

TÜRK CEZA KANUNUNDA MEMURİYET GÖREVİNİ İHMAL VE KÖTÜYE KULLANMA CÜRÜMLERİ

Yard. Doç. Dr. Timur DEMİRBAŞ*

ZUSAMMENFASSUNG

Unterlassen der Diensthandlung und Amtsmissbrauch im türkischen Strafgesetzbuch (Art. 230 und 240)

Die Arbeit hat drei Teile. Im ersten Teil gibt es die geschichtliche Entwicklung und die gemeinsame Bestandteile beider Straftaten. Im zweiten Teil habe ich versucht, die Straftaten naemlich "Unterlassen der Diensthandlung und Amtsmissbrauch" naeher zu erörtern. Im dritten Teil habe ich mich bemüht, Erscheinungsformen beider Straftaten klar zu machen.

Es ist nicht einfach festzustellen, welche Beamten in dieser Hinsicht als Taeter in Frage kaemen. Denn, die Definition des Beamten im türkischen StGB ist nicht scharf und deutlich. Nach meiner Meinung soll diese Definition bei einer Reform von StGB verdeutlicht werden. Ausserdem werden beide Straftaten in der Praxis oft verwechselt. Um das zu vermeiden, muss man den Vorsatzbegriff deutlich machen.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanununun "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü bab'ının dördüncü faslının "Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar" başlığı altındaki 230 ve 240. maddelerinde düzenlenen memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümleri genel hükümdürler. Kanunkoyucu, memurların görev ve yetkilerini ihmal etmeleri ile kötüye kullanmalarını gerek Türk Ceza Kanununda ve gerekse diğer özel kanunlarda düzenleyerek cezalandırmış olmasına rağmen, herhangi bir boşluğu önlemek amacıyla bu iki ge-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

nel hükme de yer vermiştir. Çünkü, bir toplumun huzur içinde bulunarak gelişebilmesi için, Devlet memurlarının görevlerini dürüstlükle yerine getirmeleri ve yurttaşlara güven vermeleri şarttır.

TCK. uygulamasında çok geniş yer tutan bu iki hükümle ilgili çalışmamızda; ilk önce TCK. da ki tarihsel gelişim ile her iki suçtaki ortak unsurları, ikinci olarak memuriyet görevini ihmalle memuriyet görevini kötüye kullanma cürümlerini ve son olarak da her iki suçun değişik gerçekleşme şekillerini inceledik.

I. GENEL OLARAK

TCK. nın üçüncü bab'ı "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlığını taşımaktadır. O halde, bu bölümde korunan hukuki yarar "Devlet İdaresi"dir.

"Devlet idaresi" dar anlamıyla Devletin icraya ait fonksiyonlarını yerine getiren örgütlenme ile bunun içinde yer alan memurları ve hizmetlileri ifade etmekle (1) birlikte, TCK. nın bu bölümündeki "Devlet idaresi" geniş anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle, yalnız yürütme değil, yasama ve yargı organlarının faaliyetleri de bu bölümde yer almaktadır (2). Bunun sonucu olarak, bu organlara dahil memurların Devlete ait fonksiyonların görülmesi ile ilgili fiilleri, Devlet idaresine karşı işlenmiş suç olarak kabul edilir (3). "Devlet idaresi", "memur" dan ayrı bir kavram olduğu için, bu bölümde yer alan suçlardan bazıları "memur"lar, bazıları da diğer kimseler tarafından Devlet idaresine karşı işlenmektedir. Ancak, memurların suçlarında Devlet idaresine verilen zarardan başka, memur "Devlete sadakat" borcunu da ihlal etmektedir (4).

Memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümleri, Devlet idaresi aleyhine işlenen diğer cürümler bakımından genel ve tamamlayıcı hükümler oldukları için bunları benzer cürümlerden ayırmak gerekir.

TCK. memuriyet görevini ihmalin özel şekillerine, 204 (mura-kabe veya teftişi ihmal ile zimmetin vukuuna veya artmasına neden

- (1) **Dönmezer Sulhi**, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s. 72.
- (2) **Erem Faruk-Toroslu Nevzat**, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1978, s. 141; **Dönmezer**, Özel Hükümler, 73; **Bayramoğlu Reşad**, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler, Ankara 1943, s. 7.
- (3) **Özek Çetin**, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976, s. 52.
- (4) **Erem-Toroslu**, 142.

41135

olmak), 234 (asker kişilerin veya Devletin genel kuvvetlerine dahil memurlarla zabıta memurlarının kanuna göre yetkili makamlarca verilen emirleri yerine getirmemeleri veya geciktirmeleri), 235 (memurun görevini yaptığı sırada görevine ilişkin olarak kamu adına kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğini öğrenip de ilgili daireye bildirmede ihmali ve gecikmesi), 236 (memur veya kamu hizmetlilerinden üç veya daha fazlasının anlaşarak görevlerini terketmeleri veya yavaşlatmaları), 237/son (muhtarların aralarında evlenme akdi olmayan kişilerin dini merasim yaptıklarını öğrenmelerinden sonra yetkili makamlara bildirmede ihmali) ile 239. maddelerinde (barışta yerine getirilmesi gereken seferberliğe ait görevlerin ihmali) ve memuriyet görevini kötüye kullanmanın özel şekillerine de, 194 (memurun görevini kötüye kullanarak mesken masuniyetini ihlal etmesi), 202 (zimmet), 203 (ihtilas), 209-210 (irtikâp) ile 211 vd. maddelerinde (rüşvet) yer vermiştir.

Memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümleri bazı özel Kanunlarda da düzenlenmiştir: Buna örnek olarak, Askerî Ceza Kanununun 144 (5), 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanununun 36 ile 38 (6) ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanununun 64. maddeleri (7) verilebilir.

1- Tarihi Gelişim

Türk Ceza Kanununun me hazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanununda, memuriyet görevinin ihmaline ilişkin bulunan ve TCK. m.

- (5) Madde 144: Kendisine tevdi edilen askerî bir işin ifasında bu kanunda yazılı hallerden başka Türk Ceza Kanunu mucibince, cezayı mucip ihmal ve tekâsül gösteren ve vazifesini suistimal eden o kanun mucubince cezalandırılır.
- (6) Madde 36: Kaçakçılığın meni, takibi veya tahkiki ile mükellef bulunan memurların her ne suretle olursa olsun bu kanunda yazılı vazifelerini ihmal veya suistimal etmeleri, yahut irtikâpta bulunmaları veya rüşvet almaları, yahut sahtekârlık fiilini işlemeleri halinde, bu cürümler için kanunen muayyen olan cezalar bir misli artırılarak hüküm ve müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası hükmolunur.
- Madde 38: Bu kanunun 2 nci maddesinde yazılı ihbar, men, takib veya tahkik ile mükellef olan memur veya müstahdemlerin bu vazifelerini ihmal veya suistimal etmeleri halinde haklarında Türk Ceza Kanununun 230 ve 240 ıncı maddelerindeki cezalar bir misli artırılarak hüküm ve müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da tayin olunur.
- (7) Madde 64/ 1- Bu kanuna taalluk eden işlerde vazife ve selahiyetlerini suistimal 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.

230'a göre değişik olan m. 178/1 vardı. Bu hüküm: "Her ne vesile ile olursa olsun ve hatta isterse kanunun sükûtu, müphemiyeti ve ademi kifâyeti veya tenakuzu pahasına müstenit bulunsun memuriyet vazifesini yapmakta ihmal veya imtina gösteren memur elli lîretten bin lîrete kadar para cezasına mahkûm edilir" şeklindeydi (8).

178. madde dışında, mehz Kanunda TCK. m. 240'ın karşılığı olan bir hüküm yoktu. TCK. m. 240, 1274 tarihli Ceza Kanununun 102. maddesinde, 1330 tarihinde yapılan değişiklik sonucu oluşan hükümde kaynağını bulmaktadır (9). Çünkü, 1274 Ceza Kanununun iktibas olunduğu 1810 Fransız Ceza Kanununda böyle bir genel hüküm yoktu (10). Bununla birlikte, mehz Kanunun 175. maddesi, TCK. m. 228 olarak alınmış olmasına rağmen dördüncü faslın sonuna 240. maddenin eklenmesinin nedeni, m. 228'in "insanlara karşı keyfi muameleye" ilişkin olduğunun düşünülmüş olmasındandır. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir (11).

TCK. da 228 ve 240. maddeler olmak üzere iki genel memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü bulunmasına karşın, İtalyan CK. daha genel bir hüküm olan m. 323'ü ihtiva ettiği için, 1889 CK. da ki 175. maddeye ihtiyaç duyulmamıştır. Çünkü, İtalyan CK. m.

(8) **Majno**, Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 1978. s. 185.

(9) **Yarsuvat Duygun**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHFİM, C. 30, S. 3—4, 1965, ayrı bası, s. 13.

(10) **Dönmezer Sulhi**, İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Vazifesini İhmal ve Suistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarıyacak Kıtas, İÜHFİM, C. 11, S. 3—4, 1945, s. 227.

(11) Y. CGK. 28.2.1977, E. 1977/4—57, K. 1977/86: "Sanıkların 657 sayılı Devlet Memurları Hakkındaki Kanuna aykırı bir usulle belediye teşkilâtı bünyesine memur almaktan ibaret bulunan eylemleri, TCK. nun 240 ncı maddesinde yazılı görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğundan ve direnme hükmünde sözü edilen 228. maddenin 1 inci fıkrasının olaya tatbik kabiliyeti bulunmadığından..." (YKD. 1978, S. 7, s. 1194); Y. 4. CD. 27.2.1960, E. 11377, K. 2246: "Şahadete göre, Cumhurreisi ve misafirleri Irak Kralı otomobile gazineadan ayrıldıktan sonra, halkın otomobile binen şahısları görmek için bu otomobilin bulunduğu yere doğru toplandığı ve maznunun (emniyet müdürü) bu sırada halka (eşek oğlu eşekler...) diye hitabını duyan müdahilin, bunun doğru olmadığını söylemesine karşı maznun... in müdahilin yakasından tutarak hakaret eylemekle beraber, üstünü arattığı ve yanındaki polisler emir verip polis karakoluna sevk ve iki saat karakolda alıkoyduğu ve şu hakaretlerinin büyükleri koruma talimatındaki tedbirlerle bir alakası bahis konusu olamayacağı ve maznunun bu fiil ve hareketlerinin kül halinde TCK. nun 228 inci maddesine uygun bir suç teşkil ettiği düşünülmeksizin..." (**Öztürk Nejat**, Türk Ceza Kanununun Şerhi ve Tatbikatı, C. I, İstanbul 1970, s. 850).

m. 323'e göre, "görevi kötüye kullanma" suçunun bir başkasına karşı işlenmiş olması şart değildir (12).

2- Her İki Suçta Ortak Unsurlar

a) Memur

Türk Ceza Kanununun 2. kitabının 3. babında yer alan "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" de failin veya mağdurun "memur veya kamu hizmeti gören kimse" olması bir unsur olarak yer almıştır.

Mehaz 1889 İtalyan CK. dan biraz farklı olan ve TCK uygulamasında kimlerin "memur" sayılacağını gösteren TCK m. 279, 1936 yılında 1930 İtalyan CK. m. 357 ve 358 esas alınarak değiştirilmiştir (13). Ancak, memur kavramını TCK. uygulamasında genişleten bu değişiklik amacına ulaşmamıştır. Çünkü, değişiklikten sonra da "kamu hizmeti" gören kimseler memur kavramı içine girmemişlerdir (14).

TCK. m. 279, "memur" ve "kamu hizmetiyle yükümlü kimse"yi şöyle tanımlamaktadır:

"Ceza Kanununun tatbikatında:

1. Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idari veya adli bir âmme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri;
2. Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî veya mecburi olarak teşriî, idari veya adli bir âmme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekle muvazaf olanlar:

1. Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet ve diğer âmme müesseselerinin memur ve müstahdemleri:

(12) **Kunter Nurullah**, Vazifeyi İhmal ve Suistimal, İÜHFM, C. 15, 1949, s. 391.
 (13) **Erman Sahir**, Ceza Tatbikatı ve Takibatında Memur, SBOD, C. 11, S. 3—4, 1947, s. 240,
 (14) **Yarsuvat Duygun**, Ceza Kanununun Uygulamasında Memur-İktisatı Devlet Teşekkülleri-Hizmet sebebiyle Emniyeti Suistimal ve Zimmet, İÜHFM, 1969, C. 45, S. 1—4 ayrı bası, s. 4.

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

Görüldüğü gibi 279. madde, 1. fıkrasında kimlerin memur sayılacağını, 2. fıkrasında ise kimlerin kamu hizmetiyle yükümlü sayılacaklarını belirtmekte ve bu iki ajan tipini ayıracak kıstas olarak da birinciler için “kamu görevi”, ikinciler için ise “kamu hizmeti”ni öngörmektedir.

Bu iki kavramı birbirinden ayırmanın önemi; TCK., zimmet (m. 202), ihtilas (m. 208), irtikâp (m. 209-210), memuriyet görevini ihmal (m. 230) ve memuriyet görevini kötüye kullanma (m. 240) gibi suçlarda memurdan sözettiği için, kamu hizmeti gören kimseler söz konusu suçların faili olamayacaklardır. Fakat, TCK. m. 138, 200, 201 ve 236 da ki suçları memurlar olduğu gibi kamu hizmetlileri de işleyebilmektedirler.

Memur ile kamu hizmetiyle yükümlü kimseyi birbirinden ayırabilmek için “kamu görevi” ve “kamu hizmeti” kavramlarını tanımlamak gerekir. TCK. bu kavramları tanımlamadığı için bu görev, doktrin ve içtihatlarla kalmıştır.

Bazı yazarlar, bu iki kavramın eş anlamlı olduğunu ileri sürmüşlerdir (15). Yargıtay da bazı kararlarında bu iki kavramı eş anlamda kullanmıştır (16). Ancak, bu şekilde bir değerlendirmenin memur kavramını genişlettiğini gören Yargıtay, bazı kararlarında da; belediye tramvay idaresinin müstahdemleri kamu hizmetiyle görevli (17) ve belediye otobüs şoförleri de yine kamu hizmetiyle görevli kimseler oldukları için (18) memur sayılmazlar demiştir.

Ceza hukuku bakımından kamu görevi ile kamu hizmetini ayrı kavramlar olarak görenler de vardır (19). Biz de, *Erman*'ın ileri sür-

- (15) **Dönmezer Sulhi**, Memurin Muhakematı Bakımından Memur, Mahkeme İchtihatları Kroniği, İÜHFİM, 1943, C. 9. S. 3-4, s. 922; **Bengü Cemil Halit**, Ceza Tatbikatında Memur, SİM, 1944, S. 158, s. 119.
- (16) Y.4. CD. 12.9.1939, E. 8287, K. 1660: “... gardiyanlar kamu hizmeti gördüğünden memur sayılır” (**Şekercioğlu Metin C.**, Ceza Hukukumuzda Memur, İstanbul 1974, s. 16).
- (17) Y. 4. CD. 21.3.1950, E. 3187, K. 3565 (TİK. 1952, C. 5, s. 518).
- (18) Y. 4. CD. 31.5.1950, E. 16001, K. 719 (TİK. 1952, C.5, s. 518).
- (19) **Ögel Ragıp**, Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar, Ceza Kanununa göre Memur, Zimmet, İrtikâp, Adliye Ceridesi, 1941, S. 7, s.473; **Şekercioğlu**, 19; **Gözücbüyük A.Pulat**, Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları, AD. 1970, S. 1, s. 8; **Yarsuvat**, Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler, 19; **Kunter, Nurullah**, Ceza Tatbikatında Âmme Vazifesi ve Âmme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu, İÜHFİM. 1947, C. 13. s. 766.

düğü kıstasa göre, kamu görevi ile kamu hizmetini birbirinden ayırmanın yerinde olacağı kanısındayız. Buna göre: Hukukî tasarruf çıkaran veya hukukî fiil yapan kişilerle, bu işlemlere kamu hukuku usulü gereğince katılan ve yardım eden kimseler, kamu görevi görürler ve bu nedenle memurdurlar; hukukî tasarruf veya fiilleri yapmayan ve bu hususlara katkı ve yardımda bulunmayan yahut bir katkıda bulunmakla beraber, bu katılmaları kamu hukuku usulünün dışında kalan kimseler ise, kamu hizmeti görürler ve kamu hizmetiyle yükümlü kişilerdir (20).

Yargıtay da bu konuda fikir değiştirerek, memurun kamu görevini yerine getiren kimse olduğunu kabul etmiştir (21).

Kamu İktisadî Teşekküllerinde çalışanların memur sayılmayacaklarını Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul etmiştir (22),

(20) **Erman Sahir**, Sahtekârlık Suçları, 4. bası, İstanbul 1981, s. 336 vd.

(21) Y. CGK. 20.1.1969, E. 963, K. 17; "Ceza Kanununun uygulanması bakımından memur kavramı ile İdare Hukuku alanındaki memur kavramı arasında herhangi bir benzerlik ve bağlantı bahse konu değildir. ... Ceza uygulanmasındaki memur kavramı anlam ve kapsam bakımlarından İdare Hukukundaki memur kavramından çok dar ve niteliklidir. Bütün devlet görevlilerini Ceza Kanunu alanında memur olarak kabul, Ceza Kanununun güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyetine aykırı olur. Ceza Kanunu bakımından memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir. Halbuki imam, hatip, vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları vazifeler kamu görevi mahiyetinde olmadığından, bunların Ceza Kanunu uygulamasında memur kabulüne imkân yoktur" (Doktrin ve İçtihad Bülteni, 1969/ II s. 7—8); Y. CGK. 20.6.1966, E. 693, K. 17: "TCK. bakımından memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir. İmam, hatip, vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları iş kamu görevi niteliğinde olmadığından CK. uygulamasında memur sayılmazlar" (**AKDAĞ Selami**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsâl İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Ankara 1976, s. 418); Y. 9. CD. 20.12.1978, E. 1978/4785, K. 1978/4805: "... vaaz vermek TCK. nun 279. maddesine göre kamu hizmeti sayılabilecek bir görev değildir" (YKD. 1979, S. 3, s. 452); T. 4. CD. 25.2.1986, E. 1986/1026, K. 1986/1347: "Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı İlçe Müdürlüğü'nde seyis olarak görevli bulunan sanığın yaptığı hizmetin kamu görevi niteliği taşımadığı, bu itibarla ceza uygulamasında memur sayılmayacağı..." (YKD. 1986, S. 7, s. 1053).

(22) Y. İçt. Bir. Kar. 28.3.1945, E. 1945/1, K. 1945/6: "1. Devlet İktisadî Teşekküllerinin faaliyet ve çalışma elemanlarının Devlet memuru sıfatını haiz olamayacaklarına," (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C. 2, Ankara 1980, s. 395). Yargıtay yeni kararlarında, özel kuruluş Kanunu bulunan kuruluşlardaki görevlilerin, Kanunda gösterilen haller dışında memur sayılmayacaklarına yerinde olarak karar vermiştir: Y. 4. CD. 1.11.1983, E. 1983/5009, K. 1983/5378: "Görevlerini ihmalden sanıklar... 5590 sayılı Yasanın 81. maddesinde Ticaret Borsası Yönetim Kurulu Başkan ve Üyelerinin ancak "Birlik paralarıyla, para hükmündeki evrak, senet ve sair malları aleyhine suç işledikleri ve bilanço, zabıtname, rapor ve diğer her çeşit kağıt

Bu söylenenlerden TCK. nın “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” babının değişikliğe ne kadar ihtiyacı olduğu açıktır. Çünkü, sözü geçen babta sadece “memur” denilmiş olmasından dolayı, “kamu hizmetiyle yükümlü olanlar” tarafından veya onlar aleyhine işlenen cürümlerin ya hiç cezalandırılmamaları veya cezalarının artırılmamaları gerekecektir (23). Bu nedenle yapılacak bir değişiklikte memurun yanına “veya kamu hizmetiyle yükümlü kimse” kavramının konulması gereklidir; ancak bu şekilde uygulamadaki karışıklıklara son verilebilir (24).

b) *Görev*

Memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümlerindeki ikinci ortak unsur ise, memurun kanunen yerine getirmek zorunda olduğu bir görevin bulunmasıdır. Bu görevin esasları, kanun, tüzük, yönetmelik ve sirkülere bakılarak tayin edilecektir.

ve defter üzerinde değişiklik yaptıkları” takdirde ceza uygulamasında memur sayılacakları belirlendiği halde, sanıkların eylemlerinin bu suçların dışında kaldığı ve TCK. nun 526. maddesine uygun mahkeme tarafından adli işlemler dolayısıyla verilen bir emri dinlemekten ibaret bulunduğu gözetilmeden yazılı maddeyle ceza tayini”, (YKD. 1984, S. 1, s. 125); Y. CGK. 8.6.1981, E. 1981/4—150, K. 1981/223: “Bu kuruluşlarda çalışanların rüşvetle ilgili suçlar dışında ancak müessesesinin mallarına karşı veya belge ve defterler üzerinde işledikleri görevi ihmal veya kötüye kullanma suçlarında devlet memuru kabul edilecek ve onlar gibi sorumlu tutulacaklardır. Bunun dışında görevi ihmal veya kötüye kullanma suçlarından dolayı (Kuruluşların özel yasalarında hüküm yoksa) devlet memurları gibi sorumlu tutulmayacaklardır. O halde henüz kuruluş yasası bulunmayan ve sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olması nedeni ile iktisadi Devlet Teşekkülü kabul edilen ...Sanayi T.A.O.’luğu Genel Müdürünün olayımızda devlet memuru ve eylemini de TCK. nun 240. maddesine uyan nitelikte bir suç olarak kabul etmeye olanak yoktur” (YKD. 1981, S. 9, s. 1195 vd.).

(23) **Erman**, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, 256.

(24) Nitekim, Yargıtay yeni bazı kararlarında, kamu görevini yerine getiren kimseyi memur olarak kabul eden, yukarıda belirttiğimiz CGK. kararlarını dikkate almayarak, kamu hizmeti görenleri de memur olarak kabul etmiştir: Y. 4. CD. 23.2.1982, E. 1982/1057, K. 1982/1249: “Suç tarihinde Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Yenice Bakım ve Onarım Şefi bulunan İnşaat Mühendisi mağdurun TCK. nun uygulanmasında, 279. maddede yazılı kamu hizmeti gören memurlardan sayılacağı...” (YKD. 1982, S. 6, s. 869); Y. 5. CD. 16.5.1979, E. 1979/1186, K. 1979/1359: “Cezaevi gardiyanı Memurun Muhakematı Hakkında Kanuna tâbi değilse de, Ceza Kanunu tatbikatı bakımından memur sayılacağına...” (YKD. 1980, S. 11, s. 1558); Y. 4. CD. 5.7.1978, E. 1978/3947, K. 1978/3988: “Sosyal Sigortalar Kurumunun memur ve hizmetlileri TCK. nun uygulanmasında memur sayılırlar” (YKD. 1979, S. 5, s. 736).

Yargıtay, muhtelif kararlarında bu hususu belirtmiştir: "...sanığın yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı davranışla imtihan kazandı belgesi vermesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı..." (25), "... muhtar meskende arama yapamayacağına göre, muhtarın zorla eve girip arama yapması, vazifeyi suistimal suçunu değil, mesken masuniyetini ihlâl suçunu teşkil eder" (26), "... kendisine yasa ile verilmiş bir görevi bulunmayan ve CK'nun uygulanmasında memur sayılmayan köy katibi hakkında görevi kötüye kullanmaktan ceza verilmesi doğru değildir" (27).

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

Sorunu çözümlenebilmek için Anayasa ve CMUK. da ki hükümlere bakmamız gerekir. Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrası "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklindedir. CMUK. m. 135/1 de ise, "Sorgunun iptidasında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu maznuna bildirilir. Bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur" denilmektedir. CMUK. m. 47 de tanıklıktan çekinme hallerini göstermekle ve m. 69 da, tanıklıktan çekinmeyi gerektiren hallerde bilirkişilikten de çekilenebileceğini hüküm altına almaktadır.

Bu hükümlerden, sanık, tanık ve bilirkişinin kendisini veya Kanunda gösterilen bir yakınını suçlamaya varan veya suçlu kılacak bir beyana zorlanamayacağı sonucu çıkmasına rağmen; Anayasa-

(25) Y. 6. CD. 31.3.1983, E. 1983/1016, K. 1983/2703 (YKD. 1983, S. 12, s. 1810).

(26) Y. 4. CD. 6.3.1956, E. 17611, K. 2704 (TİK. 1956, C. II, s. 431).

(27) Y. 4. CD. 2.2.1976, E. 1976/442, K. 1976/494 (YKD. 1976, S. 5, s. 756); Y. 8. CD. 8.2.1985, E. 1985/112, K. 1985/505: "178 nolu Sandık Kurulu Başkanı olarak görevli bulunan sanığın, mahalli seçimler sırasında, ...Yüksek Seçim Kurulu genelgeleri ile görevlilerin uyarılarına gereken dikkat ve özeni göstermeyerek seçimin yeniden yapılmasına neden olduğu sabit olmakla 298 sayılı Kanunun 138. maddesi aracılığıyla TCK. nun 230. maddesindeki suçun oluştuğu gözetilmeyerek..." (YKD. 1985, S. 6, s. 909); Y. 4. CD. 3.4.1975, E. 1773, K. 1716: "Suç tarihinde nöbetçi olduğu halde resmi görevine gelmemek suretiyle görevini ihmalden ağır ceza mahkemesi mübaşirinin TCK. 230. maddesiyle hükümlülüğüne ilişkin karar yasaya uygundur" (Akdağ, s. 342); Y. 5. CD. 23.6. 1982, E. 1982/1956, K. 1982/2568: "... sanık muhtarın... men kararının jandarmaca infazı sırasında köy hükmü şahsiyetini temsilen bu yeri teslim almak üzere infaz yerinde bulunması görevi gereği iken zabıtaca bu iş için çağrıldığı halde gitmemekte direnmesi görevini ihmal niteliğinde bulunduğu halde..." (YKD. 1983, S. 5, s. 774 vd.).

mızda ve kanunlarımızda memurun kendisi veya yakınları aleyhine bir görev verilemeyeceğine ilişkin bir hüküm yoktur.

Yargıtay bu konuda değişik yönde kararlar vermiştir. Yargıtayın ilk kararları, memura kendisi veya yakınları aleyhine görev verilemeyeceği şeklindeydi; "İcra dairesinden yazılan yazı üzerine şahsi borcu için maaşından kesinti yapmayan muhasebe memurunun fiili suç teşkil etmez" (28).

Yargıtay CGK. 22.6.1953 tarihli kararıyla: "... mevzuata göre bir memura kendi aleyhine vazife tahmil edilemeyeceğine dair bir hüküm olmadığı gibi, tatbikat ve maslahat da böyle bir yol açılmasına müsait bulunmamıştır. Binaenaleyh, bir memura kendi şahsi aleyhine de vazife tahmil edileceği düşünce ve kanaatine varılmıştır..." şeklinde, bir memura kendisi veya yakınları aleyhine de görev verilebileceği görüşünü benimsemiştir (29).

Yargıtay 4. CD. 9.10.1970 tarihli kararında; "Hiç bir memurun, kendi aleyhine muamele tayini için vazifelendirilmesine kanunen imkân ve cevaz bulunmamasına binaen buna müas olayların suç sayılmaması gerekir" diyerek (30), eski görüşüne dönmüştür.

Fakat, Yargıtay CGK. 25.12.1972 tarihli kararıyla; "... bir memura kendi aleyhine görev yaptırılmayacağını kabule elverişli bir hükme yasalarımızda yer verilmiş değildir. Uygulamada böyle bir anlayışa yol açılması kamu yararı ve kamu düzeni ilkeleri ile esasen bağdaşmaz..." şeklinde (31), 22.6.1953 tarihli görüşünü benimsediğini haklı olarak belirtmiştir.

Bize göre de, Yargıtay CGK. nin görüşü yerindedir. Çünkü, kamu görevi her koşulda subjektif duygulardan uzak olarak yerine getirilmeyi gerektirir; bu husus Devlet çarkının düzenli olarak işleyebilmesi için zorunludur. Kaldı ki, Anayasamızda ve kanunlarımız-

(28) Y. 4. CD. 16.2.1953, E. 12261, K. 12160 (TİK. 1953, C. 7, s. 497). Y. 4. CD. 16.9.1949, E. 11009, K. 11884 (TİK. 1952, C. 6, s. 1418).

(29) Y. CGK. 22.6.1953, 4/77—111 (Özütürk, 919).

(30) Y. 4. CD. 9.10.1970, E. 5643, K. 6658 (İKİD, 1971, S. 121, s. 75). **Baykal**'da: "Aslında memura verilen her görevin yapılmasından sorumluluğunun doğması memur aleyhine bir durumdur. Ancak buradaki aleyhe olma memura kendisi veya yakınları ile ilgili bir işlem yapmak zorunda kalması halindeki kadar ağır değildir" diyerek, Yargıtay'ın bu görüşünü benimsemiştir (**Baykal Ali**, Memurluk Görevinin İhmali ve Kötüye Kullanılması Suçlarında Memura Kendi Aleyhine Görev Verilmemesi, TİD. 1971, S. 332, s. 19). Aynı görüş için bkz. **Kıyak Fahrettin-Çağlayan Muhtar-Şenel Cebbar**, Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler, Ankara 1960, s. 88.

(31) Y. CGK, 25.12.1972, E. 1971/4—164, K. 522 (RKD. 1973, III/1, s. 12).

da memura kendisi veya yakınları aleyhine görev verilemeyeceğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, memur, görevine başlarken memuriyetinin gerektirdiği herşeyi yapmayı da kabul etmiştir.

II- MEMURİYET GÖREVİNİ İHMAL CÜRÜMÜ

1- Kanuni Unsur

TCK. nın 12.6.1979 tarih ve 2248 sayılı Kanunla değişik m. 230/1; "Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır" şeklindedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TCK. m. 230 genel bir hükümdür. Bu nedenle, eğer fail TCK. anlamında memur değilse (32) veya memurun fiili, TCK. nın diğer bir maddesinde (33) veya özel bir kanunda düzenlenmişse (34) ya da disiplin cezasını gerektiriyorsa (35), TCK. m. 230 uygulanamaz.

- (32) Y 4. CD. 10.9.1975, E. 433, K. 4399: "Bilirkişi Ceza Kanununun tatbikatında memur sayılmaz. Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem CMUK. nun 70 nci maddesinde tesbit edilmiştir. Görevini ihmal suçundan dolayı bilirkişi hakkında TCK. nun 230 uncu maddesi uygulanamaz" (Akdağ, 341).
- (33) Y. 6. CD. 3.2.1976, E. 1976/610, K. 1976/723: "Sanığın eylemi adli görevini yaptığı sırada TCK. 355. maddesine uyan yalan tanıklığı içeren (tazammun eden) belge vermek suçudur. Görevi savsamaktan hükümlendirilmesi doğru değildir" (YKD. 1976. S. 12, s. 1710).
- (34) Ancak, çoğu defa özel kanunlar TCK. m. 230'a yollamada bulunmaktadırlar. Y. İct. Bir. Kar. 16.4.1947, E. 1946/21, K. 1947/12: "... Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 220 nci maddesinin; ölüm vukuatını ihbar etmek hususunda yüklediği mecburiyeti haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmeyen muhtarlar hakkında bu Kanunun 282 nci maddesi yoluyla Türk Ceza Kanununun 230 uncu maddesinin uygulanması gerektiğine..." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C. 3, Ankara 1981, s. 33 vd.); Y. 8. CD. 8.6.1984, E. 1984/3059, K. 1984/3241: "Muhtar olan sanığın, seçmen bilgi kağıtlarının dağıtılması ile görevlendirilip, dağıtılmayan kartlar ile bu konudaki tutanakları 3.11.1982 günü saat 18'e kadar ilçe seçim kuruluna teslim etmesi gerektiği tebliğ edildiği halde, anılan gün ve saatte getirmemek şeklinde gerçekleşen eylemi seçim görevini savsamak olup, 298 sayılı Kanunun 138. maddesi aracılığıyla TCK. nun 230. maddesi kapsamına girdiği gözetilmeden yazılı şekilde 298 sayılı Yasanın 137 ve 139. maddeleri uyarınca hükümlendirilmesi," (YKD. 1985, S. 1, s. 135 vd.); Y. 4. CD. 4.4.1978, E. 1978/1813, K. 1978/1882: "İhmal neticesi ölüm olayını nüfus memurluğuna bildirmeyen sanık muhtarın eylemi Köy Kanununun 36/7 maddesi delaletiyle TCK. nun 230. maddesi kapsamına giren suç olup..." (YKD. 1980, S. 2, s. 293).

2- Maddi Unsur

Memuriyet görevini ihmal cürmünün maddi unsuru; memuriyet görevini yapmakta ihmal, gecikme veya üstün kanuna göre verdiği emirleri geçerli bir neden olmaksızın yerine getirmemektir. bunları sırasıyla inceleyelim:

a) Memurun Görevini Yapmakta İhmali Veya Gecikmesi

Kanunda tanımı yapılmayan ihmal ve gecikme; kanun, tüzük veya yönetmelik gibi bir hukuk kaynağının gereği olarak yerine getirilmesi gereken bir görevin yapılmaması, ya da mevzuatta gösterilen şekilde yerine getirilmemesi veya belirli bir süre içerisinde yerine getirilmesi gerekirken geç yapılması şeklinde tanımlanabilir (37). O halde ihmal, yapılması gereken görevin yerine getirilmemesi, gecikme ise geç yerine getirilmesi şeklinde farklı anlamlarda kullanılmıştır (38). Nitekim, Y.CGK. 17.4.1978 tarih ve E. 1978/6-85, K. 1978/141 sayılı kararında benzer bir tanımla benimsenmiştir: "Yasa bu suçu tanımlamamış olmasına rağmen doktrinde, ihmal ve terahi (işgal eylediği mevki itibarıyla yasaca belirli bir kamu ödev veya görevini yapmaya memur olan bir kişinin, yapmağa zorunlu bulunduğu bir işi yapmaması, yasa veya tüzüklerce yapılmasını öngördüğü biçimde yerine getirmemesi veya belirli ve uygun bir süre içerisinde yapılması zorunlu bulunan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi, süresinde yapmaması) şeklinde tanımlanmıştır" (39).

- (35) Y. 4. CD. 8.6.1984, E.1984/4040, K. 1984/4581: "Mahkeme Yazı İşleri Müdürü olan sanığın bir gün görevine gelmemekten ibaret olan eyleminin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre disiplin cezasını gerektirdiği, görevi ihmal suçunun kasıt ve unsurlarının bulunmadığı gözetilmeden hükümlülüğe karar verilmesi..." (YKD. 1984, S. 10, s. 1593 vd.).
- (37) Benzer tanım için bkz. **Kıyak-Çağlayan-Şenel**, 87.
- (38) Aynı görüş: **Kunter**, Vazifeyi ihmal ve suistimal, 389; **Erem Farzk**, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, Ankara 1959, s. 54; **Önder Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1985, s. 181 vd. Aksi görüş: **Dönmezer**, Memuriyet vazifesini ihmal ve suistimal, 229; **Dönmezer**, Özel Ceza Hukuku, 143; **Bayramoğlu**, 95.
- (39) YKD. 1979, S. 3, s. 405 vd. As. Y. 1. CD. 12.1.1983, E. 49, K. 36: "Sanık Alb. S.R. ve Astsb. Bşçvş. A.A., T.C. nin, Askerî Kantin Yönetmeliğinin 43 ve 47 nci maddelerinde yer alan kurallara dayalı şekilde hüküm mahkemesince kabul olunan gerekçeye binaen, Kantin Yönetmeliği esaslarına göre gerekli sayım ve denetimlerin yapılmadığı uğurlama giderleri olarak yapılan harcamaların belirlenen kurallara uygun biçimde yapılmaması sonucu kantin zararına sebebiyet verildiğinin belirlenmesi, kışla komutanının mevzuata aykırı şekilde kantinden ödeme yapılmasına ilişkin emrinin, yerine getirilmezden önce ödememin usulüne uygun olmadığı kantin heyetince komutana duyurulmamış olmasının heyet mensuplarını sorumluluktan kurtarmıyacağı cihetle, sanıklara yönelik görevi ihmal suçunun oluşumunu kabulde isabet görülmüş tür" (As. YKD. 1984, S. 2, s. 11). Y. 8. CD. 8.6.1984, E. 1984/3059, K. 1984/3241 (YKD. 1985, S. 1, s. 135).

b) *Üst'ünün Kanuna Göre Verdiği Emirleri Geçerli Bir Neden Olmaksızın Yerine Getirmemek*

Üst'ün, Anayasaya ve kanunlara aykırı olarak verdiği emirlerin yerine getirilmemesinden memurun sorumlu olmayacağı tabiidir. Burada söz konusu olan, üst'ün, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygun olarak verdiği ve memurunda görevi gereği yerine getirmekle yükümlü bulunduğu emirlerdir (40).

3- Hukuka Aykırılık Unsuru

Memuriyet görevini ihmal cürmünün oluşabilmesi için fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Nitekim, kanun koyucu bunu "geçerli bir neden olmadan" şeklinde ifade etmiştir. Eğer, TCK. m. 49/ b. 1'de: "... selâhiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez." şeklinde belirtilen "yetkili merciin emrini yerine getirme" hukuka uygunluk sebebi varsa fiil suç teşkil etmez.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 11/ 1 de "Devlet memuru âmirinin verdiği emirleri yerine getirmekle ödevlidir" demekte, fakat aynı maddenin 3 ncü fıkrası "Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz." şeklinde, memurun üst'ünün verdiği konusu suç teşkil eden emirleri yerine getirmemekle sorumlu tutmaktadır. Aynı husus, Anayasanın 137 nci maddesinin 2 nci fıkrasında da "Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz" şeklinde belirtilmiştir.

Bu durumda, memuriyet görevini ihmal etmesi şeklinde üst'ünden bir emir alan memur, bu emri yerine getirmesinden dolayı sorumludur. Böyle bir halde, emri yerine getiren memur, bunun suç olduğu konusunda yanıldığını ileri süremez. Çünkü, bu fiili değil, hukuki bir yanılmadır ve TCK. m. 44'e göre: "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz". Suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesinden dolayı emri veren üst de TCK. m. 49/ son'da "Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sâdır olan emir hilâfı kanun olduğu tak-

(40) As. Y. Drl. Krl. 7.4.1983, E. 95, K. 91; "5. Zh. Tugay K. Askeri Savcılığınca Kaş İlçe J. Bl. K. lığına yazılan talimatta terhisli J. eri İ. D. nin (adamlı olarak) Gülhane As. Tıp. Ak. Hst. ne sevkini belirten bir ifade mevcut olmadığına göre; kendisine verilen emir ve talimatta yazılı olmayan bir hususu yerine getirmeyen Kaş ilçe J. Bl. K. nı olan sanık astsubayın görevi ihmal suçundan hükümlülüğü cihetine gidilemez" (As. YKD. 1984, S. 2, s. 203).

dirde neticesinden hâsıl olan cürme mürettip ceza, emri veren âmire hükmolunur” şeklinde belirtilen hükme göre cezalandırılır.

4- Manevi Unsur

Memuriyet görevini ihmal cürmünün manevi unsuru kast'tır. Çünkü, TCK. m. 230 Türk Ceza Kanununun “Cürümler” başlığını taşıyan ikinci kitabında yer almaktadır. Taksir ile cezalandırılan cürümler istisna teşkil ettiklerinden ve cürümlerin cezalandırılması için kasdın varlığı şart olduğundan (TCK. m. 45); ayrıca görevi ihmal cürmünün taksirle işlenebileceği şeklinde, dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanat'ta acemilik gibi taksiri belirten bir ifade TCK. m. 230'da yer almamış olduğundan bu neticeye varılması doğaldır (41).

As. Y. Drl. Krl. 16.4.1971 tarihli kararında: “Memurun kanun ve nizama göre yapmakla mükellef olduğu bir vazifeyi yapmaması veya geç yapması memuriyet vazifesini ihmal suçunun maddi unsurunu, fiil unsurunu teşkil etmektedir. Ancak zikri geçen suçun tamamlanması için selbi duruma tekabül eden fiil unsuru yanında manevi unsura vücut veren “ihmal kastı”nın da tekevvün etmiş olması gerekmektedir” şeklinde, yerinde olarak kastın varlığını aramıştır (42).

İtalyan Yargıtayı da 12.6.1969 tarihli bir kararında, memuriyet görevini ihmal cürmünde manevi unsuru doğru olarak şu şekilde belirtmiştir: “Memuriyet vazifesini ihmal suçunda manevi unsurun bulunması için memurun sadece kendi vazifesine giren bir işi yapmamak, yapmayı reddetmek veya geç yapmak şuur ve iradesiyle hareket etmesi yeterli olmayıp bu şekilde hareket etmek suretiyle, hukuk düzeni tarafından kendisine yüklenen vecibeleri ihlal etmek suretiyle haksız bir şekilde hareket ettiğinin de farkında olması gerekir” (43).

(41) Nitekim, Yargıtay da muhtelif kararlarında bu sonuca varmıştır: Y. 4. CD. 19.1.1982, E. 1981/8198, K. 1982/121: “... ilçe kaymakamının köye geldiği gün okula bayrak çekmeyi unutan sanığın eyleminde görevi ihmal suçunun kasıt ve unsurlarının bulunmadığı gözetilmeden...” (YKD. 1982, S. 5, s. 723); Y. 4. CD. 12.12.1975, E. 6487, K. 6545: “Oluşa, sanığın savunmasına, iş hacmine ve kadro kıfayetsizliği zamanında merciine intikal ettirilmiş bulunmasına göre gecikmenin iş hacminin tevhit ettiği beşeri hatadan ileri gelmeyipte ihmal kastıyla oluştuğunu sübuta erdiren deliller açıklanmadan TCK. nun 230 uncu maddesi uygulanamaz” (Akdağ, 340).

(42) As. Y. Drl. Krl. 16.4.1971, E. 25, K. 24 (İKİD, 1971, S. 126, s. 858).

(43) **Erman Sahir**, İtalyan Mahkemeleri Kararları, İÜHFMDHAD, 1973, s. 10, ayrı bası, s. 147.

Memuriyet görevini ihmal cürmünün oluşması için kastın dışında bir maksadında (özel kast) bulunmasına gerek yoktur. Çünkü, Kanundaki "Hangi nedenle olursa olsun" ifadesi, maksadın araştırılmasına ve onun iyi veya kötü olmasına göre farklı sonuçlara varılmasına engeldir (44).

Eğer, memurun esaslı yanılmasından dolayı memuriyet görevi ihmal edilmiş ise, suç oluşmaz. Bunu bir örnekle açıklayalım: Bir tutukevinde bulunan bir tutuklunun tutukluluğunun kaldırılmasına ilişkin gerçeğe aykırı şekilde düzenlenen "tahliye kararı" üzerine, gerekli dikkat ve özeni göstermelerine rağmen bu evrakın sahte olduğunu anlayamayan ve tutukluyu serbest bırakan memurları, memuriyet görevlerini ihmal ettiklerinden dolayı sorumlu tutamayız. Çünkü, olayda kastı ortadan kaldıran esaslı yanılma durumu söz konusudur (45).

5- Yaptırım ve Suçu Etkileyen Haller

a) Memuriyet görevini ihmal cürmünün cezası, üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar ağır para cezasıdır (TCK. m. 230/1). Buradaki para cezası 5435 s.k. m. 2/1 ile üç misline çıkarılmıştır.

b) TCK. m. 230/2'de ise, cezayı ağırlaştıran bir duruma yer verilmiştir: "Bu savsama 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".

Buradaki "Devlet" kavramını geniş anlamda anlamak gerekir: Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların nezaret ve murakâbeleri, kontrolleri altında genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve kamuya sunulmuş bulunan devamlı ve düzenli faaliyetleri, yani kamu hizmeti gören her kuruluşu "Devlet" kavramı içerisinde kabul etmek gerekir (46).

(44) **Kunter**, Vazifeyi ihmal ve suistimal, 391.

(45) Y. CGK. 15.6.1981, E. 1981/4—124, K. 1981/236: "Sanık olan Cumhuriyet Savcısı, ertelenmiş cezanın infazında, hükümlünün hapis cezasının infazında tehir istemiş ve dosyanın üzerinde hapis ve para cezasının yazılı bulunması sanığı yanılıya düşürmüştür. Bu nedenlerle görevini savsama kastının varlığı kabul olunamaz" (YKD. 1981, S. 12, s. 1593).

(46) **Onar Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. bası, İstanbul 1966, s. 14.

“Zarar” kavramı ise, maddi zarar anlamındadır. Nitekim, Yargıtay eski bir kararında: “mevkufun kaçması Devlet bakımından maddi bir zarar sayılamaz” diyerek (47), bu hususu belirtmiştir.

c) TCK. m. 230/3 ise: “Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödetirilir” şeklinde kişilere zarar verilmesi durumunu düzenlemektedir.

Burada, Devlet’e yönelik zararın ödetileceği hakkında bir hüküm mevcut değildir. Failin, birinci fıkra hükmüne aykırı hareketi kişilere bir zarar vermişse, hâkim bu zararın ödetilmesine ceza davasıyla birlikte hükmetmek zorundadır.

Yargıtay CGK. 22.3.1976 tarihli bir kararında: “Sanığın eyleminden doğan zararın, mağdur durumunda olduğu halde davaya katılmamış olan PTT idaresine verilmek üzere ödettilmesi usule aykırıdır. TCK. 230/son maddesinde yer alan ‘şahıslar’ sözü, bireyler (efrat) anlamında olup gerçek kişiler kastedilmiştir. Bu nedenle kamu kuruluşlarına uygulanamaz” şeklinde, yerinde olarak karar vermiştir (48). Yargıtay 4. CD. ise, 7.5.1975 tarihli bir kararında: “TCK. 230. maddesinin son fıkrasına göre, memurun görevini savsamasından (ihmalinden) kişiler zarar görürse, kendisine reşen ödetirilir.

Hazine gibi tüzel kişiler (hükmi şahıslar) ise; davaya katılarak veya hukuk mahkemesine başvurarak zararlarının ödenmesini isteyebilirler.

Resmi daire zararının sanığa, resen ödettilmesine karar verilmesi sözü edilen TCK. nun 230/son maddesine aykırıdır” diyerek (49), Hazinesinin zararının tazmininin hangi yollardan istenebileceği konusuna, açıklık getirmiştir.

(47) Y. 4. CD. 6.6.1950, E. 6613, K. 7388 (TİK, C. 5, 1952, s. 505). Ancak, Y. 4. CD. 30.3.1984, E. 1984/1805, K. 1984/2379: “Köy İhtiyar Heyetince köy tüzel kişiliğine gelir sağlamak amacı ile elma bahçesi haline getirilen yeri gerekli bakım ve ilgiyi göstermeyerek elma ağaçlarının kurummasına ve bahçenin yok olmasına sebebiyet ve rerek görevini ihmal ettiği iddia olunan sanığın eyleminden dolayı Devletçe bir zarar meydana gelmediği gözetilmeden TCK. nun 230. maddesinin 1. fıkrası yerine 2. fıkrası ile ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş..” (YKD. 1984, S. 8, s. 1266), şeklindeki kararına yukarıda belirttiğimiz nedenlerle katılmıyoruz.

(48) Y. CGK. 22.3.1976, E. 1976/4-122, K. 1976/141 (YKD. 1977, S. 3, s. 417).

(49) Y. 4. CD. 7.6.1975, E. 1976/4-122, K. 1976/141 (YKD. 1977, S. 3, s. 417).

d) TCK. m. 239: "Hazar vaktinde seferberliğe müteallik vazifelerin ifasında ihmal ve terahisi sabit olan memurun cezası üçte bir derecesinde artırılır" şeklinde, barışta seferberliğe ait işlerin yerine getirilmesinin ihmal ve geciktirilmesini özel bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlemektedir.

Ancak, 4.11.1983 tarih ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 18 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki: "Alınacak karar ve tedbirlerin uygulanmasında ihmal veya suistimali görülenler hakkında, bu suçlar için ceza kanunlarında öngörülen ceza, yarısına kadar artırılarak hükmolünür" şeklindeki hükmün uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda TCK. m. 239'un uygulanamayacağı tabiidir.

III- MEMURİYET GÖREVİNİ KÖTÜYE KULLANMA CÜRMÜ

1- Kanuni Unsur

TCK'nın 12.6.1979 tarih ve 2248 sayılı Kanunla değişik 240 nci maddesi: "Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolünür..." şeklindedir.

Maddeden anlaşıldığı gibi TCK. m. 240 genel bir hükümdür. Eğer, memurun fiili TCK. nın diğer bir maddesinde veya özel bir kanunda düzenlenmişse, memuriyet görevinin kötüye kullanılmasına ilişkin bu özel hükümler uygulanır. Yargıtay da kararlarında bu hususu belirtmektedir: "Mevkufu şehir içinde dolaştırmak, lokanta da birlikte yemek yemek firar tehlikesini doğuracak bir eylem ve hareket olduğundan ve Kanunda 305. madde ile hususi bir hüküm konmuş olduğundan bu madde ile cezalandırılması gerekir" (50).

(50) Y. 4. CD. 15.10.1963, E. 5206, K. 6027 (Özütürk, I, 909). Y. CGK. 25.4.1983, E. 1983/5—113, K. 1983/197: "SSK. Hastahanesi Doktoru olan sanığın, hiçbir hastalığı olmadığını bildiği sigortalı işçiye, para almadan rapor yazmayacağını bildirmesi üzerine; yetkililere başvurması, işçinin numaraları alınmış parayı doktora verip karşılığında rapor almış olması, işçinin bu aşamada ajan olarak görevlendirilmesi nedeniyle sanık açısından rüşvet veya cebri irtikap suçlarını değil görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur" (YKD. 1983, S. 9, s. 1373). As. Y. Drl. Krl. 25.2.1982, E. 44, K. 41: "Üzerinde ruhsatsız tabanca yakaladığı kişiden bu tabancayı zaptedip usulen düzenlediği tutanağa imzasını aldıktan sonra serbest bırakan, bilahere aynı kişiyi tekrar celbedip yakalanan tabanca ile ilgili olarak "Şikayet etmediğini öğrendim, şayet şikayet edersen seni yakarım diyen" sıkıyönetim görevlisi sanık yüzbaşının hareketi

TCK. m. 240'ın "suçta kanunilik" ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu doktrinde tartışılmıştır:

Bir görüşe göre, 240. maddenin memurlara güvensizliğin bir sonucu olarak eskiden beri Kanunumuzda bulunduğu, "kanunda yazılı hallerden başka" kavramıyla suçun kapsam ve unsurlarının belli olmadığı belirtilerek, bu hükmün TCK. m. 1'deki "kanunsuz suç olmaz" kuralı ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazara göre, kanunda açık bir suç teşkil etmeyen, memurların arzu edilmeyen fiil ve hareketlerine karşı disiplin tedbirleri uygulanmalıdır (51). Çünkü, kanun ve tüzüklerde tarif edilenlerin dışında, sayısız görevin kötüye kullanılması mümkündür (52).

Diğer bir görüşe göre ise, TCK. m. 240'da "kanunsuz suç olmaz" ilkesinden ayrılmayı gerektirecek bir durumun bulunmadığı yolundadır (53).

Bu tartışmaların sonucu olarak, TCK. m. 240'ın 1961 Anayasasının 33 ncü maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek, iptali istemiyle dava açılmıştır. 1961 Anayasasının 33 ncü maddesi: "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur..." şeklinde, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini

gayrimeşru olmakla beraber, ruhsatsız tabanca sahibi olan müşterinin de gayrimeşru zemin içinde bulunmasında, başka bir deyimle üstünde arama sonucu yakalanıp sanık yüzbaşına teslim olunan tabancanın gayrimeşru yani ruhsatsız olduğunu bildiği ve sırf kanuni takibattan kurtulmak gayesiyle sözü edilen tabancanın sanık yüzbaşıda kalmasına göz yummasında icbar unsurunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle cebri irtikâp suçundan bahsedilemeyeceği gibi sanığın 1402 sayılı Sıkıyönetim K. nun 2 nci maddesi uyarınca sıkıyönetimin genel asayiş hizmeti ile görevli bulunması nedeniyle rüşvet alma suçunun da tekevvün eylemiyeceğine, sanığın sübutu kabul edilen eylemin TCK. nun 240 ncı maddesinde yazılı genel memurluk görevini kötüye kullanmak suçunu teşkil edeceğine oyçokluğuyla karar verildi" (As. YKD. 1985, S. 1, s. 105). Y. 5. CD. 20.6.1979, E. 1979/ 1785, K. 1979/ 1873: "Gece bekçisi olan sanığın, sadece görevin ifasında kullanılması gereken resmî tabancayı, iştirak ettiği bir kumarda kanunun yüklediği bu amacın dışında başkasına rehin vermekten ibaret eyleminin, TCK. nun 240. maddesine uygun görevi kötüye kullanmak niteliğinde iken, yazılı şekilde zimmet olarak kabulü ve o yolda ceza tayini", (YKD. 1979, S. 10, s. 1505 vd.).

- (51) **Yasa Ferit**, Son Ceza Kanunu Tadilatında Birinci Madde ve Ceza Kanununda sarahatsız suç var mıdır? AC. 1936, S. 22, s. 1531 vd.
- (52) **Yaşar Hakkı**, Ceza Kanunu uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili, AD., 1966, S. 12, s. 860.
- (53) **Bayramoğlu**, 116; **Erem**, Devlet İdaresi ve Âmme Nizamı Aleyhine Cürümler, 9.

koymaktaydı. Anayasa Mahkemesi 12.10.1965 tarihli kararında şu gerekçeye dayanarak, iptal istemini haklı olarak reddetmiştir: "Suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hakim, önüne getirilen davada bu esasları daima gözönünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğu göre; bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan Anayasanın 33. maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olamaz, suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar failin memur olması, işin memurun görevi ile ilgili bulunması ve nihayet manevi olarak kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir..." (54).

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

2- Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru, memuriyet görevinin kötüye kullanılmasıdır. TCK. m. 240 daki görevden, TCK. m. 228 de olduğu gibi memuriyete ait bir görevin anlaşılması gerekir. TCK. m. 209 ve 210 da ise, memuriyet sıfatının ve memuriyetine ait vazifenin suistimali kavramları kullanılmıştır. Bu farktan, memuriyet görevinin kötüye kullanılması ile memuriyet sıfatının kötüye kullanılmasının başka şeyler olduğu anlaşılmaktadır. Memuriyet görevinin kötüye kullanılmasında, kanunkoyucu sadece görevin kötüye kullanılmasını belirtmiş ve memuriyet sıfatının kötüye kullanılmasını maddenin hükmü dışında tutmuştur. Nitekim, İtalyan CK. daki genel kötüye kullanma suçunda memuriyetin sadece objektif kötüye kullanılması söz konusudur (55).

Görevi kötüye kullanma kavramının kapsamına gelince; bizzat görev, kullanılan bir şey değildir. Görev yapılır. Kullanılması, gö-

(54) Anayasa M. 12. 10. 1965, E. 1965/ 127, K. 1965/ 55 (AMKD. S. 3, s. 212 vd).

(55) **Kunter**, Vazifeyi ihmal ve suistimal, 394 vd.

rev dolayısıyla memura tanınan kudret ve yetkidir. Nitekim, İtalyan Ceza Kanunundaki genel kötüye kullanma suçunda “göreve bağlı yetkilerin kötüye kullanılması” ifadesi kullanılmıştır (56).

Yargıtayda bir kararında; köylünün mutemedi sıfatiyle hareket eden muhtar, muhtarlığa ait bir görevi ifa etmemekte olup, sırf köylünün kendisine güvendiği bir kişi sayılmak gerekeceğinden, fiilinin icrasıyla muhtarlık görevi ifa edilmediğinden, görevi kötüye kullanmış sayılmaz demiştir (57).

Şu halde, memur kanun tarafından kendisine tanınan sınırları aştığı takdirde görevini kötüye kullanmış olacaktır. Çünkü, böyle bir durumda nisbî yetkisizlik söz konusudur.

Saltelli ve Romani di Falco gibi yazarlar, mutlak yetkisizlik, yani memurun kanunun kendisine vermediği bir yetkiyi kullanması halinde de görevin kötüye kullanılmasını kabul ederler (58). 11.2.1942 tarih ve E. 1940/6, K. 1942 sayılı Yargıtay İçt. Bir. Kar. da: “Maliye ve belediye tebliğ memurlarının makbuz itası suretiyle para ahz ve kabzına salâhiyetleri bulunmamış olmasına göre mükelleflerden vazife harici olarak vergi borçlarına mukabil aldıkları paraları zimmetlerine geçirmeleri Türk Ceza Kanununun 202 nci maddesinin şumülüne dahil olamayacağı cihetle işbu fiil ve hareketlerin vazifeyi suistimal suçunu teşkil edeceğine ittifakla karar verilmiştir” (59) şeklinde aynı görüş kabul edilmiştir. Fakat, daha sonraları Yargıtay verdiği bir kararla: “Bir memurun bir işi yapmağa salâhiyetli olduğu tesbit edilmeden vazifenin suistimali suçu sabit sayılamaz” diyerek, aksi görüşü benimsemiştir (60).

Kunter, bu konuda: “Biz, Manzini ve Levi ile birlikte, istimali mümkün olmayan şeyin suistimalide olmayacağı kanaatiyle, mutlak salâhiyetsizlik halinin vazifeyi suistimal mefhumüne dahil olmadığı, bu takdirde Ceza Kanunumuzun 252 nci maddesinde bahis mevzu olan nizama aykırı olarak memuriyeti ifa suçu meydana geleceği fikrindeyiz” (61) şeklinde, mutlak yetkisizlik durumunda memuri-

(56) **Kunter**, 395.

(57) Y. 4. CD. 19.4.1950 (**Erman Sahir**, Memuriyet Vazifesinin Suistimali, IBD. 1951, C. 25, s. 43).

(58) **Kunter**, 395.

(59) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C. 2, Ankara 1980, s. 159.

(60) Y. 4. CD. 20.4.1950, E. 4070, K. 5082 (TİK. C. 2, 1950, s. 792).

(61) **Kunter**, 395 vd.

yet görevini kötüye kullanma cürmünün söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Bize göre de, yerinde olan görüş budur.

Görevin gerekleri yerine getirilmişse, memuriyet görevinin kötüye kullanılması söz konusu olmaz. Memuriyet görevini kötüye kullanmanın oluşabilmesi için, memurun kanunun kendisine tanıdığı yetki sınırını aşması gerekir. Bu nedenle, mesai saati içinde muayene ücreti isteyen ve ücret verilmediği için yazdığı reçeteyi yırtan veterinerin memuriyet görevini kötüye kullandığı yolundaki Yargıtay kararı yerindedir (62).

Kanunun verdiği takdir hakkının gaye dışı kullanılması durumunda da, görev kötüye kullanılmış sayılmalıdır (63). Yüce Divan da 5.10.1948 tarihli kararıyla bu esası kabul ederek: "... takdir hakkının yerinde kullanılmasına göre, vazifenin suistimali bahis mevzu olamayacağına..." şeklinde karar vermiştir (64).

Memurun hareketini kanunun belirttiği hallerde, o uygulama için gerekli olan şartlara uymamak da görevi kötüye kullanmak demektir. Örneğin, muhtarın üyelere danışmadan onların mühürlerini kullanması veya zabıt kâtibinin dava ile ilgili olmayan bir kimseye davetiye çıkarmasında olduğu gibi (65). Aynı durum, kanunun aradığı şekil şartlarına uyulmaması durumunda da gerçekleşir: Hacze giden memurun şekil kurallarına uymayarak kapı kırması gibi (66). Nitekim, As. Yargıtay Darl. Krl. 8.12.1967 tarihli bir kararında: "Memuriyet vazifelerini suistimal suçunun tekevvünü için bir memurun görevine dahil bir hususu muayyen formaliteler dışına taşarak ifa etmesi..." gerekir diyerek, bu hususu belirtmiştir (67).

(62) Y. 4. CD. 5.2.1951, E. 707, K. 707 (TİK. C. 4, s. 1559). Y. 5. CD. 27. 8. 1980, E. 1980/2599, K. 1980/2721: "Trafik polisi olmayan, bu işle de görevlendirilmeyen polis memurlarının; trafik suçu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için para almaları, yiyicilik (irtikâp) ve rüşvet suçlarını değil, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur" (YKD. 1981, S. 3, s. 370).

(63) **Çağlayan Muhtar M.**, Memuriyet Vazifesini İhmal ve Susitimal Cürümleri, İ.D. 1957, S. 244, s. 39.

(64) **Gözübüyük A. Pulat**, Memurluk Görevinin Kötüye Kullanılması ve İhmali, AD. 1969, S. 692.

(65) Y. 4. CD. 25.9.1984, E. 1984/5413, K. 1984/6186: "Belediye başkanı olan sanığın, yeni mezar yerini kullanmaya açılacağı zamana kadar 2490 sayılı Yasaya uymaksızın, kendi yakınına kiraya vermesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur" (YKD. 1985, S. 6, s. 898).

(66) **Kunter**, 396.

(67) As. Y. Drl. Krl. 8.12.1967, E. 67/78, K. 67/79 (İKİD. 1968, S. 92, s. 6299).

Üst'ün, kanuna aykırı olarak verdiği emri yerine getirme durumunda da, memuriyet görevi kötüye kullanılmıştır (68).

3- Hukuka Aykırılık Unsuru

Memuriyet görevini ihmal cürmü için söylediklerimiz burada da geçerlidir (69).

- (68) As. Y. 4. D. 20.12.1983, E. 894, K. 857: "Bl. Komutan vekili olarak bütün erlerin şahsi dosyaları kendisinde bulunduğu için eratin hertürlü istihkakları ile izinlerini takip ve vermekle görevli olan sanık Astsb. Adnan GÖKER'in, İnş, Emlak ve İstihkâm K. nı Alb. Namık ORUÇ tarafından emredilse dahi kanuni izin hakkını kullandığı için artık izinli gitmeye müstehak bulunmayan erler hakkında izin kağıdı tanzim etmemesi ve Alb. tarafından kanun ve talimatlara aykırı olarak verilen erken terhis etme veya fazladan izinli gönderme şeklindeki suç teşkil eden emirleri yazılı bir şekilde komutan tarafından emredilmedikçe yerine getirmemesi, 30 gün erken terhis dahil olmak üzere erlerin 70 gün izin kullandırılmaları gerektiği halde; ... 3 er aylık izin vesikası tanzim edip vermek suretiyle Alb. Namık ORUÇ'la müştereken memuriyet vazifesini suistimal suçunu işlediği sabit iken ... gösterilen gerekçe ile sanığın kastı bulunmadığının kabulü ile Astsb. Adnan GÖKER hakkında beraat kararı verilmesi kanuna aykırı olduğundan As. Savcının temyiz itirazına atfen ... hükmün bozulmasına karar verildi" (As. YKD. 1984, S. 2, s. 163). Y. CGK. 24.4.1950, E. 5, K. 49—54: "maznunun adli bir vazifinin ifası sırasında âmirinin verdiği kanunsuz emre itaat mecburiyetinde bulunmadığı..." (Çağlayan, 40).
- (69) Y. CGK. 1.4.1985, E. 1984/4—481, K. 1985/179: "Olay tarihinde yürürlükte bulunan ... Türk Bayrağı Tüzüğü'nün 28. maddesi: "Bayrak yırtık, sökük, delik, kırık, soluk ve buruşuk bir halde 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 Gazete'de yayınlanan yeni Türk Bayrağı Tüzüğü'nün 26. maddesiyle aynen benimsenmiş, 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 olaydan 7 sene önce bayrak verilmiştir. Bunun açık havada her türlü iklim koşullarında asılmak suretiyle kullanılması halinde eskiyip kullanılmaz hale geleceği gayet tabiidir. Yıpranmış bayrağın kullanılmasını istemek tüzükde 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." (YKD. 1985, S. 7, s. 1052—1054).

4- Manevi Unsur

Suçun oluşması için failde cürmi kastın bulunması şart olmakla birlikte (70), failin fiilinin suç olduğunu bilerek ve isteyerek hareket etmesinden ibaret olan genel kast'tan başka özel bir kasdın da bulunmasının gerekip gerekmeyeceği sorunu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre; görevin kötüye kullanılmış olması neticeyi teşkil ettiğine ve failin bu kötü kullanışı bilmesi ve istemesi kasdı meydana getirmesi nedeniyle, ayrıca özel kasda gerek yoktur. Mahkeme ile işi olmayan bir kimseye resmen davetiye gönderen zabıt katibi, vazifesini kötüye kullandığını bilmektedir. Nitekim, Mevaz Kanun zamanında sadece bizim 228 nci maddeye karşılık olan memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünü kabul etmiş olan İtalya'da, özel kast aranmamıştı. 1930 tarihli İtalyan CK. nun memuriyet görevinin genel kullanılmasından bahseden 323 ncü maddesinde ise, başkasına zarar vermek veya fayda temin etmek maksadı aranmaktadır. (71)

Aksi yöndeki görüşe göre ise, memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünün oluşabilmesi için, memuriyet görevini ihmal cürmünden farklı olarak, failde "özel bir kastın" araştırılması, yani bu konuda failin saikine bakmak gerekir: Faildeki kast, memuriyete ilişkin yetkileri, çeşitli maksatlar için -bu maksatlar kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkası için bir zarar oluşturmak olabilir- yerinde kullanmamak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerlerde gerekli tasarrufları yapmamak şuur ve iradesidir. Halbuki memuriyet görevinin ihmali faildeki kast, özel bir kast olmayıp, memuriyetin gereğinden olan bir tasarrufu yapmamak veya zamanında yapmamak şuur ve iradesinden ibarettir (72).

Bize göre, ikinci görüş yerindedir. Gerçekten de memuriyet görevini ihmal ile kötüye kullanma cürümleri, ikincisinde özel kastın bulunmasıyla birbirinden ayırdedilebilir. Yoksa, TCK. m. 230 ile

(70) As. Y. 4. CD. 8.2.1983, E. 174, K. 143: "Yirmi aylık askerlik hizmeti sırasında yol hariç 40 gün izin hakkı olan çvş. a 10 gün fazlası ile 50 gün izin veren sanık Prs. Tğm. nin bu hareketine; ilk olarak askerlik şubesinde görev yapması, uygulamalı deneyiminin bulunmaması ve konuya yönelik bilgi noksanlığı gibi etkenlerin neden olduğu ve sanığın suç işleme kasıt ve iradesi ile hareket etmediği anlaşıldığından mezkûr nedenlere dayanılarak verilen beraat kararında bu bakımdan herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir" (As. YKD. 1984, S. 2, s. 136).

(71) **Kunter**, 393 vd.; **Önder**, 190.

(72) **Dönmezer**, Vazifeyi ihmal ve suistimal, 231; **Dönmezer**, Özel Kısım, 149 vd.

240 arasındaki farkın, birincisinde olumsuz, ikincisinde olumlu hareketin bulunması şeklindeki görüşün (73) kabulüyle uygulamada karışıklıklar doğabilir. Çünkü, memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü her zaman olumlu bir hareket ile işlenmez. Bazı hallerde, failin memuriyetine ait görevini kasden yapmaması, görevi kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilir (74). Bu nedenle, failin genel kasdından başka, onu suç işlemeğe sevkeden his ve menfaatin, yani saikin saptanması suçun niteliğinin belirlenmesi bakımından şarttır. Ancak, bu haldedir ki memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümlerini birbirinden ayırmak mümkündür (75). Yargıtay'da kararlarında memuriyet görevinin kötüye kullanılması cürmünün varlığı için özel kasdı aramaktadır: "... Ilıca Orman Depo Memuru olan sanığın, ... sonuçta tüm emvalin tesliminde 4829 metreküp fazla toprak verdiği, bu şirketin sahibi Vehbi ve Sorumlu Müdürü, Edremit İşletme Müdürlüğünden emekli İsmail'in, muhitte saygınlığı bulunan kişiler olması nedeniyle manevi destek ve şefaatinin sağlamak amacıyla yapıp idarenin zararına sebebiyet vermek suretiyle görevini kötüye kullandığı sübuta erdiği halde, bazı istiflerde fazlalık bulunması nedeniyle bu halin sonuca etkili olamayacağı görüşüne dayanan bilirkişinin yetersiz ve kifayetsiz raporuna dayanılarak yazılı düşünce ile beraat kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş..." (76).

(73) **Kunter**, 393 vd.; **Önder**, 190.

(74) Y. 4. CD. 7.4.1978, E. 1978/1868, K. 1978/2008: "Kamu görevi yapan ve yetkili bulunan sanığın yargı kararını bilerek yerine getirmemesi görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur.

Kadronun açık olmaması nedeniyle atamanın zamanında yapılmadığı biçimindeki savunma, kadronun açılması ve Danıştay kararının uygulanması için gerekli ve yeterli uğraşının gösterilmemesi nedeniyle suçun oluşmasına engel olacak nitelikte değildir" (YKD. 1979, S. 2, s. 287).

(75) As. Y. 5. D. 26.5.1982, E. 330, K. 298: "Sanığın değişik *menfaat saiki* ile bazı erlere kanuni izinleri dışında izin verip resmiyete koymadığı, şubelerine bildirmedığı kendi itirafı ve erlerin beyanları ile sabit olduğundan TCK. nun 240 ve 80 nci maddeleri ile yapılan uygulamada isabet vardır" (As. YKD. 1984, S. 1, s. 79); Y. 4. CD. 17.12.1981, E. 1981/7746, K. 1981/7801: "... içme suyu inşaatlarını kontrolle görevli bulunan sanıklardan Emrullah'ın her iki inşaatındaki yapılan işleri ölçmemek ve metrekübünü fazla göstermek suretiyle taşarona fazla ödeme yapılmasını sağlamaktan ibaret her iki eyleminde ayrı ayrı görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden eyleminin tümüyle ihmal suçu kabul edilerek yazılı madde ile hükümlülüğüne karar verilmesi, "(YKD. 1982, S. 3, s. 420).

(76) Y. 4. CD. 23.11.1984, E. 1984/7582, K. 1984/8068 (YKD. 1985, S. 4, s. 586). Y. CGK. 25.9.1978, E. 1978/4—230, K. 1978/303: "Yürütme organları ile idarenin

Memurun esaslı yanılmasından dolayı memuriyet görevi kötüye kullanılmış ise, memuriyet görevinin ihmalinde olduğu gibi suç oluşmaz (77).

5- Yaptırım ve Suçu Etkileyen Haller

Memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünün cezası, derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar haptir. TCK. m. 240'ın ikinci cümlesi: "Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ..." cezası verilebileceğini belirtmektedir. Bu hüküm, TCK. m. 59'un bir uygulamasıdır ve bundan iki sonuç çıkarılabilir:

a) Herhangi bir durum -ve bu arada zararın derecesinin azlığı- hafifletici sebep sayılabilecektir.

b) TCK. m. 240'ın ikinci cümlesini uyguladıktan sonra, TCK. m. 59 ile ceza bir defa daha indirilemez. Özel kuralın genel kuralı sınırlayacağı ve bu genel kuralın uygulanmasına engel olacağı ilkesi burada da geçerlidir.

Kanun sözü geçen hafifletici sebeplerin varlığı halinde cezanın indirileceğini söylemekle beraber, ne gibi hallerin hafifletici sebep sayılacağını belirtmiş değildir. Bu gibi sebeplerin tayini yetkisi hakimine bırakılmıştır (78).

TCK. m. 240'ın üçüncü cümlesi ise maddenin her iki durumunda da uygulanır ve şöyledir: "... her iki halde ikibin liradan onbin

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. Bu konuda TCK. 230 ve 240 maddelerinde yeteri kadar açıklık mevcut olup ayrıca diğer yasalarda yürütme organlarıyla idareye mahkeme kararlarının yerine getirilmesi şeklinde bir görev tahmil edilmesine gerek bulunmamak tadır" (YKD. 1979, S. 8, s. 1202 vd.); Y. 7. CD, 17.1.1978, E. 1978/ 8711, K. 1978/ 103: "Sanıklar tüm savunmalarında uyduklarını ve bu nedenle koyunların sınırdan geçtiklerini görmediklerini, uyandıklarında korku nedeni ile olay yerindeki iz ve otları düzelttiklerini söylemiş bulunmalarına göre, görevi ihmal mahiyetinde olan bu savunmaları tutarlı biçimde tahlil edilmeden ve kaçakçılara engel olunmamak suretiyle vazifenin suistimaline götüren deliller karar yerinde açıklanmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırı..." (YKD. 1978, S. 8, s. 1414).

(77) **Cihan Erol**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 192.

(78) **Erman**, Memuriyet Vazifesinin suistimali, 45.

liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır". Ancak, para cezasının 5435 s. k. m. 2/1 ile üç misline çıkartıldığını burada belirtelim.

Yargıtay bir kararında: "... vazifeyi suistimalden mahkûm edilen memur hakkında emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma cezası hükmolunmaz" (79) ve diğer bir kararında da: "... memuriyetten mahrumiyet cezası ile birlikte âmme hizmetlerinden mahrumiyete hükmedilemez" (80) diyerek, memuriyetten mahrumiyetin kamu hizmetlerinden yoksunluk anlamına gelmediğini belirterek üçüncü cümleye açıklık getirmiştir.

IV- MEMURİYET GÖREVİNİ İHMAL VE KÖTÜYE KULLANMA CÜRÜMLERİNİN DEĞİŞİK GERÇEKLEŞME ŞEKİLLERİ

1- Teşebbüs

Memuriyet görevini ihmal cürmüne teşebbüsün mümkün olmadığını söyleyebiliriz (81). Çünkü, genel olarak ihmali suçlara teşebbüs imkânsızdır: İhmali suçlarda kanunun yapılmasını emrettiği hareket ya yapılmıştır ve bu halde ihmali suç zaten yoktur, ya da yapılmamıştır ve bu durumda suç tamamlanmıştır. Bu iki ihtimalden öncesinin ise hukuken önemi yoktur. Diğer bir deyişle, yapmama safhasından önceki durumları cezalandırmak, kastın soyut olarak cezalandırılması demek olur ki, bu kabul edilemez (82).

Memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü, genellikle olumlu bir hareketle işlenebilmekle birlikte, bazı hallerde ihmali (olumsuz) hareketle de işlenebilir. Bu bakımdan, memuriyet görevini kötüye kullanma cürmünde icra hareketlerinin parçalara bölünmesi mümkün, yani olumlu bir hareketle işlenilmesi durumunda eksik (nâkıs) teşebbüs mümkündür. Fakat, icra hareketleri biter bitmez netice gerçekleştiğinden, yani neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan tam teşebbüs mümkün değildir. İhmali bir hareketle bu suçun iş-

(79) Y. 4. CD. 4.2.1955, E. 12678, K. 2056 (TİK. 1955, C. 10, s. 459).

(80) Y. 4. CD. 10.5.1950, E. 5133, K. 6071 (TİK. 1950, C. 2, s. 792).

(81) Aynı görüş: **Dönmezer**, Özel Kısım, 114; **Önder**, 183.

(82) **Dönmezer Sulhi-Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 9. bası, İstanbul 1985, s. 448. Aksi görüşü benimseyen Erem'e göre: cürmün işlenmesine karar verildiği andan neticenin gerçekleşmesine kadar geçen süre içinde ihmali suçta teşebbüs mümkündür (Erem, I, 335).

lendiği durumlarda ise, memuriyet görevini ihmal cürmünde olduğu gibi teşebbüsün mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bu durumu iki örnekle açıklamaya çalışalım:

a) Bir ceza mahkemesi kâtibi, hakkında tahliye kararı verilen bir tutuklunun, bu tahliye kararını kişisel ihtiraslarını tatmin gayesiyle iki gün ihmal etmesi halinde oluşan memuriyet görevini kötüye kullanma cürmü teşebbüse elverişli değildir. Çünkü, kanunun kendisine verdiği görevi yapmayarak hareketsiz kalmakla, zabıt katibi fiilini tamamlamış olmaktadır.

b) Bir asker kaçağının askere alınmasını önlemek için köyde bulunmadığına ilişkin gerçeğe aykırı bir ilmühaber düzenlemekte olan muhtarın henüz ilmühaberi tamamlamadan suçüstü yakalanması halinde, icra hareketleri bitmediği için memuriyet görevini kötüye kullanma cürmüne eksik teşebbüs söz konusudur.

2- Suçların İçtimai

TCK. m. 230 ve 240 genel hükümler olduklarından, özel hükümlerin bulunması durumlarında tatbik edilemezler. Çünkü, genel nitelikteki hükümler “yardımcı normun sonralığı” (Subsidiaritaet) ilkesi gereğince aynı konuyu düzenlemiş özel hükümlerin varlığı hallerinde uygulanamazlar (83).

Memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümleri, şartlarının bulunması durumunda mütesessil suç şeklinde işlenebilirler. Nitekim, Yargıtay muhtelif kararlarında bu hususu belirtmiştir (84).

(83) **İçel Kayıhan**, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 175; Cihan, 184, 189; **Önder**, 199. Y. 5. CD. 24.2.1982, E. 1982/126, K. 1982/576: “..Tapu sicil muhafızı olan sanığın kooperatif temsilcilerine, yaptıracakları tapu işlemlerine hazırlık niteliğindeki evrakın düzenlenmesi işini dışarda takipçilere yaptırdığınız takdirde 10—15 bin liraya malolur, hemde pek sıhhatli olmaz, işlerinizi ben yapayım diyerek iş sahiplerinin hazırlamaları gereken evrakı düzenleme karşılığında 20 bin lira ücret almasından ibaret olayda bu paranın kanunen ödenmesi gerektiğine inandırma söz konusu olmadığından irtikâp suçunun unsurları gerçekleşmediği gibi rüşvet suçu da düşünülemediğinden fiil görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunmuştur” (YKD. 1982, S. 10, s. 1479 vd.).

(84) Y. 4. CD. 20.10.1981, E. 1981/5207, K. 1981/6029: “Sanığın, kısa sayılabilen iki ayrı tarihte bir kasıtle ve aynı şahsa karşı görevini kötüye kullanmasının TCK. nun 80. maddesinin tatbikini gerektireceği gözetilmeden iki suç sayılarak yazılı şekilde ceza tayini,” (YKD. 1982, S. 1, s. 117 vd.); Y. 4. CD. 17.12.1981, E. 1981/7746, K. 1981/7801 (YKD. 1982, S. 3, s. 420 vd.).

3- İştirak

Memuriyet görevini ihmal ve memuriyet görevini kötüye kullanma cürümleri, ancak bir memur tarafından işlenebildiklerinden mahsus suçlardır. Bu nedenle, bu suçlara iştirak özellik taşır. Bunu ikiye ayırarak inceleyebiliriz:

a) Memur olmayan kişilerin bu suçlara iştiraki, memur olan failin kişisel sıfatını bilmeleri durumunda mümkündür (85). Örneğin, memur bu cürümlerden birisini kendisinin memur olduğunu bilen üçüncü bir kişinin azmettirmesi sonucu işlerse, azmettirenini de iştirak hükümlerine göre cezalandırmak gerekir.

b) Fakat, memur olmayan kişi memuru hataya düşürerek TCK. m. 230 veya 240'daki suçlarda birisini ona işlettirmişse durum ne olacaktır? Böyle bir durumda dolayısıyla faillik yoluyla mesele çözümlenebilir. Yani memur olmayan kişi sanki memurmuş gibi kabul edilir ve cezalandırılmayan mahsus suç failinin yerine geçerek cezalandırılır (86). Örneğin, bir vatandaşın tasdik edilmek üzere muhtara getirdiği gerçek dışı aile nüfus durumuna ilişkin belgeyi, muhtarın başının kalabalık olmasından veya diğer herhangi bir nedenle yanıtılarak tasdik ettirilmesinde, muhtar hataya düşürülmüştür. Burada muhtarın ihmali olmakla birlikte kasdı bulunmadığından cezalandırılması mümkün değildir. Ancak, muhtarı yanıltan kişi dolaşısıyla faillik yoluyla muhtarmış gibi TCK. m. 230'dan sorumlu tutularak cezalandırılır.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu uygulamasında oldukça geniş bir yer tutan memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümlerinde fail olarak sadece "memur" sözcüğünün kullanılması büyük bir eksikliklerdir. Buna "kamu hizmetiyle yükümlü kimse" kavramının da eklenmesi bu konudaki boşluğu dolduracaktır.

Memurların memuriyet görevlerini yerine getirmeleri esnasında işledikleri bu suçlardan dolayı, muhakeme yönünden 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Bu durumda, 21.5.1985 tarih ve 3206 sayılı 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 83 ncü maddesinin 1 nci fıkrası gereğince "ilk tahkikat"

(85) **Dönmezer-Erman**, C. II, 8. bası, İstanbul 1983, s. 516; **Cihan**, 186, 189.

(86) **Dönmezer-Erman**, II, 536.

ibaresi “hazırlık tahkikatı” olarak değiştirildiğinden, hazırlık soruşturması idari organlar tarafından yapılacak ve verilecek lüzumu muhakeme kararı üzerinedir ki, mahkemeler son soruşturmayı yapabileceklerdir. Tahkik mercileri ve tahkik memurlarıyla suç işleyen memurlar arasındaki karşılıklı çıkarlar sonucu suçu örtbas etmek gibi sakıncaları ortadan kaldırmak, memurların görevlerini yerine getirmelerinde daha dikkatli ve dürüst davranmalarını sağlamak için Memurin Muhakematı Kanunu hükümleri yerine, hazırlık soruşturmasının CMUK. hükümlerine göre yapılmasında yarar olduğu kanısındayız. Nitekim, 15.5.1930 tarih ve 1609 sayılı Kanun, Devlet İdaresi aleyhine işlenen bazı suçlar hakkında Memurin Muhakematı Kanunu uygulamasına istisna getirmiştir. Bu Kanunun 1 nci maddesine göre: “İrtikâptan, rüşvet alıp vermekten, ihtilâs ve zimmete para geçirmekten, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet vazifesini suistimal suretiyle kaçakçılıktan ve resmen vukubuan müzayede ve münakasalara ve alım ve satıma fesat karıştırmaktan ve Devlet Hariciyesine ait mahrem evrakı ve şifreleri ifşa ve ifşaya sebebiyet vermekten ve bu cürümlere iştiraktan maznun olanlar hakkında Memurin Muhakematı Kanunu cari değildir”. Kanımızca, bu istisnayı genişleterek genel kural haline getirmek, diğer bir ifadeyle Memurin Muhakematı Kanununu yürürlükten kaldırmak çok yerinde olur. Memurin Muhakematı Kanunu lehinde olarak ileri sürülen, memurların gelişigüzel yargı mercileri önüne çıkmalarının Devlet ve hükümetin otoritesini sarsacağı, memurun hareketinin suç teşkil edip etmediğini saptamanın bir ihtisas işi olduğu gibi gerekçelere katılmıyoruz. Aksine, memurlar genel hükümlere bağlı olurlarsa, vatandaşlar arasında daha güven verici bir durum kazanacakları gibi; memurların hareketlerinin suç teşkil edip etmediğini de ancak bağımsız yargı organları tesbit edebilirler. Kaldı ki, bunun herhangi bir ihtisasla da ilgisi yoktur; çünkü, kanunlarda suç teşkil eden fiiller ve memurların görevleri açık olarak gösterilmiştir.

TCK. 230 ve 240 ncı maddelerinin uygulamada etkinlik kazanabilmesi için, memurların muhakeme yönünden Memurin Muhakematı Kanunu zırhına güvenlerini ortadan kaldırmak ve bu bakımdan sözü geçen Kanunu yürürlükten kaldırmak zorunludur.

Memuriyet görevini ihmal ve kötüye kullanma cürümlerini birbirinden ayırma konusunda, Yargıtay memuriyet görevini kötüye

kullanma bakımından özel kastın varlığını aramakta ise de, bu konuya açıklık getirmek için İtalyan CK. m. 323 de olduğu gibi, “başkasına bir zarar vermek veya menfaat elde etmek maksadıyla kötüye kullanma kasdı” şeklinde açıklık getirmek yerinde olur kanısındayız.