmak, halkın tecavüzlerine karşı muhafaza etmektir⁹⁹.

Kanun, genel olarak kişilerin daha basit bir biçimde suç işlemeleri hallerinde cezayı artırım yoluna gitmektedir. Memurlar taşımış oldukları sıfat ve görevleri dolayısıyla idareye karşı normal vatandaşlara oranla daha kolay suç işleyebilecek durumdadırlar. Özel bir kişinin, Devletin bir kasasını soyması ile bu kasadan sorumlu kişilerin veya burada görev yapan diğer memurların kasayı soyması arasında nisbeten daha bir kolaylık mevcuttur. Bununla birlikte memurlar, yaptıkları vazife gereği halk ile sürekli temas halinde olduklarından sahip oldukları çeşitli yetkileri kolaylıkla kötüye kullanabilirler. Memurların işlemiş oldukları suçlardan dolayı devlete karşı kişilerin beslemesi gereken güvenin kaybolması ve Devlet idaresini ve teşkilatının bundan dolayı tehlikeye maruz kalması, memurların suç işlemelerine ayrı bir önem verilmesine neden olmuştur¹⁰⁰. Bu bakımdan memur sıfatı ve bu sıfatın kapsamının tespit edilmesi ceza hukuku bakımından büyük bir öneme sahiptir. Zira, yerine göre suçun oluşabilmesi için fiili işleyen kişinin memur sıfatına sahip olması, bazı hallerde ise suçu işleyen veya suça maruz kalanın memur olması durumunda cezanın artırılması söz konusu olacaktır.

Kamu yönetiminin başarılı olması, öncelikle nicelik ve nitelik bakımından yeterli kişilerin istihdamı ile mümkündür. Kamu yönetiminin en önemli ögesi olan insan, kamu görevlileri olarak nitelendirilmektedir. Kamu kesiminde bir kurum yada kuruluşa bağlı olarak çalışan bu kişilerden en önemlileri “memur” olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹.

⁹⁹ Erman, Sahir, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, SBOD., C.: II, S.: 3-4, 1947, s. 236. Çağlayan, Muhtar, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur, Memur Sıfatının Ceza Hukuku İle Olan Münasebeti”, İD., Y.: 30, S.: 259, Temmuz-Ağustos 1959, s. 39 vd. Postacıoğlu, İlhan E., “Türk Ceza Kanunu Muvacehesinde İflas İdare Memurları”, İÜHFM., C.: XXXVIII, S.: 1-4, 1973, s. 207 vd. Utku, s. 168.

¹⁰⁰ Şekercioğlu, Metin, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 5 vd. Bengü, Cemil Halit, “Ceza Tatbikatında Memur”, Siyasi İlimler Mecmuası, S.: 158, Mayıs 1944, s. 123 vd. Çağlayan, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur...”, s. 40 vd. “Bilindiği üzere, Kriminoloji ilimi bakımından ceza siyaseti ve suçluluğu önlemek düşüncesi, suçun ikaında kolaylık bulunan yerlerde cezanın ağırlaştırılmasını iltizam eder. Aynı zamanda gerek memurlar tarafından işlenen suçlarda ve gerekse memurlar aleyhine ika olunan tecavüzlerde devletin ve hükümetin otoritesi sarsılmış, idare mekanizmasının işlemesi aksamış, sekteye uğramış olur.” Çağlayan, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur...”, s. 40 vd.

¹⁰¹ Canman, Doğan- Ertekin, Yücel- Ar, A. Fikret- Bensghir, Türksel Kaya- Özer, Cevat, Kamu Görevlileri El Kitabı, TODAİE Yayınları, Ankara 2002, s. 87. Giritli, İsmet, Kamu Yönetimi Teşkilatı Ve Personeli, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 263. “...bir devletin değeri nihayet onu vücuda getiren fertlerin değeri demektir. Küçük adamlarla büyük işler başarılmasına imkan yoktur.” Giritli, s. 263.

Hukukumuzda memur kavramına ceza kanunumuzun yanında çeşitli kanunlarda yer verilmiş¹⁰², bu nedenle kavram, uygulamada ve öğretide farklı tanımlamalara maruz kalmıştır. Bu karmaşıklık birazda konunun niteliğinden kaynaklanmaktadır¹⁰³. Bazı devletler (Fransa, Belçika gibi) ceza kanunlarında memur tanımına yer vermemiştir. Memur tanımına yer veren devletler ise bu tanımları genel kısımda, tanımlar veya müşterek hükümler başlığı altında işlemişlerdir (Örneğin, 02.01.1975 tarihli Alman CK. 11/2. maddesi, 21.12.1937 İsviçre CK. 110/4. maddesi, 29.10.1921 Arjantin CK. 77. maddesi, 17.08.1950 Yunan CK. 13/a maddesi, 29.11.1961 Çekoslovakya CK. 89/9. maddesi, 16.03.1968 Bulgar CK. 93. maddesi.)¹⁰⁴.

TCK.'nın mehzaz olan 1889 tarihli Zanardelli Kanununun özel kısmında, 207'inci maddesinde¹⁰⁵, “amme idaresi aleyhine cürümler” adlı babın “müşterek hükümler” başlıklı onikinci faslında memur tanımına yer verilmekteydi¹⁰⁶. Bu tanımlama çeşitli eleştirilere¹⁰⁷ maruz kaldığından memurun tanımı bakımından,

¹⁰² 1982 Anayasası 128'inci maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 13'üncü maddesi memur tanımına yer vermiştir.

¹⁰³ “Memurun tam bir tarifini yapmak çok güçtür. Çünkü muhtelif memleketlerin kanun vazıları kendi memleketlerindeki siyasi, içtimai ve teknik icapları gözönünde tutarak memuru tarif etmekte ve bu suretle ortaya birbirine benzemeyen bir takım tarifler çıkmaktadır. Hatta bir memleketin muhtelif kanunlarında memur ayrı ayrı tarif edilmekte ve ‘bu kanun tatbikatında şunlar memur sayılır’ gibi tariflere tesadüf olunmaktadır. Bu sebeplerden dolayı da memurun her zaman ve her mekanda, hatta her hadisede tatbik olunabilecek tam ve kati bir tarifini yapmak mümkün değildir.” **Onar**, II. Cilt, s. 1074. Sayın Selçuk, memur kavramı konusunda yaşanan karmaşanın kural-istisna ilişkisinin iyi belirlenememesinden kaynaklandığını vurgulamış, CMUK.'nın yargılama alanında genel bir yasa olduğu ve MMHKM.'in ise bu alanda özel nitelik taşıdığını ve belli küme insanlara uygulandığını belirterek, karmaşanın ilk başta TCK.'nın 279'uncu maddesi kapsamında değerlendirilen memur tanımına giren herkes hakkında MMHKM.'in uygulanarak özel yasanın genellik kazanmasından kaynaklandığını belirtmiş, bu karmaşanın MMHKM.'in özel bir kanun olduğunun gözetilmesi ile bu kanunun uygulama alanının idare hukuku ve ceza hukukunun kesiştiği memur kavramı ile sınırlandırılması yoluyla sağlanabileceğini belirtmiştir. Bkz. **Selçuk, Sami**, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, YD., C.: 23, S.: 1-2, Ocak-Nisan 1997, s. 23 vd.

¹⁰⁴ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 250.

¹⁰⁵ 1889 İtalyan Ceza Kanununun 207'nci maddesine göre, “Ceza Kanununun tatbikatında;

1- Devlet, vilayet ve komünlerin yahut kanunen devletin, bir vilayet veya komünün himayesine tabi tutulmuş olan bir müessesenin hizmetinde olup da, muvakkat, ücretli veya ücretsiz olsa dahi, amme fonksiyonlarıyla mücehhez bulunan kimseler,

2- Noterler,

3- Emniyeti umumiye ajanları ve adliye mensup mübaşirler memur sayılırlar.

Aynı neticeler bakımından, fonksiyonlarını ifa etmeleri maksadıyla çağırıldıkları zaman zarfında, hakemler, ehlihibreler, tercümanlar ve şahitler de memurlara muadildirler.” **Çağlayan**, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur...”, s. 41. **Majno**, s. 233. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 251.

¹⁰⁶ **Majno**, s. 233.

¹⁰⁷ Madde, devlet ve diğer amme müesseselerinde çalışan kimseleri memur olarak saymış ve kanun bunlar dışında kalıp da amme fonksiyonu gören şahısları madde dışında bırakmayı önlemek için, madde kapsamına almayı düşündüğü kişileri sayma yolunu tercih etmiştir. Madde kapsamına sayma yoluyla dahil etme bazı karışıklıklara neden olmuş ve maddede belirtilmeyenlerin memur sayılmaması

idare hukuku ile ceza hukuku arasındaki zıtlıkları kaldırmak amacıyla 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 357'inci maddesi memur tanımına yeni bir düzenleme getirmiştir. Buna göre:

“Ceza Kanunu tatbikatında

- 1- 1- *Daimi veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme fonksiyonu ifa eden Devlet veya sair amme hükmü şahısları müstahdemleri;*
- 2- 2- *Daimi veya muvakkat, ivazlı veya ivazsız, ihtiyari veya mecburi teşrii, idari veya adli bir amme fonksiyonu ifa eden diğer kimseler, memurdurlar”.*

Yine aynı kanunun 358'inci maddesi ile amme hizmeti ile görevli kimseler tarif edilmiştir. Buna göre:

“Ceza Kanunu tatbikatında

- 1- 1- *Daimi veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme hükmi şahısları müstahdemleri*
- 2- 2- *Daimi veya muvakkat, ivazlı veya ivazsız, ihtiyari veya mecburi bir surette bir amme hizmeti gören diğer bütün kimseler bir amme hizmeti ile görevli sayılırlar”¹⁰⁸.*

Görüldüğü üzere Zanardelli Ceza Kanunundaki tanımlamaya getirilen eleştiriler ve tanımın uygulamada yetersiz oluşu yeni bir düzenlemeye neden olmuş ve 1930 İtalyan Ceza Kanununda memur ve kamu hizmetlileri iki ayrı maddede tanımlanmıştır.

B- Türk Hukukunda Memur Kavramı

a- Genel Olarak

Ceza hukukunda failin veya mağdurun belirli bir sıfat ve niteliğe sahip olması, bazen bir suçun unsurunu, bazen hafifletici nedenini ve bazen de suçun

gibi bir olumsuzluk ortaya çıkmıştır. Yasama, amme vazifesi gören senatör ve milletvekillerinin memur kavramı kapsamına alınmaması, bu kişilerin devlet idaresi aleyhinde işledikleri cürümlerin cezasız kalacağından madde yeterli bir biçimde kaleme alınmamıştır. Bkz. **Erman**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 239. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 251.

¹⁰⁸ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 252. **Çağlayan**, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur...”, s. 41-42. **Erman**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 239 vd. **Ögel, Ragıp**, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet”, İD., S.: 192, Mayıs-Haziran 1948, s. 78 vd. **Soyaslan, Doğan**, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, AÜHFD., C.: 45, S.: 1-4, 1996, s. 42.

ağırlatıcı sebebini teşkil edebilmektedir. Özellikle inceleme konumuz olan, görevi kötüye kullanma suçunun yer aldığı Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler babında failin veya mağdurun memur sıfatına sahip olması, bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukukumuzda çeşitli kanunlarda memur tanımına yer verilmiştir. Bu tanım en başta 1982 Anayasamızda yerini almıştır. Her ne kadar Anayasamızın 128'inci maddesinin¹¹⁰ gerekçesinde, memur kavramını dolaylı biçimde dahi tanımlamaktan kaçınıldığı belirtilmişse de, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri¹¹¹ tarafından yürütüldüğü hususu vurgulanarak kısmen de olsa memur kavramının tanımı yapılmıştır. Yine aynı maddenin gerekçesinde, *“böyle bir tanımın unsurlarını açık ve kesin biçimde Anayasada verme”* nin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹¹². Anayasanın 129'uncu maddesi¹¹³ ise memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını, bu kişilere karşı yapılacak disiplin kovuşturmasında tanınan güvenceleri ana ilkeler şeklinde belirtmeye çalışmıştır.

Genel olarak memur kavramını bu şekilde belirttikten sonra idare hukukunda memur kavramı ile ceza hukukunda memur tanımının kapsamını belirterek TCK.'nın

¹⁰⁹ **Yarsuvat, Duygun**, “Ceza Kanununun Uygulamasında Memur- İktisadi Devlet Teşekkülleri- Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suliistimal ve Zimmet”, İÜHFM., C.: XXXV., S.: 1-4, 1970, s. 528. **Selçuk**, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 30.

¹¹⁰ 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesi: *“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*

Memurların ve diğer kamu görevlilerin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.”

¹¹¹ 1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasalarından farklı olarak, memur değiminin yanında “diğer kamu görevlileri” tabirini de işleyerek, kamu görevlileri ile ilgili olarak daha geniş düzenlemelere yer vermiştir. Bkz. **Kanlıgöz, Cihan**, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı”, AÜHFD., C.: 43, S.: 1-4, 1993, s. 172 vd.

¹¹² **Kuzu, Burhan**, Türk Anayasa Metinleri Ve ilgili Mevzuat, Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 155.

¹¹³ 1982 Anayasası'nın 129'uncu maddesi: *“Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.*

Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.

Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.

Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”

279'uncu maddesinde yer alan memur kavramından ne anlamamız gerektiğine sırasıyla değinebiliriz.

b- İdare Hukukunda Memur

İdare hukuku bakımından memurlar ile ceza hukuku açısından memurların farklı fonksiyonlara sahip olmaları, ceza hukukundaki memur kavramının tespiti için idare hukukuna başvurulmayacağı anlamına gelmemelidir¹¹⁴. Memur kavramı asıl olarak, öncelikle, idare hukukunu ilgilendirmektedir. Zira memur kavramı idare ile gündeme gelmiş ve gelişmiştir. İdare hukukunda memur kavramı bu alandaki özel kanunlarda doğrudan veya dolaylı bir biçimde tanımlanmıştır.

1961 Anayasasının 117'inci maddesi “*Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar eliyle yürütülür.*

Memurların nitelikleri, atanmaları, ödevleri ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiş, maddede sözü geçen kanun ise, daha sonradan yani, 20.07.1965 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmuştur.

İdare hukukunda memur tanımını en önemli düzeyde, söz konusu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu işlemektedir. Bu kanunun dördüncü maddesi kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler tarafından yürütüleceğini belirtmiş ve en başta memur tanımına yer vermiştir. Madde;

¹¹⁴ “... Bu tali unsurların yokluğu o memleket kanununa göre veyahut muayyen bir sahada bir kimseye memur sıfatının tanınmasına mani olabilse de umumi surette onun memur sayılmasına mani olmaz ve bu umumi memur mefhum ve telakkisini ortadan kaldırmaz. Diğer tabirle her memleket kanun vaazı idare hukukunda umumi olarak kabul edilmiş bulunan memurlar mefhum ve telakkisini esas olarak alırlar ve buna kendi memleketi veya muayyen bir saha bakımından tali bir takım kayıtlar ilave ederek kendi bakımından bir şekil verirler. Binaenaleyh memur hakkında ilmi ve umumi bir fikir edinmek için evvel emirde bu umumi telakkiye göre memur mefhumunu tespit etmek, memur sıfatının umumi unsurlarını bulmak lazımdır. Bundan sonra bu ışık altında kanunların zaman ve mekana göre değişen tarifleri daha kolay tetkik edilir ve anlaşılır.” **Onar**, II. Cilt, s. 1074 vd. Bu hususta Sayın Gözübüyük, idare hukukunda memur tarifi baz alınarak ceza hukukundaki memur tanımının yapılamayacağı görüşündedir. Bkz. **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları”, AD., Y.: 61, S.: 1, Ocak 1970, s. 6.

“Ceza kanunu uygulaması bakımından memur kavramı ile idare hukuku anlamındaki memur kavramı arasında bir bağlantı ve benzerlik söz konusu değildir.” YCGK., 20.01.1969, E. 693, K. 69-17, (**Gözübüyük, A. Pulat**, “Din Hizmetlilerinin Görevlerini Kötüye Kullanmaları”, AD., Y.: 62, S.: 12, Aralık 1971, s. 762.).

“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.

Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarında genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlarda memur sayılır.” şeklinde memurun tanımını yapmış, devamla sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler tanımlamalarına da yer vermiş, kamu hizmetlerinin kimler tarafından yürütüleceğini ve bu sınıfların kapsamını açıkça belirlemiştir.

Bununla birlikte 657 sayılı Kanunun kapsamı, birinci maddede *“Bu Kanun, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır.”* şeklinde belirtilmiştir.

İdare hukukunda *“kamu hizmeti”* devlet yada öbür kamu tüzel kişileri yada bunların gözetim veya denetimleri altında bir özel girişim tarafından genel ve ortak gereksinimleri karşılamak ve gidermek, kamu yararını sağlamak için yürütülen, kamuya sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵. Bu bilgiler ışığında idare hukukunda memur, *“devlet yada bir kamu tüzel kişiliğinde, asli ve sürekli bir biçimde kadrolu olarak kamu hizmetini yürüten kimse olarak”*¹¹⁶ veya *“kamu hizmetlerine özgülenmiş kadrolar içinde sürekli olarak çalışan, kamu hizmeti dışında özel bir iş görmeyen, Devlet örgütü içinde yer alan, hiyerarşinin (altlık-üstlük ilişkisi ya da sıradüzenin) kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olan kişiler”*¹¹⁷ yada *“kamu kurum ve kuruluşların genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerini yerine getiren kimse”*¹¹⁸ olarak tanımlanabilir.

¹¹⁵ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 13.

¹¹⁶ Selçuk, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, Türkiye Sanayiciler ve İşadamları Derneği Yayınları, İstanbul 1997, s. 92. Ayrıca bkz. Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 29. Onar, II. Cilt, s. 1075 vd. Arıca, s. 3. Yaşar, “...Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki”, s. 796.

¹¹⁷ Giritli, İsmet- Bilgen, Pertev- Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 406. Ayrıca bkz. Giritli, s. 268.

¹¹⁸ Canman- Ertekin- Ar- Bensghir- Özer, s. 87.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere idare hukukunda memur kavramı, devlet veya kamu kurumu niteliğindeki devlet kurumu ile görevli arasındaki bağlantıyı gözetmekte ve atama yada organik bir bağa dayanmaktadır¹¹⁹.

Bahsi geçen dördüncü maddedeki memur tanımı, münhasıran kamu hizmetinin icrasına bağlı olarak yapılmıştır. Zira madde “*genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler*” ibaresi ile bu sonuca varılmasını sağlamaktadır. Oysa, kamu görevi ifa etmesine rağmen memur sayılmayan, diğer bir ifade ile 657 sayılı Kanun kapsamına girmeyen kamu görevlileri de bulunmaktadır. Bunlar; yargı organlarında görevli olup da bizzat yargıya katılan meslek mensupları, Üniversiteler Personel Kanununa tabi olanlar, sanatçı memurlar, Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları ve emniyet teşkilatı mensupları (657 sayılı Kanunun Ek Geçici 54’üncü maddesi uyarınca, özel personel kanunları çıkıncaya kadar bahsi geçen kanun kapsamında değerlendirilmişlerdir.)¹²⁰.

c- Ceza Hukukuna Göre Memur

Ceza Kanunumuzun 279’uncu maddesi memur tanımına yer vererek, Ceza Kanununun tatbikatında kimlerin memur olarak kabul edildiğini ve yine uygulamada kimlerin memur sayılacağını belirtmeye çalışmıştır. Buna göre; “*Ceza Kanununun tatbikatında:*

1- Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idarî veya adli bir âmme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli ihtiyarî veya mecburî olarak teşrii, idarî veya adli bir âmme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekte muvazaf olanlar:

1- Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya diğer âmme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî surette bir âmme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

TCK.’nın 279’uncu maddesinde yapılan bu tanımlama sadece ceza kovuşturmasında değil, özel ceza yasalarında da uygulama alanı bulacaktır. Bu hususta TCK.’nın 10’uncu maddesi açıktır.

¹¹⁹ Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 28.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arıca, s. 3 vd.

Yine söz konusu madde, sadece memurların işleyeceği suçlar için gözetilmeyecek, memurlara karşı işlenen suçlarda da maddede yer alan tanımlamaya göre uygulama yapılacaktır. Madde, “*Ceza Kanununun tatbikatında*” ifadesi ile bu hususu belirtmek istemektedir¹²¹.

Ceza kanunumuzda yer alan memur tanımı¹²² mehzaz kanununda yapılan değişikliğe paralel olarak yenilenmiştir. Değişiklikten önceki tanımlama; “*Kanunun tatbikatında Devletin veya vilayet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır.*” şeklindeydi. 1936 yılında 3038 sayılı Kanunla madde değiştirilmiş ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 357 ve 358’inci maddeleri mehzaz olarak kabul edilmiştir. Zira bu değişiklikten önce mehzaz kanunda memur tanımı için yapılan eleştiriler, ceza kanunumuzda değişiklikten önce yer alan tanımlama için de geçerlidir¹²³. Mehzaz kanunda iki madde halinde tanımlaması yapılan “memurlar” ve “âmmeye hizmeti görmekle muvazzaf olanlar” tek madde halinde düzenlenmiştir. 279’uncu maddenin 1’inci fıkrası memur tanımına yer verirken, 2’inci fıkrası ise âmmeye hizmeti görmekle muvazzaf olanları tanımlamıştır.

Madde içeriği itibariyle önemli bir ayırımı gündeme getirmektedir. Maddede yapılan bu düzenleme, memur kavramı ile âmmeye hizmetiyle yükümlü olan kimselerin tanımı yapılarak iki farklı kategoride ajan tarifine yer vermiştir. Bu iki ajanı ayırmaya yarayan en önemli kıstas ise yaptıkları vazifeden kaynaklanmaktadır;

¹²¹ Önder, Ali Rıza, “Ceza Yargılama Usulünde Memur Sayılmayan Görevliler”, AD., Y.: 65, S.: 8, Ağustos 1974, s. 606.

¹²² Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısında memur tanımı Genel Hükümler başlığını taşıyan birinci kitabın birinci kısmının birinci bölümünde, 4’üncü maddenin dördüncü bendinde tanımlanmıştır. Yapılan tanımlamanın yürürlükteki düzenleme ile aynı olduğu görülmektedir. Söz konusu bende göre; “*Memur: Memur deyiminden;*

- a) *Sürekli veya geçici olarak yaşam görevi veya idari veya adli bir kamu görevi yapan Devlet veya diğer her türlü kamu kurum ve kuruluşlarının memur ve hizmetlileri,*
- b) *Sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz, mecburi veya ihtiyari olarak yasama görevi veya idari veya adli bir kamu görevi yapan diğer kimseler, anlaşılır.”* Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, TC. Başbakanlık Kanunlar Ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, s. 234 vd.

Tasarıda madde gerekçelerine bakıldığında “Böyle bir maddede Tasarıda yer verilmesinin amacı, tekrardan kaçınmak, önemli kavramlara açıklık getirmek ve kanunun uygulanmasını ve yorumunu kolaylaştırmaktır; bu maksatla bazen varsayımlar da meydana getirilmektedir.... Bu maddede yer alan tanımlar, sadece Kanunun uygulanmasında kolaylık sağlamak üzere tertiplenmiş metinler olarak algılanmalıdır. Bu itibarla tanımlar üzerinde ayrıca açıklamalar yapılması gerekli olmamakla birlikte; her türlü duraksamayı gidermek için aşağıda bazı kavramlara değinilmiştir” ifadelerine yer verilerek memur tanımı konusunda herhangi bir açıklamaya gidilmemiştir. Bkz. Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, s. 25 vd.

¹²³ Mehzaz kanunda yer alan memur tanımı ve yapılan eleştirilere yukarıda yer vermiştik. Bkz. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 239. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 251. Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 31.

biri “âmmе vazifesi” gördüğü için memurdur, diğeri ise “âmmе hizmeti” görür ve bu nedenle âmmе hizmeti ile muvazzaf kimsedir¹²⁴.

TCK.’nın memur ile ilgili yaptığı bu tanımlamaya karşın, terim birliği konusunda kanun koyucunun titiz davranmadığı görülmektedir. Salt “memur”dan söz eden maddelerin (m. 202, 208, 209, 228, 229, 230, 235, 237, 240 gibi) yanı sıra, “işçi niteliğini taşımayan kamu hizmeti görevlisi”nden (m. 236), “memur veya âmmе hizmetini ifa ile mükellef kimse”den (m.138) bahsetmektedir ki bu konuda bir terim birliğinden söz etmek güçtür¹²⁵.

279’uncu maddede yapılan bu tanımlamada “âmmе hizmeti” ile “âmmе vazifesi” terimlerini birbirinden ayırmada fayda vardır. Zira, buna göre bir kimsenin memur mu, yoksa âmmе hizmeti ile muvazzaf kimse mi olduğunu ayırt edebileceğiz. Bu ayıt etme yapılacak soruşturma için de önem arz etmektedir. Gerçekten bir kimse için yapılacak soruşturmanın 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine mi yoksa genel hükümlere mi tabi olduğu hususu, o kimsenin TCK. anlamında memur olup olmama durumuna göre değişmektedir¹²⁶. Kanun maddesi âmmе vazifesi ile âmmе hizmeti yapanları ayıt etmiş, âmmе görevi görenleri memur olarak kabul etmiştir¹²⁷.

Ceza kanunumuz âmmе görevi ve âmmе hizmeti terimlerine yer verdiği halde bunların tanımını yapmamış, bir yönüyle bu tarifler için idare hukukuna zımnen atıfta bulunmuştur. Bu bağlamda idare hukukunda âmmе vazifesi (görevi) sayılabilecek bir faaliyeti icra edenlere memur, âmmе hizmeti kabul edilen faaliyetleri yerine getirenlere ise âmmе hizmeti ile muvazzaf kimseler denecektir¹²⁸.

İdare hukukunda kamu hizmeti; “idare edenlerin idaresi altında olarak halkın müşterek ihtiyaçlarını hususi teşebbüslerden daha iyi bir şekilde, muntazam ve

¹²⁴ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 242. Gündel, Ahmet, İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 18. Gözübüyük, “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları”, s. 8. Sancakdar, Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma Ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 76. Kavas, Hakkı- Hatice Kavas, “TCK.’nunda Memur Kavramı”, AD., Y.: 76, S.: 6, Kasım-Aralık 1985, s. 59. Arıca, s. 6 vd.

¹²⁵ Selçuk, Memur Yargılaması Hakkında, s. 94. Yarsuvat, “Ceza Kanununun Uygulamasında Memur...”, s. 258. Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 31.

¹²⁶ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 256 vd.

¹²⁷ Onur, Ekrem, “Ceza Hukukunda Memur”, İleri Hukuk Dergisi, S.: 3, Eylül 1945, s. 12.

¹²⁸ Kunter, Nurullah, “Mahkeme İçtihatları, Ceza Tatbikatında Âmmе Vazifesi Ve Âmmе Hizmeti Tefriki Ve Avukatların Durumu”, İÜHF., C.: XIII, S.: 2, 1947, s. 759. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 243. Çağlayan, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur...”, s. 44. Soyaslan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, s. 45 vd.

devamlı bir surette tatmine tahsis edilmiş bir teşebbüs”¹²⁹ veya “kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimleri altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen etkinlikler”¹³⁰ olarak tanımlanmaktadır.

İdare hukuku bağlamında yapılan tariflere göre kamu hizmetinin özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

a) Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların nezaret ve denetimleri altında veya bunların iştiraki ile kurulan ve işleyen bir teşebbüsün olması¹³¹,

b) Toplumun genel ihtiyaçlarını karşılamak ve tatmin¹³² etmek ve kamu menfaati sağlamak için kurulmuş bulunması,

c) Devamlı ve düzenli bir şekilde işlemesi¹³³.

Hukukumuzda âmme görevi ile âmme hizmetini tanımlayan görüşlerde farklılıklar söz konusudur¹³⁴. Bir kısım yazarlar âmme görevi ile âmme hizmetini

¹²⁹ Crozat, B., “Âmme Hizmeti Mefhumu”, AC., S.: 6, No.: 47, 1938, s. 914.

¹³⁰ Giritli, İsmet- Bilgen, Pertev- Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku- II, Der Yayınları, İstanbul 1999, s. 117. Ayrıca bkz. Gözübüyük, A. Şeref- Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 434. Bir diğer tanımlama ise şu şekilde yapılmaktadır; “Kamu Hizmeti: Devlet ya da öteki kamu tüzel kişileri ya da bunların denetimi altında özel kişiler tarafından, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla gerçekleştirilen sürekli ve düzenli faaliyet. Âmme hizmeti.” Bağdatlı, Selahattin, Hukuk Sözlüğü, Derin Yayınları, İstanbul 2002, s. 360 vd.

¹³¹ Kamu hizmetinin devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında veya bunların iştiraki ile kurulan bir teşebbüs tarafından yürütülmesi gerekir. Kanunkoyucunun serbest bir mesleği kamu hizmeti diye nitelendirmesi, o faaliyetin kamu hizmeti olduğunu göstermez. Bu konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasa’nın 70’inci maddesine yer verdikten sonra; “Bu madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasakoyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa’nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez.” AYMK., T.: 04.06.2003, E.: 2002/132, K.: 2003/48, RG. 19 Aralık 2003, S.: 25321. Aynı doğrultuda başka bir karar için bkz. AYMK., T.: 04.06.2003, E.: 2002/8, K.: 2003/47, RG. 19 Aralık 2003, S.: 25321.

¹³² “Giderme ile tatmin etme arasında önemli bir fark vardır. Giderme olgudaki bir durumu yansıtır ve ‘haz’ gibi bir duyguyu içermez. Buna karşılık ‘tatmin olma’ bir gereksinimin insana mutluluk da veren bir biçimde giderilmesi anlamını taşır.” Özey, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, dn. 334, s. 225.

¹³³ Onar, I. Cilt, s. 14. Bir ödev niteliğinde olan kamu hizmetini yerine getirmede idare serbest değildir. Bu hizmete keyfi bir şekilde son verilemesi veya ara verilmesi de mümkün değildir. Kamu hizmetinin yerine getirilmesindeki amaç, onu yürüten idarenin kişisel çıkarı değil, kamu yararı olarak ifade edilen toplumun tatminidir. Bkz. Özey, s. 229.

¹³⁴ Geniş bilgi için bkz. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 242 vd. Âmme görevi ile âmme hizmeti kavramlarını açıklayan teorilerden “gaye görüşü”ne göre, âmme görevi devletin yerine getirdiği esas, asli görevlerdir. Âmme hizmetinde ise daha az öneme sahip olan faaliyetler söz konusudur. “İdare işletme görüşü”ne göre, devlet idaresi bir üstünlük hakkı tanımış olduğu hallerde

eşanlamlı kabul ederek, bu terimlerin aynı manaya geldiğini savunmuşlardır¹³⁵. Ancak, bu görüşü savunmak mümkün değildir. Çünkü, mehz kanundan alınan 279'uncu maddenin ilk fıkrası ile ikinci fıkrasında hemen hemen aynı cümleler kurulmakla birlikte, ilk fıkra da âmme görevine yer verilmiş, ikinci fıkra da ise âmme hizmeti telaffuz edilerek iki terim arasındaki farklılık açıkça ortaya konmuştur. Zira âmme görevi ile âmme hizmetini aynı anlamda kullanan bir kanun koyucunun bu tür bir yinelemeye (totoloji) başvurması elbette düşünülemez¹³⁶.

Âmme görevi ile âmme hizmetini ayıran görüşler ise, âmme vazifesini kamu yararının gerçekleştirilmesi için devletçe, kamu kuruluşlarınca zorunlu görülen bir etkinlik olarak kabul etmektedirler. Âmme hizmeti ise nesnel hukuki anlamda âmme görevi gibi zorunlu değildir. Bu hizmetlerin ille de devlet veya kamu kuruluşları tarafından yapılması mecburi değildir. Bu bağlamda âmme görevi, “yasama ve yargı erklerinin yanı sıra devletin olmazsa olmaz birincil amaçlarının gerçekleşmesi için, özne açıdan devlete özgü, devletçe yapılması zorunlu; egemen, üstün gücün,

kamu görevi ve dolayısıyla memurluk, aksi halde kamu hizmeti ve kamu hizmetlisi gündem gelecektir. “Takdir hakkı görüşü”ne göre, kamu görevinde takdir hakkı vardır, buna rağmen kamu hizmetinde bu takdir hakkından bahsedilemez. “Fikri maddi faaliyet görüşü”ne göre, kamu görevi az çok fikri bir faaliyettir, kamu hizmeti ise bedeni ve mekanik bir faaliyettir. “Karma görüş” ise, asli ve asli olmayan görev ayırımına yer vererek, asli görevin yerine getirilmesi ile kamu görevi, asli olmayan faaliyetin yerine getirilmesinde ise kamu hizmetinin söz konusu olacağını belirtmektedir. Bkz. **Sancakdar**, s. 77 vd. **Soyaslan**, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, s. 46 vd.

¹³⁵ “279 uncu maddemize göre ise, maddenin şümülüne giren ajanları tayin bakımından birinci ve başta gelen -ve itiraf etmeli- ve aynı zamanda tayini de en güç olan şart bunların bir âmme vazifesi görmeleridir. Âmme vazifesi tabirini, âmme hizmeti tabiri ile müteradif addedebiliriz.” **Dönmezer, Sulhi**, Mahkeme İçtihatları, İÜHF., C.: IX, S.: 3-4, İstanbul 1944, s. 822. Sayın Dönmezer bu görüşünü daha sonradan değiştirmiş ve âmme görevi ile âmme hizmeti kavramlarının farklı anlam taşıdıklarını, âmme görevi ifa edenlerin memur olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Bkz. **Dönmezer, Sulhi**, “Mahkeme İçtihatları, Şehir Tiyatrosu Artistleri, Ceza Kanununun Tatbiki Bakımından Memur Sayılmazlar”, İÜHF., C.: XIV, S.: 3-4, 1948, s. 953 vd. **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 75.

“...ceza kanunumuzun tatbikatında (Devlet dahil) herhangi bir âmme müessesinde herhangi bir âmme hizmet veya vazifesi gören herkes (memur, müstahdem veya diğer kimseler: mümessil, ajan vekil ve saire) memur sayılmaktadır.” **Bengü**, s. 121.

“Kamu görevi ya da kamu hizmeti; Devletin, vatandaşlarının yararına yerine getirilmesini sağlama, zorunlu veya gerekli olan ödevlerinin tümünü ifade etmektedir.” **Arıca**, s. 15.

Sayın Soyaslan kamu görevi ile kamu hizmetini açıklayan görüşlere yer verdikten sonra bu konuda, “Aslında bizce de kamu görevi ile kamu hizmeti arasında fark yoktur. Belki derece farkı vardır. Ancak ikisi de kamu görevidir. Ceza hukuku böyle bir ayırım yapmakla kendi açısından sonucu büyüttü. Bunun nedeni bir yandan görevin ihlali veya suiistimali halinde memura daha ağır bir sorumluluk yüklemek, diğer yandan memuru görevi dolayısıyla muhtemel tecavüzlere karşı daha fazla korumak istemektir.” şeklinde bir sonuca varmıştır. Bkz. **Soyaslan**, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, s. 49.

¹³⁶ **Artuk- Göçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 254. **Kunter**, “Ceza Tatbikatında Âmme Vazifesi Ve Âmme Hizmeti.”, s. 759 vd. **Selçuk**, Memur Yargılaması Hakkında, s. 95. **Kara**, s. 10 vd. **Selçuk**, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 33. **Çağlayan**, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur...”, s. 47 vd.

yetkinin ve kamu hukuku kurallarına (genel idare esaslarına, Anayasa m. 128) göre oluşturulan iradenin kullanılıp örgütlenmesini yansıtan etkinlikler bütünüdür. Âmme hizmeti ise, devletin ikincil nitelikteki amaçlarını gerçekleştirmek için, başkalarına da bırakabildiği etkinliklerdir”¹³⁷ veya “Devletin herhangi bir faaliyeti, münhasıran veya daha çok, kendisine has hukuki bir iktidar ve salahiyetin istimali maksadıyla teşkilatlandırıldığı zaman âmme fonksiyonu (görevi), bu iktidar ve salahiyetin kullanılması ikinci planda kaldığı zaman ise âmme hizmeti mevzubahis olur.”¹³⁸

Denebilir ki, yasama ve yürütme faaliyetleri hukuksal nitelikte ve her zaman kamu görevi kapsamında kalmaktadır. Yine hukuksal nitelikteki yürütmenin faaliyetleri kamu görevi olarak nitelendirilmelidir. Ancak toplumsal etkinlik şeklinde gerçekleşen yürütme faaliyetlerinden devletin devlet olarak bütünlüğü ile ilgili olanlar kamu görevi, herkesin yararına olanlar ise kamu hizmeti kapsamındadır¹³⁹.

Yargıtay da yukarıdaki tanımlamalar doğrultusunda kamu görevi ile kamu hizmeti ayrımını gözeterek memur tanımını yapmaktadır. Örneğin bir kararında Yargıtay; “Bir kimsenin TCY.’nın 240. maddesinde yazılı suçtan cezalandırılabilmesi için, T. Ceza Yasası uygulamasında memur sayılan bir kimse olması gerekir. Başka memur suçlarında olduğu gibi bu suçta da memur sıfatı suçun ön koşuludur.... Devlete ait bu tür kuruluşlarda çalışanların T. Ceza Yasası uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle bu kuruluşun Devletin amacı gereği yerine getirmek zorunluluğunda bir iş (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 zorunlu olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Bunlar dışında kalan işler ise, kamu görevi değil, kamu

¹³⁷ Selçuk, Memur Yargılaması Hakkında, s. 98. Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 36. Ayrıca bkz. Gözübüyük, “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları”, s. 8 vd. Bakıcı, Sedat, Ceza Yargılaması Ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2000, s. 563 vd. Bir işin kamu görevi olarak kabul edilmesi için, sadece kamunun menfaatine tahsis edilmesi yeterli değildir. Bu işin, aynı zamanda devlet veya bir kamu kurumunca yerine getirilmesi gerekmektedir. Yine bir faaliyetin kamu görevi olarak tespit edilmesi için, o işin kanun tarafından kamu görevi olarak kabul edilmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda o işin kendi yapısında da kamu görevi niteliğinin yer alması gerekmektedir. Buradan hareketle kamu görevi bir yetkinin kullanılması olduğu halde, kamu hizmeti daha çok bedeni ve mekanik bir iştir. Ögel, Ragıp, “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar, Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap”, AC., No: 21, S.: 7, 1941, s. 472 vd. Kavas- Kavas, s. 60 vd.

¹³⁸ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 250.

“...T. Ceza Yasası uygulamasında memur sayılabilmesi için, öncelikle bu kuruluşun Devletin amacı gereği yerine getirmek zorunluluğunda bir iş (kamu görevi) yapıyor olması gerekir.

¹³⁹ Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 39.

hizmetidir. TCY.’nın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kamu hizmeti yapanlar ceza uygulamasında memur sayılmazlar.” diyerek kamu görevi ile kamu hizmetini tanımlamaya çalışmış ve ceza uygulamasında kimlerin memur sayılacağını belirtmiştir¹⁴⁰.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda âmme görevi ile âmme hizmetinde bulunanların ayırımına gelince; fert hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunmak suretiyle hukuki bir iktidar ve yetkiyi kullandığı veya bu tasarrufların ortaya konmasına veya fiillerin ifasına, âmme hukuku usulüne uygun bir biçimde iştirak ettiği veya yardımda bulunduğu durumlarda, âmme vazifesinde; bu şartların bulunmaması halinde ise âmme hizmetinde bulunuyor demektir. Yani hukuki tasarrufları oluşturan veya hukuki fiilleri yerine getirenler ile bunların faaliyetlerine âmme hukuku usulü çerçevesinde katılan kişiler âmme vazifesi gördükleri için memur; hukuki tasarruf veya fiilleri yapmayan, bunlara yardım etmeyen, hukuki tasarruf veya fiilleri yapanlara iştirak etmekle birlikte bu iştirakleri âmme hukuku usulü çerçevesinde kabul edilmeyen kimseler âmme hizmeti gördüklerinden, âmme hizmetiyle muvazzaf kimseler olarak kabul edilirler¹⁴¹.

e- TCK. 279’uncu Maddedeki Memur Tanımı

279’uncu madde memur sayılan kimseleri iki kısma ayırarak incelemiştir¹⁴². Memur ya devlet veya bir âmme müessesesinin müstahdemi olur veya olmaz. Maddenin birinci fıkrasının birinci bendi müstahdem memurlardan bahsettiği halde ikinci bendi “diğer kimseler” lafzına yer vererek müstahdem olmayan memurlara işaret etmektedir. Memurların çoğunluğu aynı zamanda müstahdemdir. Bir kimsenin müstahdem olarak kabul edilebilmesi için üç unsur kendisinde toplamalı gerekmektedir. Bunlar, yaptıkları işi bir ivaz karşılığında yerine getirir, bu işi

¹⁴⁰ Yarg. 4. CD., 03.07.1995/853-5042, YKD., C.: 22, S.:1, 1996, s. 126 vd.

¹⁴¹ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 251 vd. Ayrıca bkz. Kunter, “Ceza Tatbikatında Âmme Vazifesi Ve Âmme Hizmeti...”, s. 765 vd. Arıca, s. 7. Sayın Dönmezer kamu görevini yerine getirenleri; “...icrai karar alan veya icrai karar alacak mercie doğrudan doğruya buna ait malzemeyi hazırlayan...” şeklinde tanımlamıştır. Dönmezer, “Mahkeme İçtihatları, Şehir Tiyatrosu Artistleri...”, s. 953.

¹⁴² “279’uncu maddenin vaazı sebebi Ceza Kanununa göre memuriyet sıfatının bir suç unsuru veya ağırlatıcı sebebi yahut mağdurun memur sıfatını haiz bulunması yine yerine göre bir ağırlatıcı sebep yahut unsur teşkil etmesi halleri için bir tarif vermektir.” Dönmezer, “Mahkeme İçtihatları, Şehir Tiyatrosu Artistleri...”, s. 951.

devamlı ve isteyerek yaparlar¹⁴³. Bir müstahdemin memur sayılabilmesi için teşrii, idari veya adli bir âmme vazifesi görmesi gerekmektedir.

Bunu yanında bir çalışma (istihdam) bağlantısı olmayan kimseler de vardır ki bunlar, 279'uncu maddenin birinci ve ikinci fıkralarının 2'nci bentlerinde “diğer kimseler” olarak nitelendirilmişlerdir. Bu kişiler müstahdem olmadıkları halde memur ya da kamu hizmeti ile görevli olan kimselerdir¹⁴⁴.

aa- Devlet Veya Bir Âmme Müessesesinin Müstahdemi Olan Memurlar

aaa- Teşrii (Yasama) Bir Âmme Vazifesi Gören Müstahdemler

Bu guruba girenlerin başında milletvekilleri gelmektedir. Milletvekilleri tam manasıyla müstahdem olarak nitelendirilemezler. Çünkü, yaptıkları işte “meslek edinme” ve “devamlılık” unsurları yer almamaktadır. Fakat 279'uncu maddenin birinci bendinde “muvakkaten” dahi olsa âmme vazifesi görenlerin müstahdem sayılacakları belirtildiği için, milletvekilleri de bu bende girmektedir¹⁴⁵. Başbakan ve bakanlar bu grupta yer almakla birlikte, 1982 Anayasası uyarınca seçilmeyle birlikte milletvekilliği sona erecek olan Cumhurbaşkanının burada zikredilmemesi gerekir¹⁴⁶.

bbb- İdari Bir Amme Vazifesi Gören Müstahdemler

Bu sınıfa esas itibariyle merkez teşkilatına bağlı bütün organlar girer. İdari görevleri gereği Cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, müsteşar, genel müdürler, bakanın şahsına ait idari işleri gören hususi kalem müdürleri, müfettişler, Sayıştay üye ve başkanları, merkezi idarenin taşra teşkilatında yer alan vali, kaymakam, nahiye müdürleri hukuki fiil ve tasarruflarda bulunduklarından idari bir âmme vazifesi görürler ve bu gruba dahildirler. Bunlarla birlikte defterdarlar, hesap uzmanları, inzibatı temin eden Devlet Demiryolları müstahdemleri, diploma, disiplin

¹⁴³ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 262. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 257. Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 41.

¹⁴⁴ Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 41.

¹⁴⁵ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 259. Selçuk, Memur Yargılaması Hakkında, s. 101-102. “Meb’uslar: Memuriyet vazifesi yapmadıkları halde teşrii faaliyette bulunduklarından Ceza Kanunu bunları da âmme vazifesi ifa eden addetmiştir. Yeminden evvel dahi âmme vazifesi ifa halinde olduklarından bu sıfatı haizdirler, memur sayılırlar.” Ögel, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet”, s. 84.

¹⁴⁶ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 262 vd.

cezası verme, imtihan yapma gibi hususlarda öğretmenler, üniversite hocaları idari bir âmme vazifesi görürler¹⁴⁷.

Bazı müstahdemler yapmış oldukları işin niteliğine göre hem bir âmme vazifesi ve hem de âmme hizmeti görebilirler. Örneğin bir öğretmen ders anlatırken yapmış olduğu iş, hukuki bir tasarruf niteliğinde olmadığından âmme hizmetidir. Bu öğretmen aynı zamanda disiplin cezası verdiğinde veya sınıf geçirdiğinde yapmış olduğu faaliyet, hukuki tasarruf niteliğinde olup öğrencinin hukuki durumunu etkilediğinden âmme vazifesi görmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus suçun, âmme vazifesi yapılırken işlenmesi halinde şahıs memur olarak kabul edilmeli, diğer durumda, yani âmme hizmetinin görüldüğü esnada işlenmesi halinde ise şahsa memur sıfatının tanınmaması gerekmektedir¹⁴⁸.

ccc- Adli Bir Âmme Vazifesi Gören Müstahdemler

Bunlar ya bizzat hukuki tasarruf veya fiilde bulunarak yahut bunların ortaya konmasına veya ifasına âmme hukuku usulüne uygun bir şekilde katılarak adli birer âmme vazifesi gören hakimler, savcılar, zabıt katipleri, mahkeme baş katipleri, veznedarlar, icra memurları, mübaşirler, adli görev yapan zabıta ve bunların yardımcıları olan kır bekçileri, çarşı, köy ve mahalle bekçileri, Danıştay başkan, üye ve yardımcıları ile katipleridir¹⁴⁹.

bb- Devlet Veya Bir Âmme Müessesesinin Müstahdemi Olmayan Memurlar

Devlet ile arasında istihdam bağı bulunmayan bir kişinin memur olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle, kanun tarafından bu kişiye, bir kamu görevini yerine getirmesi için imkan tanınmış olmalıdır. Eğer kanun, kişiyi kamu görevini yerine getirme hususunda mükellef kılmışsa, bu görev mecburi; sadece imkan tanıyorsa görev ihtiyari olarak algılanmalıdır. İkinci olarak, devletle kamu görevini yerine

¹⁴⁷ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 260-261. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 263. Şekercioğlu, s. 21. Ögel, “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar”, s. 479 vd.

¹⁴⁸ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 261. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 263.

¹⁴⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 263 vd. Şekercioğlu, s. 20-21. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 260. Ögel, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet”, s. 85 vd.

getiren kişi arasında bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının kurulması, üçüncü olarak da kişi tarafından yerine getirilen faaliyetin bir kamu görevi olması gerekmektedir¹⁵⁰.

aaa- Teşrii Bir Âmme Vazifesi Gören Hususi şahıslar

Bu sınıfta ilk akla gelecek olan yasama organının meydana gelmesi için oy kullanan seçmenlerdir. Her ne kadar seçmenler kanunun tanımış olduğu bir yetkiyle oy kullanmakta iseler de bu hak bütün vatandaşlara tanınmıştır. Bununla seçmen siyasi iradesini ortaya koymakta, sübjektif bir âmme hakkını kullanmaktadır. Dolayısıyla devlet ile seçmen arasında özel bir âmme hukuku ilişkisi mevcut değildir ve seçmenler memur sayılmamalıdır¹⁵¹.

bbb- Adli Bir Âmme Vazifesi Gören Hususi şahıslar

Adli makam ve memurları tarafından celbedilen veya bu makamlar huzurunda şehadette bulunmaya davet olunan tanıklar, yine özel bilgi ve beceri gerektiren, hukuki konular dışında adli makamlar tarafından yardımına başvuru bilirkışiler, yapmış olduğu iş gereği hukuki bir tasarrufta bulunarak âmme vazifesi ifa eden hakemler, adli makam veya merciiler karşısında bulunmadan örneğin, istışari mütalaa beyan ettiği zamanda yahut bir sözleşme düzenlediği zamanlar hariç, söz konusu makamlar önünde müvekkilini temsil ederek verilecek karar veya hükümlere kendi fiil ve iradesiyle katkıda bulunmaları nedeniyle toplumsal müdafaa makamını işgal eden avukatlar, iflas idaresi mensupları, yediemin olarak görev verilen kişiler ceza kanunu uygulamasında devlet veya bir âmme müessesesinin müstahdemi olmayan memurlar sınıfında kabul edilmektedirler¹⁵².

ccc- İdari Bir Âmme Vazifesi Gören Hususi şahıslar

Bunların başında noterler gelmektedir. Noterlik Kanununa göre, noterler, gerek bu kanunla ve gerek diğer kanunlarla verilmiş olan görevleri yerine getirirken

¹⁵⁰ Bkz. Erman, Sahir, “İflas İdaresi Memurları ceza Kanunu Tatbikinde Memurdurlar”, İÜHFM., C.: XLI, S.: 3-4, 1975, s. 32.

¹⁵¹ Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 266. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 264.

¹⁵² Bkz. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 266 v.d. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 265 vd. Ayrıca bkz. Ögel, “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar”, s. 477 vd. “... vazifenin muvakkat veya daimi olmasında fark yoktur. Muvakkat mefhumuna yalnız bir muamele icrası hali de dahildir. şu halde, bir veya birkaç muamelenin ifası muvakkat memurluk yapmak sayılır. Mesela meşhut suçlarda zabıtaca kendisinden yardım istenen bir ferdin yardım vazifesi gibi.” Ögel, “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar”, s. 475.

hukuk düzeninde belli sonuçlar doğuran işlemler yapmakta, özellikle hukuk davalarında katî delil olarak kabul gören resmi senetleri düzenlemektedirler¹⁵³. Bu nedenle noterler idari bir âmme vazifesi gören hususi şahıslardandır¹⁵⁴.

Bir âmme görevini yerine getirdiği esnada imtiyaz sahibi de ceza uygulamasında memurdur. İmtiyaz sahibi kendisine verilen yetkileri kullandığı sırada bir takım ayrıcalıklarla donatılmıştır. İşte bu yetkileri kullanırken imtiyaz sahibi memur, bunun dışında kalan faaliyetleri yerine getirirken âmme hizmetiyle muvazzaf kimse olarak kabul edilmelidir¹⁵⁵.

Ceza kanunu uygulamasında memur tanımı için sonuç olarak denebilir ki, kişinin memur olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bir istihdam bağı ile devlet veya bir âmme müessesesi tarafından istihdam edilmesine yani müstahdem olmasına gerek yoktur. Ancak müstahdem ise bir âmme vazifesi görmesi veya bu faaliyete âmme hukuku usulü çerçevesinde katılması, müstahdem değilse, âmme vazifesini kanunun açık bir emrine veya iznine dayanarak ve kendisiyle devlet arasında meydana gelen özel bir kamu hukuku ilişkisi gereğince yerine getirmesi veya buna iştirak etmesi gerekmektedir. Kanun maddesi bu tanımlamayla müstahdem olmayan kimselerinde memur sayılmasına olanak tanıyarak memur tanımını bir ölçüde genişletmekte, diğer taraftan da âmme hizmeti yapanları bunların dışında tutarak çerçeveyi daraltmaktadır.

f- Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personelinin Cezai Sorumluluğu

Kamu İktisadi Teşebbüsleri¹⁵⁶ personeli TCK.'nın 279'uncu maddesi anlamında memur değildir. Çünkü KİT. personelinin yerine getirmiş olduğu faaliyetler, devletin amacı gereği yerine getirmek zorunda olduğu işlerden olmadığı için "âmme vazifesi" değil, "âmme hizmeti" görmektedir. TCK.'nın 279'uncu

¹⁵³ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 266. Erman-Özek, s. 490. Erman, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", s. 269.

¹⁵⁴ "Bu itibarla noteri kamu hizmeti gören kimse olarak niteleyen TCK 483/1. madde 279. madde ile çelişki halindedir." Erman-Özek, s. 208. dn. 13.

¹⁵⁵ Erman, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", s. 269-270. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 266.

¹⁵⁶ Kamu İktisadi Teşebbüsleri, sermayesinin tamamı devlet tarafından verilmek suretiyle kendi kuruluş kanunları çerçevesinde meydana getirilen, hükmi şahsiyete sahip, yine kendi kanunları dairesinde mali ve idari mahiyette malik olmak şartıyla ve sermayeleri ile sınırlı sorumluluğa sahip olan, 223 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel kanun hükümlerine tabi kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Tarhan, Nuri, "İktisadi Devlet Teşekküllerinde Ceza Sorumluluğu", AD., Y.: 52, S.: 3-4, Mart-Nisan 1961, s. 263. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 36.

maddesi bakımından âmme vazifesi görmeyen kişiler memur olarak değerlendirilemez ve memur gibi cezalandırılmazlar¹⁵⁷. Bu durum karşısında KİT. personelinin sermayesi devlete ait olan bu kuruluşların varlıklarına karşı suç işlemeleri halinde memurlar gibi cezalandırılmazmaktaydı. Buna engel olmak için kanun koyucu, önce bu kurumların kuruluş kanunlarında, daha sonraları ise bütün KİT. personelini kapsayacak şekilde genel nitelikte kanun ve KHK. çıkartma yoluna başvurmuşur¹⁵⁸.

KİT. personelinin cezai sorumluluğunu düzenleyen 21.3.1961 tarih ve 440 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. 20.5.1983 tarihinde yürürlüğe giren 60 sayılı KHK. ise tüm KİT.'leri aynı mevzuata tabi tutmuştur. Bu KHK. 22.10.1983 tarihinde 2929 sayılı Yasa ile kanunlaşmış ve böylece KİT. personelinin memur suçlarını işleme ve memurlar gibi cezaya tabi tutulmaları mümkün olmuştur. Daha sonrasında 18.6.1984 tarihli ve 233 sayılı KHK. 2929 sayılı Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırmış, bu KHK.'yi değiştiren 5.1.1988 tarih ve 308 sayılı KHK. yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi 25.7.1989 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 5/55 sayılı kararı ile 233 ve 308 sayılı KHK.'lerin bazı hükümlerini iptal edince, KİT. personelinin cezai sorumluluğunu düzenlemek üzere 22.1.1990 tarih ve 399 sayılı KHK. yürürlüğe girmiş¹⁵⁹, bu KHK.'nin ceza hükümlerini Anayasa Mahkemesi 4.9.1991 tarih ve 12/7 sayılı kararı ile iptal edince, 11.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanun ile KİT. personelinin cezai sorumluluğunu belirlemek üzere 399 sayılı Kararnamenin 11'inci maddesine (b) ve (c) bentleri eklenmiştir¹⁶⁰. Bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar

¹⁵⁷ “ Bu sebeplerden ötürü:

1- Devlet İktisadi Teşekküllerinin faaliyet ve çalışma elemanlarının Devlet memuru sıfatını haiz olamayacaklarına, ancak,

2- 3460 sayılı Kanunun kırk üçüncü maddesinde yazılı suçlarla beraber müesseseyi ızrara müntehi olan kasta makrun ihmal suçlarından dolayı Devlet memurları hakkında tatbik edilen cezayı göreceklrine ve,

3- Memurin Muhakematı Kanunu hükümlerinin kendilerine uygulanmasına imkan bulunmadığına karar verildi.” YİBK. 28.3.1945/1-6, (Sımmaz, Burhan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları(Hukuk-Ceza), 1926-1998 Arasında Yayınlanmış Tüm İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 315.). Tarhan, s. 265.

¹⁵⁸ Bkz. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 36 vd. Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 262 v.d. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 266 vd. Bakıcı, s. 531.

¹⁵⁹ 399 sayılı KHK.'nin 11/b maddesine göre KİT. personeline;

“Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına, para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı haklarında TCK. 2. kitap 3. ve 6. bablarındaki hükümler” uygulanacaktır.

¹⁶⁰ 11/b maddesi;

“Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına, para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve

KİT. personelinin memurlar gibi cezalandırılacakları suçlar, “bağlı olduğu teşebbüsün parası, malları ve başka varlıkları üzerinde işlediği suçlarla” sınırlı olduğu halde getirilen değişiklikle bunlara ek olarak “yaptıkları görevden doğan suçlarda da” memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilerek sorumluluk alanı genişletilmiştir¹⁶¹.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, görevi kötüye kullanma suçunun faili, öncelikle TCK.’nın 279’uncu maddesinin birinci fıkrasında iki bent halinde düzenlenen, âmme vazifesini yerine getiren kişilerdir. Bunun dışında özel kanunlarında memur sayılan kuruluş personelinin durumu¹⁶², 279’uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan memurların durumları ile aynıdır. Yine özel kanunlarında memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilen kuruluşların personelleri¹⁶³, ilgili özel kanunlarının kapsamında görevi kötüye kullanma suçu kabul edilmiş ise, TCK. 240’ıncı madde de düzenlenen suçun faili olabilirler¹⁶⁴.

defterleri üzerinde işledikleri suçlar ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında TCK. 2. kitap 3. ve 6. baplarındaki hükümler uygulanır”, 11/c maddesi ise;

“Görevlerini yaptıkları sırada öğrendikleri gizli belgeleri, görevden ayrılmış olsalar bile, yetkili amirin izni olmadan açıklayamazlar. Aksi halde haklarında TCK. ’nın 229. maddesi hükümleri uygulanır.” hükmünü içermektedir.

“...sanığın emri altındaki hizmetlilere özel işlerini yaptırmak suretiyle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu da işlediği ve 3771 sayılı Yasayla değişik 399 sayılı Y.H.K.nin 11.maddesi uyarınca yaptığı görevden doğan suçlarında da memur gibi cezalandırılacağı gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeyle beraat hükmü kurulması,” Yarg. 4. CD., T. 14.02.2000, E. 1999/10150, K. 2000/984.

¹⁶¹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 268 vd. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 38.

¹⁶² 4792 sayılı SSK. Kanununun 7’inci maddesinde; *“Kurumun memur ve hizmetlileri Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasında Devlet memuru sayılır.”* hükmü yer almaktadır. 57 sayılı Anadolu Ajansının Malları ve Personeli Hakkında Kanunun 2’inci maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır.

¹⁶³ 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Hakkında Kanunun 11’inci maddesi kuruluşun *“...para ve malları, bilanço, zabıtname, rapor ve başka bütün evrak, defter ve belgeleri üzerinde suç işleyen...”* personelin memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir. Yine 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 62’inci maddesi, yönetim kurulu üyelerinin ve kooperatif memurlarının *“...kooperatifin para ve malları, bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı ‘Devlet memurları’ gibi...”* cezalandırılacaklarını belirtmiştir.

KİT.’ler hakkındaki 399 sayılı KHK.’nin 11/b maddesindeki düzenleme ile KİT. personelinin *“... ifa ettikleri görevlerinden dolayı memur sayılarak...”* memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilmiş ve personelin sorumluluk alanı genişletilmiştir. Zira 3771 sayılı Kanun ile düzenlenmeden önceki hali ile, KİT. personelinin memurlar gibi cezalandırılacakları suçlar, “bağlı olduğu teşebbüsün parası, malları ve başka varlıkları üzerinde işlediği suçlarla” sınırlı idi.

¹⁶⁴ “Ancak; bir kimsenin TCY.nın 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 cezalandırılacağı bildirilmiş bulunması gerekir. Zonguldak Amatör Spor Kulüpleri Federasyon Başkanı olan ve 2908 sayılı Dernekler Yasası hükümlerine bağlı bulunan sanığın T.C. Yasası uygulamasında memur sayılmayacağı, bu nedenle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilen “federasyon yönetim kurulunu toplantıya çağırma, yönetim kurulu kararı almadan faturalı harcamalar yapma ve federasyon merkez binasını değiştirme” eylemlerinin 2908 sayılı Yasanın 75. ve 87. maddeleri içinde

Memur sayılan veya memurlar gibi cezalandırılan kişilerin, suçun işlenmesinden sonra memuriyet görev ve sıfatının kalkmış olması, TCK.'nın 280'inci maddesi gereği, işlediği görevi kötüye kullanma suçunun sorumluluğunu kaldırmayacaktır¹⁶⁵.

III- SUÇUN MAĞDURU

1- Genel Olarak

İşlenen bir suçun mağduru, suç ile zarar verilen veya tehlikeye sokulan hakkın veya menfaatin sahibidir¹⁶⁶. Her suçun tabii ve zorunlu mağduru devlet olduğu gibi, bazı suçların kişilere karşı işlenmesi halinde bunlara zarar verebilecek ve bu kişiler de devlet ile birlikte o suçun mağduru sayılacaklardır¹⁶⁷.

değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, öğeleri oluşmayan suçtan yazılı biçimde cezalandırılmasına karar verilmesi..." Yarg. 4. CD., 10.12.1996/8205-9370, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

"...sanıkların görevli bulundukları O... Soya Sanayii A.Ş.'nin 1987 yılında bir kısım birlikler ve özel kuruluşlara satılarak özelleştirildiğinin anlaşılması karşısında, Ceza Yasası uygulamasında memur sayılmayacakları gibi memurlar gibi de cezalandırılmayacaklarından..." Yarg. 4. CD., 19.06.2000/4031-5383, YKD., C.: 26, S.: 11, 2000, s. 1771.

"... TCY.'nin 240.maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu, Ceza Yasası uygulamasında memur sayılan, yada belirli durumlarda memurlar gibi cezalandırılabilen bir kimsenin yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Genel kasıtlı işlenmekte olan bu suçun oluşumu için memurun görevde yetkiyi kötüye kullanma özel kastıyla hareket etmesi gerekmez." Yarg. 4.CD. 26.06.2000/2960-5558.

"... Sanık Muhammet'in kooperatif yönetim kurulu kararı ile kooperatife muhasebeci olarak atanıp atanmadığı araştırılıp 1163 sayılı Kooperatifler Kanunun 62. maddesi uyarınca memur gibi cezalandırılmasına olanak bulunup bulunmadığı saptanmadan, ilçede muhasebeci olarak çalışan sanığın görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi..." Yarg. 4. CD. 20.06.2000/4706-5520, YKD. C.: 26, S.:11, 2000, s. 1772 vd.

"S.S.Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi yönetim kurulu üyeleri olan sanıkların, oluşa uygun kabule göre, bir kısım üyeleri taşıma işinde kayırmaları, sağlıksız sıra listesi tutup, üyelerine dağıtmak üzere aldığı kömürleri 8 kişiye dağıttıktan sonra dağıtımdan vazgeçmekten ibaret eylemlerinin, 1163 sayılı Yasanın 62/3.maddelerinde açıklanan suçlardan bulunmadığı anlaşıldığından, ceza uygulamasında memur sayılmayacakları gözetilmeden, TCY'nın 240/2. maddesiyle hükümlülüklerine karar verilmesi.." Yarg. 4.CD. 21.06.2000/2152-5096.

¹⁶⁵ "Ancak; görev yaptığı sırada edindiği çevreyi, emekliye ayrıldıktan sonra kullanma çabası içinde olduğunu savunmasında ikrar eden sanığın Triyör ve Grivata ihalesine katılmış olan H... firmasına 18.12.1993 tarihinde çektiği faksta ihaleye katılan diğer firmaların verdiği tekliflerle ilgili gizli kalması gereken hususlar hakkında bilgi sızdırmak suretiyle görevde yetkisini kötüye kullandığı gözetilmeden beraatine karar verilmesi..." Yarg. 4. CD., 17.12.1997/9159-11361, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

¹⁶⁶ Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 426. Soyaslan, s. 208. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 459. Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 68 vd. Öztürk - Erdem - Özbek, s. 295 vd.

¹⁶⁷ Dönmezer - Erman, II., s. 426. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 460.

Suçun mağdurunu suçun konusu ile karıştırmamak gerekir. İşlenen bir suçta hak ve yararı zarar gören ile bu hak ve yararın sahibi aynı kişiler ise, suçun mağduru ile konusu aynı şahısta birleşmiş demektir. Örneğin, müessir fiil suçlarında mağdur, müessir fiilin konusu ile birleşmektedir. Ancak, her durumda böyle bir birleşme söz konusu olmayabilir. Yani ihlal edilen hak ve menfaatin sahibi ile suçun konusu aynı şahısta toplanmayabilir. Mesela küçüğün rızası ile alıkonulması veya kaçırılması suçunda, suçun konusunu alıkonulan veya kaçırılan küçük oluşturduğu halde, hak ve menfaati yani velayet hakkı ihlal edilen anne ve babadır. Bununla birlikte suçun mağduru ile suçtan zarar gören kimse arasında da farklılık vardır. Gerçektende bir suçun işlenmesi durumunda, suçun mağdurunun yanında başka bir kişinin de hukuken korunan menfaati ihlal edilmiş olabilir. Örneğin adam öldürme suçlarında, suçun mağduru ölen şahıs olduğu halde, ölenin akraba veya mirasçıları da suçun mağduru olmadıkları halde, suçtan zarar görmüşlerdir¹⁶⁸.

Her suçta mağdur ile fail farklı kimselerdir. Yani işlenen bir suçta kişi, hem suçun faili hem de mağduru olamaz. Dolayısıyla, intihar, kendi kendini sakatlama veya kendi malına zarar verme fiillerini işleyen kişi, aynı zamanda bu hak ve menfaatlerin tek sahibiyse, suç oluşmayacaktır. Ancak bu fiiller başkalarının menfaatlerine zarar verdiği takdirde, cezalandırılacaktır. Örneğin kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek (As.CK. m. 79) fiili bir suçtur ve yaptırıma tabi tutulmuştur¹⁶⁹.

Suçun mağduru sadece gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Bu nedenle kişilikleri olmayan hayvan veya eşyalar¹⁷⁰, suçun konusu olsalar dahi mağduru olamayacaklardır. Gerçek kişilerin mağdur olabilmeleri için, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları aranmaz. Tam akıl hastaları, küçükler ve isnad yeteneğinden yoksun kişiler de suçun mağduru olabilirler. Bununla birlikte tüzel kişiler de mağdur olabilir. Ancak, bunun için işlenen suçun tüzel kişiye karşı işlenebilen suçlardan olması gerekir¹⁷¹.

¹⁶⁸ Dönmezer - Erman, II., s. 426-427. Soyaslan, s. 208.

¹⁶⁹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 459. Dönmezer - Erman, II., s. 431-432.

¹⁷⁰ Ceza ilişkisi, sadece kişilikleri bulunan varlıklar arasında kurulabileceğinden hayvan ve eşyalar suçun mağduru olamazlar. Ceza kanunumuzun hayvan veya cesetlere karşı işlenen bazı fiilleri suç sayıp cezalandırma yoluna gitmesi, suçun mağdurunun hayvan veya ceset olmasından değil, birinci halde mağdur, hayvanın sahibi; ikinci halde ise cesetlere gösterilmesi gereken genel saygı duygusunu koruyucu sıfatı ile devlettir. Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 427.

¹⁷¹ Dönmezer - Erman, II., s. 427-428.

İnceleme konumuzu oluşturan görevi kötüye kullanma suçu, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler başlığını taşıyan ikinci kitabın üçüncü babında düzenlenmiş olup, suçun mağdurunu devlet idaresi oluşturmaktadır. Bu nedenle devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerin ve suçun mağduru olan devlet idaresi kavramının açıkça ortaya konması gerekmektedir.

2- Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler

A- Devlet İdaresi Kavramı

İlk çağlardan bu yana insan topluluklarında fertlerin yaşayışını düzenleyen bir teşkilata ve otoriteye rastlamaktayız. Toplumun her sınıfında bu iktidar ve otorite kendini göstermekte, ailede baba, sendikada başkan, devlette devlet reisi, dinde halife ve papa gibi unsurlar bulundukları sınıfları veya gurupları yönetmektedirler. Bu iktidar guruplarının içinde devlet en önemli yeri teşkil etmektedir. Zira devlet, fertlerin ve toplulukların bir toplamı olmayıp, onları aşan bir varlıktır. Bununla devlet kullanmış olduğu iktidar ile toplum yaşantısının ihtiyaçlarını karşılamak durumundadır¹⁷².

Devlet, sahip olduğu karmaşık yapı itibariyle tanımlaması güç bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte en yaygın tanım, devletin ülke, insan ve iktidar unsurları dikkate alınarak yapılmaktadır. Batı ülkelerinde XVI. Yüzyıldan sonra kullanılmaya başlanan devlet terimini, sınırları tayin ve tespit edilmiş belli bir coğrafya üzerinde yaşayan, yaptırım gücüne sahip üstün iktidar tarafından yönetilen insan topluluklarının oluşturduğu siyasi bir kuruluş olarak tanımlamak mümkündür¹⁷³.

Üstün otoriteyi temsil eden devlet, XIX. Yüzyılın ikinci yarısında faaliyet alanını önemli ölçüde genişletmiş, toplumun iç ve dış güvenliğini sağlayan bir kurum olmaktan çıkmış, fertlerin hak ve menfaatlerinin korunması yanında toplumun ortak menfaatlerinin gelişmesini de sağlar duruma gelmiştir¹⁷⁴. Devlet, toplum ihtiyaçlarını karşılarken belli bir hukuk düzeni kurmak, kurulu olan hukuk düzeninin gereklerini yerine getirmek ve bu hukuk düzenini muhafaza etmek durumundadır. İşte devlet,

¹⁷² Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 666.

¹⁷³ Bkz. Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, İkinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1991, s. 108. Hazır, Hayati, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Literatür Yayınları, Konya 1994, s. 15.

¹⁷⁴ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247. Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 665.

birleştirici bir hükümlan kurum ve hükümet olmaktan başka, sosyal güveni ve düzeni garanti altına almaya, bireylerin gelişimini sağlamaya, toplumun refahı ve korunması için gerekli olan faaliyetleri yerine getirmeye çalıştığı zaman “devlet idaresi” olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet tüm bu faaliyetleri yerine getirirken sistematik olup, organlarını kullanır. Kendilerine idari faaliyet yetkisi verilen bu organlar devlet idaresini oluşturur¹⁷⁵.

Devlet idaresine geniş ve dar manalar verilmektedir. Var olan türlü vasıtalarla işlerin yürütülmesi, belli amaçlar için icra edilen faaliyetler olarak düşünüldüğünde devletin bütün fonksiyonlarını içine almış, buna karşılık dar manada devlet idaresini düşündüğümüzde, devletin yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalan bütün faaliyetlerini ifade etmiş oluruz¹⁷⁶. Başka bir anlatımla dar manada devlet idaresi, devletin icraya ait fonksiyonlarını yerine getiren örgütlenme ile bunun içinde yer alan memurları ve hizmetlileri ifade eder¹⁷⁷. Ceza hukukunda ise devlet idaresi kavramı geniş manada kullanılmıştır¹⁷⁸. Yani idarenin faaliyetleri yanında yasama ve yargının faaliyetleri de bu bölümde yer almaktadır. Ceza Kanunumuzda “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” babında yalnız idareye mensup memurların değil, yasama ve yargı mensuplarının faaliyetlerini yerine getirirken kanunun kendilerine verdiği yetkiyi kötüye kullanmalarını, bu suretle menfaat edinmelerini veya faaliyetlerinde ihmal göstermelerini suç sayarak düzenlemenin yanında, memur olmayan kişilerin, memurlara veya devlet idaresine karşı işledikleri bir kısım suçları da bu bab içinde işlemiştir¹⁷⁹.

Devlet idaresini koruma ihtiyacının hissedilmesinin nedeni, devletin toplum hayatı içine girmesi ve faaliyet alanının çok genişlemesi ile aleyhine işlenen suçların sayısının artması ve karmaşık bir hal almasıdır. Buna paralel olarak Avrupa’da yeni düzenlemelere gidilmiş ve bunlara uyum sağlamak için TCK.’nın mehzazını teşkil eden 1889 Zanardelli Ceza Kanunundaki değişiklikler Ceza Kanunumuzda “Devlet

¹⁷⁵ Bkz. **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku, Beşinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2001, s. 204 vd.

¹⁷⁶ **Yarsuvat**, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 668.

¹⁷⁷ **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 72. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 250. **Akbulut, İlhan**, “Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu”, İBD., C.: 66, S.: 7-8-9, 1992, s. 741.

¹⁷⁸ **Yarsuvat**, “Ceza Kanununun Uygulamasında Memur...”, s. 520 vd.

¹⁷⁹ **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 73. **Erem**, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 335.

İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” başlığı altında ikinci kitabın üçüncü babında yerini almış ve on iki fasıl halinde düzenlenmiştir¹⁸⁰.

TCK.’da “Devlet İdaresi”nden ne denilmek istendiği açıkça ortaya konmamakla birlikte, 279’uncu maddede memur tanımına yer veren kanunumuz, devlet idaresi kavramına girip, kamu tüzel kişileri ve fonksiyonlarının niteliğini göstermiştir. Ceza kanunumuzun 279/1’inci maddesinde söz konusu tanım yapılırken “... teşrii, idari veya adli bir âmme vazifesi gören...” ibaresiyle devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları gösterilmiş, devamla “... Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri...” ibaresine yer verilerek devletin yanında diğer her türlü kamu tüzel kişileri de, devlet idaresi kavramı ile anlatılmak istenilmiştir. Bu tanımla TCK.’daki devlet idaresinden teşkilat olarak devleti ve diğer her türlü kamu tüzel kişilerini, fonksiyon olarak da yasama, yürütme (idare) ve yargı fonksiyonlarını anlamak gerekir¹⁸¹. Bu bağlamda devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler; “Devlet memurları tarafından bağlı bulundukları kamu yönetimine karşı, kamu görevi kötüye kullanılarak, başka bir anlatımla kamu hizmeti bozulmak suretiyle işlenen suçlar olarak tanımlanabilir”¹⁸².

B- Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Fiilleri Cezalandırmakla Korunmak İstenen Hukuki Menfaat

Devlet, organları ve fonksiyonları ile toplumun ihtiyaçlarını karşılamak, huzur, sükun ve gelişmeyi sağlayabilmek için çaba harcamaktadır. Devlet idaresi aleyhine işlenen fiiller ile devletin fonksiyonel faaliyetleri ve âmme idaresi prestiji zarara uğramış olur. Bu nedenle kişisel çıkaralar sağlamak amacıyla devletin bu fonksiyonlarını yerine getirmesini sekteye uğratacak fiillerin cezalandırılması gerekmektedir¹⁸³. Zira devletin el attığı işleri yürütecek olan kişiler, belli şartları sağlayan ve ehil olan kişiler, kamu faaliyetlerini yürütmeleri için çeşitli yetkilerle donatılmakta ve bu şahıslar kamu gücüne dayanarak işlemler yapmaktadırlar.

¹⁸⁰ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 247. Devlet idaresine karşı işlenen cürümler, ya memurlar tarafından veya herkes tarafından işlenen cürümlerdir. Böyle bir ayrımı benimseyen 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu bu suçları, sadece memurlar tarafından veya herkes tarafından işlenebilen suçlar olarak iki grupta toplamıştır. Buna karşılık kanunumuz, değişik mülahazalarla bu suçları onbir gruba ayırmıştır. Toroslu, s. 206.

¹⁸¹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 249. Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 668-669. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 583.

¹⁸² Alpar, Erol, “657 sayılı DMK.’da 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı Ve Sınırı”, TİD., Y.: 63, S.: 391, 1991, s. 88.

¹⁸³ Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 670.

Diyebiliriz ki, üstün yetkilerle donatılan bu kişiler kanun, yönetmelik ve talimatnamelere uygun bir biçimde hizmetlerini yerine getirmelidirler. Hizmetlerin yerine getirilmesi esnasında yapılacak olan görevin ihlali, sadakatin ihmali, hizmet emniyetinin ihlali ve hizmete ilgisizlik devletin faaliyetlerini sekteye uğratacak ve bireyler karşısında devletin itibarını düşürecek¹⁸⁴. Diğer yandan, demokratik bir toplumda ve devlet idaresinde bazı niteliklerin bulunmaması veya amacı dışında işlev görmesi, toplum yararına yapılması gereken bazı faaliyetlerin belli bir kişi veya kişiler yada grup adına yapılması sonucunu doğuracağından, bu tür niteliklerin mutlaka var olması ve bunların ceza hukuku kurallarıyla korunması gereklidir. Bahsedilen nitelikleri taşıyan kamu hizmetlerinin demokratik işleyişinin gerektiği gibi sağlanabilmesi için, herhangi bir ayırım göstermeksizin, eşit ve tarafsız bir şekilde toplumun her bir ferdine ulaştırılması gerekir¹⁸⁵.

Bir devlet idaresinde ve demokratik toplumda bulunması gereken niteliklerin başında “dürüstlük” gelmektedir. Devlet idaresinde görev alan her ferdin idareye karşı dürüst olması, yapacağı iş gereğince kendisine tevdi edilen para veya eşyayı amacına uygun bir biçimde yani, devlet faaliyetlerinin gerektirdiği şekilde kullanması zorunludur¹⁸⁶. Diğer bir ilke “tarafsızlık”tır. Daha önceden de bahsettiğimiz gibi devlet faaliyetleri kişi veya kişiler arasında fark gözetmeden toplumun her bir ferdine eşit şartlarda ulaştırılmalıdır. Devlet, yerine getirdiği faaliyetlerini bireyler aracılığıyla sağladığı için, bu bireylerin herkese eşit davranması, belli sebep veya menfaatleri gözeterek hizmet verdikleri kişiler arasında ayırım yapmaması gerekir¹⁸⁷. Yine, yerine getirilmesi gereken faaliyetlerin zamanında ve amacına uygun olarak fonksiyonun sınırları da gözetilerek ifa edilmesi gerekir ki, burada “disiplin” ilkesi karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁸. Ayrıca, devlet faaliyetlerini yerine getiren kimse, bu işler sebebiyle elde ettiği bilgileri bu

¹⁸⁴ Gözübüyük, A. Pulat, “Devlet İdaresine Karşı İşlenen Cürümler”, AC., S.: 7, No: 42, 1943, s. 546-547. Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 670. Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 183. Gündel, s. 14 vd.

¹⁸⁵ Erem, Faruk- Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sekizinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2000, s. 143. Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 2.

¹⁸⁶ Bu ilke gereği memurun kendisine görevi nedeniyle tevdi edilen veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para veya eşya üzerinde işlenen “zimmet” fiilleri cezalandırılmaktadır (m. 202).

¹⁸⁷ Memurun bazı menfaatleri gözeterek kişilere karşı tarafsız olmayıp farklı davranmasını önlemek amacıyla “rüşvet ve irtikab” fiilleri söz konusu ilke gereğince cezalandırılmaktadır (m. 209 vd.).

¹⁸⁸ Bu ilke gereği “keyfi muamelede bulunmak”, “görevin ifasında şahsi çıkar sağlamak”, “genel nitelikte görevi kötüye kullanmak” ve “görevi ihmal” fiilleri (m. 228, 230, 240, 248) cezalandırılmaktadır.

faaliyetlerin gerekli kıldığı konular dışında kullanmamak ve bu faaliyetlere yabancı olan kişilere bu bilgileri vermemek zorundadır. Söz konusu bu zorunluluk “sadakat” ilkesi olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁹. Bir diğer ilke “süreklilik”tir. Devlet faaliyetleri ne bunu yerine getirenler ne de başkaları tarafından herhangi bir aksaklığa meydan vermeden, serbest, bağımsız ve sükunet içinde yerine getirilmelidir. Eğer ki bu faaliyetler tahrik, tehdit veya baskılara maruz kalıyorsa faaliyetlerin devamlılığı, sürekliliği ve tarafsızlığı tehlikeye girer. İşte bu olumsuzluklara “hürriyet ve sükunet” ilkesi meydan vermeyecektir¹⁹⁰. Ayrıca devlet faaliyetlerinin yerine getirilmesinde “itibarın korunması” da gerekmektedir. İtibar korunarak, devlet faaliyetlerinin dürüst, tarafsız, sürekli ve sakin bir şekilde yerine getirildiğinin her bir fert tarafından benimsenmesi gerekmektedir^{191, 192}.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümlerin cezalandırılması yoluna gidilerek, devlet hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesi, bununla birlikte devletin ve fonksiyonlarının prestijinin korunması amaçlanmaktadır¹⁹³. Burada korunmak istenen sadece teknik manada idari faaliyetler olmayıp, yargı ve yasama faaliyetleri de himaye edilmektedir¹⁹⁴. Zira Ceza hukukunda devlet idaresi kavramının geniş bir biçimde yorumlanıp, idarenin faaliyetleri yanında yasama ve yargı faaliyetlerinin de bu bölümde değerlendirilmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik.

3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Mağduru

Devlet idaresi aleyhine işlenen fiiller ile devletin fonksiyonel faaliyetleri ve âmme idaresi prestiji zarara uğramakta; kişisel çıkaralar sağlamak amacıyla devletin fonksiyonlarını yerine getirmesini sekteye uğratabilecek fiiller cezalandırılmaktadır. Bu

¹⁸⁹ “Görev sırrının ifşası” yada “memuriyet sırlarını ifşa” fiilleri söz konusu ilke gereği yaptırım altına alınmıştır (m. 229).

¹⁹⁰ Memura karşı “cebir ve tehditte bulunmak”, memurun “görevini icrasına engel olmak”, “memura fiili mukavemet” fiilleri bu ilke gereği cezalandırılmıştır (m. 254, 255, 258, 260, 263).

¹⁹¹ Bu ilke gereğince “memuriyet unvan ve şerefine gasbı”, “devlet memuruna intisab iddiasıyla menfaat temini”, “resmi müzayede ve münakaşalara fesat karıştırılması”, “mühür fekki” ve “resmi muhafaza altındaki evrak ve eşyayı değiştirmek veya yok etmek” fiilleri cezalandırılmıştır (m. 205, 252, 253, 275, 276).

¹⁹² Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 2.

¹⁹³ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 584. Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 73.

¹⁹⁴ Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 669.

durumda devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler içinde yer alan görevi kötüye kullanma suçunun mağduru “devlet idaresi”dir¹⁹⁵.

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, suçtan zarar gören ile suçun mağduru farklı kişiler olabilir. Bir suçun mağdurundan başka, farklı bir kimsenin de hukuken korunan bir menfaatinin ihlali söz konusu olabilir. Bu durumda mağdurdan farklı olarak zarar gören kişi veya kişiler zararlarının tazminini isteme hakkına sahiptirler¹⁹⁶.

Görevi kötüye kullanma suçunun faili olan memur karşısında, gerek devletin ve gerekse özel kişilerin menfaatlerinin korunması söz konusudur¹⁹⁷. Burada suçun mağduru devlet idaresi olup ceza ilişkisinin tarafını teşkil etmektedir. Suçtan zarar gören kişi veya kişiler ise sadece hukuki ilişkinin tarafını teşkil edebilirler ve yalnızca zarar ve ziyanlarının tazminini isteme hakkına sahiptirler.

IV- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

1- Suçun Genel Unsurları

Bir suçun ortaya çıkması için birden fazla unsurun bulunması gerekmektedir. Suçta yer alması gereken bu unsurlara “suçun genel unsurları” adı verilir. Bu unsurlardan herhangi birinin bulunmaması, fiili suç olmaktan çıkarır. Suçta bulunması gereken bu unsurlar doktrinde değişik sayılar ile telaffuz edilmektedir ve sayıları ikiden sekize kadar değişmektedir¹⁹⁸. Yazarlara göre değişiklik gösteren suçun genel unsurları, yine bu yazarlar tarafından verilen tanımlamalar arasında, temelde benzerlikleri içermekte, aradaki sayı farklılığı, unsurların geniş veya dar olarak incelenmesinden kaynaklanmaktadır¹⁹⁹.

Doktrinde, suçun genel unsurları çoğunlukla dört başlık²⁰⁰ altında incelenmektedir. Bu unsurlar ise; hareket, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk

¹⁹⁵ Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 186. Malkoç, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 20.

¹⁹⁶ Dönmezer - Erman, II., s. 426-427. Ersoy, s. 69.

¹⁹⁷ Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 183.

¹⁹⁸ Geniş bilgi için bkz. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 417 v.d.

¹⁹⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 421.

²⁰⁰ İçel- Akıncı- Özgenç- Sözüer- Mahmutoglu- Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 3.

olarak kabul edilmektedir²⁰¹. Tipiklik, işlenen fiilin kanunda gösterilen tarife uygun olmasıdır. Maddi unsur, hareket ve neticeyi ve hareketle netice arasındaki nedensellik bağına kapsayacak biçimde hukuk düzeninin ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesinin meydana getirilmesidir. Hukuka aykırılık, fiilin yapılmasının hukuk düzenince kabul edilmemesi, hukuk düzenince fiile cevaz verilmemesidir. Manevi unsur ise, kanuni tarife uygun ve hukuka aykırı fiilin, iradi, yani faile isnat edilebilecek şekilde kusurlu olarak işlenmiş olması şeklinde tarif bulmaktadır²⁰².

Belirtilen bu unsurların bulunmaması halinde bir fiilin suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu unsurlara asli unsurlar denmektedir. Bununla birlikte, suçun kendisini değil, onun derecesini yani ağırlık veya hafifliğini etkileyen unsurlar ise talî unsurlar olarak nitelendirilmektedir²⁰³.

2- Suçun Kanuni (Tipiklik) Unsuru

A- Genel Olarak

Bir fiilin, ceza kanununda soyut olarak tasvirine “tipiklik” denir. Ceza normları düzenlenirken, belli başlı birtakım özellikler bireysel olaylardan soyutlanarak bir araya getirilir ve bir bütün oluşturularak ceza tehdidi altına alınırlar. Tipiklik, soyut bir kavram olduğu halde insanın bilinçli hareketi ile somutluk kazanır ve kanuni tarife uyan unsurlar ihlal edildiğinde de tipiklik gerçekleşmiş olur²⁰⁴. Tipikliğin ilk şartı, işlenen fiilin ceza hukukuna kaynaklık eden bir metinde yaptırım

²⁰¹ **Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C.:I, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 310 vd. **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.:II, Birinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 8. **Artuk, Emin**, “Suç Genel Teorisi”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 193. Belirttiğimiz bu unsurlar doktrinde değişik adlar altında da işlenmektedir. Tipiklik unsuru; kanuni unsur, hareket unsuru; maddi unsur, kusurluluk unsuru ise manevi unsur olarak nitelendirilmektedir. **Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan- Özbek, Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 106. **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 191 vd.

²⁰² **Dönmezer - Erman, I.**, s. 310-311.

²⁰³ **Dönmezer - Erman, I.**, s. 308-309. “Suçun genel unsurlarından maksat, her suçta bulunması gereken unsurlardır. Buna karşı herhangi bir suçun gerçekleşebilmesi için gerekli unsurlara ‘Suçun Özel Unsurları’ denilmektedir ve bu özel unsurlarda suçun basit şeklini gösterenlere kurucu, asli unsurlar veya suçun basit şeklini ağır veya daha hafif hale getiren unsurlar ise, tali, arizi unsurlar olarak ikiye ayrılmaktadır.” **Önder, II.**, s. 9-10.

²⁰⁴ **Artuk**, “Suç Genel Teorisi”, s. 207.

altına alınmış olması; diğer şartı ise, işlenen fiilin belirtilen tarife uygunluk sağlamasıdır²⁰⁵.

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi, anayasalar ve ceza yasalarında bireylerin özgürlüklerini güvence altına alan, cezayı tayin edecekler için keyfiliği önleyen bir işleve sahiptir²⁰⁶. Söz konusu ilkeyi ilk olarak ortaya atan kişi Montesquieu olmuştur. Montesquieu'ya göre, kişi özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi, Devletin müdahale alanının sınırlandırılmasına bağlıdır ve kişi özgürlüğü ancak kanunlarla sağlanabilecektir. Beccaria'da, hakimlerin, kanunları yorumlayamayacaklarını ve kişileri kanunda gösterilmeyen cezalarla yaptırımlara tabi tutamayacaklarını belirtmiştir²⁰⁷.

Kanunilik ilkesi, Avrupa'da ilk olarak Avusturya İmparatoru II. Joseph tarafından hazırlattırılan 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanununda yerini bulmuştur. Daha sonra 1789 İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde düzenlenen ilke, 3 Eylül 1791 ve 24 Haziran 1793 Fransız Anayasalarında, 1810 Fransız Ceza Kanununda ve daha sonrasında da diğer ülkelerin anayasa ve ceza kanunlarında yerini almıştır²⁰⁸.

Osmanlı Devletinde kanunilik ilkesi, gerçek anlamda ilk olarak 1876 Anayasasının 10. maddesinde, "Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse, kanunun tayin ettiği ve suretten maada bir bahane ile mücâzât olunamaz." şeklinde yerini almıştır. Her ne kadar, 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu'nda, cezada kanunilik ilkesine yollama yapılmış ve bu surette kanunilik ilkesinden söz etmiş ilk metin olmuşsa da suçta kanunilik ilkesi ne burada ne de 1256 ve 1267 tarihli Ceza Kanunlarında yerini bulamamış, 1274 tarihli Ceza Kanununda da kanunilik ilkesi açıkça yerini almamıştır²⁰⁹. Cumhuriyetten sonrasına geldiğimizde, 1924 Anayasasında kanunilik ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Buna karşılık, 1961

²⁰⁵ Dönmezer - Erman, I., s. 362- 363.

²⁰⁶ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 157-158.

²⁰⁷ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 103. Bkz. Bakıcı, s. 33.

Beccaria'ya göre hakimler, sadece suçun işlenip işlenmediğini yani fiilin kanuna aykırılık oluşturup oluşturmadığını tespit etmelidirler. Hakimler, kanun vazıı olmamaları nedeniyle, ceza kanunlarını tefsire yetkileri yoktur. Beccaria, ceza hukukunda kıyasa şiddetle karşı çıkmakta, olaylar karşısında her insanın farklı düşüneceğini, hatta aynı olaya kişilerin farklı zamanlarda farklı anlamlar, farklı yorumlar katacaklarını, haklı olarak belirtmektedir. Bkz. Artuk, Mehmet Emin, "Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi", Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 99.

²⁰⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 161-162.

²⁰⁹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 103 vd.

Anayasasının 33 ve 1982 Anayasasının 38'inci maddelerinde açık bir şekilde kanunilik ilkesi yerini almıştır²¹⁰.

Kanunilik ilkesi, TCK.'nın 1'inci maddesinde de açıkça düzenlenmiştir²¹¹. Buna göre; “*Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.*”

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesini açık bir biçimde ortaya koyan TCK.'nın 1'inci maddesi, ceza kanunumuzda varolan “emniyet tedbirleri”²¹²’nin kanuniliğini gündeme getirmektedir. Emniyet tedbirlerinin ve cezaların kanunla konacağı Anayasamızda belirtilmiş ve emniyet tedbirleri, “ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri” olarak nitelendirilmiştir (m. 38/3). Emniyet tedbirlerinin kanunla belirlenmesi, kanunilik ilkesinin bir sonucudur ve bu sonuçtan hareketle, emniyet tedbirlerini gerektiren fiillerin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir²¹³.

B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Kanunilik Unsuru

Görevi kötüye kullanma suçu, kanunilik unsuru yönünden çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Madde metninde “*Yasada yazılı halleden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur...*” ifadesinin suçlarda kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle doktrinde tartışmalar yaşanmış ve konu Anayasa Mahkemesine de intikal etmiş, mahkeme yapılan itirazları reddederek maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir²¹⁴.

²¹⁰ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 161 vd. Bakıcı, s. 33.

²¹¹ Kanunilik ilkesine yöneltile eleştiriler ve bu eleştirilere verilen cevaplar için bkz. Soyaslan, s. 201 vd. Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 104 vd. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 165 vd.

²¹² Emniyet tedbirleri, suç işleyen kişi hakkında, ceza ehliyetinin bulunmaması nedeni ile ceza yerine, bir daha suç işlememesi için uygulanan yaptırımlar şeklinde (Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1998, s. 957.) veya toplum için tehlikeli bir hal oluşturan suçun işlenmesinden sonra, kanunun öngördüğü yaptırımların hakim tarafından uygulanması şeklinde tanımlanmaktadır. Artuk, Mehmet Emin, Emniyet Tedbirleri, Argumentum, Y.: 2, S.: 23, Haziran 1992, s. 349.

²¹³ TCK.'nın birinci maddesinde geçen ceza sözcüğünün emniyet tedbirlerini de kapsar bir biçimde geniş anlamak gerekmektedir. Maddede sadece suçların ve cezaların kanunla konacağı belirtilmişse de bu, emniyet tedbirlerinin madde dışında bırakıldığı anlamına gelmez. Bununla birlikte, kanunda olmayan bir tedbirin uygulanmasının mümkün olmadığı ceza kanunumuzun sistematüğinden anlaşılmaktadır. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 165.

²¹⁴ Bucak Asliye Ceza Mahkemesi 240'ıncı maddede, “yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur...”un cezalandırılacağına öngörüldüğünü, bunun, yasada suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açmak suretiyle yargı erkine ceza ihdas etme imkanı vereceğini belirterek Anayasanın 38'inci maddesindeki suçun yasallığı ile 2'nci maddesindeki Hukuk Devleti ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluna başvurmuş, yapılan başvuru üzerine AYM. kararında; “... Anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve cezada yasallık, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve

Yukarıda da belirttiğimiz üzere görevi kötüye kullanma suçu kanunilik unsuru bakımından doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Memurun görevine giren işler söz konusu olduğunda geniş bir mevzuat karşımıza çıkmakta, kanun, tüzük, yönetmelik ve bunlara uygun olarak düzenlenen yazılı ve sözlü emirler ve direktiflerle memurun görev alanı belirlenmektedir. Görev alanını düzenleyen bunca geniş mevzuatın varlığı, bu konuda getirilen eleştirileri bir yönüyle haklı kılmaktadır. Doktrinde azınlıkta kalan bu görüşe göre, madde mevcut hali itibariyle kanunilik prensibine aykırıdır. Çünkü madde, kapsamı ve unsurları belli olmayan sarahatsiz bir suçtur ve maddeyi uygulayacak olan kişilerin sınırsız takdirlerine bırakılmıştır. Ayrıca 240'ıncı madde, kırkambar maddedir. Çünkü kanun ve tüzüklerde tarif edilenlerin dışında sayısız görevin kötüye kullanılması mümkündür. Maddeyi uygulayacak olan kişilerin geniş takdir yetkisi ve memurun görevini içeren mevzuatın genişliği maddenin kanunilik ilkesine aykırı bir biçimde düzenlendiğini göstermektedir²¹⁵.

Bu görüşe göre, kanunda açık olarak düzenlenmemiş olan, dolayısıyla belli bir suç teşkil etmeyen memurların filleri, inzibati ve idari tedbirlerle yaptırım altına alınmalıdır²¹⁶. Çünkü, kanun ve tüzüklerde tarif edilenlerin dışında, sayısız görevi kötüye kullanma söz konusu olacaktır²¹⁷.

özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü hukuk devletinin de esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

Türk Ceza Yasası'nın bir çok maddesinde, memuriyet görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza kuralları bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak aynı Yasa'nın 194., 202., 209., 213. ve 228. maddeleri gösterilebilir. İtiraz konusu 240. maddede ise özel olarak düzenlenen suçlar dışında kalan genel anlamda görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir... Yasakoyucu bu düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nda özel olarak yer verilen zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, keyfi muamele gibi suçlar dışında kalan görevi kötüye kullanmaların da cezasız bırakılmasını önlemek istemiştir. Burada, suçun maddi unsuru görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşıp aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru belirlenecektir. Bunun yanı sıra, kuşkusuz suçun oluşmuş sayılabilmesi için failin memur olması, eylemin memurun görevi ile ilgili bulunması ve manevi bakımdan kastın varlığı gibi suçun diğer unsurları da aranacaktır. Suçun cezası ise yasada gösterilmiştir..." diyerek, TCK.'nın 240'ıncı maddesinin Anayasanın 2'nci ve 38'inci maddelerine aykırı olmadığını belirterek istemi reddetmiştir. AYMK., T.: 12.11.2002, E.: 2001/327, K.: 2002/103, RG. 22 Nisan 2003, S.: 25087.

AYM.'ne yapılan diğer bir itiraz ve mahkemenin kararı için bkz. AYMK., T.: 12.10.1965, E.: 1965/27, K.: 1965/55, RG. 07.01.1966, S.: 12196.

²¹⁵ **Yasa, Ferit**, "Son Ceza Kanunu Tadilatında Birinci Madde Ve Ceza Kanununda Sarahatsiz Suç Var mıdır?", AC., S.: 22, 1936, s. 1532 vd.

²¹⁶ **Yasa**, s. 1534.

²¹⁷ **Yaşar, Hakkı**, "Ceza Kanunu Uygulamasına Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili", AD., Y.: 57, S.: 12, Aralık 1966, s. 860.

Belirtilen bu görüşlerin karşısında yer alan ve 240'ıncı maddenin kanunilik ilkesine aykırı olmadığını savunanlar doktrinde çoğunlu teşkil etmektedirler²¹⁸. Bunlara göre 240'ıncı madde hakiki bir ihtiyaçtan kaynaklanmış, kanun metnine girmesinden bu yana ölü bir madde değil uygulama alanı çok olan, hatta ceza kanununun en çok işlerliği olan maddesidir. Memurların görevlerine giren işleri ve bunların kötüye kullanılmasının yaptırım altına alınması, bunların ayrı ayrı kanunla düzenlenmesi imkansızdır. Bu maddenin olmaması halinde bir çok görevin kötüye kullanılması halleri cezasız kalacaktır. Ayrıca, her ne kadar suç teşkil eden eylemlerin ne olduğu konusunda bir belirsizlik var gibi görünse de sonuçta memurun kanuna aykırı her eylemi değil, ancak görevine dahil olan fiilleri bu kanunun kapsamında öngörülen suçu teşkil eder. Memurun görevi ise kanun ve kanun dışında kalan mevzuatla açık bir biçimde tespit edilmiştir²¹⁹.

Kanaatimizce, 240'ıncı maddeye bu yönde getirilen eleştiriler ve bu eleştirilere verilen yanıtlar çeşitli yönleriyle haklılık arz etmektedir. Memurların görev alanlarını belirleyen mevzuatın geniş olması, madde yönünden bir handikap oluşturmakla birlikte, yürütülen kamu hizmetleri, bu kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belirlenmiş ve sınırları çizilmiştir. Yani memur, bu mevzuat çerçevesinde görevini ve yapacağı işi bilmektedir; bilmek zorundadır. Memur, kendisine yüklenen görevin gereklerine aykırı bir biçimde davrandığı zaman, bunun belli bir yaptırım altına alınacağını bilerek işlerini yürütecektir. TCK.'da ve özel ceza kanunlarında yer alan maddelerin kapsamı dışında kalan ve göreve aykırılık teşkil eden fiiller görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacak ve böylelikle yasada boşluk giderilerek, işlenen fiil cezalandırılacaktır.

Bununla birlikte, kanunu uygulayacak olan hakimlere verilmiş geniş bir takdir yetkisinden bahsetmek de söz konusu değildir. Zira hakim, karşısına gelen

²¹⁸ Çağlayan, "Görevi Kötüye Kötüye Kullanma Suçu", s. 20 v.d. Dönmezer, Sulhi, "İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıtas", İÜHFM., C.: 11, S.:1-2, 1945, 227-228(bkz. dn.). Erem, Özel Hükümler, Cilt III, s. 407. Erem, Faruk, "Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler", AÜHFY., Ankara 1959, s. 49. Malkoç, İsmail, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", İzmir Barosu Dergisi, S.: 4, Ekim 1993, s. 20. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1908. Yaşar, "...Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili", s. 860. . Demirbaş, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 252. Vidinli, s. 338. Savaş, Vural- Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 2519.

²¹⁹ Çağlayan, "Görevi Kötüye Kötüye Kullanma Suçu", s. 20 vd. Dönmezer, "İki Yeni Yargıtay Kararı ...", s. 227-228(bkz. dn.).

olayda memurun üzerine düşen görevi gerektiği gibi yerine getirip getirmediğini, fiilin mevzuata uygun olup olmadığını, yani olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını daha önceden ortaya konan mevzuat çerçevesinde tahlil edecektir.

Göreve giren tüm fiillerin kanun yoluyla belirtilip cezalandırılması neredeyse imkansızdır. Bu nedenle madde “*kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun görevini suiistimal eden memur...*” ifadesini bu imkansızlık içinde zikretmiş, ortaya çıkacak olan boşluğu da gidermek istemiştir.

3- Maddi Unsur

A- Genel Olarak

Hukuk insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemekte, hakların sınırlarını belirlemekte ve sınırların aşılması durumunda çeşitli yaptırımlara başvurmaktadır. Ceza hukukunda, ceza kanunları tarafından tanımlanmayan insan davranışlarının yaptırım altına alınması mümkün değildir. İşte ceza kanunlarınca yaptırım altına alınmış bir “fiil”in bulunması şartına, suçun maddi unsuru denmektedir²²⁰. Cezalandırılacak fiil ise insandan sadır olmalıdır. İnsan ile bağlantısı olmayan tabiat olaylarının suç sayılması mümkün değildir²²¹.

İnsan davranışı ihmali veya icrai bir şekilde dış dünyaya yansıyabilir. Bu davranışın veya fiilin suç sayılması için dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesi gerekmektedir. Meydana gelen bu değişikliğe ise “netice” denir. Netice gerçekleşmişse suç tamamlanmış olur. Netice gerçekleşmediği halde, kanun işlenen fiile suçun tam cezasını değil de daha hafif bir derecede ceza vermeyi öngörmüşse, suçun teşebbüs derecesinde kaldığı kabul edilir. Hareket ile netice arasında var olan bağa ise “nedensellik bağı” denir²²².

İnsanın iradi bir davranışı sonucu dış dünyada beliren fiilleri, bir şeyi yapmak (icrai) veya yapmamak (ihmali) şeklinde ortaya çıkmaktadır²²³. Dış dünyaya

²²⁰ Dönmezer - Erman, I., s. 366. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 427.

²²¹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 427.

²²² Dönmezer - Erman, I., s. 369. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 427. Centel, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İkinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 190.

²²³ “Suçlar maddiyetleri itibarıyla ikiye ayrılır: İcrai suçlar ve ihmali suçlar. İcrai suçlar kanunun işlenmesini yasak ettiği bir takım fiillerin icrası suretiyle teşekkül eder; buna mukabil ihmali suçlar

yansımayan düşünceler hareket olarak kabul edilmez. Fakat hareket ister icrai isterse de ihmali olsun daima iradi olmalıdır. İrade dışı meydana gelen icrai veya ihmali davranışların hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin, uyku halinde gerçekleşen vücut hareketleri bilinçli olmadığından ceza hukukunda hareket olarak kabul edilmezler²²⁴.

B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Maddi Unsur

a- Kavram Olarak Görevi Kötüye Kullanma

Ceza hukukunda insan davranışlarının yaptırım altına alınabilmesi için söz konusu fiilin ceza kanunlarınca tanımlanmış olması gerekmektedir. Yaptırım altına alınan, insandan sadır olan bilinçli davranışların (ihmali veya icrai) neden olduğu dış dünyadaki değişikliklere suçun maddi unsuru denmekte olduğuna yukarıda değinmiştik. İnceleme konumuzu teşkil eden görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru ise memurun görevine ilişkin yetkilerini kötüye kullanmasıdır²²⁵.

TCK. 240'ıncı maddede tarif edildiği şekliyle “...görevini kötüye kullanan...” memurlar cezalandırılacaktır. Görevin kötüye kullanılması tabirine yer vermekle birlikte kanunumuz, bu kavramı tanımlamamaktadır²²⁶. Buradaki görev, memuriyete ait vazifelerdir. Maddede tarif edilen görevin kötüye kullanılması, genel niteliktedir. Sınırları belirlenmemiş bir madde söz konusu olduğundan uygulamada “kırkambar” diye anılmaktadır. Zira maddede de belirtildiği üzere, memur “Yasada yazılı hallerden başka...” bir biçimde, hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanırsa hakkında ceza tertibine başvurulacaktır. Memurun, görevine giren bir hususta görevini kötüye kullanması, kanunda tarifini bulan özel görevi kötüye kullanma durumlarında, görevi kötüye kullanma suçunun “yasada yazılı hallerden başka” unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle TCK. 240'ıncı maddenin uygulanması söz

kanunun icrasını emrettiği muayyen fiilleri işlememekten ibarettir.” Dönmezer, Sulhi, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İÜHFM., C.: IX, S.: 3-4, 1943, s. 473.

²²⁴ Artuk, “Suç Genel Teorisi”, s. 195. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 427-428. Soyaslan, s. 205. Centel, s. 191. Öztürk - Erdem - Özbek, s. 121-122.

²²⁵ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 455.

²²⁶ Görevi kötüye kullanma kavramı çağdaş ceza kanunlarında tarifini bulmamıştır. Buna rağmen bazı eski ceza kanunlarında bu kavramın tanımına rastlanmaktadır. Örneğin İsviçre Bal Kantonu (eyalet devleti) ceza kanununda (m. 75) görevi kötüye kullanmayı “memurun başkasına zarar vermesi veya kötü muamele yapması veya başkasını kayırması” şeklinde tanımlanmıştır. Fransız hukukunda da görevi kötüye kullanma, memurun hususi veya kamu menfaatlerini ihlal eden bir fiil olarak tanımlanmıştır. Bkz. Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, s. 905.

konusu olmayacaktır. Görevin kötüye kullanılması şeklinde tarif bulan fiil özel olarak düzenlenmemişse, görevi kötüye kullanma suçu ile memur cezalandırılacaktır²²⁷.

Memurun görev alanını belirleyen öncelikli unsur kanunlardır. Bunun yanında idari düzenlemeler, talimatnameler de görev alanını belirlemektedir. Memur görevinin gereklerini yerine getirirken bu hususları gözetmek ve belirlenen usul ve esaslar doğrultusunda hareket etmek durumundadır²²⁸. Öngörülen usul ve esasların çerçevesini aşan memur görevini kötüye kullanıyor demektir ve bu durumda genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu oluşur²²⁹.

²²⁷ **Cihan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 187-188. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1908.

“Bankanın sözleşmeli avukatı olan sanığın, bankadan icra takip giderleri için teslim aldığı avansları, hayali belgelerle ve gerçek giderlere eklemeler yapmak suretiyle mal edinmesi şeklindeki eylemi, 1136 sayılı Yasanın 62. madde kapsamında görevi kötüye kullanma suçu olmayıp, TCK.nun 510. maddesindeki hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçunu oluşturur.” Yarg. 11. CD., 16.05.2001/4220-4994, YKD. C.: 27, S.: 11, 2001, s. 1783.

“Görevi; borçlu yükümlülerden makbuz karşılığı para tahsil etmek olan tahsildar sanığın, 6183 sayılı Yasaya göre çekle tahsilat yapma görevi olmadığı gibi, böyle bir görev de verilmediği halde mağdurları kandırarak elde ettiği çekleri Vergi Dairesi veznesine vermeyip, bir kısmını mal edinerek yarar sağlama eylemi, ‘görevi kötüye kullanma’ suçunu oluşturduğundan,...” Yarg. 5. CD., 16.04.1996/786-1285, YKD. C.: 23, S.: 9, 1997, s. 1489.

“Ancak; köy muhtarı olan sanıkların köylerinde oturmadıklarını bildikleri kişilere oturma (ikametgah) belgesi vermek biçimindeki eylemlerinin T.C.Yasasının 355. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD., 07.05.2002/6488-8092.

²²⁸ “Çiftçi Malları Koruma Derneği Başkanı olan sanık Celil Türe’nin 4081 sayılı Yasanın, kendisine verdiği görevleri yerine getirmemek suretiyle, bu yetkilerini görevli olmayan kurumun bekçisine yükleyerek ve denetlemeyerek C.M.K.D.Başkanlığının zararına sebebiyet vermesinden ibaret eyleminin TCY.nın 240.maddesine giren suçu oluşturup oluşturmayacağının tartışılmaması,” Yarg. 4. CD., T. 26.01.2000, E. 1999/9855, K. 2000/238.

“Ancak; oluşıya uygun kabule göre Belediye Başkan ve encümen üyesi olan sanıkların, Devlet Malzeme Ofisi ve Açık Artırma Yasasına aykırı olarak belediyeye iki otobüs olarak hizmete sunmaktan ibaret eylemlerinde, görevde yetkiyi kötüye kullandıkları gözetilmeden, yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi...” Yarg. 4. CD., 03.04.1996/1932-3017, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

²²⁹ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 455 vd. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1908.

“İlköğretim müdürü olan sanığın, okula kayıt yaptıran öğrenci velisinden Okul Koruma Derneği adına bağış istemesinin yasal görevleri arasında bulunmadığı dikkate alınarak TCY.nın 240. maddesinden açılan davadan beraatine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 4. CD., 25.12.2002/16817-19113.

“...Bakanlık emri gereği İl Millî Eğitim Müdürlüğünde görevli mühendis ve teknik elemanları ile ilçe kaymakamlıkları ve ilçe millî eğitim müdürlükleri tarafından kontrol ve denetimlerinin yaptırılmasının düşünüldüğünün, bu işlerin bitirilmesinin ilçe kaymakamlıkları ile ilçe millî eğitim müdürlüklerinin sorumluluklarında olduğunun ifade edilmesi karşısında, söz konusu şartname hükümleri ile valilik yazıları tartışılıp reddedilmeden sanığın onarım inşaatlarının takip ve kontrolünden ne suretle sorumlu olduğu açıklanmadan ve hakediş belgesini onarımların tamamlanmasından ve kesin kabulden sonra imzaladığı gözetilmeden, inşaatların hangi aşamada olduğunu kontrol etmeden hakedişler imzaladığından söz eden, yetersiz gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD., T. 07.04.2003, E. 2002/20125, K. 2003/1911.

“Sanıklar avukat olan katılanların, gözaltında olan müvekkilleri ile görüşme isteklerini ve C.Savcısının bu yoldaki talimatına karşın gereğini yerine getirmeyerek görevde yetkiyi kötüye

Memurun görevini kötüye kullanması için öncelikle failin görev alanına giren bir işlemin yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Görev alanına girmeyen bir işlem yapan memur görevini kötüye kullanmış olmayacağı halde memurluk nüfuzunu kötüye kullanmış olacaktır²³⁰. Böyle bir durum söz konusu olduğu vakit fail 240'ıncı maddeden sorumlu tutulmayacaktır. Zira maddede düzenlenen husus memurluk nüfuzunun kötüye kullanılması değil, sadece görevin kötüye kullanılmasıdır²³¹.

Daha önceden belirttiğimiz gibi suçun maddi unsuru görevde yetkinin kötüye kullanılmasıdır²³². Bizzat görev kullanılan bir şey olmayıp, görev yerine getirilir. Kullanılan şey, memurun görev nedeniyle sahip olduğu kudret ve yetkidir²³³. Kanun maddesi görevi kötüye kullanmaktan bahsetmekte ise de ve yine uygulamada söz konusu madde görevi kötüye kullanma olarak anılmakta ise de asıl anlatılmak istenen görev sırasında sahip olunan yetkinin kötüye kullanılmasıdır²³⁴. Suçun oluşması için görevin kötüye kullanılması yeterli olup, herhangi bir zararın meydana gelmesi veya bir faydanın elde edilmesi aranmamaktadır²³⁵. Zira maddede "...hangi nedenle olursa

kullanma suçunu işledikleri gözetilmeden beraatlerine karar verilmesi..." Yarg. 4. CD., T. 04.06.2003, E. 2002/17082, K. 2003/5375, (<http://www.yargitay.gov.tr>.)

²³⁰ Memuriyet nüfuzunu suiistimal suçu umumiyet ifade etmektedir. Burada memur sahip olduğu mevki ve memuriyet nüfuzundan istifade ederek belirli bir fiil işlemek suretiyle suiistimalde bulunur. Yada bu şekilde belirli bir fiil işlemese de menen memuriyet vazifelerinin hilafına hareket eder. Bkz. **Majno**, s. 181.

²³¹ **Erman-Özek**, s. 209-210.

²³² "...Türk Ceza Kanununun 240. maddesinin öngördüğü suçun maddi unsuru görevin kötüye kullanılmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi paranın belli bir iş için yapılması ya da yapılmaması için alındığı saptanamamış ve bu yüzden eylem, rüşvet olarak nitelendirilememiştir. Ancak, İ.Ö.'ın, U.M.'dan 25.000.000 lira aldığı sabittir ve sağlanan menfaatin haklı bir nedeni yoktur. U.M.nun ortağı ve yönetim kurulu başkanı olduğu ... Şirketi Devlet Bakanlığının ilgili kuruluşu olan ... Şirketi ile her yıl milyarlarca liralık ham petrol taşıma işlemi yapmaktadır. Hal böyle olunca, memuriyet görevini yerine getirmekle yükümlü olan memurun, belirli bir işin yapılması ya da yapılmaması karşılığında olmasa dahi iş sahiplerinden para alması veya bir vaat yahut taahhüt kabul etmesi görev gereklerine aykırı olup bu niteliği itibarıyla eylem, Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde yer alan görevin kötüye kullanılması suçunun maddi unsurunu oluşturur..." AYM.Yüce Divan Kararı, T. 04.02.1986, E. 1985/1, K. 1986/1, (**Savaş- Mollamahmutoğlu**, s. 2526 vd.).

²³³ **Kunter**, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 395. **Çelikkaya**, s. 263.

²³⁴ **Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 726.

"Tütün eksperlerine yemek vermek için koçan başına para toplamanın köy muhtarı ve ihtiyar kurulu üyelerinin görevi bulunmadığı gözetilmeden ve olayda TCK. nın 240'ıncı maddesinde yazılı suç öğelerinin ne surette oluştuğu açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi..." Yarg. 4.CD. T. 16.06.1993, E. 1993/3131, K. 1993/4836.

"Cezaevindeki bir tutuklunun yakınından tutukluya verilmek üzere para almanın infaz koruma memurunun görevi içinde olmaması nedeniyle eylemin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına" Yarg. 4.CD. T. 03.07.1991, E. 1991/3257, K. 1991/4429. (**Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 726.)

²³⁵ "T.C. Yasasının 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için, İdarenin 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 2. fıkrasının uygulanmasına yol açan cezayı indirici neden olabilir." Yarg. 4.CD. T. 18.01.1996, E. 1995/7825, K. 1996/239, YKD. C.: 22, S.: 7, 1996, s. 1150.

olsun...” tümcesine yer verilerek böyle bir kasıtlı hareket etme gibi bir şart öngörülmemiştir²³⁶.

Görevi kötüye kullanma suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur²³⁷. Hareketin yapılması ile harekete bağlı olan netice de gerçekleşmiş olur ve suç hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiş olup zamanaşımı bu andan itibaren işlemeye başlar. Ayrıca, neticenin harekete bitişik olması nedeniyle tam teşebbüsten söz edilemeyecektir²³⁸.

Genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşmesi için bir zararın meydana gelmesi veya bir faydanın elde edilmesi arandığı vakit zarar suçundan bahsedilir. Bu durumda suçun teşebbüse elverişli olduğundan, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi halinde, hareketlerin icrasına başlanmış ve tüm hareketler tamamlanmamışsa eksik teşebbüsten; tüm hareketlerin bitirilmesine rağmen herhangi bir menfaatin sağlanmaması, idareye veya kişilere bir zarar verilmemesi durumunda da tam teşebbüsten bahsedilir. Ancak, bunlardan bahsedebilmemiz için icra edilen hareketin böyle bir zarar vermeye veya maddi yahut da manevi bir fayda sağlamaya elverişli olması gerekir²³⁹.

b- Hareketin Niteliği

Failin görevini kötüye kullanabilmesi için ortada öncelikle bir fiilin bulunması gerekir. Memurun görevi hususunda hareketsiz kalması, tek başına bu suçun oluşması için yeterli değildir. Hareketsiz kalma ile görev yapılmış olmayacağından, TCK. 230’uncu maddede yer alan görevi ihmal suçu oluşacaktır²⁴⁰. Mehaz kanunda(1889 tarihli İtalyan CK. m. 175) memuriyetin kötüye kullanılması tabiri yer aldığından bu kötüye kullanmanın sübjektif ve objektif olabileceği, yani memuriyet sıfatının veya memuriyet icabı vazifenin kötüye kullanılabileceği söz konusu olacaktır. Buna karşılık kanunumuz sadece görevin kötüye kullanılmasına

²³⁶ **Erman-Özek**, s. 213. **Şahin**, **Cumhur**, Görevi İhmal Ve Kötüye Kullanma Suçları (Yüksek Lisans Tezi), Konya 1990, s. 109.

²³⁷ **Kunter**, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 393.

²³⁸ **Dönmezer - Erman**, I., s. 384.

²³⁹ Bkz. **Erman-Özek**, s. 213-214.

²⁴⁰ **Erman-Özek**, s. 212.

“Ancak; PTT dağıtıcısı olan sanığın mahkeme tarafından çıkartılan tebligatı gerekli özeni göstermeden ve 7201 sayılı Yasaya aykırı biçimde muhatap yerine ad benzerliği nedeniyle bir başka kişiye yapmaktan ibaret eyleminin TCY.nın 240. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, genel kasıtlı işlenebilen suçta özel kasıt arayan ve yasal olmayan bir gerekçe ile beraat kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD., 10.12.1997/8283-9796, (<http://www.yargitay.gov.tr.>).

yer verdiği için memuriyet sıfatını dışta tutarak memuriyete ait yetkilerin kötüye kullanılmasını düzenlemiştir²⁴¹. Yeni İtalyan Ceza Kanunu(m. 323) görevi kötüye kullanma açısından yeni bir düzenlemeye gitmiş, failin başkasına bir zarar vermek veya bir menfaat sağlamak amacı ile hareket etmesini aramış ve fiilde özel kasta yer vererek fiilin çerçevesini çizmiş, böylelikle memuriyetin sadece objektif olarak kötüye kullanılmasını kabul etmiştir²⁴².

Memur görevinin gerektirdiği yetkileri, yani sahip olduğu fonksiyonun taşıdığı unsurları kötüye kullanarak kanunda özel bir hüküm ile yaptırım altına alınmamış olan herhangi bir fiil işlediğinde, suçun maddi unsuru meydana gelmiş olur²⁴³. Suçun maddi unsurunu teşkil eden hareketin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bazı yazarlar sadece icrai hareketle suçun işlenebileceğini savunurlar²⁴⁴. Buna karşılık olarak bazı yazarlar ise suçun hem icrai ve hem de ihmali hareketlerle işlenebileceğinden bahsederler²⁴⁵. Görevin icrai hareketlerle kötüye kullanılabileceğini savuna yazarlara göre, hareketin müsbet bir şekilde icrası söz konusudur. Zira hareketin menfi şekilde icrası ile görevin kötüye kullanılmasından değil görevin ihmalinden bahsedilebilir. Bu iki suç arasındaki en önemli fark buradan kaynaklanmaktadır²⁴⁶. Fail görevin kendisine yüklemiş olduğu

²⁴¹ **Kunter**, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 394 vd.

“Belediyede fen memuru olan sanığın inşaat yapan yakınana ‘inşaatını yaptıracak olan Abdullah’a seni önerdim, bana 50 milyon ver’ diyerek yakından para almaktan ibaret eyleminin, inşaat yaptıran kişilere taşeron önermek gibi yasal bir görevi bulunmaması nedeniyle görevin değil, memurluk sıfatının kötüye kullanılması olup, sıfatın kötüye kullanılmasının da T.C.Yasasının 240. maddesinde yazılı suçu oluşturmayacağı gözetilmeden yazılı biçimde hükümlülük kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD., 01.04.2002/2612-5089, YKD. C.: 28, S.: 9, 2002, s. 1428.

²⁴² **Erman-Özek**, s. 213.

²⁴³ **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149.

“Çiftçi Mallarını Koruma başkanı olan sanık Celil’in 4081 sayılı Yasanın, kendisine verdiği görevleri yerine getirmemek suretiyle, bu yetkilerini görevli olmayan kurum bekçisine yükleyerek ve denetlemeyerek ÇMK. Başkanlığının zararına sebebiyet vermesinden ibaret eyleminin TCY.nın 240. maddesine giren suçu oluşturup oluşturmayacağının tartışılmaması,” Yarg. 4. CD., T. 26.01.2000, E. 1999/9855, K. 2000/238, YKD. C.: 26, S.: 5, 2000, s. 784.

²⁴⁴ **Kunter**, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 394. **Erem-Toroslu**, Özel Hükümler, s. 186. **Erem**, Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 50. **Toroslu**, s. 251. **Gözübüyük**, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, s. 905. **Soyaslan**, Özel Hükümler, s. 626. **Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 727. **Artuk**, **Mehmet Emin- Gökçen**, **Ahmet- Yenidünya**, **A. Caner**, Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 456.

²⁴⁵ **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 274. **Malkoç**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 26-27. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1912 vd. **Çağlayan**, Türk Ceza Kanunu, s. 754. **Kıyak- Çağlayan- Şenel**, s. 138.

²⁴⁶ “Görevi savsama suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmaması ya da gecikerek yapması; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ise memurun yasal düzenlemeler ile kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Birincisinde etkin olmayan

icapları usulüne uygun yerine getirmemekte veya kendisinden beklenenden başka bir şekilde davranmaktadır. Bununla suçun maddi unsurunu oluşturan, ihmali değil; yapılan müsbet hareketle görevin kötüye kullanılmasıdır²⁴⁷.

Görevi kötüye kullanmanın icrai fiillerin yanında ihmali fiillerle de işlenebileceğini savunan görüşlerin doktrinde yer aldığını belirtmiştik. Bu düşüncede olanlara göre fiilin icrai şekilde gerçekleştirildiği vakit bir sorun yoktur. Ancak, ihmali bir hareketle gerçekleştirildiği zaman görevin ihmali ve kötüye kullanılması suçlarını birbirinden ayırmak zor olacaktır. Zira, görevi kötüye kullanmak, yetkileri kullanmamak, amacı dışında kullanmak veya yetki sınırının aşılmasıyla meydana gelebilir²⁴⁸.

Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarına bakıldığında, görevi kötüye kullanma suçunun, genelde icrai bir hareketlerle işlenebileceğinin yanında ihmali hareketlerle de işlenebileceğini içeren kararlarına rastlamaktayız²⁴⁹. Özellikle yargı kararlarının yerine getirilmemesi hususunda failin eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu

(pasif, menfi), ikincisinde etkin (aktif, müsbet) 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."Yarg. 4. CD. 19.09.1995, 4780/5733.(Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 727-728.)

"Ancak;

1-Sanığın görev yaptığı mahkemenin iş hacmi, personel sayısının araştırılıp karara bağlanan dosyalarda aynı biçimde yanlış tebligatın çıkartılıp çıkartılmadığı, çıkartılmış ise sayısının saptanması, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, tek bir dosyaya ilişkin yanlış işlem nedeniyle görevi savsama suçundan hüküm kurulması,

2-Kabule göre de; karara bağlanan dosyada tebligatın yanlış çıkartılması eyleminin, yasanın verdiği görevi yapmama ya da gecikerek yapma biçimindeki görevi savsama suçunu değil, yasaya aykırı olarak görevi yapmayı düzenleyen TCY.nın 240. maddesine uyduğunun gözetilmemesi," Yarg. 4. CD., 01.07.2002/8847-12023. Ayrıca bkz. Yarg. 4. CD., 26.04.1999/3315-4438, YKD., C.: 25, S.: 9, 1999, s. 1310 vd.

²⁴⁷ Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 394. Erem, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 407. Sayın Kunter söz konusu makalesinde suçun ihmali bir fiille işlenemeyeceğinden bahsederken "Suiistimal suçunda da mesela formalitenin ihmali bahis mevzuu olabilir. Fakat suçun maddi unsurunu bu ihmali değil, yapılan müsbet hareket teşkil eder."demektedir. Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 394.

²⁴⁸ Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149.

"Belediye meclis üyeleri olan sanıkların, İmar Kanunu ve yönetmeliğine aykırı olarak, imar planındaki suça konu yerin 4 kat olan inşaat yüksekliğinin 5 kata çıkartılmasına karar vermeleri biçiminde kabul edilen eylemlerinin, TCY.nın 240. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 230/1. maddesi ile hüküm kurulması," Yarg. 4. CD., 30.05.2000/4422-4607, YKD., C.: 26, S.: 9, 2000, s. 1446.

²⁴⁹ "Ancak; sanık veteriner hekimin, rahmindeki düşük nedeniyle karnı şişen ineği kestiğinde ceninin de kokuştüğünü görmesine karşın, yapılması gerekli kontrolleri yapmadan etinin satışına izin vermektan ibaret etkin eyleminin T.C. Yasasının 240. maddesinde öngörülen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi..." Yarg. 4. CD., 16.12.1997/11019-11220, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

oluşturacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir²⁵⁰. Buna karşılık bazı kararlarında Yargıtay, yargı kararlarının yerine getirilmemesini 228'inci maddede düzenlenen suçu oluşturacağını belirterek bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmektedir²⁵¹. Bu farklı kararlar da gösteriyor ki Yargıtay dahi, yargı kararlarının yerine getirilmemesinde faile uygulanacak yaptırım maddesinde farklı uygulamalara gitmektedir. Bazı kararlarında faile görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesi gerektiğinden bahsederken, bazı kararlarında ise 228'inci maddeden yaptırıma gidilmesi gerektiğinden söz etmektedir.

Mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu düzenleyen Anayasa hükmüne karşılık, yerine getirmeme durumunda bir ihmali hareketten söz edilir. Bu durumda mahkeme kararı gereğince yapılması zorunlu olan ve tartışılması mümkün olmayan bir işlemin yapılmamasını, TCK'nın 228'inci maddesi çerçevesinde değerlendirmek mümkün olmayabilir. Çünkü söz konusu maddede hareketin icrai bir şekilde gerçekleştirileceğinden bahsedilmektedir. Yapılması gereken bir işin yapılmaması

²⁵⁰ “Yolsuz olarak işten el çektilen belediye görevlisinin, Danıştay’ın yürütmenin durdurulması ve yerine atama yapılması hakkında aldığı kararlar üzerine işe başlaması bildirildiği halde katılanı işten uzaklaştırmak ve Danıştay kararlarını uygulamamak biçimindeki eylemleri görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.” Yarg. 4.CD. 18.5.1979, 3115/3089, YKD. C.: 5, S.: 9, 1979, s. 1367.

“Yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulunmasına dair olan Anayasa hükmü, yürütme organları ile idareye takdir hakkı tanımadan uyulması zorunlu bir görev yüklemektedir. Bu görevin yerine getirilmesinde ihmal gösterilmesi veya ısrarla yerine getirilmekten kaçınılması derece derece görevi savsaklamak veya kötüye kullanmak suçunun oluşmasına yol açar...”YCGK., 25.9.1978, 4-230/303, YKD. C.: 5, S.: 8, 1979, s. 1202. “Ancak bizce böyle bir durumda TCK 228. maddenin uygulanmasının gerekli olduğunu ve Yargıtayın bu görüşüne iştirak etmediğimizi önemle hatırlatalım”(Erman-Özek, s. 210.)

²⁵¹ “Sanığa yükletilen eylem yargı kararlarını uygulamamaktan ibarettir.

Türk Ceza Yasasının 240. ve 228. maddeleri görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarını cezalandırmıştır. İki suç arasındaki ayrım, yetkinin kötüye kullanılması sonucu kişilerin yada görevlilerin haklarının çiğnenip çiğnenmediği ögesinde düğümlenmektedir. Eğer böyle bir hak çiğneme ya da zarar söz konusu ise eylem, özel ve asıl hüküm olan TCY. nın 228. maddesine; tersi durumda aynı yasanın daha genel ve yardımcı nitelikte olan 240. maddesine girecektir.

Yerleşik Türk ve İtalyan Yargı kararları da bu doğrultudadır.

Olayımızda sanığın eylemi nedeniyle mağdur hakları çiğnenmiş, dahası bu çiğneme zarar verici boyutlara ulaşmıştır.

Yukarıda belirtilen nedenler ve normların yarışıp kaynaşması (içtima) konusundaki ilkeler gözetilmeden, TCY. nın 228. maddesi yerine 240. maddesinin uygulanması,” Yarg. 4. CD., 26.02.1998, 11492/819, (Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1912.).

“Sanığın Konya İdare Mahkemesi kararına rağmen katılanı eski görevine iade etmemekten ibaret olan eyleminin TCY.nın 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde(240) hüküm kurulması” Yarg. 4.CD. 11.5.1993, 2078/3226.(Malkoç, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 26.)

“Sanık belediye başkanının kişi haklarına zarar verici nitelikte olan eylemlerinin TCY.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.”Yarg. 4. CD., 20.10.1997, 8292/8592.(Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 728.)

durumunda ihmal söz konusu olur ve bu durumda ise 230'uncu madde gündeme gelir. Ancak, mahkemeye intikal eden olay özel olarak tartışmaya açılmış, yapılıp yapılmaması konusunda hiçbir şüphe kalmamıştır. Bu durumda denebilir ki, mahkemenin kesin olarak çözüm getirdiği ve tartışmasız uygulanması gereken bir konuda 230'uncu madde yetersiz kalmakta veya düzenleme boşluğu bulunmaktadır²⁵².

Görevin kötüye kullanılması hususunda tartışılan bir diğer konu yetki sınırının aşılması (nisbi yetkisizlik) veya yetkisi bulunmayan bir hususta (mutlak yetkisizlik) memurun işlemiş olduğu fiillerin nasıl nitelendirileceğidir. Nisbi yetkisizlik, yani memurun yetki sınırını aşması durumunda görevin kötüye kullanıldığı hususunda bir şüphe yoktur²⁵³. Ancak, kanun veya diğer mevzuat ile tanınmamış olan bir hususta memurun işlem yapması durumunda görevin kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Zira, tanınmayan bir yetkinin kötüye kullanılması mümkün değildir. Görevde yetkinin kötüye kullanılması için öncelikle memurun böyle bir yetkiye sahip olması gerekmektedir. Mutlak yetkisizlik halinde memurun işlem yapması TCK. 252'inci maddede yazılı nizamaya aykırı olarak memuriyeti ifa suçunu oluşturabilir. Memurun görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olup olmadığını tespit etmek için her somut olayda memurun gerçekleştirdiği fiilin görevine dahil olup olmadığı araştırılmalıdır. Görevli olmayan birinin görevini kötüye kullanması söz konusu olmayacağından sırf memur olmak görevli olmayı gerektirmez²⁵⁴. Sonuç olarak denebilir ki, memurun görevini kötüye kullanması halinde kendisine tanınmış olan yetki hudutlarının dışına çıkması gerekir. Yetki sınırları içinde, vazifenin gereklerini yerine getirme çerçevesinde yapılan hareketler görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz²⁵⁵.

²⁵² Malkoç, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", s. 26-27.

²⁵³ Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 395. Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149. Demirbaş, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 269. Baykal, Ali, "Memurluk Görevinin İhmali ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilmemesi", AD., Y.: 62, S.: 11, Kasım 1971, s. 72.

²⁵⁴ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Bkz. dn. 93, s. 455.

²⁵⁵ Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 395-396.

"Ancak; hastanede gece nöbetçi hekim olarak görev yapan sanığın, 10 günlük hapis cezası nedeniyle yakalanan ve nezarete alınan hükümlü Ayşe Çelik'in nezarethanede kalıp kalamayacağına ilişkin rapor alınmak için gönderildiğinde muayene edip, tansiyonunun çok yüksek olması üzerine, hastanede bir saat gözlem altında bulundurup, tedavisini yapıp, yüksek tansiyon teşhisi sebebiyle nezarethanede bulundurulmasının yaşamsal sakınca oluşturabileceğine ilişkin rapor düzenleyerek, adli görevini yerine getirdikten sonra, C.Savcısının CYY'nın 399. maddesine göre işlem yapmayarak hükümlünün hastanede gözlem altında bulundurulması isteğini içeren ve adli görevle ilgisi

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında, memurun işlemiş olduğu fiilde yetkili olup olmaması hususunda, “Maliye ve Belediye tebliğ memurlarının makbuz itası suretiyle para ahz ve kabzına salahiyetleri bulunmamış olmasına göre mükelleflerden vazife harici vergi borçlarına mukabil aldıkları paraları zimmetlerine geçirmeleri Türk Ceza Kanunun 202 inci maddesinin şümulüne dahil olmayacağı cihetle işbu fiil ve hareketleri vazifeyi suiistimal suçunu teşkil edeceğine ittifakla karar verilmiştir.”²⁵⁶ diyerek memurun işlediği fiil, memurun görevi dahilinde olmasa dahi görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını kabul etmiştir. Buna rağmen Yargıtay’ın son yıllarda vermiş olduğu kararlara bakıldığında genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için memurun işlemiş olduğu fiil hususunda yetki sahibi olmasının arandığı görülecektir²⁵⁷.

c- Görevi Kötüye Kullanma Suçu Kapsamında Değerlendirilen Fiiller

Memur, mevzuatın tanıdığı olduğu yetkide takdir hakkını amaç dışı kullanılması durumunda, görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır²⁵⁸. Memur özellikle dini veya siyasi ayrılık, husumet, intikam ve benzeri nedenlerle takdir yetkisini kullanırken memurun kamu görevinin gerektirdiği ciddiyet, objektif ve tarafsızlık unsurlarından ayrıldığı saptandığı hallerde takdir yetkisinin amacı dışında kullanıldığı ve görevin kötüye kullanıldığından bahsedilir²⁵⁹. Ancak, takdir yetkisinin kötüye kullanılırken bir kimsenin aleyhine davranılmışsa veya böyle bir düşüncenin yanında hususi maksat veya siyasi saik ile hareket edilmesi durumunda TCK. 228’inci maddedeki fiil gündeme gelecektir.

Memur görevini yerine getirirken kanun, tüzük, yönetmelik ve talimatların öngördüğü çerçevede hareket etmek durumundadır. Memurun görevlerinin

bulunmayan yönergesini yerine getirmemekten ibaret eyleminde, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin oluşmadığının gözetilmemesi,” Yarg. 4. CD., 03.07.2002/8918-12210.

²⁵⁶ 11.2.1942 tarih, 1940/6 esas ve 1942/2 karar sayılı YİBK.(Şener, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 1001.)

²⁵⁷ “...kendisine yasa ile verilmiş görevi bulunmayan ve CK.’nın uygulanmasında memur sayılmayan köy katibi hakkında görevi kötüye kullanmaktan ceza verilmesi doğru değildir.” Yarg. 4.CD. T. 2.2.1976, E. 1976/442, K. 1976/494, YKD. C.: 2, S.: 5, 1976, s. 756;

“... Müdürlüğünde memur olarak çalışan sanıkların vakıf adına (Sağlık ve Sosyal Yardım Vakfı) makbuz karşılığı para toplamalarının görevleri ile de bir ilgisi bulunmadığı gözetilmeden ve eylemlerinin inancı kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan TCY’ nın 240 maddesi ile hükümlülüklerine karar verilmesi...” Yarg. 4.CD. 02.04.2001/2340-3394.

²⁵⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 456. Erman-Özek, s. 212. Kunter, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 396. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1911. Yener, Tatbikatta Asliye Ceza Davaları, s. 60. Arıca, s. 296.

²⁵⁹ Erman-Özek, s. 212.

gereklerini yerine getirmesi durumunda herhangi bir sorun söz konusu olmayacaktır²⁶⁰. Ancak, memura görevi gereği tanınan yetki sınırlarının aşılması durumunda (nisbi yetkisizlik) görevin kötüye kullanıldığından bahsedileceğini ve memurun genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu ile cezalandırılacağını²⁶¹ yukarıda belirtmiştik. Anayasa Mahkemesi bir kararında; “...suçun maddi unsuru görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşıp aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru belirlenecektir. Bunun yanı sıra, kuşkusuz suçun oluşmuş sayılabilmesi için failin memur olması, eylemin memurun görevi ile ilgili bulunması ve manevi bakımdan kastın varlığı gibi suçun diğer unsurları da aranacaktır...” diyerek, TCK.’nın 240’ıncı maddesinin maddi unsurunu oluşturan hareketlerin nelerden kaynaklanabileceğini, memurun görev alanını belirleyen mevzuatın sınırlarının aşılması durumunda suçun maddi unsurunun oluşacağını belirtmiştir²⁶².

Memurun görevini düzenleyen mevzuat dahilinde görevin yerine getirilmesi esnasında, kanunun aradığı şekil şartlarına uyulmaması durumunda da görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilir²⁶³. Zira memur, kanunun öngördüğü şartlara

²⁶⁰ “Taşınmazlar bakımından İY.nın 110. maddesi uyarınca hacizden itibaren iki yıl içinde satış istenmez veya satış talebi geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse haciz düşer. Bu durumda İY.nın 78. değil, 106 ve 110. maddeleri hükümleri uygulanacağından, bu düzenlemelere uygun biçimde işlem yapan sanığın eyleminde, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun unsurlarının olduğundan söz edilemez.” YCGK., T. 15.05.2001, E. 2001/4-90, K. 2001/95, YKD., C.: 27, S.: 11, 2001, s. 1746.

²⁶¹ “...avukatı olan sanığın davacı vekili olarak bulunduğu Mersin İş Mahkemesinin 1995/497 esas dosyasında feragat yetkisi bulunmadığı halde davadan feragat ederek görevde yetkiyi kötüye kullanma, Adana Asliye Hukuk Mahkemesinin 1989/128 D.ış sayılı tespit dosyasıyla belirlenen zarar hakkında açılması gereken davayı kabul edilebilir süre içinde açmaması, Osmaniye Asliye Ticaret Mahkemesinin 1996/186 esas sayılı dosyasında kurum aleyhine verilen kararı temyiz etmesi için dosya kendisine gönderildiği halde bu işlemi de yapmama suretiyle görevi savsama suçlarını işlediği gözetilmeden beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD. 19.06.2000/2788-5353, YKD., C.: 27, S.: 1, 2001, s. 126.

²⁶² AYMK., T.: 12.11.2002, E.: 2001/327, K.: 2002/103, RG. 22 Nisan 2003, S.: 25087.

²⁶³ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 456. Yener, Tatbikatta Asliye Ceza Davaları, s. 60.

“...Belediye Başkanı ve encümen üyeleri olan sanıkların, 657 sayılı Devlet memurları hakkındaki yasanın 50. maddesinde yer alan sınav açma zorunluluğuna aykırı olarak belediye teşkilatı bünyesine memur tayin etmek ve bu memuriyetlere talip olup sınav açılmasını isteyen 9 kişinin verdikleri dilekçeleri işleme tabi tutmamak...” görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. YCGK. 28.02.1977, 4-57/86, YKD., S.: 7, 1978, s.1194-1195.

“Belediye başkanı olan sanığın, yeni mezar yerini kullanmaya açacağı zamana kadar 2490 sayılı Kanun hükümlerine uymaksızın kendi yakınına kiraya vermekten ibaret olan eylem görevi kötüye kullanmadır”. Yarg. 4. CD., 25.09.1984, 5413/6186, YKD., S.: 6, 1985, s. 898.

uymayarak görevini kötüye kullanmıştır. Bununla birlikte memura teslim edilen eşyanın amacı dışında kullanılması da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur²⁶⁴. Ayrıca memurun kendisi veya yakınları hakkında işlem yapma gibi bir durumla karşılaşması halinde, işe devam etmeyip devretmesi gerekirken devretmemesi ve işlemlere devam etmesi hallerinde de suç oluşacaktır²⁶⁵.

Amirinin vermiş olduğu ve kanuna aykırı olan emri yerine getirmek de görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur²⁶⁶. Ayrıca kanunun öngördüğü formalitelere uymayarak farklı bir şekilde hareket etme de TCK. 240'ıncı madde kapsamında değerlendirilir. Örneğin, hacze giden memurun usul dairesinde hareket etmeyerek kapı kırması bu çerçevede değerlendirilebilir²⁶⁷.

4- Manevi Unsur

A- Genel Olarak

Ceza hukuku bakımından failin sorumlu tutulabilmesi için, suç tipine uygun (kanuni unsur), hukuk düzenine aykırı (hukuka aykırılık unsuru), bir fiilin (maddi

“Taşıt yasasının 5. maddesi uyarınca İçişleri Bakanlığı’nın gerekli izni alınmadan, taşıma aracını Devlet Malzeme Ofisi ve açık artırma yasasına aykırı biçimde, belediye adına özel bir satıcıdan satın alan sanığın eylemi, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur”. Yarg. 4.CD. 02.12.1987, 8751/10524, YKD., S.: 6, 1989, s. 884.

“Ancak; Sanıkların köye ait taşınmazı alınan karar Kaymakamlıkça onaylanmadan kiraladıkları anlaşıldığı ve bu durumuyula görevde yetkiyi kötüye kullanma suçları olduğu halde, genel kastla işlenen suçta özel kast arayan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi...” Yarg. 4. CD., 12.10.1994/5447-8072, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

²⁶⁴“Sanıklara yükletilen görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçu, memurun yasanın koyduğu yönetime uymaması, yetkisini aşması, yasanın tanıdığı takdir hakkını amacı dışında kullanması, kendisine teslim edilen ödenekleri usulsüz sarf etmesi durumlardan birinin gerçekleşmesiyle oluşmaktadır. Suçun oluşumunda genel kast yeterli olup, özel kast aranmamaktadır. Bu bağlamda memurun iyi niyetli olması, yarar sağlamamış bulunması hafifletici neden kabul edilebilir ise de suçun oluşumunu engellememektedir.” Yarg., 4.CD. 08.06.2000, E. 1999/21, K. 2000/10.

²⁶⁵ Malkoç, Açıklamalı- İctihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 485.

²⁶⁶ Arica, s. 295.

“Polis memuru olan sanığın, ruhsatsız silah taşıyan kimseyi karakola götürüp yasal işlem yaptığı sırada karakola gelen emniyet amirinin yasaya aykırı olarak verdiği emri yerine getirip düzenlediği tutanağı yırtarak silahı geri verip sanığı serbest bırakması T.C.Y.’nin 240. maddesine uyar.” Yarg. 4. CD. 06.06.1998, 3800/4229.(Çetin, Açıklamalı-İctihatlı Ceza Hukukunda..., s. 731).

²⁶⁷ Kunter, “Mahkeme İctihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 396.

“Ancak; sanık köy muhtarının değer belirlemesi yaptırmadan ve köy ihtiyar heyeti tarafından alınan karar kaymakamlıkça onaylanmadan köye ait ağacı kestirerek bedelini kullanması eyleminin TCY’nın 240. maddesine uyacağının gözetilmeden beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD., 27.01.2002/9617-11738.

“Tapu sicil müdürü ve memuru olan sanıkların, taşınmazını devreden kadını yaşlılığı nedeniyle medeni haklarını kullanma yeteneğine sahip olup olmadığını belirlemek için hükümet tabipliğine sevk ettikleri halde, gelecek yanıtı beklemeden iş sahiplerinin özel hekimden aldıkları sağlık ocağı onaylı rapora dayanarak taşınmazların temlikini yapmaları T.C.Y.’nin 240. maddesine uyar.” Yarg. 4. CD. 28.04.1998, 1986/2919.(Çetin, Açıklamalı-İctihatlı Ceza Hukukunda..., s. 732.)

unsur) gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Belirtilen bu üç objektif unsurların yanında sübjektif bir unsurun varlığı da aranmaktadır ki buna “manevi unsur”²⁶⁸ veya “kusurluluk”²⁶⁹ denmektedir. Gerçekten fail tarafından meydana getirilen bir fiil, kanuni tanıma uygun ve hukuka aykırı olsa bile, faile isnad edilemiyor, ona kusur olarak yüklenemiyorsa suç teşkil etmeyecektir. Zira, ceza hukuku kusursuz cezalandırmayı kabul etmemektedir²⁷⁰. Failde manevi unsurun varlığından söz edebilmek için, kişinin kusurlu bir şekilde hareket etmeye ehil olması, fiilin ona isnad edilebilmesi için gerekli kişisel özelliklerin failde toplanmış olması da gerekmektedir²⁷¹. Bu bağlamda manevi unsur ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu ayırım, “isnad yeteneği” ve “kusurluluk” başlıkları altında açıklanmaktadır²⁷².

Ceza hukuku açısından fiili işleyen bir failin bulunması gerektiği kabul edilen bir olgudur. Bununla birlikte bütün insanların ceza hukuku açısından suçun faili sayılması mümkün değildir. Ancak, suç işleyen ceza hukuku dışında kalabileceği de söylenemeyeceğinden fiil ve fail bağlamında kabul etmemiz gereken bir durum karşımıza çıkmaktadır ki o da “isnat yeteneği” kavramıdır²⁷³. İsnad yeteneği, failin kişisel niteliklerini ilgilendiren bir kavram olup fiilin bir unsuru değil, faili ilgilendiren bir husustur²⁷⁴.

²⁶⁸ **Dönmezer - Erman**, II., s. 143. **Soyaslan**, s. 417. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 537.

²⁶⁹ **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 267. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 287. **İçel- Akıncı- Özgenç- Sözüer- Mahmutoglu- Ünver**, İçel Suç Teorisi, s. 198.

²⁷⁰ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 537.

²⁷¹ **Dönmezer - Erman**, II., s. 143.

²⁷² Bkz. **Dönmezer - Erman**, II., s. 143 vd. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 537 vd.

²⁷³ Bkz. **Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Ankara 1984, s. 568. Sayın Erem aynı eserinde, küçüğün muayyen bir yaşa kadar işlediği fiilin bilinçsiz faili sayılması konusunda gereklilik görülmekle birlikte yaşı, ceza sorumluluğuna doğrudan doğruya etkisinin olduğunu, yaş küçüklüğünün Türk doktrininde de olduğu gibi çoğunlukla isnat yeteneğine dahil bir konu olarak incelendiğini, ancak doktrinde yaş küçüklüğünün isnadiyeti mümkün kılmaadığının açıklamasına gidilince, daima istemek ve anlayabilmek “ehliyet”inin oluşmadığının ileri sürüldüğünü, o halde isnadiyetten önce bir “ehliyet” kavramının mevcut olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Erem**, Türk Ceza Hukuku, s. 570.

²⁷⁴ **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 287.

İsnat yeteneği kavramı hakkında doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bu tanımlamalara göre isnat yeteneği, “bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için, failde bulunması gereken niteliklerin bütünü”(Dönmezer - Erman, II., s. 145.) veya “bir fiilin bir insana mal edilerek onun fail sayılabilmesi için bulunması zaruri unsurlar topluluğu” (Erem, Faruk-Danışman, Ahmet- Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 438.) ya da “failin doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme (temyiz kabiliyeti) ve buna göre davranabilme yeteneğine sahip olmasıdır” (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 539.)

Hukuk sistemleri kural olarak, herkesin isnat yeteneğine sahip olduklarını kabul etmekle birlikte, istisnai olarak bazı kimseleri bu kuralın dışında tutmuşlardır²⁷⁵. Mevzuatımız da isnat yeteneğine tesir eden, bu yeteneği azaltan veya tamamen ortadan kaldıran söz konusu istisnai hallere yer vermiş, kanunumuzda bu haller; akıl hastalığı (TCK. m. 46-47), arızı sebepler (TCK. m. 48), yaş küçüklüğü (TCK. m. 53-55) ve sağır- dilsizlik (TCK. m. 57-58) olarak yer almıştır²⁷⁶.

Manevi unsurun bir diğer kanadını oluşturan “kusurluluk”, ceza hukukunda önemli bir yer işgal etmektedir. Gerçekten de faile ceza hukuku anlamında yaptırım uygulanması için, işlenen somut hareketin manevi nitelikte bir takım şartlarla birlikte yapılmış olması gerekmektedir²⁷⁷. Yani kişi ile eylem arasında manevi sebebiyet alakasının kurulması, neticenin meydana gelmesinde kişinin kusurunun bulunması şarttır²⁷⁸. Cezai sorumluluğun temel koşulu bunu gerektirmektedir. Zira iradi olarak gerçekleştirilmeyen bir fiilden dolayı failin sorumlu tutulması düşünülemez²⁷⁹.

Kusurluluğun esas şekli sübjektif sorumluluktan kaynaklanan sorumluluk şekilleridir. Bunlar TCK. madde 45’te kast, taksir ve kabahatler olmak üzere üç şekilde düzenlenmiştir²⁸⁰. Ancak, bu sayılanların dışında, kanunda sayılan hallerde objektif sorumluluk halleri de öngörülmüştür.

B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Manevi Unsur

a- Genel Olarak

Mukayeseli hukuka bakıldığında, görevi kötüye kullanma suçunda manevi unsur yönünden kanunları iki guruba ayırarak incelemek mümkün olacaktır. Bunlardan ilki failde suçun oluşumu için genel kastı yeterli görerek, ayrıca özel kastın (saik) varlığını aramamaktadırlar. Bu sistemi benimseyen kanunlara örnek olarak 30.10.1921 Arjantin Ceza Kanunu (m. 248) gösterilebilir. İkinci guruptakiler ise suçun oluşumu için failin saikine önem vererek özel kastın varlığını ararlar. Fakat bu guruba dahil kanunlar faildeki saik konusunda farklı düzenlemelere gitmişlerdir.

²⁷⁵ Soyaslan, s. 425.

²⁷⁶ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 272. Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 158 vd.

²⁷⁷ Dönmezer - Erman, II., s. 197.

²⁷⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 582.

²⁷⁹ İçel- Akıncı- Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 198.

²⁸⁰ Söz konusu düzenleme TCK. 45’inci maddede yer almıştır. Bu maddeye göre; “Cürümde kasdın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.

Kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mesuldür.”

Örneğin 1930 İtalyan Ceza Kanunu başkasına bir zarar verme veya başkasına bir fayda sağlamayı suçun oluşumu için öngörürken (m. 323), Danimarka Ceza Kanunu bir şahsın veya kamunun haklarına zarar verme, kendisine veya başkasına meşru olmayan bir menfaat sağlamayı (m. 155) saik olarak aramaktadır. 27.02.1948 Romanya Ceza Kanunu ise kişilerin kanuni haklarına veya kamu mallarına zarar veren memurun, bu hususta şahsi veya maddi yararının bulunmasını aramaktadır²⁸¹.

Türk hukukunda görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru konusunda hem doktrinde ve hem de uygulamada çeşitlilik göze çarpmaktadır. Söz konusu suçun kasıtlı işlenen suçlardan olduğu konusunda bir birlik olmakla birlikte bu suçun özel kasıtlı mı yoksa genel kasıtlı mı işlendiği konusunda birliktelikten söz etmek mümkün değildir. Bu görüşlere ayrı ayrı değinmenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

b- Genel Kası Yeterli Görenler

Doktrinin bir kısmı, görevi kötüye kullanma suçunun failinde genel kastın yeterli olacağı düşüncesine sahiptir²⁸². Bu görüşü savunanlara göre, failde kastın varlığı için sadece hareketin iradi olması yetmez; ayrıca memurun işlemiş olduğu fiilin sonucunda görevini kötüye kullandığını bilmesi ve sonucu istemesi aranmaktadır. Fail yapmış olduğu hareket ile görev sınırlarını belirleyen kanun, tüzük, yönetmelik, talimat ve düzenlemelere aykırı hareket ettiğinin bilincinde olması gerekmektedir. Bu bağlamda görev sınırları dışında kalan veya görevi ile ilgili olmadığı halde bu zan ile hareket eden memurun görevini kötüye kullandığından bahsedilemez²⁸³. Örneğin mahkeme ile işi olmayan bir kimseye bu durumu bile bile davetiye gönderen zabıt katibinin bu fiiliyle görevini kötüye kullandığını bilmesi ve sonucu istemesi yeterlidir. Çankırı'daki arkadaşının Ankara'ya gelmesini sağlamak amacıyla hareket etmiş olması suçun oluşumu

²⁸¹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 447. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 457.

²⁸² Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 392. Erem-Toroslu, Özel Hükümler, s. 187. Toroslu, s. 252. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 458. Erman-Özek, s. 215. Erem, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 408. Erem, Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 50. Aygün, A. Nevzat, "Görevi İhmal, Görevi Suiistimal Suçları", AD., C.: 1, S.: 2, 1989, s. 76. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1913. Kara, s. 101. Savaş - Mollamahmutoğlu, s. 2523.

²⁸³ Erem-Toroslu, Özel Hükümler, s. 187. Toroslu, s. 252.

bakımından bir etki oluşturmaz. Yani failde ayrıca özel kastın varlığı aranmayacaktır²⁸⁴.

1930 İtalyan Ceza Kanununun 323'üncü maddesi görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için, açıkça özel kastın varlığını aramaktadır. Madde, "başkasına bir zarar vermek veya bir menfaat sağlamak" maksadından bahsederek failde belirli bir saikin varlığını aramış ve suçun oluşumu için aranan kastın türü yönünden yapılacak ayırım kolaylaşmıştır²⁸⁵.

TCK. 240'ıncı maddeye bakıldığında suçun meydana gelmesi için özel kastın (belirli bir saikin) varlığının arandığından söz etmek mümkün değildir. Zira kanun koyucu özel kastın varlığını aramış olsaydı maddedeki düzenlemeye, diğer özel kastın arandığı suç türlerinde olduğu gibi bu türden bir kasta yer verirdi. Oysa ki maddedeki düzenlemeye bakıldığında "hangi nedenle olursa olsun" ibaresine yer veren kanun koyucu, suçun meydana gelmesi için özel kastın aranmadığına işaret etmektedir. Yani fail görevine ilişkin yetkilerini kullanırken kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak yada başkalarına bir zarar vermek düşüncesiyle (saikiyle) hareket etmiş olması aranmayacak; görevini kötüye kullandığını bilmesi ve sonucu istemiş olması yeterli olacaktır²⁸⁶.

Mehaz kanunda görevi kötüye kullanma suçu 175'inci maddede düzenlenmiş olup ceza kanunumuzda 228'inci maddeye karşılık gelmektedir. Mehaz kanunda söz konusu suçun gerçekleşmesi için genel kast yeterli olmakta ve ayrıca özel kastın varlığı aranmamaktaydı. TCK.'nın 240'ıncı maddesi de hemen hemen aynı düzenlemeyi içermesine rağmen mehaz kanunda olduğu gibi özel kast değil, genel kastın varlığı, suçun oluşumu için gerekli ve yeterli olmalıdır²⁸⁷.

²⁸⁴ Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 393.

²⁸⁵ Erman-Özek, s. 213.

²⁸⁶ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 459.

²⁸⁷ "Nitekim mehaz kanun zamanında sadece bizim 228 inci maddeye tekabül eden memuriyeti suiistimal suçunu kabul etmiş olan İtalya'da da suiistimal için hususi kast aranmamıştı. Hususi kasdın mevcudiyetinin kasdın tespiti bakımından faydası olduğu, fakat suç mefhumu bakımından tesirsiz olduğu söyleniyordu. Hususi kast bazı hallerde ağırlatıcı sebep sayılmıştı. Yeni İtalyan kanunun umumi suiistimal suçundan bahseden 323 üçüncü maddesinde ise başkasına zarar vermek veya fayda temin etmek maksadı aranmaktadır. Bu itibarla ki, şimdi hususi kasdın da tespiti icap etmektedir. İtalyan Yargıtayının kararları da bu merkezdedir. Bizce vazifeyi ihmal ile vazifeyi suiistimal suçları arasındaki fark birinde menfi, diğerinde müspet hareket bulunmasıdır. Suiistimal suçunda da mesela formalitenin ihmalı bahis mevzu olabilir. Fakat suçun maddi unsurunu bu ihmal değil, yapılan müspet hareket teşkil eder. Yargıtayımız da çok defa bu kıtası kabul etmiştir. Mesela müracaat sahibinin iddiasını tetkik etmeden ilmühaber verene muhtarın hareketini suiistimal saymıştır. İtalyan Yargıtayı da bu kıtası kabul etmiş ve bir kararında «suiistimal suçu için formaliteye riayet olunmaması veya

Görevi ihmal suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasında maddi unsur yönünden, iki suç tipinin bazı durumlarda aynı olduğu ileri sürülse de bu iki suçun ayırt edilebilmesi için manevi unsurlar göz önünde tutulmalı, görevi kötüye kullanma suçunun sadece icrai bir hareketle işlenebileceği kabul edilmelidir. Çünkü ihmal bir hareketle bu fiil işlenemez. “İhmal bir hareketle işlendiği ileri sürülen görevin kötüye kullanılması suçu aslında görevin ihmal suçudur.”²⁸⁸ “Fakat suçun maddi unsurunu bu ihmal değil, yapılan müspet hareket teşkil eder.”²⁸⁹ Görevin ihmal suçunun manevi unsuru da genel kasıttır. Her iki suçta da genel kasıt oluşum için yeterli olup ayrıca özel kastın aranmasına gerek yoktur²⁹⁰.

c- Özel Kastı Arayanlar

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için özel kastın varlığını arayan yazarlara²⁹¹ göre; failde, memuriyetine ait yetkileri kullanırken kendisine veya başkalarına bir menfaat sağlamak yada başkası için bir zarar meydana getirmek saikiyle hareket etmiş olması suçun meydana gelmesi için gereklidir. “Bu itibarla bizce bir ihmal veya vazifeye ait salahiyetlerin kötüye kullanılması şuuru ve bu maksat ve saik ile fiil meydana getirilirse kötüye kullanma suçu gerçekleşmiş olur.”²⁹² Ayrıca, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, görevi ihmal suçundan farklı olarak özel kastın bu suçta yer almasıdır. Söz konusu iki suç arasındaki ayırım bu fakla anlaşılabilir. TCK. 230’uncu madde ile 240’ıncı madde arasındaki farkın, ihmal hareketin birincisinde, icrai hareketin ise ikincisinde yer aldığından bahsetmek uygulamada karışıklıklara neden olabilir²⁹³. Çünkü, görevi

şekil kusurları bulunması kafi değildir, müspet bir fiil lazımdır» demiştir.” Kunter, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 393-394. Şahin, s. 127.

²⁸⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 459.

²⁸⁹ Kunter, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, s. 394.

²⁹⁰ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 459.

²⁹¹ Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149 vd. Dönmezer, “İki Yeni Yargıtay Kararı ...”, s. 231 vd. Demirbaş, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 271 vd. Vidinli, s. 346. Çağlayan, “Görevi Kötüye Kötüye Kullanma Suçu”, s. 28. Yener, Orhan, “Görevin Kötüye Kullanılması”, YD., C.: 6, S.: 1-2, 1980, s. 50. Kırak- Çağlayan- Şenel, s. 138. Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, s. 754. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 631. Gözübüyük, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması Ve İhmali”, s. 695. Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, s. 907. Evliyaoğlu, s. 608 vd. Arıcı, s. 296 vd.

²⁹² Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 149-150.

²⁹³ “Munsif olmak için tatbikatta sürüp gitmekte olan tereddütlerin, 240 ıncı maddenin, haiz bulunduğu ve yukarıda izah eylemiş olduğumuz, hususi kastın mevcudiyetini istilzam ettiren hususiyetinin, maddede açık ve vazih bir şekilde tebarüz ettirilmemiş bulunmasından ileri geldiğini söyleyelim. Gerçekten, bu bakımdan yeni İtalyan Ceza Kanununun, memuriyet vazifesinin suiistimalinden bahseden 323 üncü maddesi çok daha açık ve vazihdir: Bu maddede manevi unsurun

kötüye kullanma suçu her zaman icrai bir hareketle işlenmez. Memurun bazı hallerde görevini kasten yapmaması, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına neden olabilir. Bu iki suç arasındaki ayrımı ortaya koyabilmek için failde genel kastın yanında onu bu fiili işlemeye sevk eden saikin belirlenmesi gerekir²⁹⁴.

Yine bu yazarlara göre, TCK. 240'ıncı maddede özel kastın arandığı açık bir şekilde belirtilmemişse de, maddenin bu konuda tamamen belirsiz veya suskun olduğu söylenemez. 240'ıncı madde 230'uncu maddeden farklı olarak "suiistimal" tabirine yer vermiştir. Suiistimal tabiri, ihmal tabirinden farklı olarak görevin veya buna bağlı yetkilerin kendine veya başkasına bir fayda sağlamak yada başkasına bir zarar vermek amacıyla yerinde kullanılmaması veya yetkinin sınırlarının aşılmasını ifade eder. Görev dahilinde kalan yetkiler böyle bir saik olmaksızın yerinde kullanılmamışsa, tabii olarak, görevin suiistimalinden söz edilemez²⁹⁵. "Kanaatimizce tatbikatta memuriyet vazifesinin suiistimali ve ihmali suçlarının birbirine karıştırılmasının sebebi iki suçun, manevi unsur bakımından arzilemekte bulundukları şu özelliğin nazarı dikkat ve itibare alınmamakta bulunmasıdır."²⁹⁶

d- Yargıtay'ın Uygulaması

Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için genel kastın yanında özel kastın varlığını arayan kararlarının var olduğu gibi, sadece genel kasıt ile suçun oluşabileceğini kabul eden kararları da vardır. Yargıtay'ın özellikle son yıllarda vermiş olduğu kararlarda, suçun manevi unsurunu genel kastın oluşturduğunu benimseyen kararlarının istikrar arz ettiğini görmekteyiz.

Yargıtay bir kararında, "Evlenecek taraflardan erkeğin cezaevinde mevkuf bulunması sebebiyle, kanuna uygun şekilde hazırlanan evlenme evrakı ve evlenecek

«ahare bir zarar irası veya menfaat temini maksadıyla suiistimal teşkil eden fiili ika eylemek suur ve iradesinden ibaret bulunduğu» açık olarak tebarüz ettirilmiştir." **Dönmezer**, "İki Yeni Yargıtay Kararı ...", s. 232.

²⁹⁴ **Demirbaş**, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 271-272. "Fail bu hareketi ya kendisine veya başkasına bir menfaat temin etmek için yapabileceği gibi bir başkasına maddi veya manevi bir zarar iras etmek için de yapabilir. Veya bunların haricinde kendisince mutasavver olan bir vaziyetin veya neticenin tahassül etmesi için de bu şekilde hareket etmesi mümkündür." **Vidinli**, s. 346. "Ve ancak bu sayededir ki; vazifeyi suiistimal ile, ihmal cürmünün yekdiğerinden ayırt edilmesi imkan dahiline girebilir. Failin, bu şekilde tezahür eden, beliren hususi kastı, ya başkasına zarar vermek ya da üçüncü bir şahsa herhangi bir yarar sağlamak olabilir diye düşünmekteyiz." **Çağlayan**, "Görevi Kötüye Kötüye Kullanma Suçu", s. 28.

²⁹⁵ **Dönmezer**, "İki Yeni Yargıtay Kararı ...", s. 232.

²⁹⁶ **Dönmezer**, "İki Yeni Yargıtay Kararı ...", s. 231

kadın ve şahitlerle birlikte cezaevinin bulunduğu kazaya giderek, nikah muamelesini orada yapan köy muhtarının bu hareketindeki usulsüzlüğün hususi bir maksada ve cürümkar kasta makrun bulunduğunu gösteren deliller izah edilmeden yazılı şekilde (m. 240) mahkumiyeti cihetine gidilmesi bozmayı gerektirmiştir”²⁹⁷ diyerek suçun meydana gelmesi için özel kastın failde bulunmasını aramıştır.

Yargıtay’ın son yıllarda vermiş olduğu bir kararında, “Ancak, TCY.’nın 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu, Ceza Yasası uygulamasında memur sayılan, yada belirli durumlarda memurlar gibi cezalandırılabilen bir kimsenin yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevi yasaya aykırı biçimde yapması ile oluşur. Genel kastla işlenmekte olan bu suçun oluşumu için memurun görevde yetkiyi kötüye kullanma özel kastıyla hareket etmesi gerekmez”²⁹⁸ diyerek özel kastın aranmasına gerek olmadığını, suçun oluşumu için memurda genel kastın, görevini yasaya aykırı biçimde yaptığını bilmesi ve bunu istemesinin yeterli olacağı belirtilmektedir.

Kanaatimiz, görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunu teşkil eden kastın, genel kasıt olması yönündedir. Zira, daha önceden doktrinde genel kastı

²⁹⁷ Yarg. 4. CD. 14.5.1960/2304-4157, (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 459.)

²⁹⁸ Yarg. 4.CD. 26.6.2000, 2960/5558, YKD. C.: 27, S.: 3, 2001, s. 441 vd.

“...sanığın kayınbiraderi olan Mehmet’i geçici işçi olarak işe alıp, 1580 sayılı yasanın 88. ve 101. maddelerine aykırı olarak bir kısım yetkilerini devredip adı geçene kullandırmaktan ibaret eyleminin TCY. nın 240. maddesine uyduğu gözetilmeden genel kasıtle işlenen suçta özel kast arayan gerekçeyle dayanmak suretiyle beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD., T. 22.05.2003, E. 2002/20154, K. 2003/4513, YKD. C.: 29, S.: 9, 2003, s. 1445.

“...sağlık ocağında hekim olan sanığın, nezaretten çıkartılan ve vücudunda ekimozlar bulunan yakınının gereği gibi muayene etmeden ‘darp, cebir izine rastlanmadı’ biçiminde rapor düzenleyerek görevi kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilmeden yasal olmayan ve genel kasıtle işlenebilen suçta özel kasta ağırlık veren gerekçelerle beraatine karar verilmesi,” Yarg. 4. CD., T. 24.03.2003, E. 2002/20802, K. 2003/1153, YKD. C.: 29, S.: 8, 2003, s. 1291.

“Ancak; T.C. Yasasının 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu, bir memurun yasal görevini yaparken yasalara ve yazılı hukuka aykırı davranmasıyla oluşur. Bu suçun oluşması için sanığın amacı, başka bir anlatımla özel kasıt aranmaz.” Yarg. 4. CD., T. 13.02.1996, E. 1995/8684, K. 1996/1352, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

“Ancak; kooperatif yönetim kurulu başkan ve üyeleri olan sanıkların, kamuya park yeri olarak bırakılan ve sit alanı olduğu bilinen yerdeki şantiye binasını, “Belediye ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurullarından izin almadan, değişiklik yaparak sosyal tesis (kafeterya ve tuvalet) yapıp, yıkılmasına yol açarak kooperatifi zarara uğrattıkları kabul edilmesine karşın, yasal olmayan gerekçeyle beraat kararları verilmesi...” Yarg. 4. CD., T. 23.09.2003, E. 2002/18303, K. 2003/8099, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

Ancak Yargıtay 4. CD.’si yine son yıllarda vermiş olduğu bir kararında suçun teşekkülü için, özel kastın varlığını aramıştır; “Terör faaliyetlerinin en yoğun olduğu bölgede, bir ortaokulu öğretime açacak olan müdür vekilinin, yaşamının ağır bir tehlike altında olduğu kabul edilmiş olup, kişinin yapacağı kamu görevi nedeniyle en kutsal hak olan kendisini koruma amacına yönelik silah istemini, yönetmelik kapsamını aşsa da karşılayan sanık ...’nın bu eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçunun manevi öğesinin oluşmadığı kanısına varılmıştır.” Yarg. 4.CD. T. 19.04.2001, E. 2000/4, K. 2001/13.

arayanların görüşlerine yer verirken belirttiğimiz üzere, TCK. 240'ıncı maddede suçun oluşumu için özel bir kastın aranmadığı madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Kanun koyucu özel kastı aramış olsaydı, maddede buna yer vererek failde bulunmasını istediği saiki de madde metninde işlerdi.

5- Hukuka Aykırılık Unsuru

A- Genel Olarak

Dış dünyada meydana gelen bir eylem ya hukuka aykırı veya hukuka uygun olarak kabul edilmektedir²⁹⁹. Bu bağlamda suçun dört unsurundan biri olan hukuka aykırılık, “işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile, hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız Ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması”³⁰⁰ şeklinde tanımlanmaktadır.

Hukuka aykırılığın suçun unsurları arasında yer alıp almadığı konusunda çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Hukuka aykırılık unsurunu bağımsız bir unsur olarak görmeyen yazarlar, suçun unsurlarından birinin hukuka aykırılığı kapsadığını yada hukuka aykırılığın suçun özünü ilgilendiren bir nitelik olması bakımından suçun unsurları arasında değerlendirilmemesi gerektiğini savunurlar. Bu yazarlardan bazıları hukuka aykırılığın kanuni unsura girdiğini, bazıları ise maddi unsura girdiğini ve bu nedenle bağımsız bir kimliğinin bulunmadığını belirtirler. Bunların yanında hukuka aykırılığın manevi unsura ve kusurluluğa³⁰¹ girdiğini savunan yazarlarda vardır. Yine hukuka aykırılığı suçun öz ve neticesinde esasen saklı sayan, fiilin bir niteliği, suçun adeta bir sonucu olarak değerlendirerek, onun bir unsuru olmayıp esasen suçun özü olduğunu savunan yazarlar da vardır³⁰².

Hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur olup olmadığı sorunu, bu kavramın kapsamı ile ilgilidir. Söz konusu kavramın dar manada anlaşılması halinde, diğer unsurlardan biriyle veya suçun öz ve neticesi sayılması mümkündür. Buna karşılık

²⁹⁹ İçel- Akıncı- Özgenç- Sözüer- Mahmutoglu- Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 94.

³⁰⁰ Dönmezer - Erman, II., s. 1 vd. Ayrıca bkz. Artuk, “Suç Genel Teorisi”, s. 207 vd.

³⁰¹ “İfade edelim ki hukuka aykırılık ile kusurluluk farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiilin objektif bir değerlendirmesidir, fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişki, bir ahenksizliktir. Kusurluluk ise, fail ile fiil arasındaki psikik bir ilişkidir.” Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 469.

³⁰² Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 2 vd. İçel- Akıncı- Özgenç- Sözüer- Mahmutoglu- Ünver, İçel Suç Teorisi, s. 96 vd.

hukuka aykırılık kavramına, bütün hukuk düzenine aykırılık gibi geniş bir anlam verildiği durumda, hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur olduğu anlaşılabacaktır³⁰³.

Ceza kanununda suç sayılan bir fiilin işlenmesine diğer bir hukuk kuralı izin veriyorsa, söz konusu bu fiilin hukuk düzenince yasaklanmadığı, hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunmadığı, sonuç olarak suç sayılmadığı kabul edilir. Böyle bir durumda ceza kanununca suç sayılan bir fiilin işlenmesine izin verilerek onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “hukuka uygunluk sebebi” denir³⁰⁴.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten, fiil hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak, bu unsuru ortadan kaldırmayıp fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkmasını sağlarlar³⁰⁵. Yani hukuka uygunluk sebepleri fiilin, hukuka uygun doğmasını, hukuk düzeni ile çelişki içermemesini, suç olarak kabul edilmemesini sağlar.

Hukuka uygunluk sebepleri çeşitlilik arz etmektedir. Bu sebeplerden bir kısmı ceza kanununda sayılmış, bir kısmı ise ceza kanununda yer almamış ancak, başka hukuk dallarında yer aldığından ceza hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Ceza kanununda yer alan hukuka uygunluk halleri TCK.’nın 49’uncu maddesinde³⁰⁶ düzenlenmiştir. Söz konusu madde metnine göre TCK.’da yer alan hukuka uygunluk halleri dört tanedir. Bunlar; kanun hükmünü icra, yetkili merciinin emrini ifa, meşru müdafaa ve ıstırar halleridir. Ceza kanununda yer almayan hukuka uygunluk halleri ise; hakkın icrası ve mağdurun rızası olarak sıralanabilir³⁰⁷.

³⁰³ Dönmezer - Erman, II., s. 7.

³⁰⁴ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 467.

³⁰⁵ Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 163 vd. Dönmezer - Erman, II., s. 18. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 468. Soyaslan, s. 378. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225 vd. Artuk, “Suç Genel Teorisi”, s. 207.

³⁰⁶ TCK.’nın 49 uncu maddesine göre;

“1. Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeden zaruri olan bir emri icra suretiyle,

2. Gerek kendisine gerek başkasının nefsine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu fil hal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,

3. Gerek nefsi ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkanı da olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmaz.

Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.”

³⁰⁷ Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 28 vd. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 475 vd. Soyaslan, s. 383 vd. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231 vd.

B- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Hukuka Aykırılık Unsuru

Görevi kötüye kullanma suçunda hukuka aykırılık unsuru, yetkinin kötüye kullanılması ile ifade edilmektedir. Memurun kurallara veya öngörülen formalitelere veya kendisine verilen talimatlara aykırı bir biçimde hareket etmesi yada görevi gereği kendisine tanınmış olan yetkileri verilmiş amaçları dışında kullanılması halinde memur, hukuka aykırı hareket etmiş olacaktır. Görevin gerektirdiği işlemlerin yapılması durumunda görevin kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir³⁰⁸. Zira, memur hukukun tanımış olduğu yetkileri yine bu hukuk çerçevesinde hareket ederek kullanması, hukuka uygun olarak davrandığını gösterir³⁰⁹.

TCK. 240'ıncı maddede hukuka uygunluk sebeplerine yer verilmemiştir. Failin amirinden aldığı emre uyararak görevini kötüye kullanmış olması, memurun bu türden emirlere uyma mecburiyeti bulunmadığından bir hukuka uygunluk sebebi sayılmayacaktır³¹⁰. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 11'inci maddesine göre bir memur amirinden almış olduğu emri yerine getirmekle yükümlüdür³¹¹. Amirin

³⁰⁸ **Kunter**, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 394. **Savaş- Mollamahmutoğlu**, s. 2520.

³⁰⁹ "Sendika ve toplu pazarlık haklarını, kamu görevlilerini de kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslararası sözleşmelerini özellikle 151 sayılı ILO Sözleşmesinin Devletçe onaylanarak, Anayasanın 90. maddesine göre İç Hukukumuz yönünden de bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeni ile sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasalarda öngörülenden fazla ödemede bulunmaktan oluşan eylemlerinin hukuka uygun sayılması gerektiği gözetilmeden, hükümlülük kararı verilmesi," Yarg. 4. CD., 29.06.2000/4753-5787, YKD. C.: 27, S.: 5, 2001, s. 757.

"Olay tarihinde yürürlükte bulunan ... Türk Bayrağı Tüzüğü'nün 28. maddesi: 'Bayrak yırtık, sökülük, delik, kirli, soluk ve buruşuk bir şekilde kullanılamaz' hükmünü koymuştur. Bu düzenleme 21.5.1985 tarih ve 85/9034 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan ve 17 Mart 1985 gün ve 18697 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yeni Türk Bayrağı Tüzüğü'nün 26.maddesiyle aynen benimsemiş, hatta daha ileri gidilerek 'yamalı ve taşıdığı manevi değeri zedeleyecek biçimde' kullanılmayacağı da ifade edilerek genişletilmiştir.

İnceleme konusu olayda sanığın görev yaptığı daireye en son olarak 7 sene önce bayrak verilmiştir. Bunun açık havada her türlü iklim koşullarında asılmak suretiyle kullanılması halinde eskikip kullanılmaz hale geleceği gayet tabidir. Yıpranmış bayrağın kullanılmasını istemek tüzük de korunmak istenen manevi değerleri hiçe saymak demektir. Bu nedenle kullanıla kullanıla eskimiş Türk Bayrağını hiç asmayan sanığın eylemini suç saymak bir tarafa, yasa ve tüzük hükümlerini yerine getirmek olarak nitelemek gerekir.

Tüzüğe uygun olmadığı için Türk Bayrağını asmayan sanık yenisini sağlamak için bağlı olduğu kuruma mütemadiyen başvurup istekte bulunmasına rağmen bu isteği yerine getirilmemiş olduğuna göre, üzerine atılan suçun unsurları oluşmamıştır"YCGK. 01.04.1985, E. 1984/4-481, K. 1985/179, YKD. C.: 11, S.: 7, 1985, s. 1052 vd.

³¹⁰ **Erman-Özek**, s. 214.

"Polis memuru olan sanığın, ruhsatsız silah taşıyan kimseyi karakola götürüp yasal işlem yaptığı sırada karakola gelen emniyet amirinin yasaya aykırı olarak verdiği emri yerine getirip düzenlediği tutanağı yırtarak silahı geri verip sanığı serbest bırakması T.C.Y.'nın 240. maddesine uyar." Yarg. 4.CD. 06.06.1998, 3800/4229.(**Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 731)

³¹¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 11'inci maddesine göre;

vermiş olduğu emri yerine getirmemek memur açısından sorumluluk gerektirecektir. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası, “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz*” hükmüne yer vererek amirin emrini yerine getirmekle yükümlü tutulan memur, aynı zamanda konusu suç olan emri ise yerine getirmemekle yükümlü tutulmuştur. Bu hükme benzer bir hüküm de Anayasamızın 137’inci maddesinde yer almaktadır³¹². Sonuç olarak denebilir ki, amirin emrini yerine getirmek, astın kanuni yükümlülüğüdür. Ancak konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri yerine getiren memur, TCK. 49’uncu madde de belirtilen yetkili amirin emrini ifa suretiyle hukuka uygunluk halinden istifade edemez.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, konusu görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan ve amir tarafından verilen emrin yerine getirilmesi durumunda yerine getiren fail sorumlu tutulacaktır. Böyle bir durumda memur, yerine getirdiği emrin suç olduğu konusunda yanıldığını ileri süremez; zira bu fiili değil hukuki bir yanıldır ve memurun sorumluluğunu gerektirir³¹³.

Görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesinde zarar gören kimsenin açık veya örtülü rızasının varlığı halinde fiilin hukuka uygun olduğundan bahsedilemez. Çünkü, suçun mağduru fert olmayıp devlet idaresidir ve hiçbir devlet idaresinin görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesine muvafakat etme yetkisine sahip olduğu söylenemez³¹⁴.

“Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.

Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emri yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmaya mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

³¹² 1982 Anayasası’nın 137’inci maddesine göre;

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetleri görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

³¹³ Demirbaş, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 261.

³¹⁴ Erman-Özek, s. 214 vd.

Memurun işlemiş olduğu fiil objektif ve sübjektif olarak hukuka uygun olduğu durumlarda memur, bu fiili ile birlikte işlemiş olduğu veya bu fiiline sonradan eklenen bazı hareketleri nedeniyle asıl fiili görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Örneğin, hukuka uygun olarak yerine getirilen bir işlem esnasında memur sövme teşkil eden bir takım ifadelerle yer vermişse görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacak ancak, sövme fiili oluşabilecektir. Bununla birlikte memurun yapmış olduğu fiil sübjektif olarak hukuka uygun olduğu durumlarda sonrasında objektif olarak hukuka aykırı sayılması halinde söz konusu suç oluşmaz. Örneğin, memurun astına kendine göre haklı nedenlerle vermiş olduğu bir disiplin cezası, sonrasında hiyerarşik üst tarafından haksız bulunup ortadan kaldırılması durumunda görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilemeyecektir³¹⁵.

Madde metninde “*Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur*” ifadesine yer veren kanun koyucu, suçun oluşumu için özel hukuka aykırılığın bulunmasını aramıştır. Görevin kötüye kullanılmasından maksat, memurun kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslardan başka şekilde görevin yerine getirilmesi³¹⁶ ise memur, kastı dışında ayrıca maddede belirtilen şekilde özel hukuka aykırı bir halde görevinde yetkiyi kötüye kullanmalı, buna göre hareket etmeyi istemelidir. Memurun hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği tespit edilmediği sürece hukuka aykırılıktan söz edilemeyecek ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır. Daha önceden verdiğimiz örnekten de anlaşılacağı üzere, polis memurunun bir şahsı hırsız zannıyla yakalayıp hürriyetinden mahrum kılması durumunda, memurun hukuka aykırı hareket ettiği kabul edilemeyeceğinden “memuriyetine ait vazifeyi suiistimal” ettiğinden bahsedilemez ve dolayısıyla bu fiili suç oluşturmaz³¹⁷.

Memurun görevi belirli bir hareketi yapmayı gerektirip gerektirmediği hususundaki hata, fail için, “fiili hata”dır³¹⁸. Fiili hata durumunda genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır³¹⁹.

³¹⁵ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 630 vd.

³¹⁶ Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, s. 905.

³¹⁷ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 472.

³¹⁸ Erem, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 408.

³¹⁹ “Ancak; Hizbullah Terör Örgütü üyesi olmak suçundan fezleke düzenleyerek DGM. nde, hakkında dava açılmasını sağladığı ve görevli mahkemece de duruşmaya kadar tutuklanmayan Abdülgani Yıldırım adlı kişiyi; siyasal düşünceleri, dinsel görüşleri ve yakınlığı nedeniyle tutuklatmadığına yönelik iddialarının da yerel mahkemece kabul görmediği anlaşılan sanığın, hukuksal değerlendirme

V- SUÇU ETKİLEYEN HALLER

1- Genel Olarak

Suçu etkileyen haller, “suçun oluşması için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın arttırılıp indirilmesini gerektiren fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan sebepler”³²⁰ olarak tarif edilmektedir. Tariften de anlaşılacağı üzere suçu etkileyen haller, suçun nitelendirilmesine etki eden haller değildir. Çünkü, eğer suçun niteliği değişiyorsa artık yeni bir suçtan bahsetmek gerekecektir. Örneğin, failin cüzdan çalmak için bir şahsın cebine elini sokması esnasında mağdur veya başka biri tarafından fark edilmesi ile cebir veya şiddette bulunması durumunda oluşacak suç hırsızlık değil, yağma suçudur³²¹.

Yine tariften çıkartılan sonuçlardan biri de suçu etkileyen hallerin suçun unsurlarından farklı olduğudur. Unsurlardan birinin bulunmaması halinde ya suç oluşmayacak veya başka bir suç oluşacaktır. Suçu etkileyen hallerin bulunmaması durumunda fiil suç teşkil edeceği gibi, suçun vasfının değişmesine de sebep teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte suçu etkileyen hallerden birinin varlığı halinde cezanın arttırılmasına veya indirilmesine etken oluşturduğu doğru ise de suçu etkilemeden, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını gerektirmeden sadece cezaya etki eden hallerde mevcuttur. Bahsedilen cezaya etki eden haller suçu etkileyen hallerden ayrılırlar³²².

de yanılı sonucu gerçekleşen eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun yasal öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi,” Yarg. 4. CD., 03.07.2002/8966-12211.

“Ancak; olay tarihinde İlçe Özel İdare Müdürü vekili ve aynı zamanda tahakkuk memuru olarak görev yapan sanığın, kendi borcu dolayısıyla icra müdürlüğüne maaşının 1/4’ü oranında kesinti yaptığı ve daha sonraki maaş artışlarını yanılıyla bu oran içinde düşünmediği biçiminde kabul edilen eylemde maddi yanılısının suç kastını kaldıracak gözetilmeden, hükümlülük kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD., 17.12.1997/10857-11313, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

“Ancak, yanılı sonucu süren bir işlemi usulüne uygun biçimde sormaktan ibaret eylemin ne suretle görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD., 31.10.1990/4850-5540, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

³²⁰ Dönmezer - Erman, II., s. 339.

³²¹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 541.

³²² Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 340 vd. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 541 vd.

Suçu etkileyen haller çeşitli guruplara ayrılarak incelenmektedir. Bunların başında ağırlatıcı-hafifletici nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Cezanın arttırılmasını gerektirenlere ağırlatıcı; cezanın indirilmesini gerektiren hallere ise hafifletici nedenler denir³²³. Bunun yanında suçun konusu, işleniş şekli, yeri, zamanı, kullanılan araçlar, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı veya hafifliği yada mağdurun durumu ve sıfatına ilişkin durumlardır ki, bunlara “objektif” veya “fiili” haller denir. Objektif hallerin yanında, failin kastının yoğunluğuna, faille mağdur arasındaki ilişkiye, failin durum veya sıfatına ilişkin hallere ise “sübjektif” veya “şahsi” haller denir³²⁴.

Ağırlatıcı ve hafifletici nedenler olarak incelenen suç etkileyen haller, uygulama alanları bakımından genel ve özel olarak da ayrıma tabi tutulmaktadır. TCK.’nın genel hükümler kısmında yer alıp tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulan suç etkileyen hallere “genel”, sadece düzenlendiği suç tipleri için uygulananlara ise “özel” suç etkileyen haller denir³²⁵. Örneğin, TCK. 51’inci maddede düzenlenen haksız tahrik ile 59’uncu maddede düzenlenen takdiri hafifletici nedenler genel nitelikte; buna karşılık 449 ve 450’inci maddelerde yer alan düzenlemeler, adam öldürme suçunun ağırlatıcı nedenleri olup özel suç etkileyen hallerdendir³²⁶.

Suçu etkileyen haller için yapılan bir diğer ayırım ise kanuni ve takdiri hallerdir. Kanuni arttırım veya indirim hallerini kanun, tek tek göstermiştir. Hakim bunların dışına çıkarak cezayı ne arttırabilir ne de indirebilir. TCK. 29/1’inci maddesinde düzenleme yeri bulan “*Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir*” hükmü bu durumu ifade etmektedir. Takdiri indirim hali ise TCK. 59’uncu maddede³²⁷ düzenlenmiştir. Madde, “*kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak*” hükmüne yer vererek, takdiri hafifletici nedenlerin geniş olmasına rağmen kanuni hafifletici sebep olan bir halin,

³²³ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 542.

³²⁴ Dönmezer - Erman, II., s. 343.

³²⁵ Soyaslan, s. 190.

³²⁶ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 542.

³²⁷ TCK. 59’uncu maddeye göre;

“Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur.

Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir.

takdiri bir hafifletici sebep olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir³²⁸. Söz konusu düzenleme sadece hakime tanınmış olan ve yine sadece cezada belli bir nispette indirimde yer veren bir hükümdür. Maddede takdiri arttırım nedeni söz konusu değildir; hakim sadece cezada takdiri indirimde gidebilir. Diyebiliriz ki, suç etkileyen haller için yapılan kanuni ve takdiri ayırım, sadece hafifletici sebepler bakımından bir önem arz etmektedir. Çağdaş hukuk düzeni de takdiri indirim hallerine yer vermiş ve ağırlatıcı halleri sadece kanunla düzenlemiştir³²⁹. Bu açıklamalar doğrultusunda görevi kötüye kullanma suçunda suçu etkileyen halleri incelemeye geçebiliriz.

2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Suçu Etkileyen Haller

A- Suçu Hafifletici Haller

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK. 240'ıncı maddesinin ikinci fıkrası "*hafifletici nedenlerin bulunması halinde...*" hükmüne yer vererek, cezanın indirileceğini belirtmiş, ancak hangi hallerde indirim yapılacağına değinmemiştir. Uygulama ve öğretide bu indirim halleri; sanığın eyleminde bir zararın meydana gelmemiş olması³³⁰ veya zarar varsa bile tutarın azlığı³³¹, zararın giderilmesi³³², eylemin bir çıkar sağlamak amacıyla yapılmamış olması³³³, çıkar sağlanmışsa tutarın

³²⁸ Dönmezer - Erman, II., s. 365.

³²⁹ Dönmezer - Erman, II., s. 343 vd. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 542 vd.

³³⁰ "Sanık Fevzi Yarbaş'ın, yasal yöntem ve koşullara uymadan evlenmeye izin kararı verme olarak kabul edilen eylemi nedeniyle, kendisine bir yarar sağladığına veya bundan bir zarar doğduğuna ilişkin kanıt bulunmadığına göre, olayda hafifletici neden bulunduğu kabul edilerek TCY'nın 240/2. madde ve fıkrası ile hükümlülüğüne karar verilmesi gerekirken, aynı maddenin 1. fıkrası ile hükümlülüğüne karar verilmesi," Yarg. 4. CD., 03.07.2002/9646-12141.

"Eylemden bir zarar doğmamış olmasının cezaı hafifletici neden oluşturacağının ve bu nedenle TCK.'nın 240. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi..." Yarg. 4. CD., 01.05.1991/1516-2571 (Erdurak, Yılmaz Güngör, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Üçüncü Baskı, Adil Yayınevi, Ankara 1994, s. 405).

³³¹ "Sanığın eylemi nedeniyle oluşan zararın az olması karşısında, bu durumun cezaı indirici bir neden olabileceği ve dolayısıyla sanık hakkında TCK'nın 240/2. madde ve fıkrasının uygulanabileceği gözetilerek gerekli inceleme ve tartışma yapılmadan hüküm kurulması" Yarg. 4. CD., 02.02.1993/8107-547 (Yaşar, Osman, Uygulama ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 1996, s. 250).

³³² "Sanığın aldığı parayı sonradan iade etmiş olmasının TCK.'nın 240. maddesinin 2. cümlesinin uygulanmasına yol açacağının düşünülmemesi" Yarg. 4. CD., 03.07.1991/3227-4428(Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 764).

³³³ "Sanığın olayda menfaat temin ettiğine ilişkin herhangi bir iddia ve delil bulunmadığı gibi sonradan yapılan soruşturma nedeniyle zarar da doğmamış olduğundan sübuta eren eyleminden dolayı TCK. 240. maddesinin 2. fıkrası ile uygulama yapılmak gerekirken 1. fıkra ile mahkumiyetine karar verilmesi" YCGK. 07.11.1988/355-443 (Yaşar, Asliye Ceza Davaları, s. 251).

azlığı veya suç sayılan eylemin sonradan düzeltilmiş olması³³⁴ gibi haller olarak kabul edilmektedir³³⁵.

Maddede belirtilen indiriminin eyleme yada fiile bağlı indirim olduğunu savunanlar³³⁶ yanında, söz konusu indirimin fiile bağlı nedenlerle birlikte şahsa bağlı nedenlerle de yapılabileceğini savunan görüşler³³⁷ de doktrinde mevcuttur. Uygulamada ise, maddede yer alan indirimin “fiili” nedenlere dayanabileceği, şahsi haller için bu maddeye göre indirim yapılmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında, “Cezayı hafifletici nedenlerin fiile bağlı nedenler olması gerektiği gözetilmeden, sanığın şahsi hali ve duruşmalardaki davranışları nazara alınarak hakkında TCK.’nın 240/2 maddesinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır”³³⁸ diyerek maddenin şahsi haller için uygulama alanı bulmayacağını belirtmiştir.

Doktrinde tartışılan bir diğer konu ise, TCK. 240/2’nci maddede yer alan indirim ile TCK. 59’uncu maddede yer alan takdiri indirim hallerinin³³⁹ bir arada uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur. Bu iki maddenin aynı anda

³³⁴ “Sanığın sağladığı çıkarın azlığının ve aldığı para için sonradan makbuz kestirmiş bulunmasının, TCY.’nin 240. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yol açıp açmayacağı tartışılmadan 1. fıkrası ile hüküm kurulması” Yarg. 4. CD. 03.07.1996/5561-6246 (Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 763).

“Ancak; Devlet Hastanesi saymanı olan sanığın, yüzotuz milyon lira tutarındaki basılı kağıdı, kapalı zarf yerine, İhale Yasası hükümlerini aşmak için bölerek pazarlık yöntemiyle almak ve ilk alımdan sonra dönmekten ibaret etkin eyleminin, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve TCY.’nin 240/2. madde-fıkrasına uyduğu gözetilmeden, yasal yöntemi bilmediği ve araştırmadığı gerekçesiyle görevi savsama suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi...” Yarg. 4. CD., T. 06.03.1997, E. 1996/9220, K. 1997/1545, (http://www.yargitay.gov.tr.).

³³⁵ Bkz. Erman, Sahir, “Memuriyet Vazifesinin Suiistimali”, İBD., C.: XXV, S.: 1, Ocak 1951, s. 44, dn. 2. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 515 vd. Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 150 vd. Erman-Özek, s. 215. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 728. Erem, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 408. Erem, Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 50. Malkoç, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 28 vd. Kırıyak- Çağlayan- Şenel, s. 138. Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 192. Erem-Toroslu, Özel Hükümler, s. 187. Toroslu, s. 252. Yaşar, Asliye Ceza Davaları, s. 223. Evliyaoğlu, s. 616 vd. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 631. Demirbaş, “Memuriyet Görevini İhlal Ve Kötüye Kullanma”, s. 273.

³³⁶ Yaşar, Asliye Ceza Davaları, s. 223. Evliyaoğlu, s. 617. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 728. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1914 vd.

³³⁷ Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 150.

³³⁸ Yarg. 4. CD. 21.06.1988/4494-4332 (Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 764).

³³⁹ “Takdiri hafifletici sebepler, kanun tarafından belirlenmeyip, hakimim gözönünde tutabileceği bir takım özellikler dolayısıyla cezanın bir miktar indirilmesine imkan sağlayan ve kabul ve reddi yine hakim takdirine bırakılan hallerdir. Bu çeşit sebeplerin neler olduğu kanunda gösterilmediğinden takdiri hafifletici sebepler belirli değildir; aynı sebepler istisnasız her suçun cezasında indirim yapılmasına imkan verdikleri için geneldir; nihayet kabul veya reddi, hakim takdirine bağlı bulunduğu için takdirdir.”(Dönmezer - Erman, II., s. 361.)

uygulanamayacağını savunanlar³⁴⁰ iki madde arasındaki temel farka değinerek, hakimın 59'uncu maddede belirtilen hallerde dahi tekdiri indirimde gitme mecburiyetinin olmadığı ancak, 240/2'nci maddede belirtilen halde indirim yapılacaksa hakimın takdirinin söz konusu olmadığı, indirimin mecburi olduğu yolunda görüşlerini ortaya koymaktadırlar.

Buna karşılık TCK. 240/2'nci madde ile yine aynı kanunun 59'uncu maddesinin, şartları gerçekleşmesi halinde bir arada uygulanması gerektiğini savunanlara göre ise, maddede “cezaı azaltan takdire bağı sebepler”den değil, “cezaı tahfif edici sebepler”den bahsedildiğinden her iki maddenin bir arada uygulanabileceğı belirtilmektedir³⁴¹. Yine bazı yazarlara göre, 240/2'nci maddeden yapılacak olan indirim fiile bağı³⁴² indirimlerdir. Şahsa bağı indirimler ise TCK. 59'a göre yapılabilecek ve bu iki madde aynı anda uygulama alanı bulabilecektir³⁴³. Ancak, bu iki hükmün bir arada uygulanması durumunda mahkeme, her iki uygulama için farklı gerekçe göstermek, yani 240/2'nci madde için öngörülen gerekçe ile 59'uncu maddenin uygulama gerekçesi farklı olmak durumundadır³⁴⁴.

³⁴⁰ **Erman-Özek**, s. 215, bkz. dn. 1/3. **Erman**, s. 44, dn. 2. **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 150. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 462. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 273.

“...Ancak 240. maddede cezaı hafifleten sebeplerin neler olduğunu göstermemek suretiyle sınırsızlık ve belirsizlik sistemini benimsemiş ve bu bakımdan aynı sistemi kabul eden 59. maddedeki esası tekrarlamıştır. Aradaki tek fark, 59. maddeye göre takdiri bir hafifletici sebebin bulunması halinde dahi hakimın cezada indirim yapmak zorunda olmamasına mukabil, 240. maddenin hakime cezaı hafifletmek mecburiyetini yüklemiş olmasıdır. Ancak hakim bir defa 240/2. madde uyarınca cezada indirim yapmışsa, artık 59. maddeyi uygulayamaz ve esasen bir indirim yapacaksa bunu 240/2. maddeye dayanarak icra eder.”(**Erman-Özek**, s. 215, bkz. dn. 1/3.) Sayın Erman bir diğer eserinde de bu konuya değinerek, “...hakimin 240 ıncı maddenin ikinci cümlesini tatbik etmesini müteakip, 59 uncu madde ile cezaı bir defa daha indiremeyeceğidir; hususi kaidenin umumi kaideyi takyit edeceği ve bu umumi kaidenin tatbikine mani olacağı prensibi bu mevzuda da caridir.” şeklinde özel-genel kural ilişkisine dayanan bir yoruma başvurmuştur. **Erman**, s. 44, dn. 2.

³⁴¹ **Erem**, Özel Hükümler, Cilt: III, s. **Erem-Toroslu**, Özel Hükümler, s. 187. **Toroslu**, s. 252. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1914 vd. **Malkoç**, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 486. **Malkoç- Güler**, Başlıca Memur Suçları, s. 306.

³⁴² **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1915. **Yaşar**, Asliye Ceza Davaları, s. 223.

“Cezayı hafifletici sebeplerin fiile bağı nedenler olması gerektiğı gözetilmeden, sanığın şahsi hali ve duruşmadaki tutum ve davranışları nazara alınarak, hakkında TCK.'nın 240/2. maddesinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.”Yarg. 4. CD., 21.06.1988/4494-4732. (**Yaşar**, Asliye Ceza Davaları, s. 251)

“...İkinci fıkradaki neden, fiile bağıdır ve varlığı halinde uygulamak zorunludur... TCY. 59 ncu madde ise aynı zamanda sanığın kişiliğı ve davranışları nedeniyle de uygulanabilen bir şahıleştirme hükmüdür. O nedenle, örneğin zararın azlığı, giderilmiş olması veya zarar verilmemiş olması nedeniyle 2. fıkra ile indirim yapıldıktan sonra, sanığın pişmanlığı, duruşmadaki hal ve davranışları, değerlendirilerek 59. maddenin uygulanmasına engel yoktur. aksi takdirde 59. madde varken 2. fıkraya yer verilmesinin nedeni açıklanamaz. Bizce farklı nenlere dayanılarak her iki hükmün aynı eylem için uygulanması olanaklıdır.” **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1915.

³⁴³ **Yaşar**, Asliye Ceza Davaları, s. 223. **Evliyaoğlu**, s. 617.

³⁴⁴ **Malkoç**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 29. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1915.

Uygulamada ise, her iki indirim maddesinin bir arada kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında, “sanığın eylemi sonucu herhangi bir zararın meydana gelmemesi hafifletici neden kabul edilmiş ve geçmişi ile toplumsal konumu gözetilerek alt sınırdan ceza verilmesi ve TCY.nın 240/2 maddesinin uygulanması uygun bulunmuştur.... sanığın işlerinin yoğun olması nedeniyle suçun işlenmesi lehine takdiri hafifletici neden kabul edilerek TCY.nın 59/2 maddesi uyarınca cezasında indirime gidilmiştir”³⁴⁵ diyerek iki hükmün bir arada kullanılmasında bir yanlışlığın olmadığını belirtmiştir.

Kanaatimizce, kanun koyucu, görevi kötüye kullanma suçunun hafifletici nedenini düzenlediği 240/2’nci maddesine göre uygulanacak hafifletici nedenleri zorunlu kılmıştır. Bununla birlikte, hangi hallerin hafifletici neden olacağı maddede belirtilmemiştir. Genel hükümler içinde yer alan ve takdiri indirim maddesi olan TCK.’nın 59’uncu maddesi, “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak...*” hükmüne yer vererek, kanunda yer alan indirim hallerinden başka, hakime, faile veya fiile ilişkin cezayı hafifleten takdiri nedenler olarak kabul ettiği hususları gözeterek, cezada indirime gidebilme imkanı tanımıştır. Maddeye göre yapılacak indirim, hakimin takdirine bağlı olduğundan uygulama gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. 59’uncu maddenin tüm suçlar için öngörülen bir indirim maddesi olması, bir maddenin istisna kılınarak, 59’uncu madde dışında değerlendirilmesi hukukun bütünlüğü ilkesi ile çelişki arz eder. Bununla birlikte, 240/1’inci maddeye göre ceza veren hakimin, şartları oluşmadığından 2’nci fıkraya göre indirime gitmeyip 59’uncu maddeyi uygulaması, başka bir olayda 240/2’nci madde ile indirime gidip 59’uncu maddeye göre indirim yapmaması, uygulamalar arasında çelişki ve adaletsizlik doğuracaktır. Sonuç olarak diyebiliriz ki, 240/2’nci maddede düzenlenen kanuni indirim nedenleri ile genel hükümler kısmında yer alan takdiri indirim halini düzenleyen 59’uncu madde bu bağlamda bir arada değerlendirilebilecek ve şartları varsa, her madde için ayrı gerekçeler göstermek kaydıyla, aynı anda iki maddeye göre indirim yapılabilecektir.

Yaşar, Asliye Ceza Davaları, s. 223.

³⁴⁵ Yarg. 4.CD. T. 26.4.2001, E. 2000/21, K. 2001/14.

B- Suçu Ağırлатıcı Haller

Görevi kötüye kullanma suçunda kanun koyucu, maddede suç için ağırlatıcı hallere yer vermemiştir. Bununla birlikte bazı özel kanunlarda memurlar için verilecek cezaların arttırılacağı belirtilmektedir. Örneğin, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 33'üncü maddesi *"Doğrudan doğruya kaçakçılık yapmaktan veya görevini kötüye kullanarak veya rüşvet alarak kaçakçılığa sebebiyet vermekten veya suç uydurmadan hüküm giyen memurlara bir daha kamu hizmeti yaptırılmaması cezası da verilir.*

Kısıtlayıcı diğer kanun hükümlerine ek olarak her türlü kaçakçılık suçundan dolayı ağır hapis cezasıyla mahkum olanlar, affa uğramış olsalar bile kamu hizmetinde çalıştırılmazlar." hükmüne yer vererek görevini kötüye kullanmakla kaçakçılığa sebebiyet veren memurlara verilecek ceza yanında, bir daha kamu hizmeti yaptırılmaması cezasına da hükmedileceğini belirtmektedir³⁴⁶.

3780 sayılı Milli Korunma Kanununun 64'üncü maddesinin birinci fıkrası, *"1- Bu kanuna taalluk eden işlerde vazife ve salahiyetlerini suiistimal edenler veya bu suretle diğer bir suç işleyenler ve vazifede ihmal ve terahide bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu ile diğer kanunlarda muayyen olan cezalar iki kat olarak hükmolunur."* hükmüne yer vermiştir. Buna göre, Milli Korunma Kanununa çerçevesinde kalan bir işte görevini kötüye kullanan memura, 240'nci maddedeki ceza iki kat arttırılarak verilecektir.

³⁴⁶ 10.07.2003 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanunun 36'ıncı maddesine göre: *"Kaçakçılığın meni, takibi veya tahkiki ile mükellef bulunan memurların her ne suretle olursa olsun bu kanunda yazılı vazifelerini ihmal veya suiistimal etmeleri yahut irtikapta bulunmaları veya rüşvet almaları yahut sahtekarlık fiilini işlemeleri halinde bu cürümler için kanunen muayyen olan cezalar bir misli arttırılarak hüküm ve müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da tayin olunur."*

Yine aynı kanunun 38'inci maddesine göre: *"Bu kanunun 2 nci maddesinde yazılı ihbar, men, takip veya tahkik ile mükellef olan memur veya müstahdemlerin bu vazifelerini ihmal veyahut suiistimal etmeleri halinde haklarında Türk Ceza Kanununun 230 ve 240 ıncı maddelerindeki cezalar bir misli arttırılarak hüküm ve müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da tayin olunur."*

VI- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- Genel Olarak

Daha öncesinden suçun unsurları olan kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuruna değinmiştik. Bu unsurların yer aldığı bir fiil hukuk dünyasında suç olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda suçu dar manada “tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu bir fiil”³⁴⁷ olarak tanımlanmakta; bununla birlikte geniş manada suç, “sorumlu bir kimse tarafından, müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ve ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yer alan tarife uygun bulunan hukuka aykırı bir fiil”³⁴⁸ olarak ifade edilmektedir.

Suç için yapılan bu tanımlamalar yanında işlenen fiil her zaman bu kalıba uymayabilmektedir. Örneğin işlenen suçun tüm hareketleri yerine getirilmemiş, yada işlenen suça birden çok kişi katılmıştır. Bununla birlikte failin işlemiş olduğu fiille kanunun birden çok hükmü ihlal edilmiş olabilir. İşte bu gibi haller, yani teşebbüs, iştirak ve suçların içtimaı, kanuni tarifte yer alan suç tanımına nispetle atipik sayılmakta ve bunlara ceza kanununun genel hükümleri kısmında yer verilerek bu fiillerin cezasız kalması önlenmektedir. Suç tanımına nispetle atipik sayılan bu gibi hallere suçun özel görünüş biçimleri denmektedir³⁴⁹. İnceleme konumuz olan görevi kötüye kullanma suçunda da şartların varlığı halinde teşebbüs, iştirak ve içtima karşımıza çıktığından bu hususları ayrı ayrı başlıklar altında inceleyebiliriz.

2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Teşebbüs

Bir cürmün işlenmesine karar verilerek icrai hareketlere elverişli hareketlerle girişilmesinden sonra failin elinde olmayan engel sebepler nedeniyle icra hareketlerinin tamamlanmaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin meydana gelmemesi haline teşebbüs denmektedir³⁵⁰.

İnceleme konumuz görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için bir zararın meydana gelmesi aranmaz. Yani, görevi kötüye kullanma suçu bir zarar suçu değil, tehlike suçudur. Failin hareketi sonucu suçun tamamlanması bakımından, idarenin

³⁴⁷ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Bası, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul 1991, s. 6. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 755.

³⁴⁸ Dönmezer - Erman, I., s. 311.

³⁴⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 755 vd. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 377.

³⁵⁰ Artuk, Mehmet Emin, “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 242.

bir zarara uğramış olmasına gerek yoktur. Memur, görevini icra ederken, usul ve nizama aykırı hareket etmesiyle, yani memuriyetine ait yetkileri kötüye kullanmasıyla, suç tamamlanmış olacaktır. Bu bakımdan görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün değildir³⁵¹. Zira uygulamada da Yargıtay, suçun oluşumu için idarenin zarara uğramış olmasını aramamakta, memurun görevini yerine getirirken yasalar ve yazılı hukuka aykırı davranmış olması ile suçun tamamlanacağını kabul etmektedir³⁵². Diyebiliriz ki, görevi kötüye kullanma suçuna neticesi harekete bitişik bir suçtur³⁵³. Hareketin yapılması ile harekete bağlı olan netice de gerçekleşmiş olur ve suç hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiş olup zamanasını bu andan itibaren başlar. Ayrıca, neticenin harekete bitişik olması nedeniyle tam teşebbüsten söz edilemeyecektir³⁵⁴.

Görevi kötüye kullanma suçunda zararın var olup olmaması, 240'ıncı maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen hafifletici unsur olarak kabul edilip cezada indirimine neden teşkil edebilir; suçun tamamlanıp tamamlanmamasında bu husus dikkate alınmaz³⁵⁵. Görevin kötüye kullanılması sonucu kişilere doğrudan zarar verilmesi durumunda, fiil genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu değil, görevde keyfi davranma suçunu oluşturur³⁵⁶.

Suç zarar suçu olmadığından tam teşebbüs mümkün değildir. Ancak, görevi kötüye kullanma hareketinin parçalara ayrılabilirdiği hallerde, yani olumlu bir hareketle işlenmesi durumunda suça eksik teşebbüs mümkün olabilir³⁵⁷.

³⁵¹ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 460. **Cihan**, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 188 vd. Teşebbüsün mümkün olduğunun savunan yazarlarda vardır. Bkz. **Yener**, Tatbikatta Asliye Ceza Davaları, s. 60.

³⁵² "... TC. Yasasının 240. maddesinde yazılı görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için, idarenin bir zarara uğraması zorunlu değildir. Bu suç, bir memurun yasal görevini yaparken yasalar ve yazılı hukuka aykırı davranmasıyla oluşur. Zararın yokluğu yada azlığı, ancak anılan maddenin 2. fıkrasının uygulanmasına yol açan cezayı indirici neden olabilir." Yarg. 4. CD. 18.1.1996, E. 1995/7825, K. 1996/239, YKD. C.: 22, S.: 7, 1996, s. 1150.

³⁵³ **Kunter**, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 393.

³⁵⁴ **Dönmezer - Erman**, I., s. 384.

³⁵⁵ **Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Dördüncü Bası, İstanbul 1994, s. 217. **Cihan**, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 188.

³⁵⁶ **Evliyaoğlu**, s. 616. Aynı yazara göre, görevin kötüye kullanılması ile idarenin maddi zarara uğraması suçun oluşumu için şart değil, hafifletici nedenidir. Bu nedenle suç, idarenin zarar görmesine elverişli olsa dahi zararın meydana gelmemesi, suçun tamamlanmasında herhangi bir etkiye sahip olmayacak, suç tamamlanmış olacaktır. **Evliyaoğlu**, s. 616.

³⁵⁷ **Demirbaş**, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 274 vd. **Cihan**, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 189. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 460 vd. **Erem-Toroslu**, Özel Hükümler, s. 187. **Toroslu**, s. 251. **Soyaslan**, Özel Hükümler, s. 631. **Malkoç**, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", s. 29. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, görevi kötüye kullanma suçuna tam teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadırlar. Bunlara göre, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumunda, bu hareketlerin

3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda İştirak

Suç bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi birden çok kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Bir kısım suçlar, kanun gereği yada nitelikleri gereğince birden fazla kişi yada bir grup kişi tarafından işlenir. Bu tür suçlara çok faili suçlar denir³⁵⁸. Bununla birlikte, nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca birlikte işlenmesi halinde iştirakten veya suça katılmadan bahsedilir³⁵⁹.

Suçlunun taşımış olduğu sığata göre suçlar ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bir suçun herkes tarafından işlenebilmesi durumunda “genel suç”tan; belli niteliklere sahip kimseler tarafından işlenebilmesi durumunda ise “mahsus suç”tan bahsedilecektir. Bazı suçların işlenebilmesi için kanun, failin belli nitelikler taşımasını, belli sıfatlara sahip olmasını aramıştır³⁶⁰. Görevi kötüye kullanma suçu da mahsus suçlardan olup, failin mutlak surette memur olası gerekmektedir. Bu suça iştirak, fail olan memur dışındaki kişiler için mümkündür. Yani suça, özel kişiler tarafından iştirak olunabileceği gibi; başka bir memur tarafından da iştirak edilebilir. Ancak, iştirakin gerçekleştirilmesi için, suça iştirak edenlerin memurun sıfatını bilmeleri ve iştirak şartlarının bulunması halinde mümkündür³⁶¹. Tatbikatta da memurun bu sıfatının biliniyor olması durumunda iştirakin mümkün olduğu yolunda kararlar mevcuttur. Yargıtay bir kararında, “PTT dağıtıcısına yalan bilgi vererek, usulsüz tebligat yaptıran apartman kapıcısının eylemi, 7201 sayılı Tebligat Yasasının 55/b madde ve bendinde yazılı suçu oluşturur. PTT dağıtıcısının, apartman kapıcısının verdiği yalan bilgiden haberi olup, onunla birlikte davranarak usulsüz tebligat yapması halinde her ikisinin eylemleri, TCK.’nun 240/1 madde ve fıkrasına

icrasına başlanmışsa eksik; bu hareketlerin bitirilmesine rağmen herhangi bir menfaatin sağlanmaması, idareye yada kişilere herhangi bir zararın verilmemesi durumunda ise tam teşebbüsün varlığından bahsedilir. Ancak, herhalde, suç teşkil eden hareketlerin bir zararı vermeye yada maddi veya manevi bir menfaat temin etmeye elverişli olması gerekmektedir. **Erman-Özek**, s. 213 vd.

³⁵⁸ **Artuk**, “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, s. 254 vd.

³⁵⁹ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 798. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 411.

³⁶⁰ **Dönmezer - Erman**, II., s. 424. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 408.

³⁶¹ **Cihan**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 188. **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 461. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 276. **Malkoç**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 29. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1916. **Soyaslan**, Özel Hükümler, s. 631. **Erman-Özek**, s. 215. **Savaş- Mollamahmutoğlu**, s. 2522.

uyar”³⁶² diyerek, mahsus suçlardan olan görevi kötüye kullanma suçuna, memurlar dışında kalan kişiler tarafından iştirakin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçuna diğer kişiler tarafından iştirak, genelde TCK.’nın 65’inci maddesi çerçevesinde gerçekleşir. Zira, görevi kötüye kullanan, özellikle suçun maddi unsurunu yerine getiren memurdur. İştirak edenlerin eylemi ise sadece suçu hazırlayıcı, katkıda bulunucu nitelikte olabilir. Bununla birlikte iştirak şekillerinden biri olan ve TCK.’nın 64/2’nci maddesinde düzenlenen azmettirme şeklinde de görevi kötüye kullanma suçuna iştirak mümkündür. Bunun için memurda daha öncesinden suç işleme fikrinin olmaması, bu fikrin tamamıyla azmettiren tarafından gündeme getirilmesi gerekmektedir³⁶³.

Memur olmayan kişinin memuru hataya düşürerek, görevi kötüye kullanma suçunu işlettirmesi durumunda, dolayısıyla faillik³⁶⁴ devreye girecektir. Yani, memur olmayan kişi sanki memurmuş gibi kabul edilerek, ceza verilmeyecek olan mahsus suçun faili yerine cezalandırılacaktır³⁶⁵.

4- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda İçtima

Kanun koyucu korumak istediği her hukuki yararı ayrı bir yaptırım altına almıştır. Bu nedenle, kural olarak, ceza hukukunda gerçekleşen her netice ayrı bir suçu meydana getirir. Bununla birlikte, fail tarafından işlenmiş olan fiil tek olmasına rağmen, kanunun birden çok hükmünü ihlal etmiş veya birden çok fiil olmasına rağmen, aynı kanun hükmü ihlal edilmiş olabilir. İşte bu gibi hallerde ceza kanunları suçların içtimaidan veya kaynaşmasından yada suçların bir araya toplanmasından

³⁶² Yarg. 4.CD. 14.9.1994/3589-6633, YKD. C.: 21, S.: 2, 1995, s. 317.

³⁶³ Malkoç, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 29 vd.

³⁶⁴ İsnad yeteneğine sahip olmayan, cezalandırılmayan veya kusurlu sayılamayan bir insanı, bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanmaya “dolayısıyla faillik”; böyle bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimseye ise “dolayısıyla fail” denir. Bkz. Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 840 vd. Dönmezer - Erman, II., s. 504 vd. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 424 vd.

³⁶⁵ Demirbaş, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 276. Mahsus bir suçun işlenebilmesi için gerekli doğal veya hukuki niteliklere sahip olan bir kişiyi hataya düşürerek, ona bir suç işleten kimse, sanki o doğal ve hukuki niteliklere kendisi sahipmiş gibi işlem görür ve cezalandırılmayan mahsus suç failinin yerini alarak ceza görür. Ceza kanunumuz resmi evrakta sahtekarlık cürümlerinin memurlar ve diğer kimseler tarafından işlenmesi durumlarını farklı maddelerde düzenlemiştir. Fail memursa 339 ve 340’ıncı maddeler; memur değilse, 342/1’inci madde uygulanır. Eğer memur olmayan bir kimse memuru yanıltarak, hataya düşürerek sahte bir evrak düzenletmesi veya gerçek bir evrakta gerçeğe aykırı eklemeler yada silintiler yaptırması durumunda, suç işleme kastı bulunmayan memur cezalandırılmayacak ancak, memuru suçun işlenmesinde kullanan kişi dolayısıyla fail kabul edilerek, yani kendisi memurmuş gibi işlem görerek, TCK. 339 veya 340’ıncı maddelere göre cezalandırılacaktır. Dönmezer - Erman, II., s. 504 vd.

bahsetmektedirler³⁶⁶. İştirakte birden çok failin bir suçta bir araya gelmesi halinde sorumlulukları tespit edilirken, içtimada tek failde birden çok suçun birleşmesi halinde failin sorumluluğu belirlenmeye çalışılmaktadır³⁶⁷.

Görevi kötüye kullanma suçu, genel ve tamamlayıcı bir niteliğe sahip olduğundan, kanunda tarif bulan özel görevi kötüye kullanma halleri öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Özel olarak düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma suçunun cezası daha hafif olsa bile, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu değil özel norm uygulanacaktır. Dolayısıyla özel düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma suçları ile TCK.'nın 240'ıncı maddesinde düzenlenen genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu arasında fikri içtima söz konusu olmayacak; özel norm tatbik edilecektir. Zira fiilin karşılığı özel olarak kanunda düzenlenmiştir³⁶⁸. Yargıtay bir kararında, "Maznunun vazife esnasında mağdura hakaret ettiği ve silah çektiği kabul edilmesine göre 486, 466 ve 251. maddelerin tatbiki gerekirken ancak kanunda yazılı haller haricinde vaki vazifeyi suiistimallerde tatbik kabiliyeti olan 240. madde ile ceza tayini bozmayı gerektirmiştir"³⁶⁹ diyerek bu hususu belirtmiştir.

TCK.'nın 240'ıncı maddesi ile birlikte, özel görevi kötüye kullanma sayılmayan bir suç da işlenmişse, söz konusu suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı nedeni değilse maddi içtima kuralları uygulanır. Fail görevi kötüye kullanma suçunu işlemek için aynı zamanda rüşvet alırsa veya bu fiille birlikte tek başına suç teşkil eden başka fiilleri işlemesi durumunda da gerçek içtima kuralları uygulanacaktır³⁷⁰. Bu bağlamda, TCK.'nın 228'inci maddesinde düzenlenen keyfi muamele suçu, ceza kanundaki diğer düzenlemelere oranla daha genel nitelikte bir suç olmasına karşılık, görevi kötüye kullanma suçu ile içtima edilemez; çünkü 228'inci madde, 240'ıncı maddeye göre daha özel bir hüküm içermektedir³⁷¹.

Görevi kötüye kullanma suçu, şartların varlığı halinde müteselsil suç şeklinde işlenebilir³⁷². Özellikle kısa aralıklar ve farklı zamanlarda, aynı suç işleme kararıyla, aynı kişi yada aynı konu ile ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi

³⁶⁶ Dönmezer - Erman, II., s. 373. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 441.

³⁶⁷ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 842.

³⁶⁸ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 461. Cihan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 189. Demirbaş, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 275. Erman-Özek, s. 215.

³⁶⁹ Yarg. 4. CD. 25.02.1953/12078-13391, (Cihan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 189 vd.).

³⁷⁰ Erman-Özek, s. 215.

³⁷¹ Erman-Özek, s. 140.

³⁷² Demirbaş, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 275.

hallerinde, teselsül hükümleri uygulama alanı bulabilecektir³⁷³. Yargıtay'ın uygulamaları da bu doğrultudadır. Örneğin bir kararında; "...Mübaşir olarak görevli bulunduğu sırada birbirine yakın tarihlerde bazı kişilere belge verip çıkar sağlayarak görevini kötüye kullanan sanığın eyleminin ... TCK.'nın 240, 80. maddelerine uyan müteselsil suçu oluşturup oluşturmayacağının karar yerinde tartışılmaması..."³⁷⁴ diyerek, söz konusu suçun teselsül halinde işlenebileceğini belirtmiştir.

VII- ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

1- Genel Olarak

Devletin ceza verme hakkı, fail hakkında kamu davasını açmak ve bu kamu davası sonucunda verile cezayı çektirmek suretiyle yerine getirilmiş olur. Devletin ceza vermek hakkından feragat etmesi de davanın ve cezanın safhasına göre değişiklik gösterir. Bu nedenle ceza kanunlarınca "dava zamanaşımı" ve "ceza

³⁷³ Malkoç, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", s. 30.

³⁷⁴ Yarg. 6. CD. 05.03.1991/964-1828, (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 461.).

"Davacı vekiline duyduğu vefa borcunu ödemek için, görevde yetkisini kötüye kullanarak ilk açılan 13 dosyanın kararlarını verdikten sonra, yeniden aynı mahiyette açılan 10 adet davaya bakma istememesine karşın, evvelce verilen kararların örnek gösterilmesi ve bu yönde icbar edilmesi nedeniyle aynı şekilde ilçe ve mevkileri ile tarafları farklı taşınmazlarla ilgili yeniden karar veren hakim olan sanığın eylemleri, 'iki ayrı suç işleme kararının' varlığı nedeniyle TCK.'nın 240, 80. maddelerine uyan iki ayrı müteselsil suç oluşturur." YCGK., T. 08.04.1997, E. 1997/4-MD-58, K. 1997/94, YKD. C.: 23, S.: 8, 1997, s. 1303.

"Ancak; sanıkların 13.8.1990, 15.2.1991, 16.9.1991 tarihli encümen kararı, koşulları bulunmamasına karşın 2886 Sayılı Devlet İhale Yasasının 51/c maddesine göre pazarlık usulüyle ve aynı kişiden taş tozu ve mıcır satın alma eylemlerinin TCY.nın 240, 80; sanık eski belediye başkanı Ü.'ın belediyenin 5 adet kadrolu hekimi bulunmasına karşın, 657 Sayılı Yasanın 4/B maddesi ve 7/1574 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre İçişleri Bakanlığına öneride bulunup anılan bakanlıktan onay alınması gerekirken, 12 adet hekimle günde 2 saat çalışma karşılığı sözleşme yapıp ücret ödeme eyleminin de aynı yasanın 240. Maddesinde belirtilen suçu oluşturacağı gözetilmeden genel kasıtlı işlenen görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunda özel kasta ağırlık vererek ve ancak maddenin 2. cümlesinin uygulanmasına yol açabilecek yasal olmayan gerekçelerle beraat hükümleri kurulması..." Yarg. 4. CD., 10.12.1997/8283-9796, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

"Sanığın, kısa sayılabilen iki ayrı tarihte bir kasıtlı ve aynı şahsa karşı görevini kötüye kullanmasının TCK. nun 80. maddesinin tatbikini gerektireceği gözetilmeden iki suç sayılarak yazılı şekilde ceza tayini" Yarg. 4. CD. 20.10.1981/5207-6029, (Demirbaş, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", dn. 84, s. 275.).

"Mağdurların, İş ve İşçi Bulma Kurumu Bölge müdür vekili olan sanığa istedikleri işin bulunması için başvurdukları, onun davaya konu paraları talep etmesi, istenen işin bir an önce teminine matuf olup, mağdurları haksız bir işleme maruz bırakacağı sıkıştırma ve zorlama söz konusu olmadığına göre eyleminin müteselsil genel memuriyet görevini kötüye kullanma suçunu oluşturur" Yarg. 5. CD. 21.12.1989/5268-6566, (Evliyaoğlu, s. 619.).

zamanaşımı” adı altında iki türlü zamanaşımı kabul edilmiştir³⁷⁵. Bunlardan dava zamanaşımı, kural olarak suçun işlendiği gün işlemeye başlayan, kesilme ve durmalara rağmen mahkumiyet hükmü kesinleşmeden tamamlanan ve tamamlanma anından itibaren de kamu davasının hiç açılmamasını, açılmışsa da ortadan kaldırılmasını gerektiren sürelerdir. Ceza zamanaşımı ise, kural olarak hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir nedenle kesintiye uğradığı anda işlemeye başlayan ve kesilmelere rağmen ceza infaz edilmeden tamamlanan ve tamamlanma anından itibaren de yerine getirilmeyen infaza engel teşkil eden sürelerdir³⁷⁶.

Bazı istisnalar dışında, kural olarak, tüm suçlar, dava zamanaşımına tabidir³⁷⁷. Dava zamanaşımı TCK.’nın 102’nci maddesinde cürüm ve kabahat ayırımına tabi tutularak belirlenmiştir. Cürümler için öngörülen dava zamanaşımı, cezanın tür ve niteliğine göre beş yıl ile yirmi yıl arasında değişmektedir. Yine kabahatler için kabul edilen zamanaşımı süreleri, altı ay ile iki yıl arasında belirlenmiştir. Bununla birlikte, TCK.’nın 104, 105 ve 107’nci maddelerinde dava zamanaşımının kesilmesi ve durması ile ilgili haller düzenlenmiştir.

Ceza zamanaşımı TCK.’nın 112’nci maddesinde düzenlenmiş olup, bazı istisnalar dışında tüm mahkumiyet kararları için geçerlidir³⁷⁸. Maddede dava zaman aşımında olduğu gibi cezanın nevi ve miktarına göre ceza zamanaşımı, otuz yıl ile on sekiz ay arasında belirlenmiştir.

2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Dava Zamanaşımı

Yukarıda açıkladığımız üzere, tüm suçlarda olduğu gibi, görevi kötüye kullanma suçu için öngörülen dava zamanaşımı da, TCK.’nın 102’nci maddesine göre tespit edilecektir. Buradan hareketle, TCK. 240’ıncı maddede asli ceza olan

³⁷⁵ Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt: II, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 473.

“...Zamanaşımı maddi ceza hukuku müessesesi sayıldığından cezalara ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Böylece failin lehine olan zamanaşımına ilişkin hükümler geçmişe yönelik olarak uygulanmalı, buna karşılık failin durumunu ağırlaştıran hükümler hakkında geriye yürüme yasağı geçerli olmalıdır. Kısaca zamanaşımına ilişkin yasa hükümlerinden hangisi sanığın lehine ise onun uygulanması gerekir...” (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 242.)

³⁷⁶ Öztürk - Erdem - Özbek, s. 374.

³⁷⁷ Kanun koyucu, yurt dışında Devlete karşı işlenen ve ölüm, müebbet ağır yada muvakkat ağır hapis cezası gerektiren suçlar (TCK.’nın 102/son maddesi) ile As.CK.’nın 49’uncu maddesinde düzenlenen vatana ihanet suçları için dava zamanaşımını kabul etmemiştir. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 627.

³⁷⁸ Dava zamanaşımı, müebbeten kamu hizmetlerinden yasaklılık (TCK.’nın 112/4 madde) ile devlete karşı yut dışında işlenen suçlar için verilen ölüm veya müebbet yada muvakkat ağır hapis cezaları (TCK.’nın 118’inci maddesi) için işlememektedir. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 640 vd.

hapis ve ağır para cezaları gözetildiğinde, dava zamanaşımı 102'nci maddenin 4'üncü bendine göre beş senedir.

Görevi kötüye kullanma suçu bir zarar suçu olmadığından, memur görevini icra ederken, usul ve nizama aykırı hareket etmesiyle, yani memuriyetine ait yetkileri kötüye kullanmasıyla, suç tamamlanmış olacaktır. Bu bakımdan görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkün değildir³⁷⁹. Diyebiliriz ki, görevi kötüye kullanma suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur³⁸⁰. Hareketin yapılması ile harekete bağlı olan netice de gerçekleşmiş olur ve suç hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiş olup zamanaşımı bu andan itibaren başlar. Ayrıca, neticenin harekete bitişik olması nedeniyle tam teşebbüsten söz edilemeyecektir³⁸¹. Ancak, görevi kötüye kullanma hareketinin parçalara ayrılabilirdiği hallerde, yani olumlu bir hareketle işlenmesi durumunda suça eksik teşebbüs mümkün olabilir³⁸². Bu bakımdan, suç için uygulanacak zamanaşımı süresi, TCK.'nın 103'ncü maddesinde³⁸³ belirtildiği üzere, suç tamamlanmışsa, tamamlanma anında; eksik teşebbüs derecesinde kalmışsa, son icra hareketinin yapıldığı anda işlemeye başlayacaktır.

Görevi kötüye kullanma suçu için dava zamanaşımının kesilmesi, TCK. 104/1'inci maddesine³⁸⁴ göre belirlenecektir. Ancak, zamanaşımının kesilmesi halinde zamanaşımı süresi, TCK. 104/2'nci maddesine göre yarısından fazla uzayamaz. Buna göre, suçun tabi olduğu dava zamanaşımı, beş yılın son gününde kesilmesi halinde, o ana kadar geçen dava zamanaşımı süresi yanarak, kesilme gününden itibaren yeniden işlemeye başlamakla birlikte; bu süre en fazla yarısı kadar uzayabileceğinden, zamanaşımı iki yıl altı ay kadar uzayabilecektir³⁸⁵. Bu halde

³⁷⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 460. Cihan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 188 vd.

³⁸⁰ Kunter, "Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal", s. 393.

³⁸¹ Dönmezer - Erman, I., s. 384.

³⁸² Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 460 vd. Demirbaş, "Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma", s. 274 vd. Cihan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)", s. 189. Erem-Toroslu, Özel Hükümler, s. 187. Toroslu, s. 251. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 631. Malkoç, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", s. 29.

³⁸³ TCK. 103'ncü maddeye göre; "Müruruzamanın başlangıcı tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden ve teşebbüs olunan veya icra ve ikmal olunamayan cürümler hakkında son fiilin işlendiği tarihten ve mütemadi ve müteselsil cürümler hakkında dahi temadi ve teselsülün bittiği günden itibaren olunur."

³⁸⁴ TCK.'nın 104/1'inci maddesine göre; "Hukuku âme davasının müruru zamanı, mahkumiyet hükmü, yakalama, tevkif, celp veya ihzar müzekkereleri, adli makamlar huzurunda maznunun sorguya çekilmesi, maznun hakkında son tahkikatın açılmasına dair olan karar veya C. Müddeiumumisi tarafından mahkemeye yazılan iddianame ile kesilir."

³⁸⁵ Soyaslan, s. 655. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 635.

görevi kötüye kullanma suçu için öngörülen olağan üstü zamanaşımı süresi, yedi yıl altı ay olacaktır³⁸⁶.

Dava zamanaşımının durması ise TCK.'nın 107'nci maddesinde öngörülen bir nedenin gerçekleşmesi halinde, bu engel ortadan kalkıncaya kadar zamanaşımının işlememesidir. Maddede durma nedenleri yetkili makamlardan izin³⁸⁷ veya karar alması yada bekletici mesele olarak sayılmıştır. Ayrıca, 1982 Anayasanın 83'üncü maddesine göre, seçimden önce veya sonra işlediği ileri sürülen bir suçtan dolayı milletvekili, meclis kararı olmadan tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ancak, milletvekili hakkında bu usulü işlemler dışındaki işlemler yapılabilecektir³⁸⁸. Söz konusu maddede belirtildiği üzere, *“üyelik süresince zamanaşımı işlemez.”* Diyebiliriz ki, seçimden önce memur olup da görevi kötüye kullanma suçunu işleyen milletvekili ile, seçildikten sonra bu suçu işleyen milletvekili hakkında³⁸⁹, Anayasanın 83'üncü maddesinde belirtilen usulü işlemler yapılamayacak ve ancak, yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere haklarında dava zamanaşımı işlemeyecektir.

02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunun 1'inci maddesine göre, kanun memurların görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçlar için izin verecek makamı ve izlenecek usulü göstermektedir. Bu durumda bir memurun görevi sebebiyle suç işlemesi halinde, 4483 sayılı Kanun uyarınca işlem yapılacak, zamanaşımı süresi suçun işlenmesiyle başlayacak ve fakat savcının yetkili makama yaptığı başvuru üzerine

³⁸⁶ “Ancak; bank Dış İlişkiler Müdürü olan sanık Cafer'in, ...Ticaret Sanayi A.Ş.ne sabit kur üzerinden kredi açılmasına ilişkin olarak Genel Müdürlüğe 2.10.1987 tarihinde yazdığı yazının, Genel Müdür Yardımcısı diğer sanık Ethem tarafından 6.10.1987 tarihinde "uygundur" biçiminde onaylanması üzerine 14.10.1987 günü sabit kura bağlanarak akreditif açılmış olması karşısında, suçun oluştuğu tarihe göre; hüküm tarihine kadar yedi yıl 6 ayı aşkın bir sürenin geçtiği ve dava zamanaşımının gerçekleştiği gözetilmeyerek, T.C. Yasasının 102/4. ve 104/2. maddeleri uyarınca davanın düşürülmesi yerine duruşmaya devamla hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD., 22.04.1996/2770-3704, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

³⁸⁷ İzin şartı, bazı suçlar için öngörülmüş ve Adalet Bakanlığınca takdir edilecek kovuşturma şartı olarak kabul edilen hallerdir. Örneğin, Cumhurbaşkanına hakaret (TCK. m. 158), Türklüğü, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir (TCK. m. 159/1) suçlarının kovuşturulabilmesi için TCK.'nın 160/2 maddesi uyarınca Adalet Bakanlığından izin almak gerekmektedir. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 637.

³⁸⁸ **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 270.

³⁸⁹ Yaptıkları iş “meslek edinme” ve “devamlılık” unsurları yer almadığı halde, TCK.'nın 279'uncu maddesinin birinci bendinde “muvaakkaten” dahi olsa âmme vazifesi görenlerin müstahdem sayılacakları belirtildiği için, milletvekillerini de bu bent çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. **Erman**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 259. **Selçuk**, Memur Yargılanması Hakkında, s. 101-102.

yetkili makamın izin vermesine kadar zamanaşımı duracaktır³⁹⁰. 4483 sayılı Kanun uyarınca, görevini kötüye kullanan memur hakkında yargılama yapabilmek için yetkili makamdaki izin almak gerekecek ve bu izin alma süresince dava zamanaşımı işlemeyecek, duracaktır.

3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımında hükmedilen ceza miktarı esas alınarak hesaplanacaktır. Ceza miktarının yüksek olması, ceza zamanaşımı süresinin uzun olmasını gerektirmiştir. Hükümde yer alan her ceza için zamanaşımı ayrı ayrı hesaplanacaktır. Eğer ki, hükmedilen ceza iki tür ise, örneğin hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezası gibi, bu durumda, zamanaşım süresi daha uzun olan ceza dikkate alınacaktır³⁹¹. Buradan hareketle, görevi kötüye kullanma suçu için öngörülen ceza zamanaşımı, hükmedilen miktara göre hesaplanacak, bu hesaplama yapılırken TCK.'nın 112'nci maddesindeki süreler gözetilecektir.

TCK. 113'üncü madde; *"Hükümlerde müruru zaman, hükmün kat'islettiği veya infazın herhangi bir suretle inkıtaa uğradığı günden itibaren işlemeğe başlar"* hükmüne yer vererek, ceza zamanaşımının başlangıç zamanlarını göstermiştir. Buna göre, hükmün kesinleşmesi, temyiz süresinin dolması veya Yargıtay'ca onanması durumlarında söz konusu olacak ve bu kesinleşme ile ceza zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Ayrıca, cezanın infazına başlanması durumunda, infaz herhangi bir nedenle kesintiye uğramışsa, ceza zamanaşımı bu kesintiyle birlikte işleyecektir³⁹². Bu genel hükümler dikkate alınarak görevi kötüye kullanma suçu için ceza zamanaşımının başlangıç süresi tayin ve tespit edilmelidir.

³⁹⁰ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 639.

³⁹¹ Erem, Faruk, Özel Hükümler, Cilt: II, s. 501. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 641.

³⁹² Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 642 vd.

VIII- KOVUŞTURMA USULÜ

1- Genel Olarak

Kovuşturma kavramı, “toplumsal ve ferdi iddia makamının şüphesinin kuvvetlenip zan haline gelmesi üzerine, şüphelinin, sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesine yada daha fazla kuvvetlenmesine kadar devam eden iddia faaliyeti”³⁹³ veya “savcının bir kimseye suç isnat ederek bu isnadın soruşturulup şüphenin yenilenmesine kadar iddia faaliyetinde bulunulmasına”³⁹⁴ yahut da daha dar manada “suç işlediği bildirilen kişi hakkında adli takip yapılması”³⁹⁵ olarak tanımlanmaktadır.

Suç işlediği iddia olunan kişi yada kişiler hakkında muhakemeyi, daha açık bir deyişle ceza kanunlarının ihlal edilip edilmediğini, ihlal edene ne ceza verileceğini belirlemeye yönelik faaliyetlerin bütünü oluşturarak hukuk dalına da “ceza muhakemesi hukuku” denir³⁹⁶.

Türk Hukukunda, genel ceza yargılama hukukunu, 20.09.1929 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 1412 sayılı “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu” oluşturmaktadır. Bu kanun, belirttiğimiz gibi, genel muhakeme hukukunu düzenlemektedir. Bununla birlikte bazı suç ve suçluların özellikleri nedeniyle, özel yargılama usulleri de kabul edilmiştir. Örneğin, bazı suçlar için öngörülen, 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu ile 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile suçlunun özelliğine göre öngörülen, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görevi Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 2802 sayılı Hakimler Ve Savcılar Kanunu ile inceleme konumuzu oluşturan görevi kötüye kullanma suçunun faili olan memurlar için öngörülen 4483 sayılı Kanun özel bir muhakeme şekli öngörmüşlerdir.

³⁹³ Balo, Y. Solmaz, “Kanunla İhtilafa Düşen Çocukların Hakkında Hazırlık Soruşturması”, Adalet Dergisi, Sayı: 9, Yıl: 93, Ekim 2001, s. 134.

³⁹⁴ Kunter - Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 959.

³⁹⁵ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992, s. 524.

³⁹⁶ Toroslu, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2001, s. 2.

2- Memurların Özel Muhakeme Hukukuna Tabi Olması

A- Tarihteki Durum

Memurların özel bir muhakeme hukukuna tabi tutulması, kamu hizmetinin devamını sağlamak ve idarenin otorite ve kudretinin sarsılmasını önlemek endişesiyle kabul edilmiştir. Bunun yanında, hükümdara bağlı olan ve onun sorumsuzluğundan istifade ile sorumsuzluk kazanan memurun bir suç nedeniyle takip edilebilmesinin farklı usullere³⁹⁷ tabi tutulması, tarihi bir gelişimin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹⁸.

Tarihte memurların özel yargılama hükümlerine tabi tutulması Roma İmparatorluğu'ndaki gelişmeler üzerine kendini göstermiştir. Roma'da, Cumhuriyet zamanlarında memurlar fazlaca suç işlememektedirler ve memurların üzerindeki denetim sıkı bir biçimde yapılmakta, hesap verme gibi bir durumları söz konusu olmaktadır. Ancak, Roma topraklarının genişlemesi ile denetim azaldığından memurlar üzerindeki kontrol de zayıflamış, uzak ülkelerin halkları seslerini merkeze kolayca ulaştıramamışlardır. İmparatorluk zamanında da memurlar hakkında dava açmak yetkisini imparator kendi elinde tuttuğundan memurlar özel bir konuma sahip olmuşlardır³⁹⁹.

³⁹⁷ Memurların özel kovuşturma usulüne ait üç farklı sistem mevcuttur. Bunlardan birincisi; izin sistemi olup, suçun soruşturmasının yapılabilmesi için idareden izin almak gerekmektedir. Şu an yürürlükte bulunmayan 1609 sayılı Kanun ile 399 sayılı KHK. bu sistemi kabul etmiştir. İkinci olarak soruşturma sistemidir. MMHKM.'nun kabul ettiği bu sistemde, idari merciler tarafından soruşturmaya ilişkin her türlü işlem yapılmakta ve son soruşturmanın açılıp açılmamasına ilişkin karar verilmektedir. Üçüncüsü ise yargılama sistemi olup, MMHKM.'dan önce yürürlükte bulunan 1872 tarihli Nizamname tarafından kabul edilmiş bir sistemdir. Bkz. **Pınar, İbrahim**, Açıklamalı 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 56. **Livanelioğlu, Ömer Asım**, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi", ABD., Y.: 57, S.: 2000/1, s. 34. **Zafer, Hamide**, "Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkatin Son Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi", İBD., C.: 72, S.: 4-5-6, 1998, s. 213 vd. **Utku**, s. 164 vd.

³⁹⁸ Bkz. **Özek, Çetin**, "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", İÜHFM., C.: XXVI, S.: 1-4, 1961, s. 34. **Mumcu, Uğur**, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", AÜHFD, C.: XXVIII, S.: 1-4, 1971, s. 133. **Pazarıcı, Şevki**, Belediye Personelinin Sorumlulukları ve Yargılanması, (Yayınevi Yok) Ankara 1991, s. 125 vd. Hükümdarın toplum içindeki eli konumunda olan memurların özel bir soruşturma ve yargılama usulüne tabi olmaları, hükümdarın iktidarının sınırlama süreci çerçevesinde bu ayrıcalık giderek aşınmıştır. Batıdaki bu gelişmeler çerçevesinde Osmanlı Devleti'nde de değişiklikler takip edilmeye çalışılmıştır. Bkz. **Aslan, Onur Ender**, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", Âmme İdaresi Dergisi, C.: 33, S.: 1, Mart 2000, s. 60. "Memurlar hakkında özel bir yargılama usulünün benimsenmiş bulunması üç ana nedene dayandırılmaktadır ki bunlar; idarenin bağımsızlığının korunması, devlet işlerinin güvenli olarak yürütülmesi ve memur suçlarının özel bir ihtisas gerektirmesi olarak sıralanabilir." **Topuz, İbrahim**, Memur Yargılama hukuku, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2001, s. 91.

³⁹⁹ Bkz. **Tosun, Öztekin**, "Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (I)", YD. C.: 9, S.: 4, Ekim 1983, s. 458. **Selçuk**, Memur Yargılanması Hakkında, s. 27.

Memur devletin temsilcisi sayıldığından, devlet kendi hizmetlerini yürütenleri bir takım düzenlemelerle özel olarak koruma yoluna gitmiştir. Bu korumanın karşısına çıkan ilk önemli engel, 1789 Burjuva Devrimi olmuş, memur hükümdarın siyasal kişiliğinden ayrılmıştır. Ayrıca yeni bir sınıf olan işçi sınıfı doğmuş ve bu memurun karşısında bir denge unsuru oluşturmuştur⁴⁰⁰. Bununla birlikte memurların işlemiş olduğu suçlardan dolayı yargılanmalarının genel kurallardan ayrılmasını düzenleyen ilk yasalar Fransa’da ortaya konmuştur. Nitekim, 22 Aralık 1789 Kanunu, idarecilerin adli kuvvetin hiçbir kararı ile idari görevlerini yerine getirmelerinde rahatsız edilmeyeceklerine ilişkin bir hüküm içermiştir. Bu ve benzeri düzenlemeler daha sonraları da devam etmiş, sonunda bu teminat 1799 Anayasasında da yerini almıştır⁴⁰¹.

B- Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda Tanzimat öncesi devrede hukuksal gelişmeleri ortaya koyacak belgeler oldukça azdır. III. Selim döneminde, memurlar hakkındaki şikayetlerin merkezden gönderilen fermanlı “mübşiri mahsuslar” tarafından izlendiği tarihçiler tarafından bildirilmektedir. Vergi toplanmasında, zeamet ve aşarları rüşvetle başkalarına ihale edenler Divanı Hümayunda yargılanmak üzere İstanbul’a gönderilmekteydi. Fatih ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamelerinde de memurların muhakemeleri ile ilgili bazı hükümler bulunmaktaydı. Osmanlı Devletinde memurların yargılanmaları için getirilen düzenli hükümlerin nedenini rüşvet olayının artması oluşturmaktaydı. Bunu önlemek amacıyla çeşitli düzenlemelere gidilerek memurların görevleri ile ilgili suçlarda yargılanmaları farklı usule tabi tutulmuştur⁴⁰².

Tanzimat döneminde, özellikle rüşvet olaylarının artması nedeniyle II. Mahmut tarafından yapılan yenileşme hareketleri kapsamında “Meclisi Valayı Ahkamı Adliye” kurulmuş ve memurların yargılanmaları bu organa verilmişti. 1271 (1855) tarihinde ise “Men’i İrtikaba Dair Ceza Kanunname Layihası” adı altında

⁴⁰⁰ Mumcu, s. 133 vd.

⁴⁰¹ Bkz. Tosun, (I), s. 462 vd. 1799 Anayasasının 75’inci maddesi, memurun devletin temsilcisi olduğunu, dolayısıyla devletin temsilcisinin yargılanması için bir “izin” gerektiğini, izin alınmadan memurun adli mahkemeler önüne çıkarılamayacağı, Danıştay’dan bir karar alınmadan adli mahkemelerin memuru yargılamayacağını belirtmektedir. Mumcu, s. 135.

⁴⁰² Bkz. Mumcu, s. 141 vd. Ayrıca Bkz. Özek, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, s. 37. Tosun, Öztekin, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (II)”, YD. C.: 10, S.: 3, Temmuz 1984, s. 9 vd.

yapılan düzenleme ile memurların bu kanunda yazılı suçlardan cezalandırılmaları için ilk önce mahkeme tarafından suçun sübuta ermesi ve sonrasında Padişahın kabulü gerekmekteydi. Taşra valileri, kaymakamlar, defterdar ve mal müdürleri ile Meclisi Kebire üyelerinin Meclisi Valayı Ahkamı Adliyede yargılanacakları belirtilmişti. Bu memurlar dışında bulunan taşra memurları ile kaza müdürlerinin yargılanmaları her eyalet merkezinde bulunan Meclisi Kebire tarafından yapılacağı öngörülmüştü. 1271 tarihli “Meclis-i Aliyi Tanzimatın Vezaifi Mürettebesi Nizamnamesi” ile vükelanın hangi konuda olursa olsun yargılanmalarının bu meclis tarafından yapılacağı belirtilmişti. 1275 tarihli “Vülatı İzam ve Mutassarifini Kiram İle Kaymakamların Vezaifini Mübbeyin Talimat” ile eyaletlerde ve bulundukları sancak dahilinde bulunan tüm memurların görev suçlarından dolayı görevden uzaklaştırıp yargılama yetkisi mutasarrıflara tanınmıştır. Bu dönemde bir diğer önemli adım, 1288 tarihli Memurun Muhakemesine Dair Nizamname olmuştur⁴⁰³.

a- Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat

Memurin Muhakemesine Dair Nizamnameden sonra 4 Şubat 1329 (17 Şubat 1914) günü yayınlanan “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat” adından da anlaşılacağı üzere geçici olarak kabul edilen bir kanundur. Zira 1876 Anayasası döneminde hükümet tarafından yapıldığından muvakkat kanunlardandır. Ancak, meclis tarafından onaylanmadığı için kanunun adı bu şekilde kalmıştır⁴⁰⁴. Muvakkat adıyla anılan Kanun, buna rağmen 86 yıl uygulanmış ve 4 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁰⁵.

Kanunun birinci maddesi, “*Memurinin vazifei memuriyetinden münbais veya vazifei memuriyetlerinin ifası sırasında hadis olan cürümlerinden dolayı icrayı muhakemeleri şeraiti atiye dairesinde mehakimi adliyeye aittir*” hükmünü getirerek, memurların yargılamalarının iki aşamadan oluştuğunu belirtmiştir. Birinci aşamadaki

⁴⁰³ Bkz. **Özek**, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, s. 37 vd. **Mumcu**, s. 142 vd. 3 Rebiyülevvel 1288 tarihli Memurun Muhakemesine Dair Nizamname ile memur yargılaması konusunda en tutarlı ilkeler bulunmaktaydı. Söz konusu tüzükte memurlar derece ve sıfatlarına, işledikleri suçlara ve verilecek cezalara ve memurların görevlendirildikleri yerlere göre üç ana bölüme ayırarak incelemek mümkün olabilecekti. Bu tüzük ile memurların yargılanması idari usullere bağlanmış, ilk soruşturmada hüküm aşamasına kadarki tüm yargılama idari merci ve mahkemelere yapılmaktaydı. Bkz. **Mumcu**, s. 143 vd.

⁴⁰⁴ **Tosun**, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (II)”, s. 16. **Eroğlu, İsmet**, “MMHKM. Anayasaya Aykırı Değil Midir?”, İBD., C.: 72, S.: 4-5-6, 1998, s. 237.

⁴⁰⁵ **Toroslu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 281. Bkz. **Bakıcı**, s. 539 vd.

soruşturma idari merciler tarafından; ikinci aşama ise adli mahkemelerce yapılacaktır. Yine maddeye göre, bu kanunun bir kişiye uygulanabilmesi için sanığın memur olması, memurun bir suç işlemesi ve bu suçu memurluk görevini yerine getirirken işlemesi yada suçun memurluk göreviyle ilgili olması gerekmektedir⁴⁰⁶.

Kanun uyarınca ilk tahkikat aşaması idari mercilerce yerine getirilecektir. Memurların bulundukları yer uyarınca soruşturmayı yürütecek olan merciler de değişmekte, soruşturma, merkez memurları, il memurları ve ilçe memurları hakkında farklı mercilerce yürütülmektedir⁴⁰⁷.

Memurların farklı bir yargılama usulüne tabi olmaları ve Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat için doktrinde çeşitli eleştiriler ortaya konmuş, ortaya konan bu eleştirilere de, memurların yargılanmalarının özel usullere tabi olmasını savunanlarca cevaplar verilmiştir⁴⁰⁸. Ayrıca Kanunun 1961 ve 1982 Anayasalarına aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ancak, başvurular reddedilmiştir⁴⁰⁹.

b- 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

aa- Genel Olarak

4 Şubat 1329 günü yayınlanan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat 86 yıl uygulandıktan sonra, 04.12.1999 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun⁴¹⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunu Muvakkate getirilen eleştiriler, suç

⁴⁰⁶ Bkz. **Mumcu**, s. 145. **Tosun**, (II), s. 16. **Özek**, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, s. 40.

⁴⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Mumcu**, s. 151 vd. **Özek**, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, s. 46 vd.

⁴⁰⁸ Eleştiriler ve verilen cevaplar için bkz. **Özek**, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, s. 46 vd. **Mumcu**, s. 179 vd. **Tosun**, (II), s. 27 vd. **Pınar**, s. 57 vd. **Eren**, **Abdurrahman**, “Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkat İle Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Karşılaştırılması”, AÜSBFD., S.: 3, Temmuz-Eylül 2000, s. 57 vd. **Aslan**, s. 61. **Zeyneloğlu**, **Ahmet**, “Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunun Anayasaya Aykırılık Derecesi”, AD., Y.: 53, S.: 7-8, Haziran- Temmuz 1962, s. 766 vd.

⁴⁰⁹ AYM.'ne yapılan başvuru üzerine verilen karar ve karar için getirilen eleştiriler için bkz. **Mumcu**, s. 173 vd. **Öztürk**, **Bahri**, “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.: 1, S.: 1, Y.: 1978, s. 56 vd. **Pınar**, s. 58 vd. **Eroğlu**, s. 239 vd. **Eren**, s. 59 vd. **Zeyneloğlu**, s. 766 vd.

⁴¹⁰ “Belirtelim ki bu kanunun isminde ve metninde ‘Memurlar’ kelimesi kullanıldıktan sonra, devamında ‘Diğer Kamu Görevlileri’ ibaresine yer verilmesi bir talihsizlik olmuştur. Yukarıdan beri yaptığımız açıklamalar göstermiştir ki, TCK. anlamında ‘memur’ denildiği zaman zaten ‘kamu görevlileri’ anlaşılır. Şu halde 4483 sayılı Kanunda ‘memurlar’ teriminin hemen akabinde ‘diğer kamu

işleyen memurların yargılanmalarının idare tarafından önlenmesi yönündeki uygulamalar ve giderek artan yolsuzlukların önlenmesi amacıyla yeni bir düzenlemeye gidilerek, sistemin daha hızlı ve etkili şekilde işlemesi amacıyla 4483 sayılı Kanun kabul edilmiştir.

4483 sayılı Kanun, MMHKM.'a getirilen eleştiriler dikkate alınarak düzenlenmeye çalışılmasına rağmen, söz konusu kanunun genel gerekçesinde bulunan ifadeler, MMHKM. lehinde söylenen gerekçeler ile benzerlik göstermektedir. Genel gerekçede yer alan "... Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir"⁴¹¹ ifadesi, yine genel gerekçeyle çelişki içermekle birlikte, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamında kalan asıl ve daha ağır nitelikteki memur suçlarının direkt soruşturulması ile sakınca görülmemekte, daha hafif suçların doğrudan soruşturulması konusunda sakıncanın var olduğunu düşünmek çelişki içermektedir⁴¹².

Gerekçede MMHKM. için getirilen eleştirilerden soruşturma aşamalarının çokluğu, soruşturma yapanların yetersizliği nedeniyle soruşturmanın uzaması ve bazen suçun zamanaşımına uğramasına yer verilmesine rağmen, "... memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnad ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adli mecie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir"⁴¹³ ifadesinin gerekçede belirtilmesi çelişki içermektedir. Zira, idare yine işin içine girmekte ve soruşturma konusunda idarenin görevlendireceği kişilerin

görevlileri' ibaresine yer verilmesi, lüzumsuz bir tekrardır. Eğer 'diğer kamu görevlileri' ile 'kamu hizmeti görenler' kastediliyorsa bu açıkça belirtilmeli ve TCK. m. 279'da kullanılan ifadelerle paralellik kurulmalıdır." **Artuk- Gökçen- Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 257 vd.

⁴¹¹ Bkz. www.tbmm.gov.tr. (4483 sayılı Kanunun gerekçesi, s. 8.).

⁴¹² **Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2000, s. 9.

⁴¹³ 4483 sayılı Kanunun gerekçesi, s. 8.

ne kadar yeterli ve tecrübeli olduğu veya tarafsız ve bağımsız oldukları⁴¹⁴ şüphe uyandırmaktadır⁴¹⁵.

Gerekçede de belirtildiği üzere, 4483 sayılı Kanun, dayanağını Anayasası 129/son maddesindeki “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır*” ifadesinden almaktadır. Ancak 129/son maddede yer alan ifadeler bir zorunluluk belirtmemekle birlikte, kanunla belirtilen istisnaları dışarıda tutmaktadır. Bu ifadelere ve gerekçeye göre memurların yargılanması hakkında izin sistemi öngörülmüşse, 3628 sayılı Kanun Anayasanın bu hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Madde istisnalardan söz ederken, kanun tarafından farklı yargılama usulüne tabi tutulan hakimler, savcılar, avukatlar, noterler, askerler ve YÖK. mensuplarını kastetmişse, 4483 sayılı Kanunun dayanağı, Anayasanın bu maddesi olmamalıdır⁴¹⁶.

4483 sayılı Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin muhakemesi üç aşamadan oluşmaktadır. Bunlardan ilki izin aşaması olup hazırlık soruşturmasının başlatılabilmesi için gerekli olan aşamadır⁴¹⁷. İkincisi hazırlık soruşturması olup, idareden izin alındıktan sonra Cumhuriyet savcıları tarafından yerine getirilecektir. Üçüncü aşama ise son soruşturma olup memur veya diğer kamu görevlilerinin 4483 sayılı Kanunda belirtilen adli mahkemede yargılanmasıdır⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Memurların farklı bir yargılama usulüne tabi tutulmaları AİHS.’nin 6’ncı maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı” çerçevesinde değerlendirildiğinde; kişinin şüphelisi olduğu olayların yargı birliği içinde yer alan tarafsız ve bağımsız adli makamlar tarafından soruşturulması adil yargılanma hakkının gerekliliğidir. Bu bakımdan tarafsızlık ve bağımsızlık bakımından şüphe uyandıran idarenin soruşturma yapması AİHS.’nin bu hükmüne aykırıdır. **Zafer**, Memurin Muhakematı, s. 230. Ayrıca bkz. **Eren**, s. 62 vd.

⁴¹⁵ Ceza yargılamasında delillerin zamanında ve iyi toplanması, suçun isnadı veya suçsuzluğun tespiti açısından çok önemlidir. Zamanında ve gerektiği gibi toplanmayan delillerin kaybolması veya değiştirilmesi imkan dahilindedir. İdare tarafından yürütülecek soruşturmada, memurun lehinde veya aleyhinde hareket edilmesi mümkündür. Zira, soruşturmayı yürütecek kişilerin yargı gibi bağımsız ve tarafsız oldukları söylenemez. Ayrıca, soruşturmayı yürütecek kişilerin yetersiz ve hukuku bilmedikleri geçmişteki deneyimlerle de ispatlanmıştır. Uygun olanı, bağımsız olarak yargı biriminde görev yapan, hukuku bilen, işi soruşturma ve yargılama etkinliklerini yürütmek olan tarafsız Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı üstlenmesidir. Bkz. **Selçuk**, Memur Yargılaması Hakkında, s. 161. **Malkoç**, Memur Yargılaması, s. 12.

⁴¹⁶ **Malkoç**, Memur Yargılaması, s. 10 vd. 4483 sayılı Kanuna getirilen eleştiriler için ayrıca bkz. **Pınar**, s. 60 vd.

⁴¹⁷ 4483 sayılı Kanun uyarınca yapılan ön inceleme ve bu inceleme sonucunda verilen “soruşturma izni verme/vermeme” kararları iddianame veya takipsizlik kararı hükmünde olmayıp, memur hakkında Cumhuriyet savcısının hazırlık soruşturması yapılmasının ön şartını oluşturan idari bir işlemdir. **Livanelioğlu**, s. 36.

⁴¹⁸ **Toroğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 282.

bb- 4483 Sayılı Kanunun Temel Özellikleri

aaa- Hazırlık Soruşturmasını Yapacak Makam

Kanunun en temel özelliklerinden biri hazırlık soruşturmasının Cumhuriyet savcılarına bırakılmış olmasıdır. Zira, MMHKM.'da hazırlık soruşturması idari komisyonlar ve memur statüsündeki kişiler tarafından yürütülmekteydi. 4483 sayılı Kanun ile getirilen yenilik sonucu idari mercilerin yetkileri sadece, “izin vermeye yetkili merci” veya “ön inceleme başlatmaya yetkili makam” olarak belirlenmiştir⁴¹⁹.

Kanunun genel gerekçesinde, memurların soruşturmalarının özel statüye tabi olmasındaki gerekçelere değinildikten sonra, “... ceza kovuşturması açılmadan önce idare tarafında yapılacak ön incelemeye göre karar verilmesi esası getirilmiş, böylece soruşturmanın kurullar elinde sürüncemede kalması önlenmiş...”⁴²⁰ ifadesine yer verilerek, gecikmelerin önlenmesinin amaçlandığı ve idarenin yetkisinin sadece kovuşturmadan önce ön inceleme yaparak karar vermeden ibaret olduğu belirtilmektedir.

Üçüncü maddenin gerekçesinde ise, “Görev sebebiyle işlenen suçlardan dolayı adli mercilerce kovuşturma yapılması, idari merciin vereceği izne bağlı...”⁴²¹ tutulduğu belirtilmekte, Kanunun dördüncü maddesinin birinci fıkrasında⁴²² da Cumhuriyet savcılarının soruşturma izni almadan önce yapabilecekleri işlere yer verilmektedir. Bu bağlamda Cumhuriyet savcıları, suçla ilgili kaybolma ihtimali olan ve toplanması gerekli delilleri toplayıp izin istemek için ilgili makama dosyanın bir örneğini gönderecektir. Cumhuriyet savcısı bu işlemlerden başkaca hiçbir işlem yapmayacak, dolayısıyla hakkında soruşturma izni isteyeceği memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine de başvuramayacaktır.

⁴¹⁹ Sayın, Deniz, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.: 9, S.: 1, Ocak 2000, s. 98. Yurtcan, Erdener, “Türk Hukukunda Kamu Davasının Açılmasında Ön Şart Oluşturan Haller, İşlemler Ve Özel Soruşturma Kuralları”, Hukuk Kurultayı 2000, C.: 2, 12-16 Ocak 2000, s. 344.

⁴²⁰ 4483 sayılı Kanunun gerekçesi, s. 9.

⁴²¹ 4483 sayılı Kanunun gerekçesi, s. 10.

⁴²² 4483 sayılı Kanunun 4/1'nci maddesine göre, “Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.”

Kanunun on birinci maddesine göre⁴²³, ilgili idare tarafından soruşturma izni verildikten sonra Cumhuriyet savcısı, genel kurallara göre hazırlık soruşturmasını yürüterek sonuçlandıracaktır⁴²⁴. Cumhuriyet savcısı hakkında delil topladığı kişinin bu kanunu kapsamına giren memur veya diğer kamu görevlilerinden biri olup olmadığını araştırıp sonuca göre izin isteyecek veya istemeden soruşturmayı devam ettirip sonuçlandıracaktır⁴²⁵.

bbb- Kanunun Uygulanacağı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri

4483 sayılı Kanun, Kanunun uygulanacağı kişiler ve kanunun kapsamı yönünden MMHKM.'a nazaran göstermiş olduğu farklılıklardan biri de, MMHKM.'nun uygulanacağı kişiler sadece memurlar olduğu halde, 4483 sayılı Kanun çerçevesine giren kişiler, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak tespit edilmesidir. Kanunun birinci maddesinde Kanunun amacının, *“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin”* görevleri nedeniyle işledikleri suçlar için izin verecek mercileri ve usulü göstermek olduğunu belirtmektedir. Kanunun kapsamını düzenleyen ikinci maddede de *“Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır”* ifadesine yer verilerek MMHKM.'a göre kişi yönünden uygulama alanını genişletmiştir⁴²⁶.

Ceza hukuku ve idare hukukunda “memur”dan ne anlamamız gerektiğine daha öncesinden değinmiştik. Ceza hukuku uygulamasında memur, teşrii, idari yada adli bir “kamu görevi” yapan kimsedir. Kamu görevi ise, kamu yararının gerçekleşmesi için devletçe, kamu kuruluşunca zorunlu görülen bir faaliyettir. Bunun yanında kamu hizmeti, hukuki bağlamda kamu görevi gibi zorunlu olmadığı gibi, ille

⁴²³ 4483 sayılı Kanunun 11'nci maddesine göre, *“Soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosya, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır.”*

⁴²⁴ Yurtcan, Özel Soruşturma Kuralları, s. 344.

⁴²⁵ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 455.

⁴²⁶ “... 4483 sayılı Kanun, gerekçesinde iddia edildiğinin aksine memur kavramını daraltmayıp genişletmektedir. Bu Kanun fail açısından TCK. uygulamasından daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu düzenleme neticesinde maddi ceza hukuku açısından memur sayılmayan kişilerin usul hukuku açısından memurluk teminatından yararlandırılması gibi çelişik bir durum ortaya çıkacaktır.” Zafer, Hamide, “4483 Sayı ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, İBD., C.: 74, S.: 10-11-12, 2000, s. 992. Topuz, s. 87. Ayrıca, karşı görüş için bkz. Aslan, s. 64.

de devlet veya kamu kuruluşunca yapılması mecburi değildir⁴²⁷. İdare hukukunda ise bir kimsenin memur sayılması için, devlet yada bir kamu tüzel kişiliğinde, asli ve sürekli bir biçimde kadrolu olarak çalışması gerekmektedir⁴²⁸.

4483 sayılı Kanunun ikinci maddesinde geçen “genel idare esasları” tümcesi, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu hukuku bağlamında yürüttükleri hizmetlerle ilgili kuralları, esasları ifade etmektedir. Ayrıca maddede geçen “asli ve sürekli görevler” sözünden de devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli ve sürekli fonksiyonları yani, “kamu görevi” ile kamu görevi yanında tamamlayıcı ve yardımcı nitelikteki “kamu hizmetini” ifade etmekle birlikte bu işleri sürekli bir şekilde yerine getirenleri belirtmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kamu hizmeti yapanlar ceza hukuku anlamında memur sayılmazlar. Bu açıklamalar doğrultusunda diyebiliriz ki, bir şahsın bu Kanun kapsamına girebilmesi için, “yaptığı işin devletin ‘asli fonksiyonlarından’ olması, başka bir deyişle bu kişinin hem idare hukuku, hem de ceza hukuku açısından memur sayılması ve bu işi ‘sürekli’ olarak yapması”⁴²⁹ gerekmektedir.

Kanun, memurlar yanında diğer kamu görevlilerini⁴³⁰ de kanun kapsamına dahil ederek, idare hukukundaki memur tanımının dışında kalan diğer kamu görevlilerini de bu Kanun çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu kişiler, devlet memuru statüsüne girmeyen özel kanunlara bağlı kamu personeli ile idare hukuku bağlamında memur tanımının dışında kalıp da kamu görevi icra edenler olarak belirlenebilir⁴³¹.

⁴²⁷ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 393.

⁴²⁸ Selçuk, Memur Yargılaması Hakkında, s. 92. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 393. Çetin, Erol, “4483 Sayılı Yasaya Tabi Olan Ve Olmayan Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri”, İdarecinin Sesi Dergisi, C.: XIV, S.: 88, Eylül-Ekim 2001, s. 25 vd. Arıca, s. 3.

⁴²⁹ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 394. Çetin, “...Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri”, s. 26.

⁴³⁰ “Diğer kamu görevlileri de 1982 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. Bunlar da, memurlar gibi, genel idare esaslarında göre, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten görevlilerdir. Bunların da memurlar gibi, nitelikleri, atamaları görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.” Gözübüyük- Tan, s. 572. Karşı görüş için bkz. Kanlıgöz, s. 184.

⁴³¹ Devlet memuru statüsüne girmeyen özel kanunlara bağlı kamu personeli de memurlar gibi göreve atama yoluyla getirilen ve genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yapan kişilerdir. Bu yönüyle bu kişiler memur sayılabilirler. Ancak, memurlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi oldukları halde bunların özel personel kanunları bulunmaktadır. İdare hukukundaki memur tanımı dışında kalan kamu görevlileri ise, devletin kadrolarına girmedikleri için idare hukuku anlamında memur sayılmazlar ancak, yapmış oldukları iş itibarıyla kamu görevi yerine getirdiklerinden ceza hukuku anlamında memur sayılırlar. 4483 sayılı Kanun bu kimseleri üçüncü maddesinin (h), (i) ve (j) bentlerinde belediye ve il genel meclisi üyeleri ile köy ve mahalle muhtarları olarak belirtmiştir. Ayrıca, 2803 sayılı Kanuna bağlı jandarma erleri, 442 sayılı Kanun uyarınca köy bekçileri (korucular), 4081 sayılı Kanuna bağlı çiftçi mallarını koruma

4483 sayılı Kanun, diğer kamu görevlileri ifadesine yer vererek kişi bakımından kapsamını geniş tutmuştur⁴³². MMHKM.'nun kapsamı dışında kalan mahalle muhtarları, belediye meclis üyeleri, il genel meclis üyeleri, yardımcı hizmet personeli, KİT. genel müdür ve yönetim kurulu üyelerini de kapsayacak şekilde Kanunun uygulama alanı geniş tutulmuştur⁴³³.

ccc- Kanun Kapsamında Kalan Suçlar

Memurlar kamu hizmetlerini yerine getirirlerken kendilerine tanınan yetkiler çerçevesinde hareket etmekle yükümlüdürler. Memurların yerine getirdikleri görevlerden üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda, hukuki, inzibati ve cezai yönden sorumluluklar doğacağından kişilerin uğradığı zararlar giderilmekle birlikte memurun fiili cezai işlem gerektirdiği durumlarda hakkında işlem yapılacak ve ceza tertibine gidilebilecektir⁴³⁴.

Memurun işlediği suçları üçe ayırarak incelemek mümkündür. Bunlar; görev nedeniyle işlenen suçlar, görevle bağlantısı olmadığı halde görev esnasında işlenen suçlar ve memurun kişisel suçlarıdır. MMHKM.'nun kapsamında değerlendirilecek suçlar, görev sırasında işlenen ancak görevle ilgisi olmayan suçlar ile görev nedeniyle işlenen suçlardı. 4483 sayılı Kanun ise, ikinci maddesinde “... *görevleri sebebiyle işledikleri suçlar*” sözü ile buna bir sınırlama getirerek, memurun göreviyle ilgili suçları kapsamına almış ve görev esnasında işlenen suçları kapsamı

bekçileri de bu çerçevede değerlendirilebilir. Bkz. **Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 400 vd. **Topuz**, s. 87 vd.

⁴³² Diğer kamu görevlileri, memurlar gibi genel idare esaslarına göre, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten görevlilerdir. Örneğin, hakim ve savcılar, askerler, üniversite öğretim elemanları gibi farklı personel rejimine tabi olan kamu görevlileri bu kısımda sayılabilir. **Çiftçi, Ahmet**, “Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ve 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, Türk Hukuk Dünyası, Y.: 2, S.: 3, Mayıs 2002, s. 64.

⁴³³ **Pınar**, s. 62. **Başköy, Sabri**, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Anıl Matbaa, Ankara 2000, s. 145. 4483 sayılı Kanunun kabul edilmesinden sonra soruşturma sayısı artmış, 1999 yılının ilk üç ayında 17 onayı almış bulunan İçişleri Bakanlığı Kontrolörler Kurulu, 2000 yılının aynı aylarında 103 ön soruşturma onayı almıştır. Yine 1999 yılının aynı aylarında 61 adet soruşturma onayı alan İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu 140 adet soruşturma onayı almıştır. **Dilek, Muzaffer**, “4483 Sayılı Yasa İle Getirilen Memur Yargılama Sisteminin 4 Aylık Uygulaması ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, İdarecinin Sesi Dergisi, C.: XIV, S.: 80, Mayıs-Haziran 2000, s. 32. “Esasen Anayasanın 128. maddesinde, kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükmünde ‘kamu iktisadi teşebbüsleri’ ifadesi yer almakta iken 4483 sayılı Kanunun 2. maddesinde, bu ibareye yer verilmemiştir. Bu husus açıkça kanun koyucunun, kamu iktisadi teşebbüslerinde 17. madde ile getirdiği istisna dışında tüm personelin genel hükümlere tabi olduğu iradesini ortaya koymaktadır.” **İğdeler, Serdar- Suntay, Yusuf**, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Uygulaması”, TİD., Y.: 72, S.: 426, Mart 2000, s. 3.

⁴³⁴ **Topuz**, s. 17.

dışında bırakmıştır⁴³⁵. Kanunun genel gerekçesinde, MMHKM.'a eleştiri getirilerek, "Aynı Kanun, konu ve kapsam yönünden de sakıncalar taşımaktadır. Bu sakıncalar, görev sırasında işlenen ancak görevle ilgisi bulunmayan suçların da bu kanun kapsamında bulunması nedeniyle belirtilen suçlar hakkında adli mercilerce doğrudan soruşturma yapılmasına olanak verilmemesi..."⁴³⁶ ifadesine yer verilmiş, kanunun uygulama alanının daraltılması gerektiği vurgulanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, görev sebebiyle işlenen suç ile görev esnasında işlenen suç kavramları farklıdır. Görev nedeniyle işlenen suç, memurun yasal çerçevede kendisine tanınan görevleriyle ilgili ve bu görevlerinden doğan suçlardır. Bunlarda işlenen suç ile görev arasında bir bağlantı vardır ve görevin sonucu olarak suç meydana gelmektedir. Görev sırasında işlenen suç ise, memurun görevi esnasında işlediği ancak görevle ilişkisi olmayan suçlardır. Burada memurun görevi ile işlediği suç arasında bir nedensellik bağı yoktur⁴³⁷.

Kanun kapsamında kalan görev nedeniyle işlenen suçların görevin yapılması esnasında veya mesai saatleri yada görev mahalli dışında işlenmesi sonucu etkilemeyecektir⁴³⁸.

Diyebiliriz ki, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine

⁴³⁵ Sayın Arıca 4483 sayılı Kanunun kapsamını belirtirken, "Kuruluş kanunlarında veya diğer özel kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, kamu görevini ifa ile yüküm ve yetkili tüm memurlar ile köy ve mahalle muhtarları, özel idare memurları ve belediye başkanları; görevleri sırasında işledikleri veya görevlerinden doğan suçlardan dolayı 'Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un uygulanmasında memur sayılır" ifadesine yer vererek, bu kişilerin "görevleri sırasında işledikleri suçları" da 4483 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. Arıca, s. 9.

⁴³⁶ 4483 sayılı Kanunun gerekçesi, s. 9.

⁴³⁷ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 402. Yurtcan, Özel Soruşturma Kuralları, s. 343. Çetin, Erol, "4483 Sayılı Yasaya Tabi Olan Ve Olmayan Suçlar", İdarecinin Sesi Dergisi, C.: XIV, S.: 85, Mayıs-Haziran 2001, s. 50. Özeroğlu, H. Necdet, "Son Düzenlemeleriyle Memur Yargılama Hukuku", TİD., Y.: 72, S.: 426, Mart 2000, s. 92 vd. " 'Görev-sebep' ilişkisinin belirlenmesinde aradaki nedensellik bağı önem kazanmaktadır. Kanımca bu görev, memura yasayla ya da yasaya uygun olarak verilen görevdir. Görevin suça vasıta kılınmış olması ya da suçun işlenmesini belirgin bir biçimde kolaylaştırmış olması aranmalıdır." Karabatak, Rüstem, "Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılan Değişiklikler", İBD., C.: 74, S.: 7-8-9, 2000, s. 762.

"Ancak; jandarma karakol komutanı ve görevlisi olan sanıkların, Askeri Savcılık tarafından yerine getirilmesi istenilen bakaya suçu nedeniyle öndeme tebligatına ilişkin işlem sırasında yakınına yakalayarak bireylere kötü davranma suçunu işlediklerinin iddia edilmesi ve görev sırasında işlenen suçların 4483 sayılı Yasanın 1. maddesi ile anılan Yasa kapsamı dışında bırakılması karşısında iddianameyle açılan davaya devamla yargılamanın bitirilip sonucuna göre hüküm kurulması yerine, yargılamanın durmasına karar verilerek 4483 sayılı Yasa uyarınca ilçe kaymakamlığınca koğuşurma izni verilmemesi gerekçe gösterilerek kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi," Yarg. 4. CD., 22.05.2002/7649-9194.

⁴³⁸ Karaca, Süleyman, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", AD., Y.: 92, S.: 7, Nisan 2001, s. 58.

getiren memurlar ile diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçların kovuşturması 4483 sayılı Kanuna göre yapılacaktır. Görevden doğan suçlar memurlar dışında işçi veya diğer şahıslar tarafından işlenmesi mümkün olmayıp, sadece memurlar tarafından işlenebilir. Görevi ihmal, görevi kötüye kullanma, kişilere karşı keyfi ve sert muamele, görevli memurun sahte resmi evrak düzenlemesi gibi suçlarda fail mutlaka memur olmalıdır⁴³⁹.

ddd- Kanun Kapsamı Dışında Kalan Memurlar

Kanunun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında “*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tâbi olanlara ilişkin kanun hükümleri ... saklıdır*” ifadesine yer verilerek, söz konusu Kanunun uygulanmayacağı memurlar belirtmek istenmiştir. Kanunun gerekçesinde “...görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlarla çeşitli kanunlardaki soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede örneğin Silahlı Kuvvetler mensupları, hakim ve savcılar, yükseköğretim elamanları hakkında...” bu kanunun uygulanmayacağı belirtilmiş ve bu istisnalara ilişkin örnekler de verilmiştir.

Bazı kanunlarda, ilgili kanun çerçevesinde çalışan görevliler hakkında ne şekilde soruşturma yapılacağı özel olarak gösterilmiştir. 4483 sayılı Kanun, bu istisnaları gözeterek soruşturmanın kanunun çerçevesi dışında tutulmasını ve görevlilerin tabi oldukları kanun uyarınca soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasını kabul etmiştir. Örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 832 sayılı Sayıştay Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre soruşturma ve kovuşturma yürütüleceğinden, 4483 sayılı Kanun burada uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Bkz. Bakıcı, s. 567.

⁴⁴⁰ Bkz. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 403 vd. KİT. personelinin işlemiş olduğu görev suçları uyarınca genel hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Ancak, 4483 sayılı Kanunun 17’nci maddesi uyarınca 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11 inci maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklik ile Teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin görevlerini icra sırasında işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları, ilgili bakanın iznine bağlı olup; bu konuda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Karaca, s. 61. KİT. personelinin de 4483 sayılı kanun kapsamına girdiine ilişkin bkz. Özeroğlu, s. 96.

Yukarıda saydıklarımızın yanında, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel hakkında da 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Zira, bu kişilerin yapmış olduğu işler kamu görevi olarak kabul edilmediğinden, TCK. anlamında memur sayılmamaktadırlar⁴⁴¹.

eee- Kanun Kapsamı Dışında Kalan Suçlar

4483 sayılı Kanunun ikinci maddesinin birinci fıkrasında, “görevleri sebebiyle” işlene suçlar için kanunun uygulanacağı belirtilmektedir. Buradaki görev sebebiyle işlenen suçlar deyiminden memurun idari görevlerini anlamak gerekiyor⁴⁴². Bununla birlikte kimi kanunlar memurlara idari görevler yanında adli görevler de vermiştir. Adli görevlere ilişkin olarak işlenen suçlarda Cumhuriyet savcısı doğrudan kovuşturmaya geçecektir. Ayrıca, aynı maddede “...suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır” ifadesine yer verilmekle, bazı kanunlarda işlenen suçlarla ilgili olarak Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılacağı öngörüldüğünden bu tür suçlar belirtilmek istenmiştir⁴⁴³. Bu suçlara 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında kalan suçlar hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabilecektir⁴⁴⁴.

Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturulacak suçlardan biri de CMUK.’nın 154’üncü maddesinde⁴⁴⁵ yer alan ve adli görevler nedeniyle işlenen suçlardır. CMUK.’nın bu hükmü dışında bazı kanunlarda da benzer hükümlere yer

⁴⁴¹ Canman- Ertekin- Ar- Bensghir- Özer, s. 155.

⁴⁴² Karaca, s. 58. Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 401.

⁴⁴³ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 405. Çetin, “4483 Sayılı Yasaya Tabi Olan Ve Olmayan Suçlar”, s. 51.

⁴⁴⁴ Bkz. Pınar, s. 148 vd.

⁴⁴⁵ 1412 sayılı CMUK. 154’üncü maddesi “Adli Görevler” başlığını taşımaktadır. Maddenin 4. fıkrasına göre: “Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye müteallik vazife veya işlerde suiistimal veyahut ihmal ve terahileri görülen Devlet memurları ile Cumhuriyet Müddeiumumiliğinin şifahi veya yazılı talebi ve emirlerini yapmakta suiistimal veya terahileri görülen zabıta amir ve memurları hakkında Müddeiumumilikçe doğrudan doğruya takibatta bulunulur.

Ancak zabıta amirleri hakkında hakimlerin vazifelerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulü tatbik olunur.

Vali, kaymakam ve nahiye müdürleri hakkında Memurin Muhakematı Kanunu hükmü caridir.”

verildiği görülmektedir. Örneğin, 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 13 ve 15'inci maddeleri⁴⁴⁶, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 22'nci maddesi⁴⁴⁷ CMUK.'nın 154'üncü maddesine benzer hükümler ihtiva etmektedir.

4483 sayılı Kanunun ikinci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde bu kanun hükümleri uygulanmayıp, genel hükümlere göre soruşturma yapılacaktır. Suçüstü hali CMUK.'nın 127'nci maddesinde tarif edilerek⁴⁴⁸, işlenmekte olan suçun meşhut suç olduğu belirtilmiştir.

Yine, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun ikinci maddesinin son fıkrası uyarınca, disiplin hükümleri saklı tutularak bu kanun çerçevesi dışında kabul edilmiştir. Disiplin hükümleri idare hukukunu ilgilendiren ve idari nitelikli bir suç olup, bir kamu hizmeti düzenini bozan eylemler demektir. Disiplin suçları için öngörülen disiplin cezaları ise; kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevli ve hizmetlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak getirilmiş bulunan yaptırımlar olduğundan 4483 sayılı Kanun dışında mütalaa edilmiştir⁴⁴⁹.

3- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Kovuşturma Usulü

Görevi kötüye kullanma suçunun faili olan memur hakkında kovuşturma usulü, maddede yazılı fiil görev suçu olduğundan, kural olarak, 4483 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Suçun faili için özel kovuşturma usulüne tabi ise, bu soruşturma usulünü öngörmüş olan kanun uygulanır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ DGMK.'nın 15'nci maddesi CMUK.'nın 154'üncü maddesinden farklı olarak, bu Kanuna (DGMK) aykırı hareket eden zabıta amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabileceğini belirtmektedir.

⁴⁴⁷ ÇMK.'nın 22'nci maddesine göre; "20 nci maddeye göre yapılan araştırma ve inceleme sebebiyle kanun tarafından kendilerine verilen veya kamun dairesinde kendilerinden istenilen çocuk mahkemelerine müteallik vazife ve işlerde suistimal veyahut ihmal ve terahi gösteren Devlet Memurları ile çocuk mahkemesinin yazılı istek ve emirlerini yapmakta suistimal veya ihmalleri görülen zabıta amir ve memurları hakkında Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan doğruya kovuşturma yapılır.

Vali ve kaymakamlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri saklıdır."

⁴⁴⁸ CMUK.'nın 127'nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre; "İşlenmekte olan suç, meşhud suçtur.

Henüz işlenmiş suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takib edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya ve izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhud suç sayılır."

⁴⁴⁹ Pınar, s. 161.

⁴⁵⁰ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 463. Erman-Özek, s. 216. Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1916.

TCK. 240'ıncı maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu, mahsus suçlardan olup ancak memurlar tarafından işlenebilir. Bu suçun faili en başta, ceza kanunu uygulamasında memur olan kişilerdir. Bununla birlikte, bazı kuruluşların kanunlarında, personelinin ceza kanunu uygulamasında memur sayılacağı belirtildiğinden, söz konusu bu kuruluşların personellerinin durumu, ceza kanunu uygulamasında 279'uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan memurların durumları ile aynıdır⁴⁵¹. Yine bazı kanunlarda, kuruluş personelinin belirtilen ve sınırlı tutulan fiillerinden dolayı memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir⁴⁵². Bu tür kanunlara bağlı olan personeller ceza kanunu uygulamasında memur olarak kabul edilmedikleri halde kanunda gösterilmiş olan fiilleri işledikleri zaman memurlara uygulanan cezalar ile yaptırıma tabi tutulacaklardır.

Bu açıklamalar doğrultusunda diyebiliriz ki, 4483 sayılı Kanunun uygulanacağı fail, devletin asli fonksiyonlarını yerine getiriyor olması, yani hem idare ve hem de ceza hukuku anlamında memur sayılması ve bu işi sürekli olarak yapması hususları gözetildiğinde, görevi kötüye kullanma suçunun faili olarak sıraladığımız ilk sıradaki kişiler hakkında bu kanun hükümleri uygulanabilecektir. Ayrıca, 4483 sayılı Kanunda diğer kamu görevlileri olarak ifade etmek istediği ve idare hukukundaki memur tanımının dışında kalan, ancak yaptıkları iş uyarınca kamu görevi icra eden kamu görevlilerinin de görevi kötüye kullanma suçunu işlemeleri durumunda soruşturma yapılabilmesi için 4483 sayılı Kanun uyarınca izin almak gerekmektedir⁴⁵³.

⁴⁵¹ 4792 sayılı SSK. Kanununun 7'inci maddesinde; “Kurumun memur ve hizmetlileri Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasında Devlet memuru sayılır.” hükmü yer almakta ise de, usul hükümleri bakımından bu kurumun personeli hakkında genel hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Bununla birlikte 4483 sayılı Kanunun 17'nci maddesi gereğince bu kurumun genel müdür ve yönetim kurulu üyelerinin görevlerinden kaynaklanan suçları hakkında soruşturma yapmak 4483 Sayılı kanun hükümlerine tabidir. Pınar, s. 154.

⁴⁵² 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Hakkında Kanunun 11'inci maddesi kuruluşun “...para ve malları, bilanço, zabıtname, rapor ve başka bütün evrak, defter ve belgeleri üzerinde suç işleyen...” personelin memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir. Yine 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 62'inci maddesi, yönetim kurulu üyelerinin ve kooperatif memurlarının “...kooperatifin para ve malları, bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı ‘Devlet memurları’ gibi...” cezalandırılacaklarını belirtmiştir.

KİT'ler hakkındaki 399 sayılı KHK.'nin 11/b maddesindeki düzenleme ile KİT. personelinin “...ifa ettikleri görevlerinden dolayı memur sayılarak...” memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilmiş ve personelin sorumluluk alanı genişletilmiştir. Zira 3771 sayılı kanun ile düzenlenmeden önceki hali ile, KİT. personelinin memurlar gibi cezalandırılacakları suçlar, “bağlı olduğu teşebbüsün parası, malları ve başka varlıkları üzerinde işlediği suçlarla” sınırlı idi.

⁴⁵³ “...MY.Y. (yani MMHKM.), yönetimin saygınlığını korumak amacını taşıdığına göre, elbette buradaki memur, her şeyden önce idare hukuku anlamında memur olmalıydı. Ancak, ceza hukuku anlamında memur ile bunun sınırlı tutulması yerinde olacağından, doğru yargı da şu olmalıydı: ‘Hem

4483 sayılı Kanun, memur ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri ile ilgili suçların kovuşturulmasını kapsadığından, söz konusu kanunun uygulanabilmesi için, memur veya diğer kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği fiilin kişinin görevine dahil olup olmadığı araştırılmalı, görevine dahil değilse görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacağından genel hükümler çerçevesinde soruşturma ve kovuşturma yapılmalıdır⁴⁵⁴.

IX- YAPTIRIM

1- Genel Olarak

Tarihin her döneminde suç, toplumun tepkisine yol açmış ve bu tepkinin sonucu ise ceza olarak kendini göstermiştir. Yaptırım (müeyyide), geniş anlamda bir borcun yerine getirilmemesi sonucu uygulanan ve tamir edici nitelik arz eden, bu yönüyle bütün tedbirleri kapsayan hukuki terim olarak tanımlanır. Ceza ise, suç teşkil eden bir davranış için öngörülen sosyal tepkiye⁴⁵⁵, suç işleyen kişiye hukuka aykırılık ve kusurluluğunun derecesine göre uygulanan ve kişiyi bir kısım mahrumiyetlere uğratan yaptırıma⁴⁵⁶ veya geniş manada “topluma zarar veren fiiller karşılığı olarak devletin kanunla koyduğu, izlediği diğer amaçlar yanında özellikle suçluyu bazı yoksunluklara tabi kılmak ve bu şekilde toplumun söz konusu hareketleri onaylamadığını belirtmek üzere, yargısal bir kararla ve sorumluluk derecesiyle orantılı olarak uygulanan korkutucu yaptırım”⁴⁵⁷ şeklinde tanımlanmaktadır.

Ceza, yaptırım (müeyyide) olarak ceza hukuku dalına özelliğini veren niteliklerden birisini oluşturur. Bu nitelik kanunlarla tespit edilmelidir. Zira,

idare ve hem de ceza hukukunda memur kavramının örtüştükleri kişiler hakkında MYY. uygulanmalıdır.’ Zira idare hukukundaki her memur ceza hukukunda memur olmadığından, KİT. görevlileri, imam, vaizler hakkında MYY. uygulanmayacaktır. Öte yandan, ceza hukukundaki her memur da idare hukukunda memur olmayacağından, tanık, bilirkişi, noter hakkında da MYY. uygulanamayacaktır. Esasen bu, eylemli olarak olanaksızdır.” Selçuk, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s. 43 vd.

⁴⁵⁴ Pınar, s. 84.

⁴⁵⁵ Dönmezer - Erman, II., s. 541.

⁴⁵⁶ İçel- Yenisey, Kompendium, s. 29.

⁴⁵⁷ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 469.

kanunsuz suç olmayacağı gibi ceza da olmaz⁴⁵⁸. Kanunda tarifi bulunmayan fiillerin suç oluşturmadığı ve kanunda suç sayılan bir fiilden dolayı ancak ve yine kanunda gösterilen bir cezanın verilebileceği anayasalar ve ceza kanunlarında bir kural olarak belirlenmiştir⁴⁵⁹.

TCK.'da cezalar, 11'inci maddede cürüm ve kabahatler için uygulanacak yaptırımlar şeklinde ayırma tabi tutularak tespit edilmişlerdir. Maddeye göre cürümler için uygulanacak cezalar; ölüm, ağır hapis, hapis, ağır para, kamu hizmetlerinden yasaklılık cezalarıdır. Kabahatlere uygulanan cezalar ise; hafif hapis, hafif para cezası ve belirli bir meslek ve sanatın tatili olarak tespit edilmiştir. Söz konusu maddenin son fıkrasında *“Bu kanunun şahsi hürriyeti tahdit eden cezalar tabirinden ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezaları murad olunur”* hükmüne yer vererek ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezalarını hürriyeti bağlayıcı cezalar başlığı altında toplamıştır.

Kanun koyucunun cezalara verdiği değere göre, cezaları ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bu ayırım “asli (asıl) cezalar” ile “feri ve mütemmim cezalar” şeklinde yapılmakta; asli cezalar, kanun koyucunun suça özgü ve doğrudan doğruya suçun karşılığı olarak gösterdiği cezalar; ferî ve mütemmim cezalar ise, her suça karşılık gelen asli cezanın yanında ikinci derecede kabul edilen diğer cezaların, yine kanun koyucu tarafından öngörülmesidir⁴⁶⁰.

2- Görevi Kötüye Kullanma Suçunda Yaptırım

A- Genel Olarak

TCK.'nın 240. maddesi, *“...görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”* hükmüne yer vermiştir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, görevi kötüye kullanma suçunda asli ceza, hapis cezası ile para cezasıdır. Bu asli cezaların yanında ferî ceza

⁴⁵⁸ Soyaslan, s. 577.

⁴⁵⁹ Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 157.

⁴⁶⁰ Dönmezer - Erman, II., s. 589. Ferî ezalar, asıl cezanın zorunlu sonucu olarak kabul edilerek bir suçun karşılığı olan ve kendiliğinden eklenen, hakim tarafından hükmedilmesi zorunu olan cezalardır. Mütemmim cezalar ise, suç için kabul edilen ceza yanında hakim in hükmedip etmemede takdir hakkının bulunduğu cezalardır. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482 vd.

olarak da, memuriyetten süreli veya temelli mahrumiyet cezasının öngörülmüş olduğu görülmektedir.

B- Hapis Cezası

Görevi kötüye kullanma suçunda fail için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın⁴⁶¹ nevi, hapis cezası olup süresi ise bir yıldan üç yıla kadardır. Cezayı hafifletici nedenlerin varlığı halinde bu hapis cezası, altı ay ile bir yıl arasında bir süreyi kapsamaktadır.

Maddede yer alan “derecesine” sözcüğü ile anlatılmak istenen, memurun taşımış olduğu derece değil, memurun görevi kötüye kullanma suçunu işlemekle verdiği zarar veya sağladığı menfaatin ağırlık veya hafifliği, diğer bir deyişle “vazifenin suiistimal derecesidir”⁴⁶².

TCK.’nın 240’ıncı maddesinin ikinci cümlesinde cezayı hafifletici hallerin bulunması durumunda faile daha az ceza verileceği belirtilmiş, ancak bu hallerin neler olduğu maddede belirtilmeyerek bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁶³.

Bununla birlikte hakim, her iki halde, maddede belirtilen iki sınır arasında temel cezayı belirlerken TCK.’nın 29/son maddesinde⁴⁶⁴ yer alan hususları da gözetmelidir.

C- Para Cezası

Görevi kötüye kullanma suçu için maddede ağır para⁴⁶⁵ cezası da öngörülmüştür. Öngörülen bu ağır para cezası, hapis cezasının yanında seçimlik ceza

⁴⁶¹ Hürriyeti bağlayıcı ceza, mahkumun bir yere kapatılarak özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bkz. Dönmezer - Erman, II., s. 619. İçel, Kayıhan- Akıncı, Füsün Sokullu- Özgenç, İzzet- Sözüler, Adem- Mahmutoglu, Fatih S.- Ünver, Yener, İçel Yaptırım Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 78.

⁴⁶² Soyaslan, Özel Hükümler, s. 631. Erem, Özel Hükümler, Cilt: III, s. 408. Erem, Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, s. 50. Cihan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, s. 192.

⁴⁶³ Erman-Özek, s. 215, bkz. dn. 1/3. Erman, s. 44, dn. 2. Demirbaş, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 273.

⁴⁶⁴ TCK.’nın 29/son maddesine göre; “Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari haddenden tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.”

⁴⁶⁵ Para cezası, CİK.’nın 5/1’inci maddesinde; “Para cezası kanunda yazılı haller arasında tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir” şeklinde tanımlanmış, doktrinde ise para cezası, “suç işleyen kişiden, işlediği suç karşılığı olarak, bir paranın alınması ve

olarak değil; maddede belirtilen sınırlar çerçevesinde takdir edilen hapis cezası ile birlikte, yine maddede gösterilen sınırlar dahilinde ağır para cezasına da hükmetmek gerekeceği belirtilmek istenmiştir⁴⁶⁶. Zira madde; “...ve her iki halde liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır” hükmüne yer vererek, TCK. 240’da öngörülen cezayı hafifletici nedenler olsun olmasın, faile verilecek hapis cezasının yanında ayrıca ağır para cezasına da hükmedileceğini ifade etmiştir.

D- Memuriyetten Men Cezası

Maddede asli ceza olan hapis ve para cezasının yanında ferî ceza olarak memuriyetten men cezası düzenlenmiştir. Madde, “Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır” hükmü ile hakim tarafından faile verilecek asıl ceza ile birlikte memuriyetten geçici veya sürekli mahrumiyet cezası olan ferî cezanın da hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hakim, memuriyetten men cezası verirken, görevin kötüye kullanılmasının derecesine göre, süreli veya temelli yoksunluk⁴⁶⁷ hallerinden hangisini uygulayacağını takdir edebilecektir. Verilecek ferî ceza süreli ise, hakim kararında yoksunluk süresini de göstermek zorundadır. Aksi halde uygulamada tereddüt doğabilir.

TCK.’nın 240’ıncı maddesinde düzenlenen bu ferî cezanın kamu hizmetlerinden yoksunluk cezası⁴⁶⁸ ile karıştırılmaması gerekmektedir.

bunun kanun tarafından gösterilen yere ödenmesinden ibarettir” şeklinde tanımlanmıştır. **Dönmezer - Erman**, II., s. 674.

⁴⁶⁶ “Kabul ve uygulamaya göre, TCY’nın 240/1.madde ve fıkrası ile hüküm kurulurken maddede belirtilen temel ağır para cezasının verilmemesi,” Yarg. 4. CD., T. 09.02.2000, E. 1999/10063, K. 2000/590.

⁴⁶⁷ 10.07.2003 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 33’üncü maddesi; “Doğrudan doğruya kaçakçılık yapmaktan veya görevini kötüye kullanarak veya rüşvet alarak kaçakçılığa sebebiyet vermekten veya suç uydurmadan hüküm giyen memurlara bir daha kamu hizmeti yaptırılmaması cezası da verilir.

Kısıtlayıcı diğer kanun hükümlerine ek olarak her türlü kaçakçılık suçundan dolayı ağır hapis cezasıyla mahkum olanlar, affa uğramış olsalar bile kamu hizmetinde çalıştırılmazlar.” hükmüne yer vererek, görevini kötüye kullanarak kaçakçılığa sebebiyet veren memurlara verilecek ceza yanında, bir daha kamu hizmeti yaptırılmaması cezası da verilecektir. Kanundaki bu düzenleme ile, memuriyetten temelli yoksunluk cezasını da kapsayan bir hükme yer verilmiştir. Burada hakime seçimlik hakkı tanınmadığından faile, kanun gereği, bir daha kamu hizmeti yaptırılmaması cezası da tatbik edilecektir. Söz konusu 4926 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanunun 36’ıncı ve 38’inci maddelerinde ise daha dar kapsamlı olan sadece memuriyetten yoksunluk cezası öngörülmekteydi. Burada, söz konusu kanunla yükümlü tutulanların görevlerini ihmal veya kötüye kullanmaları durumunda sürekli memuriyetten men cezası öngörülmüştü.

⁴⁶⁸ Kamu hizmetlerinden yoksunluk cezası hukukumuzda hem bir ceza (TCK. 20’nci madde) ve hem de ceza mahkumiyetinin bir sonucu (TCK. 31’inci madde) olarak düzenlenmiştir. Bir ceza olarak kamu hizmetlerinden yoksunluk, suçun karşılığı olmak üzere kanunda ayrıca açıklandığı hallerde söz konusu olur. TCK.’nın 20’nci maddesine göre bu ceza süreli veya süresiz olabilir; süreli olduğu

Memuriyetten men cezası, daha dar kapsamlı olduğundan kamu hizmetlerinden yoksunluk cezasının yerine verilemez⁴⁶⁹. Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası, memuriyetle birlikte seçme ve seçilme, rütbe, nişan, unvan, madalya, maaş, velayet, vesayet haklarından mahrumiyeti de kapsadığından, daha ağır ve daha kapsamlıdır⁴⁷⁰.

Maddede gösterilen süreli memuriyetten yasaklılık halinde, TCK. 240'ıncı maddesinde bu sürenin ne kadar olduğu gösterilmediğinden, bu cezayı da içeren TCK. 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen üç aydan üç yıla kadar olan süre gözetilecektir⁴⁷¹. Temel ceza olan hapis ve para cezası tespit edilirken hükmolunan memuriyetten yasaklılık cezasında asli cezalar için uygulanan ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin ferî cezaya da uygulanması gerekmektedir⁴⁷².

durumlarda üç ay ile beş yıl arasında hükmedilmesi gerekmektedir. **Dönmezer - Erman**, II., s. 698. **İçel- Akıncı- Özgenç- Sözüer- Mahmutoglu- Ünver**, İçel Yaptırım Teorisi, s. 120. **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 528.

⁴⁶⁹ “Ancak; CYY'nın 240. maddesinde öngörülen memurluktan yoksun kılınma cezasının, memuriyetten men olarak hükmolunması,” Yarg. 4. CD., 20.02.2001/1027-2087.

“TCY.'nin 240/son maddesi uyarınca memurluktan yoksun bırakma cezası yerine kamu hizmetlerinden yoksunluk cezası verilmesi ve TCY.'nin 80. maddesi ile yapılan arttırmanın ferî cezaya da uygulanmaması yasaya aykırıdır.” Yarg. 5. CD. 08.04.1987/4119-2094, (**Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 764.).

⁴⁷⁰ **Malkoç**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 29. **Evliyaoğlu**, s. 617 vd. **Demirbaş**, “Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma”, s. 274.

⁴⁷¹ “TCY'nın 20. maddesi uyarınca memuriyetten yoksunluk cezasının üç aydan az olamayacağı gözetilmeden sanıklar hakkında eksik ceza belirlenmesi,” Yarg. 4. CD., 10.06.2002/7846-10736.

“...T. Ceza Tasasının 20. maddesi hükmü gözetilmeden ve gerekçe de gözetilmeden memurluktan yoksunluk cezasının alt sınırın üzerinde belirlenmesi,” Yarg. 4. CD., T. 31.01.2000, E. 1999/10143, K. 2000/354, YKD., C.: 26, S.: 5, 2000, s. 782.

“TCY'nın 20. maddesi uyarınca ‘memurluktan yoksun kılınma’ cezasının alt sınırının 3 ay olduğu gözetilmeden 10 güne hükmedilmesi,” Yarg. 4. CD., 20.10.1997/8292-8592, YKD., C.: 26, S.: 4, 2000, s. 618.

⁴⁷² **Evliyaoğlu**, s. 618. **Malkoç**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 29. **Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, s. 1915.

“T.C.Yasasının 59.maddesinin ferî cezaya uygulanmaması,” Yarg. 4. CD., T. 26.01.2000, E. 1999/10270, K. 2000/175.

“Memurluktan yoksun kılınma cezasına T.C. Yasasının 80. ve 59. maddelerinin uygulanmaması,” Yarg. 4. CD., 26.04.1999/3315-4438, YKD., C.: 25, S.: 9, 1999, s. 1311.

“Sanığın görevine girmediği halde, yakınan ve ailesi hakkında yazı ile bilgi istemesi TCY.'nin 240. maddesine uymaz. Kabule göre de, TCY.'nin 59. maddesi memurluktan yoksun kılınma cezasına da uygulanmalıdır.”Yarg. 4. CD. 08.02.1994/8747-874, (**Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda..., s. 750.).

“Memuriyetten yoksun kılınma cezasına TCK.'nun 80. maddesinin uygulanmaması, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 5. CD., 04.06.1991/1980-2970, (**Erdurak**, s. 405.).

X- TCK. ÖNTASARILARINDA VE 2001 TCK. TASARISINDA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN DÜZENLEME ŞEKLİ

1- Genel Olarak

Halen yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu, 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, günün ihtiyaçlarına cevap veremediği ve ceza hukukunda gündeme gelen yenilikleri takip edemediği için 1940 yılından bu yana ceza kanununun değiştirilmesi yolunda çaba sarf edilmektedir. TCK.'dan önce yürürlükte bulunan ve ilk defa laik esaslara dayanan kanunumuz, 1810 Fransız Ceza Kanununun tercümesiyle oluşturulan 27 Zilhicce 1274 (9 Ağustos 1858) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”dur⁴⁷³.

1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu, Fransa'dan alınan ve laik hükümler içeren bir Ceza Kanunu olmasına rağmen, daha sonradan yapılan değişiklikler ile İslam ve Batı hukuku ikiliği korunmuştur. Meydana getirilen bu ikilik ile kıyas ve diyet cezalarının uygulanacağı hallerde, Adliye Mahkemeleri tarafından yargılanan kişi, ilgililerin baş vurmaı halinde İslam Hukuku esaslarına göre Şer'îye Mahkemelerinde de yargılanabiliyordu⁴⁷⁴.

1274 tarihli Kanununun yerine yeni bir ceza kanunu yapma çalışmaları İkinci Meşrutiyetten sonralarına kadar dayanmaktadır. Yeni ve milli bir ceza kanunu oluşturma çalışmaları, uzun bir zaman aldıktan sonra, 1889 İtalyan Ceza Kanununun hükümleri esas alınarak süratle hazırlanan bir metnin, 1 Mart 1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanunlaştırılması ile sonuçlanmıştır⁴⁷⁵. Daha öncede bahsettiğimiz gibi, ceza kanunumuz bir çok değişikliğe uğradığı ve yeni gelişmeler karşısında yetersiz kaldığından 1940 yılından bu yana yeni bir TCK. hazırlama yoluna gidilmiştir⁴⁷⁶.

Bu bağlamda konumuzla bağlantılı olan kısımlar ile ilgili olarak 1987, 1989, 1997 ve 2000 TCK. Öntasarıları ile 2001 tarihli TCK. Tasarısına değineceğiz.

⁴⁷³ Artuk, Mehmet Emin, “1926 Türk Ceza Yasası İle 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler”, 75 Yılında Cumhuriyet Ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır 22-23 Ekim 1998, s. 156 vd. Artuk, “Ceza Hukukunun Tarihi”, s. 31.

⁴⁷⁴ Artuk, “Ceza Hukukunun Tarihi”, s. 31. Artuk, “1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu'nun ...”, s. 830 vd.

⁴⁷⁵ Artuk, “1926 Türk Ceza Yasası İle 1997 Türk Ceza Yasası...”, s. 160.

⁴⁷⁶ Söz konusu tasarılar için bkz. Artuk, “1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu'nun ...”, s. 836 vd.

2- 1987, 1989, 1997 ve 2000 TCK. Öntasarıları

Söz konusu öntasarılar, görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak benzer düzenlemelere yer vermişlerdir. Görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak öntasarılarda göze çarpan en önemli yenilik, suçun manevi unsurunda yapılan düzenlemedir.

1987 Tarihli TCK. Öntasarısı görevi kötüye kullanma suçunu 431'inci maddede düzenlemiştir. Buna göre, *“Kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarara vermek maksadıyla, kanunda ayrıca yazılı haller dışında görevini kötüye kullanan memura bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir”*⁴⁷⁷ hükmü yer almaktadır. 1989 Öntasarısı ile, 1997 ve 2000 Öntasarılarındaki düzenlemeler⁴⁷⁸ kısmen farklı olmakla birlikte, içerik olarak 1987 Öntasarısına benzemektedirler. Bu öntasarılara göre görevi kötüye kullanma suçu; *“Kanunda ayrıca yazılı haller dışında kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadıyla görevini kötüye kullanan memura bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir”*⁴⁷⁹ şeklinde ifade edilmiştir.

3- 2001 TCK. Tasarısı

A- Genel Olarak

2001 Tasarısı dönemin Başbakanı tarafından 12.05.2003 tarihinde TBMM. Başkanlığına sunulmuş olup, söz konusu çalışmamızı hazırladığımız dönemde de halen görüşülmekteydi.

⁴⁷⁷ Türk Ceza Kanunu 1987 Öntasarısı, s. 187.

⁴⁷⁸ Görevi kötüye kullanma suçu 1989 Öntasarısının 472'nci, 1997 Öntasarısının 483'üncü ve 2000 Öntasarısının 485'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

⁴⁷⁹ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3, s. 130.

1997 TCK. Tasarısının 483'üncü maddesinin gerekçesi; “Öntasarının muhtelif kısımlarında, görevi kötüye kullanmanın özel şekilleri ayrı maddeler halinde yer almış bulunmaktadır. Bu madde, kanunda ayrıca yazılı olan haller dışında yani bunlar dışında kalan halleri genel olarak cezalandırmak üzere kaleme alınmıştır.

Suçun faili bir memur olacaktır. Maddi unsur göreve ait yetkinin kötüye kullanılmasıdır. Memur görevine dahil olan yetkiyi kötüye kullanarak, kanunun özel hükmü ile ayrıca suç haline getirilmemiş herhangi bir fiili işlediğinde, suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olur. Bu itibarla memuriyeti sırasında kanunun ayrıca cezalandırdığı bir fiili, kovuşturulması şikayete bağlı olsun veya olmasın işlemiş olan memur bu maddede yazılı suçu işlemiş olmaz.

Suçun manevi unsuru, failde, kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadının bulunmasıdır. Böylece, suçta özel kast aranacak, uygulamadaki duraksamalarda böylece ortadan kaldırılmış olacaktır.” (Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), s. 347.). Aynı doğrultuda 2000 Öntasarısı gerekçesi için bkz. Türk Ceza Kanunu 2000 Öntasarısı, Ankara 2000, s. 386 vd.

Tasarı, “Genel Hükümler” ve “Özel Hükümler” başlıklarını taşıyan iki kitaptan⁴⁸⁰ oluşmaktadır. Bu kitaplar kısımlara, kısımlar ise bölümlere ayrılmıştır. Genel Hükümler başlığını taşıyan Birinci Kitap beş kısımdan; Özel Hükümler başlığını taşıyan İkinci Kitap ise üç kısımdan oluşmaktadır.

B- Tasarıda Görevi Kötüye Kullanma Suçu

2001 Tasarısında görevi kötüye kullanma suçu “Millete, Devlete Ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar Ve Son Hükümler” başlığını taşıyan üçüncü kısımda yer alan “Memurlar Tarafından İşlenen Suçlar” başlığı altında, dokuzuncu bölümde düzenlenmiştir.

Söz konusu suç Tasarının 488’inci maddesinde “Genel olarak görevi kötüye kullanma” başlığı altında yer almaktadır. Madde, metin olarak 1989, 1997 ve 2000 Öntasarılarındaki düzenleme ile aynıdır⁴⁸¹.

Maddede göze çarpan en önemli düzenleme suçun manevi unsurunda özel kastın aranmasıdır. Madde, “...kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadıyla...” ifadesine yer vererek, suçun oluşumu için doktrinde önemli tartışmalara, uygulamada da farklılıklara yol açan sorunu ortadan kaldırmış oluyor. Zira, madde gerekçesinde de bu hususa değinilmiş, uygulamalarda tereddütlerin giderilmesi için bu yönde düzenlemeye gidildiği belirtilmiştir⁴⁸².

⁴⁸⁰ 1997 Tasarısı sistematik açıdan eleştirilere uğramasına karşın, 2001 Tasarısı, 1997 Tasarısındaki sistematiki devam ettirme yönündedir.

“Tasarıda, Ceza Kanunu iki kitaptan oluşturulmuştur. Birinci Kitap ‘Genel Hükümler’, İkinci Kitap ‘Özel Hükümler’dir. Ayırım isabetli değildir.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza kanununun kaç kitaptan oluşması gerektiğine işaret etmiştir. Kanunilik ilkesi; suçun şekli kaynağına işaret ederken, suçların da neler olduğunu göstermektedir. yetmiş yıllık uygulamamızda, suçların kaynağı kanundur ve suçlar; cürüm ve kabahat olarak ayrılmıştır. Böyle olunca, bizim hukuk düzenimizin gereklerine uygun olarak, bir ceza kanununun üç kitaptan oluşması zorunludur: ‘Genel Esaslar’, ‘Cürümler’ ve ‘Kabahatler’.” **Hafızoğulları, Zeki**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, ABD., Y.: 54, S.: 1998/1, s. 37. Suçların tasnifi hususunda karşı görüş için bkz. **Toroslu, Nevzat**, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Birinci Basım, Ankara 1987, s. 14 vd.

⁴⁸¹ 2001 Tasarısı madde 488’e göre; “*Kanunda ayrıca yazılı haller dışında kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadıyla görevini kötüye kullanan memura bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*” (Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, TC. Başbakanlık Kanunlar Ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, s. 352.).

⁴⁸² 2001 TCK. Tasarısının 488’inci maddesinin gerekçesine göre; “Tasarının değişik kısımlarında, görevi kötüye kullanmanın özel şekilleri ayrı maddeler halinde yer almış bulunmaktadır. Bu madde, kanunda ayrıca yazılı olanlar dışındaki halleri genel olarak cezalandırmak üzere kaleme alınmıştır.

Suçun faili bir memur olacaktır. Maddi unsur göreve ait yetkinin kötüye kullanılmasıdır. Memur görevine dahil olan yetkiyi kötüye kullanarak, kanunun özel hükmü ile ayrıca suç haline getirilmemiş herhangi bir fiili işlediğinde, suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olur. Bu itibarla memuriyeti sırasında kanunun ayrıca cezalandırdığı bir fiili, kovuşturulması şikayete bağlı olsun veya olmasın işlemiş olan memur bu maddede yazılı suç işlemiş olmaz.

Madde ile getirilen bir yenilik de, görevi kötüye kullanma suçunun faili olan memura uygulanacak ceza ile ilgilidir. Yürürlükteki kanun maddesi, hürriyeti bağlayıcı ceza yanında para cezası ve memuriyetten yoksunluk cezası öngörmesine karşılık, Tasarı, sadece hapis cezası öngörmüş ve bu cezayı da bir yıl ile üç yıl arasında belirlemiştir. Bununla birlikte Tasarı 491'inci maddesi⁴⁸³ ile söz konusu maddenin (2001 Tasarısı m. 488) yer aldığı bölüm olan dokuzuncu bölüme giren suçlar için, kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası öngörmektedir.

Yürürlükteki kanun maddesi, cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde indirime gidileceğini belirtmesine karşın, Tasarı böyle bir indirime yer vermemiştir.

Tasarı metnindeki maddenin maddi unsuru, kanunun özel bir suç olarak düzenlemediği hallerde memurun görevine ait yetkilerini kötüye kullanması ile gerçekleşecektir.

C- Tasarıda Bağlantılı Suçların Düzenleme Durumu

Burada değineceğimiz suçlar, görevi kötüye kullanma suçu ile doktrin ve uygulamada büyük tartışmalara ve görüş ayrılıklarına yol açan “görevi ihmal suçu” ile “kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu” olacaktır.

Tasarıda görevi ihmal suçu 491'inci maddede⁴⁸⁴ düzenlenmiştir. Bu iki suç için yapılan en kapsamlı tartışmalar suçların manevi unsurunun tespiti yönünde olduğuna daha önceden değinmiş ve bu konudaki görüşleri açıklamaya çalışmıştık. Tasarıda görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru özel kasıt olarak düzenlendiğinden bu tartışmalara ve uygulamadaki tereddütlere son verilmeye çalışılmıştır.

Suçun manevi unsuru, failde, kendisine veya başkasına yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadının bulunmasıdır. Böylece, suçta özel kast aranacak, uygulamadaki duraksamalarda böylece ortadan kaldırılmış olacaktır.” (Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, s. 230 vd.).

⁴⁸³ 2001 Tasarısının 492'nci maddesine göre; “*Bu bölüme giren suçlarda memuriyet sıfatının suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu hallerde fail hakkında, süresi, hükmedilen hürriyeti bağlayıcı asli ceza ve herhalde üç yılı geçmemek üzere ayrıca kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasına hükmedilir.*” (Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, s. 352.).

⁴⁸⁴ 2001 TCK. Tasarısı 491'inci maddeye göre; “*Geçerli bir neden olmaksızın memuriyet görevini yapmakta ihmal ve gecikme veya amirinin kanuna göre verdiği emirleri yerine getirmede ihmal ve gecikme gösteren memura üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

Bu ihmal ve gecikmeden veya amirin kanuni emirlerini yapmak ve bu hususta gecikme göstermiş olmaktan bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Yukarıdaki fıkra yazılı hallerde, memurun görevini ihmalden veya geciktirmesinden veya verilen emri yapmamasından meydana gelen zararın ödettilmesine karar verilir.” (Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, s. 352.).

Görevi kötüye kullanma suçu ile kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu hakkında doktrinde yapılan en önemli eleştiri, madde metnlerinin benzer düzenlemeler içermesi yönündedir. Bu doğrultuda, görevi kötüye kullanma suçunun muhafaza edilerek, keyfi ve sert muamelenin kanundan çıkartılması gerektiğinin vurgulandığına daha önceden değinmiştik.

Tasarıya bakıldığında, 480'inci maddede "Keyfi ve sert muamele" başlığı altında⁴⁸⁵ TCK.'nın 228'inci maddesiyle benzer içerik taşıyan bir hükme yer verildiği görülecektir. Maddenin gerekçesinde keyfi muamele, kanun ve nizamların belirlediği hallerden başka bir işlem veya müsbet bir fiille veya kanun ve nizamların gereğini yapmamak suretiyle yani ihmal ederek bir kimsenin hakkını ihlal etmek şeklinde tanımlanmaya çalışılmış, fiilin ihmali veya icrai bir davranışla işlenebileceği belirtilmiştir⁴⁸⁶. Bu düzenleme göstermektedir ki, doktrinde yapılan eleştiriler gözetilmemiş ve genel olarak kişilere karşı görevin kötüye kullanılması halleri ile bunun dışında kalan genel nitelikte görevin kötüye kullanılması halleri farklı maddeler altında düzenlenmiştir.

⁴⁸⁵ 2001 TCK. Tasarısı 480'inci maddeye göre; "*Kanunun özel bir hüküm ile suç saydığı haller dışında, görevini kötüye kullanarak bir kişi hakkında keyfi muamele yapan veya yapılmasını emreden veya ettiren memura altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

Bu muamelede, özel bir maksat veya siyasal veya ideolojik saik varsa cezası üçte biri oranında arttırılır.

Memuriyetin yerine getirilmesinde gereksiz yere sert muamelede bulunan memura birinci fıkra yazılı ceza verilir. Sert muamele, mağdurun kanun hükmüne veya emirlere uymamasına neden olmuş ise ceza altında biri oranında arttırılır." (Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, s. 350.).

⁴⁸⁶ Tasarının 480'inci maddesinin gerekçesine göre; "Madde, memurun keyfi muamele ve sert muamele oluşturan eylemlerini cezalandırmaktadır.

Birinci fıkra yer alan suçun maddi unsuru "keyfi muameledir." Keyfi muamele, kanun ve nizamların belirttiği hallerden başka bir işlem veya müsbet bir fiille veya kanun ve nizamların gereğini yapmamak suretiyle yani ihmal ederek bir kimsenin hakkını ihlal etmek demektir; böylece keyfi muamele icabi (görevsel yetkililik) veya selbi (görevsel yetkisizlik) olabilir. Ancak mağdurun bedenine ilişkin fiil keyfi muamele değil üçüncü fıkrayı ihlal eden bir sert muamele olabilir. Ayrıca, fiilin mutlaka bir suç oluşturması da gerekmez; bir hakkın ihlaline yönelik bulunması yeterlidir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, keyfi muamelede özel bir maksat veya siyasal veya ideolojik saikle hareket olunması ağırlaştırıcı nedendir.

Maddenin üçüncü fıkrası, memuriyetin yerine getirilmesinde gereksiz yere sert muamele yapmayı cezalandırmaktadır.

Sert muamele, ayrıca mağdurun kanun hükmüne veya emirlerine uymamasına neden olmuş ise ceza arttırılacaktır.

Sert muameleden, memuriyetin yerine getirilmesinde mutlak olan, teamüllerin gerektirdiği sınırların dışına çıkarak işlemin gerçekleştirilmesi anlaşılır. Tutuklanan kişinin hiç de gerek olmadığı halde sürüklenerek götürülmesi, itilip kakılması, uzun mesafeleri yürüterek geçmeğe mecbur kılınması gibi." (Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı, s. 228 vd.).

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tarihi gelişim sonucunda ortaya çıkan devlet, kendisini meydana getiren insanların ihtiyaçlarını karşılamak, sorunlarını gidermek zorundadır. İnsanların da toplum düzeninin sağlıklı bir şekilde devamının sağlanması için üstün irade tarafından belirlenen toplum düzenine ilişkin kurallara uymak durumundadır.

Devlet üzerine düşen fonksiyonlarını yerine getirebilmek için organlarını kullanır. Söz konusu bu organları ise yine toplumdan seçmiş olduğu kimseler tarafından oluşturur ve toplumun ihtiyaçlarını bunlar aracılığıyla yerine getirir. İşte devletin seçmiş olduğu bu kişiler devlet fonksiyonlarına işlerlik kazandırırken temsil görevlerini en iyi şekilde yerine getirmeli, güvenilir ve sadık bir yapıya sahip olmalıdırlar. Aksi halde devlet faaliyetleri düzgün bir biçimde yerine getirilmez, düzensizlik ortaya çıkar ve toplumun devlete olan güven ve saygısı da giderek azalır.

Tüm bu hususları gözetken kanun koyucu devlet idaresi aleyhinde işlenen fiilleri kanunda tanımlamış, yaptırım altına alarak devletin faaliyetlerini yerine getirmesini ve prestijinin korunmasını sağlamaya çalışmıştır. Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler çerçevesinde değerlendirilen fiillerin bir kısmı devletin fonksiyonlarını yerine getiren organları oluşturan kişiler (memurlar) tarafından, bir kısmı da bunların dışında kalan vatandaşlar tarafından işlenen fiillerdir.

Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümlerin çoğunluğu memur sıfatına sahip olan kamu görevlileri tarafından işlendiğinden bu suçlara mahsus suç denmektedir. Yani, memur olmak bu suçların ön şartını teşkil etmektedir. Bu bakımdan memur tanımı ceza hukukunda büyük bir öneme sahiptir.

Memur tanımına TCK.'nın 279'uncu maddesinde yer verilmiş, ceza kanunu uygulamasında memurdan ne anlamamız gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır. Madde, âmme vazifesi görenleri ceza kanunu uygulamasında memur olarak kabul ettiği halde, âmme hizmeti görenleri memur tanımının dışında tutmuştur. Madde bu tür bir ayrıma başvurarak iki kavramın farklı hususları düzenlediğini, kavramlar arasında bir farkın olduğunu dolaylı olarak anlatmak istemekle birlikte, ne bu kavramların tanımına, ne de kavramlar arasındaki farka yer vermemiştir. Buna karşılık, doktrin ve uygulama, kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarını açıklamaya ve memur tanımını bu kavramların açıklamaları ışığında belirlemeye çalışmıştır.

Doktrinde kamu görevi ile kamu hizmetinin aynı anlama geldiğini kabul edenlerin yanında, bu iki kavramın farklı anlamlar taşıdığını savunanlar

çoğunluktadır. Buna göre âmme görevi; devlet veya kamu kuruluşları tarafından yerine getirilmesi mecburi olan faaliyetler, âmme hizmeti ise; nesnel hukuki anlamda kamu görevi gibi mecburi olmayıp, bu faaliyetlerin ille de devlet veya bir kamu kuruluşu tarafından yerine getirilmesi mecburi olmayan işler olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda diyebiliriz ki, devlet faaliyetlerini yerine getirirken hukuki tasarrufları oluşturan veya hukuki fiilleri yerine getirenler ile bunların faaliyetlerine âmme hukuku usulü çerçevesinde katılan kişiler âmme vazifesi gördükleri için memur; hukuki tasarruf veya fiilleri yapmayan, bunlara yardım etmeyen, hukuki tasarruf veya fiilleri yapanlara iştirak etmekle birlikte bu iştirakleri âmme hukuku usulü çerçevesinde kabul edilmeyen kişiler âmme hizmeti gördüklerinden âmme hizmetiyle muvazzaf kimseler olarak kabul edilirler.

İnceleme konumuzu teşkil eden TCK.'nın 240'ıncı maddesinde yerini bulan görevi kötüye kullanma suçu, devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümlerden olup, ancak memurlar tarafından işlenebilen, mahsus suçlardandır. Bu bağlamda diyebiliriz ki, görevi kötüye kullanma suçunun faili, öncelikle, TCK.'nın 279'uncu maddesinin birinci fıkrasında iki bent halinde düzenlenen, âmme vazifesini yerine getiren kişilerdir. Bunun dışında özel kanunlarında memur sayılan kuruluş personelinin durumu, 279'uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan memurların durumları ile aynıdır. Yine özel kanunlarında memurlar gibi cezalandırılacakları belirtilen kuruluşların personelleri, ilgili özel kanunlarının kapsamında görevi kötüye kullanma suçu kabul edilmiş ise, TCK. 240'ıncı maddede düzenlenen suçun faili olabilirler

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK.'nın 228'inci maddesinde düzenlenen kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu ile büyük ölçüde benzerlik göstermekte olup, maddelerin kapsamı hemen hemen aynıdır. Bu iki maddenin aynı zamanda kanunda yer almasının nedeni, mehzaları farklı olan bu iki maddenin ceza kanununa, kanun koyucu tarafından, değişiklikler sonucu alınmasıdır. Doktrinde bu durum eleştirilmekte ve maddelerden birinin kanundan çıkartılması gerektiğine, çıkartılacak maddenin ise, 228'inci madde olmasının daha uygun olacağına değinilmektedir. Bu yönüyle doktrine katılmakta ve 240'ıncı maddenin kapsam itibarıyla daha geniş olması ve 228'inci maddeyi de kapsaması da gözetilerek bu maddenin kanunda muhafaza edilmesini, 228'inci maddenin ise kanundan çıkartılması gerektiğini savunmaktayız.

Doktrinde inceleme konumuz için yaşanan en büyük görüş farklılıklarından biri, suçun manevi unsuru ve TCK.'nın 230'uncu maddesinde yer alan görevi ihmal suçu ile olan bağlantısı yönündendir. Bir kısım yazarlar suçun manevi unsurunun genel kasıtlı oluşacağını savunmakta olup, görevi ihmal suçu ile farklı yönünün maddi unsurdan kaynaklandığını, zira görevi kötüye kullanma suçu icrai bir fiille işlenirken görevi ihmal suçunun ihmali bir davranışla işlendiğini savunmaktadırlar. Karşı görüşü savunanlar ise, görevi kötüye kullanma suçunun hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebileceğini, görevi ihmal suçu ile ancak manevi unsur yönüyle ayırt edilebileceğini, bu bağlamda suçun manevi unsurunu özel kastın teşkil ettiğini ifade etmektedirler. Uygulamada manevi unsur yönünden her iki görüşü içeren kararlara rastlamamız mümkündür. Buna karşılık son yıllarda görevi kötüye kullanma suçunun genel kasıtlı işleneceğini belirten kararlar Yargıtay tarafından verilemektedir. Bize göre kanun koyucu bir suç için özel kast aradığı vakit bunu açık olarak maddede belirtmek durumundadır. Eğer belirtilmemişse genel kastın aranması gerekmektedir. İnceleme konumuzu oluşturan görevi kötüye kullanma suçu içinde bu durum söz konusu olup, suçun oluşumu için genel kastın aranması yerinde olacaktır.

240'ıncı maddenin kanuni unsuru ve maddi unsuru yönünden de tartışmalar yaşanmakta, bu yönde Anayasa Mahkemesi'ne başvurular yapılmaktadır. Bu konuda diyebiliriz ki, kanun koyucu özel nitelikte görevin kötüye kullanılmasını değişik maddeler ve özel kanunlardaki düzenlemeler ile yaptırım altına almıştır. Bunun yanında her hangi bir şekilde görevin kötüye kullanılması bu düzenlemelere girmediği takdirde boşluk doğmaması için genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu da düzenleme ihtiyacı duymuştur. Suçun maddi unsuru, yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevin kötüye kullanılmasıdır. Memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşp aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru belirleneceğinden, maddi unsur yönüyle tereddüt yaşanması söz konusu değildir. Dolayısıyla mahkeme, önüne gelen her bir olayda bu hususları göz önünde tutarak karar vereceğinden, yasada suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açmak gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

Suçun maddi unsuru hususunda dikkat edilmesi gereken bir diğer hususta, memurun görevine giren bir konuda görevini kötüye kullanabileceğidir. Görev dahilinde olmayan bir hususta memurun görevini kötüye kullanmasından bahsedilemeyecektir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 240'ıncı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen indirim halleri ile, TCK.'nın 59'uncu maddesinde yer alan takdiri indirim hallerinin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusunda da doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır. Bu konuda diyebiliriz ki, TCK.'nın 240/2'nci maddesine göre uygulanacak hafifletici nedenler, kanuni indirim hallerini içermesi ve uygulanmasının bir zorunluluk teşkil etmesi nedenleriyle takdiri indirim hallerini içeren 59'uncu maddeye göre yapılacak indirim hallerinden farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda her iki madde, şartları varsa, her madde için ayrı gerekçeler göstermek kaydıyla, aynı anda uygulanabilecektir.

TCK. Tasarılarına baktığımızda, doktrindeki eleştiriler ve uygulamadaki tereddütleri gidermek için görevi kötüye kullanma suçuna yeni bir şekil verilmeye çalışılmıştır. Özellikle suçun manevi unsuruna yönelik eleştiriler dikkate alınarak 2001 Tasarısında manevi unsur yönünden özel kastın aranması öngörülmüştür. Buna rağmen suçun maddi unsuru yönünde herhangi bir değişikliğe gidilmemiş, maddi unsurun, kanunun özel bir suç olarak düzenlemediği hallerde memurun görevine ait yetkilerini kötüye kullanması ile gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Yine tasarıda kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçunun işlenmiş olduğu görülmektedir. Bu da göstermektedir ki uygulamadaki tereddütler ve doktrindeki eleştirilere kısmen cevap verilmekte, belirttiğimiz diğer hususlarda ise düzenlemeye gerek olmadığı düşünülmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK.'nın 240'ıncı maddesi, memur suçlarını düzenleyen maddelerden en fazla uygulama alanı bulanlardan biridir. Bu özelliği, doktrindeki tabiri ile “kırkambar” madde olmasından kaynaklanmaktadır. Yani madde, genel, tali ve tamamlayıcı bir madde olmasından dolayı uygulama alanı da geniş olmaktadır. Bu bağlamda doktrindeki eleştiriler uygun bir biçimde değerlendirilip uygulamadaki tereddütlere en iyi şekilde cevap verilmeli ve kanun maddesinin benzeri ve tekrarı niteliğinde olan TCK.'nın 228'inci maddesinin kanundan çıkartılmasıyla yeni bir düzenlemeye gidilmelidir.

YARARLANILAN YAYINLAR

- Akbulut, İlhan**, “Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu”, İBD., C.: 66, S.: 7-8-9, 1992,
- Alpar, Erol**, “657 sayılı DMK.’da 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı Ve Sınırı”, TİD., Y.: 63, S.: 391, 1991,
- Arıca, Mehmet Nadir**, Memur Suçları Ve Soruşturma, İlksan Matbaası, Ankara 2000,
- Artuk, Mehmet Emin**, “Suç Genel Teorisi”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989,
- Artuk, Mehmet Emin**, “Ceza Hukukunun Tarihi”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989,
- Artuk, Mehmet Emin**, “Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 1989,
- Artuk, Mehmet Emin**, “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 1989,
- Artuk, Mehmet Emin**, “Emniyet Tedbirleri”, Argumentum, Y.: 2, S.: 23, Haziran 1992,
- Artuk, Mehmet Emin**, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, Hukuk Araştırmaları, C.: 8, S.: 1-3, İstanbul 1995,
- Artuk, Mehmet Emin**, “1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu’nun Değiştirilmesi Yönünde Çalışmalar Hakkında Düşünceler”, İBD., C.: 72, S.: 10-11-12, 1998,
- Artuk, Mehmet Emin**, “1926 Türk Ceza Yasası İle 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler”, 75 Yılında Cumhuriyet Ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır 22-23 Ekim 1998,
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Dördüncü Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003,
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002,
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner**, Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999,
- Aslan, Onur Ender**, “Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler”, Âmme İdaresi Dergisi, C.: 33, S.: 1, Mart 2000,

- Aygün, A. Nevzat**, “Görevi İhmal, Görevi Suiistimal Suçları”, AD., C.: 1, S.: 2, 1989,
- Bağdatlı, Selahattin**, Hukuk Sözlüğü, Derin Yayınları, İstanbul 2002,
- Bakıcı, Sedat**, Ceza Yargılaması Ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2000,
- Balo, Y. Solmaz**, “Kanunla İhtilafa Düşen Çocukların Hakkında Hazırlık Soruşturması”, Adalet Dergisi, Sayı: 9, Yıl: 93, Ekim 2001,
- Başköy, Sabri**, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Anıl Matbaa, Ankara 2000,
- Baykal, Ali**, “Kanuni Şarta Uymaksızın Evlenme Kağıdı Veren Evlenme Memurunun Görevini İhmali Ve Kötüye Kullanması”, AD., Y.: 60, S.: 12, Aralık 1969,
- Baykal, Ali**, “Memurluk Görevinin İhmali ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilmemesi”, AD., Y.: 62, S.: 11, Kasım 1971,
- Bengü, Cemil Halit**, “Ceza Tatbikatında Memur”, Siyasi İlimler Mecmuası, S.: 158, Mayıs 1944,
- Canman, Doğan- Ertekin, Yücel- Ar, A. Fikret- Bensghir, Türksel Kaya- Özer, Cevat**, Kamu Görevlileri El Kitabı, TODAİE Yayınları, Ankara 2002,
- Centel, Nur**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İkinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002,
- Cihan, Erol**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)”, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul, 1979,
- Crozat, B.**, “Âmme Hizmeti Mefhumu”, AC., S.: 6, No.: 47, 1938,
- Çağlayan, Muhtar**, “Ceza Tatbikat Ve Takibatında Memur, Memur Sıfatının Ceza Hukuku İle Olan Münasebeti”, İD., Y.: 30, S.: 259, Temmuz-Ağustos 1959,
- Çağlayan, M. Muhtar**, En Son Değişiklikleri İle Gerekçeli- Açıklamalı Ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara(tarihsiz),
- Çağlayan, M. Muhtar**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu Üzerine Bir İzah Denemesi”, TİD., Yıl: 42, S.: 333, 1971,
- Çağlayan, M. Muhtar**, “Memuriyet Vazifesini İhmal Ve Suiistimal Cürümleri”, İD., Yıl: 28, S.: 244, 1957,

- Çelikkaya, İlhan**, “Rüşvet, Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal, İhmal Suçları Üzerine Tetkikler”, İller ve Belediyeler Dergisi, Y.: 21, S.: 236, Haziran 1965,
- Çetin, Erol**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda Ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Eda Matbaacılık, Ankara 2000,
- Çetin, Erol**, “4483 Sayılı Yasaya Tabi Olan Ve Olmayan Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri”, İdarecinin Sesi Dergisi, C.: XIV, S.: 88, Eylül-Ekim 2001,
- Çetin, Erol**, “4483 Sayılı Yasaya Tabi Olan Ve Olmayan Suçlar”, İdarecinin Sesi Dergisi, C.: XIV, S.: 85, Mayıs-Haziran 2001,
- Çetin, Erol- Malkoç, İsmail**, Uygulamada Sahtekarlık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 1995,
- Çiftçi, Ahmet**, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ve 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, Türk Hukuk Dünyası, Y.: 2, S.: 3, Mayıs 2002,
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002,
- Demirbaş, Timur**, “Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal Ve Kötüye Kullanma Cürümleri”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD, C: III, S: 1-4, Ankara, 1987,
- Dilek, Muzaffer**, “4483 Sayılı Yasa İle Getirilen Memur Yargılama Sisteminin 4 Aylık Uygulaması ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, İdarecinin Sesi Dergisi, C.: XIV, S.: 80, Mayıs-Haziran 2000,
- Dönmezer, Sulhi**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984,
- Dönmezer, Sulhi**, “Mahkeme İçtihatları”, İÜHFM., C.: IX, S.: 3-4, İstanbul 1944,
- Dönmezer, Sulhi**, “İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmaya Yarayacak Kıstas”, İÜHFM., C.: 11, S.:1-2, 1945,
- Dönmezer, Sulhi**, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İÜHFM., C.: IX, S.: 3-4, 1943,
- Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C.: I, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997,
- Dönmezer, Sulhi- Erman, Sahir**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.: II, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1999,

- Erdurak, Yılmaz Güngör**, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Üçüncü Baskı, Adil Yayınevi, Ankara 1994,
- Erem, Faruk**, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu Ve Meriyet Kanunu, II. Bası, Ankara 1948,
- Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, Ankara 1984,
- Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt: II, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985,
- Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt: III, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985,
- Erem, Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt: IV, Üçüncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara,
- Erem, Faruk**, “Devlet İdaresi Ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler”, AÜHF Yayınları, Ankara 1959,
- Erem, Faruk- Danışman, Ahmet- Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997,
- Erem, Faruk- Toroslu, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sekizinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2000,
- Eren, Abdurrahman**, “Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkat İle Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Karşılaştırılması”, AÜSBFD., S.: 3, Temmuz-Eylül 2000,
- Erman, Sahir**, Sahtekarlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku, C.: 3, Beşinci Bası, İstanbul 1987,
- Erman, Sahir**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, SBOD., C.: II, S.: 3-4, 1947,
- Erman, Sahir**, “İflas İdaresi Memurları ceza Kanunu Tatbikinde Memurdurlar”, İÜHFM., C.: XLI, S.: 3-4, 1975,
- Erman, Sahir**, “Memuriyet Vazifesinin Suiistimali”, İBD., C.: XXV, S.: 1, Ocak 1951,
- Erman-Özek**, Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), Işık Matbaacılık, İstanbul, 1992,
- Eroğlu, İsmet**, “MMHKM. Anayasaya Aykırı Değil Midir?”, İBD., C.: 72, S.: 4-5-6, 1998,
- Ersoy, Yüksel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002,

Evliyaoğlu, Erkal, Örneklerle Açıklamalı, Karşılaştırmalı ve İçtihatlı Memurlarla İlgili Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2001,

Giritli, İsmet, Kamu Yönetimi Teşkilatı Ve Personeli, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979,

Giritli, İsmet- Bilgen, Pertev- Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001,

Giritli, İsmet- Bilgen, Pertev- Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku- II, Der Yayınları, İstanbul 1999,

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Cilt II, Hususi Kısım-Cürümler, Madde 125-181, Genişletilmiş Beşinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul(tarihsiz),

Gözübüyük, Abdullah Pulat, “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları”, AD., Y.: 61, S.: 1, Ocak 1970,

Gözübüyük, Abdullah Pulat, “Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması Ve İhmali (TCK.nın 228, 229, 230, 231 ve 240. maddeleri)”, AD., Yıl: 60, S. 11, 1969,

Gözübüyük, A. Pulat, “Devlet İdaresine Karşı İşlenen Cürümler”, AC., S.: 7, No: 42, 1943,

Gözübüyük, A. Pulat, “Din Hizmetlilerinin Görevlerini Kötüye Kullanmaları”, AD., Y.: 62, S.: 12, Aralık 1971,

Gözübüyük, A. Şeref- Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 1998,

Gündel, Ahmet, İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998,

Hafızoğulları, Zeki, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, ABD., Y.: 54, S.: 1998/1,

Hazır, Hayati, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Literatür Yayınları, Konya 1994,

İçel, Kayıhan- Akıncı, Füsun Sokullu- Özgenç, İzzet- Sözüer, Adem- Mahmutoğlu, Fatih S.- Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, İkinci Kitap, İkinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000,

İçel, Kayıhan- Akıncı, Füsun Sokullu- Özgenç, İzzet- Sözüer, Adem- Mahmutoğlu, Fatih S.- Ünver, Yener, İçel Yaptırım Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul 2000,

İçel, Kayıhan- Yenisey, Feridun, Kompendium Ceza Kanunları, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1998,

İğdeler, Serdar- Suntay, Yusuf, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Uygulaması”, TİD., Y.: 72, S.: 426, Mart 2000,

Kanlıgöz, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam Ve Kapsamı”, AÜHFD., C.: 43, S.: 1-4, 1993,

Kara, Şinasi, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler Ve Memurlar Hakkında Yargılama Usulleri, İstanbul 1974,

Karabatak, Rüstem, “Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılan Değişiklikler”, İBD., C.: 74, S.: 7-8-9, 2000,

Karaca, Süleyman, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, AD., Y.: 92, S.: 7, Nisan 2001,

Kavas, Hakkı- Hatice Kavas, “TCK.’nunda Memur Kavramı”, AD., Y.: 76, S.: 6, Kasım-Aralık 1985,

Kıyak, Fahrettin- Çağlayan, M. Muhtar- Şenel, Cebbar, Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler Ve Memurun Muhakemat Kanunu, Işık Matbaacılık, Ankara, 1960,

Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949,

Kunter, Nurullah, “Mahkeme İçtihatları, Ceza Tatbikatında Âmme Vazifesi Ve Âmme Hizmeti Tefriki Ve Avukatların Durumu”, İÜHFM., C.: XIII, S.: 2, 1947,

Kunter, Nurullah, “Mahkeme İçtihatları, Vazifeyi İhmal Ve Suiistimal”, İÜHFM., C.: 15, S.: 1, 1949,

Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1998,

Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Metinleri Ve ilgili Mevzuat, Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995,

Livanelioğlu, Ömer Asım, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, ABD., Y.: 57, S.: 2000/1,

Majno, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1978,

Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt. Yetkin Yayınları, Ankara 2002,

Malkoç, İsmail, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001,

- Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2000,
- Malkoç, İsmail**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, İzmir Barosu Dergisi, S.: 4, Ekim 1993,
- Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut**, Öğreti- Uygulama- Mevzuat Eşliğinde Zimmet- İrtikap- Rüşvet Ve Başlıca Memur Suçları, Gen Matbaacılık, Ankara 1993,
- Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt 3, Ankara 1999,
- Mumcu, Uğur**, “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, AÜHFD, C.: XXVIII, S.: 1-4, 1971,
- Onar, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1966,
- Onar, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966,
- Onur, Ekrem**, “Ceza Hukukunda Memur”, İleri Hukuk Dergisi, S.: 3, Eylül 1945,
- Ögel, Ragıp**, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet”, İdare Dergisi, S.: 192, Mayıs-Haziran 1948,
- Ögel, Ragıp**, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet”, AC., No: 47, S.: 11, 1941,
- Ögel, Ragıp**, “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar, Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap”, AC., No: 21, S.: 7, 1941,
- Önder, Ali Rıza**, “Ceza Yargılama Usulünde Memur Sayılmayan Görevliler”, AD., Y.: 65, S.: 8, Ağustos 1974,
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: I, Birinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1991,
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.:II, Birinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1989,
- Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Dördüncü Bası, İstanbul 1994,
- Özay, İl Han**, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002,
- Özek, Çetin**, “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, İÜHFM., C.: XXVI, S.: 1-4, 1961,
- Özeroğlu, H. Necdet**, “Son Düzenlemeleriyle Memur Yargılama Hukuku”, TİD., Y.: 72, S.: 426, Mart 2000,

Öztürk, Bahri, “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.: 1, S.: 1, Y.: 1978,

Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan- Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002,

Pazarcı, Şevki, Belediye Personelinin Sorumlulukları ve Yargılanması, (Yayınevi Yok) Ankara 1991,

Pınar, İbrahim, Açıklamalı 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000,

Postacıoğlu, İlhan E., “Türk Ceza Kanunu Muvacehesinde İflas İdare Memurları”, İÜHFM., C.: XXXVIII, S.: 1-4, 1973,

Sancakdar, Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden çıkarma Ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara 2001,

Savaş, Vural- Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998,

Sayın, Deniz, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.: 9, S.: 1, Ocak 2000,

Selçuk, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, Türkiye Sanayiciler ve İşadamları Derneği Yayınları, İstanbul 1997,

Selçuk, Sami, “İdare Ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, YD., C.: 23, S.: 1-2, Ocak-Nisan 1997,

Sınmaz, Burhan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları(Hukuk-Ceza), 1926-1998 Arasında Yayınlanmış Tüm İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998,

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998,

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002,

Soyaslan, Doğan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, AÜHFD., C.: 45, S.: 1-4, 1996,

Şahin, Cumhuri, Görevi İhmal Ve Kötüye Kullanma Suçları(Yüksek Lisans Tezi), Konya 1990,

Şekercioğlu, Metin, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974,

- Şener, Esat**, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000,
- Tarhan, Nuri**, “İktisadi Devlet Teşekküllerinde Ceza Sorumluluğu”, AD., Y.: 52, S.: 3-4, Mart-Nisan 1961,
- Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, İkinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1991,
- Topuz, İbrahim**, Memur Yargılama Hukuku, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2001,
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku, Beşinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2001,
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2001,
- Toroslu, Nevzat**, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Birinci Basım, Ankara 1987,
- Tosun, Öztekin**, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (I)”, YD. C.: 9, S.: 4, Ekim 1983,
- Tosun, Öztekin**, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (II)”, YD. C.: 10, S.: 3, Temmuz 1984,
- Utku, Eray**, “Ceza Hukukunda Memur”, AD., Y.: 92, S.: 8, Temmuz 2001,
- Vidinli, İbrahim**, “Memuriyet Görevini Savsamak Ve Kötüye Kullanmak Suçları Hakkında Bir İnceleme”, AD, Yıl: 37, S. 4, 1946,
- Yarsuvat, Duygun**, “Ceza Kanununun Uygulamasında Memur- İktisadi Devlet Teşekkülleri- Hizmet Sebebiyle Emniyeti Suiistimal ve Zimmet”, İÜHFM., C.: XXXV., S.: 1-4, 1970,
- Yarsuvat, Duygun**, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM., C.: XXX, S.: 3-4, 1965,
- Yasa, Ferit**, “Son Ceza Kanunu Tadilatında Birinci Madde Ve Ceza Kanununda Sarahatsiz Suç Var mıdır?”, AC., S.: 22, 1936,
- Yaşar, Hakkı**, “Ceza Kanunu Uygulamasına Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki”, AD., Y.: 57, S.: 11, Kasım 1966,
- Yaşar, Hakkı**, “Ceza Kanunu Uygulamasına Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili”, AD., Y.: 57, S.: 12, Aralık 1966,

Yaşar, Osman, Uygulama ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 1996,

Yener, Orhan, Tatbikatta Asliye Ceza Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993,

Yener, Orhan, “Görevin Kötüye Kullanılması”, YD., C.: 6, S.: 1-2, 1980,

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992,

Yurtcan, Erdener, “Türk Hukukunda Kamu Davasının Açılmasında Ön Şart Oluşturan Haller, İşlemler Ve Özel Soruşturma Kuralları”, Hukuk Kurultayı 2000, C.: 2, 12-16 Ocak 2000,

Zafer, Hamide, “Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkatin Son Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, İBD., C.: 72, S.: 4-5-6, 1998,

Zafer, Hamide, “4483 Sayı ve 2.12.1999 Tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, İBD., C.: 74, S.: 10-11-12, 2000,

Zeyneloğlu, Ahmet, “Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunun Anayasaya Aykırılık Drecesi”, AD., Y.: 53, S.: 7-8, Haziran- Temmuz 1962,

ÖZGEÇMİŞ

Elinizdeki çalışmayı hazırlayan Yalçın KARATAŞ, 1977 yılında Van'da dünyaya geldi. İlk, orta ve lise eğitimini Van'da tamamladıktan sonra 1995 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni kazanıp, 1999 yılında fakülteden mezun oldu. İstanbul'da avukatlık stajına devam ettiği esnada 2000 yılında açılan Hakimlik ve Savcılık Sınavını kazanıp aynı sene avukatlık stajını bırakıp hakimlik ve savcılık stajına başladı. 2001 yılında Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programında yüksek lisans eğitimine başladı. Bu arada iki yıllık hakimlik ve savcılık stajını tamamlayıp 2003 yılında Mardin Hakimî olarak atandı. Halen aynı ilde görevine devam etmektedir.