

CEZA TATBİKAT VE TÂKİBATINDA MEMUR

Yazan: Asistan *Sabir* *ERMAN*

İçindekiler

Giriş

- 1 — Umumî ceza hukuku bakımından memur meselesi: ceza tatbikatında memur ve ceza tâkibatında memur.
- 2 — Memurun târifi bakımından mukayeseli etüt: Roma, Cermen ve Kilise hukukları, Fransa, Belçika, Almanya, İsviçre ve İtalya mevzuatı.
- 3 — Mevzuatımızda memuru târif eden muhtelif teşriî metinler.
- 4 — Mevzuatın tahdidi ve ceza hukuku bakımından incelenmesine hasrı.

1 — Ceza tatbikatında memur

- 5 — 279 uncu maddeye umumî bir bakış: a) memurlar ve âmme hizmetiyle muvazzaf olan şahıslar; b) müstahdem olan ve olmıyan memurlar.
- 6 — Âmme vazifesi tâbirinin tefsiri: âmme hizmetinden ayrılması; A) Objektif nazariyeler; B) Sübjektif nazariyeler.
- 7 — Kabul edilen kıstas ve buna göre memuru temyiz eden ve onu âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimseden ayıran farikalar.
- 8 — Âmme vazifesi tâbirinin âmme hizmetinden farklı olarak tefsir edilmesinin mevzuatımız bakımından doğuracağı itiraz ve mahzurlar.
- 9 — Bu itirazlara verilebilecek cevaplar.
- 10 — Mevzuatımızın bugünkü durumunda tâkip edilmesi icabeden tefsir tarzı ve ceza kanununun memur suçları hakkındaki babının tâdili temennisi.
- 11 — Müstahdem olan memurlar: müstahdemi temyiz eden vasıflar. Müstahdem olup da memur sayılabilecek kimseler: a) teşriî; b) adlî; c) idarî sahalarda.
- 12 — Fiilî memur ve ajanlar.
- 13 — Müstahdem olmıyan memurlar: hususî şahsın memur addedilebilmesi için gereken şartlar. Müstahdem olmayıp ta memur sayılabilecek şahıslar: a) teşriî; b) adlî; c) idarî sahalarda.
- 14 — Netice.

2 — Ceza tâkibatında memur.

- 15 — M. M. K. a tâbi olacak memurların tâyini meselesi ve bunun geçirdiği muhtelif istihaleler: 1255 sayılı tefsir kararı.
- 16 — Tefsir kararının muhtelif yönlerden tahdidi ve C. M. U. K. muvacehesinde, M. M. K. un mevkiinin tesbiti.

GİRİŞ

1 — Memur sıfatı, umumî ceza hukukunu muhtelif yönlerden ilgilendirir. Bir kere ceza kanununun tatbiki bakımından failin veya mağdurun memur olması bazen bir unsur, bazen de bir ağırlatıcı sebep sayılmıştır. [1]. Meselâ zimmet (m. 202), ihtilâs (m. 203), irtikâp (m. 209), rüşvet (m. 211), memuriyet vazifesini ihmal ve suiistimal (m. 228, 230), keşif, ihtira veya sınaî yenilikleri kullanmak (m. 138) v. s. gibi suçlarda, failin memur sıfatını haiz bulunması esaslı bir unsurdur. Bunun gibi rüşvet teklifi (m. 220), vazifesini ifa sırasında memura karşı mukavemet (m. 258), hakaret ve taarruz (m. 266) gibi diğer bazı suçlarda da suç kurbanının memur olması bir unsur telâkki edilmiştir.

Keza memurun vazifesini suiistimal ederek mesken masuniyetini ihlâl etmesinde (m. 194), bir kimseyi şahsî hürriyetinden mahrum eylesinde (m. 181), siyasî haklarını kullanmaktan menetmesinde (m. 174/2) olduğu gibi, failin memur sıfatını haiz olması, bazen, hususi ağırlatıcı bir sebep sayılmıştır. Hattâ, kanunun 251 inci maddesi "bir memur vazife sırasında bir kimse aleyhine bir cürüm işlerse, kanunda yazılı olmıyan mahallerde o cürme kanunen terettüp eden cezaya üçte bir miktarı zammolunur" demek suretiyle, suç failinin memur olmasını bütün cürümlere şamil umumî bir ağırlatıcı sebep addetmiştir.

Bunun gibi, müessir fiil (m. 271), şahsî hürriyetten mahrum etme (m. 180), gibi diğer birtakım suçlarda da, suç kurbanının memur sıfatına malik bulunması hususî bir ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Nihayet, "kanunun ahkâmı mahsusa ile tasrih eylediği ahvalin haricinde, her kim... Devlet memurlarından biri aleyhine sıfat ve hizmetlerinden dolayı bir cürüm işlerse, o cürüm için kanunen muayyen olan ceza altında birden üçte bire kadar arttırılır" diyen 273 üncü madde, mağdurun memur olması keyfiyetini, gene bütün cürümlere şamil olmak üzere, umumî bir ağırlatıcı sebep telâkki eylemiştir.

Memuriyet sıfatının, bir çok suçlarda, bir unsur olarak kabul edilmesinin sebebi, bu gibi suçların ancak bir memur tarafından veya bir memur aleyhine işlenebilmeleri keyfiyetidir. Meselâ memuriyet vazifesinin ihmâl ve suiistimali, ihtilâs, rüşvet almak gibi suçların ika olunabilmeleri için failin memur olması zarurîdir; bu sifata malik bulunmıyan bir şahsın sözü geçen suçlardan birini işleyebilmesi imkân haricindedir. Keza vazife dolayısıyla hakaret, rüşvet vermek veya vaadinde bulunmak gibi suçların mevzu-bahsolabilmesi için de mağdurun memur olması lâzımdır; hiçbir veçhile memur olmıyan bir kimseye menfaat temin veya teklif etmek, her halde rüşvet suçunu meydana getiremez.

Failin veya mağdurun memur bulunmasının ağırlatıcı bir sebep sayılmasının esasını da, memurların suiistimallerine, keyfî ve salâhiyet dışı hareketlerine karşı fertleri korumak veya memurları halkın tecavüzlerine karşı daha hususî bir şekilde himaye etmek mülâhazasında aramak icabeyler. [2]. Gerçekten memurlar, sıfat ve vazifeleri dolayısıy-

[1] Unsurla ağırlatıcı sebep arasındaki fark hususunda bk.: Tahir Taner, *Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi*, 1937, s. 446.

[2] Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cilt V, 2 nci tabı, Torino, 1921, n. 1345; Saltelli e Romano-Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuoco codice penale*, cilt III, 2 nci tabı, Torino, 1940, n. 806.

le, idareye karşı, fertlere nispetle, daha kolay suç işleyebilecek durumdadırlar.. Hususi bir şahsın bilfaraz bir maliye şubesinin kasasını soymasıyla, bizzat veznedarın veya diğer şube memurlarından birinin bu suçu işlemesi arasında, maddî imkân ve kolaylık bakımından, çok fark vardır. Diğer taraftan memurlar büyük halk kitlesile hemen hemen daimî bir temas halindedirler; ekseriye çarpışan menfaatlerin telifi müşkül olur; bunun neticesinde de memurun nüfuzunu suiistimal ederek halkın zararına hareket etmesi mümkün olduğu gibi, halkın da memura karşı suç işlemesi imkân dahiline girer, yani, bu vaziyet dolayısıyla, memuriyet sıfatı bir suçun işlenmesine vasıta teşkil eder. [3]. Ve bu suretle birtakım suçların ikâi teshil edilmiş olur: malûmdur ki, suçun ikânda kolaylık bulunan her yerde, kanun cezayı arttırır. [4]. Bundan başka, memurlar tarafından veya aleyhine işlenen bütün bu suçlar dolayısıyla netice itibariyle, Devlet idare ve mekanizması tehlikeye maruz kalır. [5] Şurasını da ilâve edelim ki, memur sıfatının unsur veya ağırlaştırıcı sebep sayılması hallerinde, "memurdan bu sıfatın zail olmuş bulunması veya cürmün vukuu esnasında vazife halinde bulunmaması" haizi ehemmiyet değildir (m. 280)

Demek oluyor ki, memur sıfatının nazarı itibare alındığı suçlarda, kimlerin sözü geçen sıfatı haiz bulduklarını lâyiki veçhile tesbit eylemek gerekmekte ve memur sıfatı bir kere bu bakımdan ceza hukukunu ilgilendirmektedir.

Fakat memurlar hakkında yapılacak cezaî tâkibat yönünden de memur sıfatı umumî ceza hukukunu [6] alâkadar eder. Gerçekten 133 sayılı memurin muhakemat hakkındaki kanunu muvakkate göre, bu kanuna tâbi bulunacak memurların vazifelerinden münbahiş veya vazifeleri sırasında hâdis suçları hakkında, muayyen idarî mercilerce "tahkikatı iptidaiye" yapıp, lüzumu muhakeme kararı verilmedikçe, savcılık tarafından tâkibata girilemez. Binaenaleyh, bu istisnaî usulî hükümlerden istifade edecek olan memurları da tâyin ve tesbit eylemek iktiza eder.

2 — Memur sıfatının ağırlatıcı sebep sayılması çok eski bir maziye sahiptir. Nitekim Roma hukukunda önlemek ve mâni olmak vazifesiyle mükellef oldukları suçları ikâ eden memurlar daha ağır bir surette cezalandırıldıkları gibi [7], Cermen hukukunda da mağdurun memur olması uzlaşma bedelinin arttırılmasını icabettiriyordu. Longobart'lara göre kiralın menfaati için icrayı faaliyet eden (*utilitatem regis facientem*) bir memurun öldürülmesi veya tecavüze maruz kalması, vergeld'den maada, kiral sarayına 80 solduk bir para cezasının ödenmesi neticesini de tevhit ediyordu. [8]. Bundan başka bütün halk kanunlarında asiller ve sonraları bunların yerini alan büyük memurlar aleyhine işlenen suçlar hakkında tesbit olunan vergeld, basit bir vatandaş hakkında tâyin edilen vergeld'den yüksekti. [9]. Görülüyor ki Cermen hukukunda, Roma hu-

[3] Crivellari, *Codice penale interpretato*, cilt VI, Torino 1895, n. 524.

[4] Tahir Taner, 1943-44 ders yılı takrirlerinden.

[5] Von Liszt, *Traité de droit pénal allemand* (fr. tt. R. Lobstein), cilt II, Paris, 1913, s. 429.

[6] Umumi Ceza Hukukunun mâna ve kavramı hakkında bk. Tahir Taner, s. g. e., s. 2-3

[7] "*Gravio poena constituenda est in hos, qui nostri iuris sunt et nostra debent custodire mandata*" (C., Th., I, 10, 4) - Bizim hukukumuzdan olup ta, bizim vekâletimizi muhafaza etmekle mükellef olanlara daha ağır bir ceza tertip etmek icap eyler: bk.: Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano* (Pessina, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, cilt I, Milano, 1907, s. 130).

[8] Del Giudice, *Diritto penale germanico* (Pessina, s. g. e., s. 501).

[9] Del Giudice, s. g. monografi, s. 531.

kukunun aksine olarak, memuriyet sıfatı ancak memurlar aleyhine işlenen suçlarda nazarı itibare alınıyor ve bu sıfat adetâ bir imtiyaz ve paye telâkki ediliyordu.

Kilise hukukunda da suçlunun yüksek bir mevkiye bulunması ağırlaştırılmasını icabettiriyordu: böylece rahibe nazaran piskopos, daha ağır bir cezaya maruz kalıyordu. [10]. Ancak şurasına işaret edelim ki, bu mevzuatın hiç birinde memur târifine tesadüf olunmamaktadır, [11], nitekim bazı modern Devletlerin ceza kanunlarında da böyle bir târif mevcut değildir. Meselâ Fransız ve Belçika ceza kanunları bu cümledendir.

Buna mukabil İçviçre ceza kanunu, 110 uncu maddesinin 4 numaralı bendinde, memuru şöyle târif etmektedir: "memur terimi bir âmme idaresinin veya adliyenin memur ve müstahdemi hakkında tatbik olunur. [12]. Bir fonksyon veya memuriyeti muvakkat bir surette işgal eden veya geçici bir âmme fonksyonunu icra eyleyen şahıslar da memur sayılırlar" Millet meclisinin, kanton teşkilâtının mudil mahiyetini göz önünde tutarak ilk önce ilgasına karar vermiş olduğu bu târif, Devletler Şûrasının mütalâası üzerine, ipka edilmiştir. [13].

1872 tarihli Alman ceza kanunu, 359 uncu paragrafında, memuru şöyle târif ediyor: "Devletin veya doğrudan doğruya yahut dolayısıyla Konfedere Devletlerden birinin hizmetinde istihdam olunan ve bu hizmete tâyin edilirken yemin etmiş olan veya olmıyan bütün şahıslarla noterler". Görülüyor ki Alman ceza kanunu, bir kimsenin memur olabilmesi için, bilhassa iki şart aramaktadır: muayyen bir vazifeye tâyin edilmiş olmak (*Anstellung*) ve Devletin gerek doğrudan doğruya gerekse dolayısıyla - yani âmme tüzel kişilerinin müstahdemi sıfatıyla - hizmetinde bulunmak (*Dienstverhältnis*). Maahaza tayinin daimî veya muvakkat olması, müstahdemin muayyen bir maaş alıp almaması, yemin etmiş olup olmaması haizi ehemmiyet değildir. [14]. Bundan başka, madde müstahdem olmayıp ta bir âmme fonksyonu ifa eden şahıslar meyanında ancak noterlerin memur sayılacaklarını tasrih etmek suretiyle, bir âmme fonksyonu görmelelerine rağmen, hakemlere, şahitlere, ehlihibreye bu sıfatı tanımamaktadır.

1889 kanunundan önce İtalya'da yalnız 1853 Toscana kanunu, 165 inci maddesinde, memuru târif ediyordu. Bu kanuna göre: "Devlet veya komünlerin ve idaresi hükümet veya komünün himaye veya nezaretine tâbi bulunan her hangi bir müessesenin bütün müstahdemleriyle, fonksyonlarının icrasına müteallik biçümle hususatta, noterler" memur sayılırlar. 1889 İtalyan ceza kanununda ise (m. 207) memur şu şekilde târif olunuyordu: "ceza kanununun tatbikatında:

"1 — Devlet, vilâyet veya komünlerin yahut kanunen Devletin, bir vilâyet veya komünün himayesine tâbi tutulmuş olan bir müessesenin hizmetinde olup ta, muvakkat, ücretli veya ücretsiz olsa dahi, âmme fonksyonlarıyla mücehhez bulunan kişiler;

"2 — Noterler;

[10] Schiappoli, *Diritto penale canonico* (Pessina, s. g. e. s. 757.)

[11] Yalnız mer'i *Codex iuris canonici* nizam ve kaza salâhiyetlerinden birine, herhangi bir suretle, iştirak eden kimseyi, kilise memuru addetmektedir (Miele, *Pubblica funzione e pubblico servizio* - Archivio Giuridico, 1933, CX, s. 194 not 1).

[12] İtalyanca metinde bu cümle şöyle ifade olunmuştur: "Memurlardan maksat bir âmme idaresinin veya adliyenin memur ve müstahdemleridir.."

[13] Logoz, *Commentaire du Code pénal suisse*, Partie générale, Neuchâtel, 1939, s.402

[14] Von Lizst, s. g. e., s. 431/432.

“3 — Emniyeti umumiye ajanları ve adliyeye mensup mübaşirler; memur sayılırlar.

“Aynı neticeler bakımından, fonksiyonlarını ifa etmeleri maksadiyle çağırıldıkları “zaman zarfında, hakemler, ehlihibreler, tercümanlar ve şahitler de memurlara muadil-“dirler”.

Daha encümen ve Meclislerdeki müzakereleri esasında birçok tarzlara maruz kalmış olan bu târif, sonraları, bilhassa şu bakımlardan, tenkitlere uğradı: a) Madde, ancak âmme fonksiyonlarıyla *mücebbez olan* kimseyi memur addetmekte, memur sıfatının iktisabı için muayyen bir memuriyete nasp ve tâyin edilmiş olmak şartını aramakta ve böylece, âmme fonksiyonunun icrasından çok, bunu icra edecek olan şahsın sübjektif durumunu nazarı itibare almaktadır. [15]. — b) Keza, madde, Devlet ve sair âmme müesseselerinin hizmetinde bulunan şahıslar tarafından ifa olunan fonksiyonlardan bahsetmek suretiyle, ceza kanununun tatbikatında memur sayılan kimselerin, bizzarure devletin veya diğer âmme müesseselerinin müstahdemi olmaları icabedeceği zehabını uyandırmakta ve böylece müstahdem olmayıp da bir âmme fonksiyonu gören şahısların önlüyebilmek maksadiyledir ki, 207 inci madde, umumî bir formülle memuru tarif ettikten sonra, bir tadada girişmek suretiyle, sözü geçen târifi genişletmek ihtiyacını duymuştur. [16]. c) Maddenin yapmış olduğu bu tâdât, hem zihinleri karıştırmakta, hemde bazı kimselerin, sırf maddede tasrih edilmemiş olmaları hesabıyla, memur sayılmamaları neticesini doğurmaktadır. [17]. ç) Bundan başka, madde teşriî fonksiyon gören âyân meclisi üyeleriyle milletvekillerine şâmil bulunmamaktadır. Bunun içindir ki kanun, birçok maddelerinde, suç kurbanının böyle bir sıfatı haiz olması hallerini ayrıca derpiş etmek mecburiyetinde kalmıştır. Fakat suç failinin bir milletvekili veya âyân azası olmasını nazarı itibare almamış olduğundan, bilfarz, Parlamento üyelerinin rüşvet almalarının cezalandırılabilmesi imkânsızdır; [18] d) Nihayet madde Devletin veya bir vilâyet yahut komünün himayesine tâbi bulunan müesseseleri zikretmek suretiyle, himaye değil de sadece nezaret altında bulunan müesseselerde vazife almış olan kimseleri memur saymamıştır. Malûmdur ki himaye şeklinde tecelli eden kontrol, bizzat mürakabeyi yapan müessesenin menfaatlerini korumağa matûf olduğu, diğer bir tâbirle kontrole tâbi bulunan müessesenin yaptığı tasarrufların yalnız meşruiyeti değil, fakat maslâhata uygunluğu da mürakabe edildiği halde, nezaret şeklinde tahakkuk eyliyen kontrol, bizzat mürakabeye tâbi olan müessesenin menfaatlerini korumağa müteveccih bulunur, yani sözü geçen müessesenin yaptığı tasarrufların sadece hukukî bakımdan meşru olup olmadığı kontrol edilir. [19].

İşte, 1889 kanununun 207 nci maddesine karşı ileri sürülen bu itirazlar neticesinde ve memur târifi bakımından, idare hukuku ile ceza hukuku arasında her türlü ikiliği ve aykırılığı kaldırmak maksadiyle, 1930 İtalyan kanunu, 357 nci maddesinde memuru şu şekilde tarif etmiştir:

“Ceza kanununun tatbikatında:

[15] 1930 kanununun ihzari çalışmaları, cilt V, kısım 2 § 354 ve 355 (Bk.: Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 317).

[16] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 316.

[17] Saltelli e Romono - Di Falco, s. g. s.

[18] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. sahife.

[19] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 317; Gallo M., *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente un servizio di pubblica utilità nel nuovo codice penale* (Annali di diritto e procedura penale, 1933, s. 1053 ve., son., 1224 ve son.; 1934, s. 49 ve son., 173 ve son., 294 ve son.).

"1 — Daimî veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme fonksiyonu ifa eden Devlet veya sair âmme hükmî şahısları müstahdemleri;

"2 — Daimî veya muvakkat, ivazsız veya ivazlı, ihtiyarî veya mecburî surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme fonksiyonu ifa eden diğer kimseler;

"memur sayılırlar".

Aynı kanunun müteakib maddesinde de, âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimse şöyle târif olunmaktadır:

"Ceza kanununun tatbikatında:

"1 — Daimî veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya sair âmme hükmî şahısları müstahdemleri:

"2 — Daimî veya muvakkat, ivazsız veya ivazlı, ihtiyarî veya mecburî surette bir âmme hizmeti gören diğer kimseler,

"bir âmme hizmetiyle muvazzaf sayılırlar".

3 — Memleketimize gelince, memur târifine, ilk defa olarak, mer'î ceza kanununun 279 uncu maddesinde rastlamaktayız. İlk şeklinde madde, 1889 İtalyan kanununun 207 nci maddesinin birinci fıkrasından biraz ayrılarak, memuru şu şekilde tarif ediyordu: "Kanununun tatbikatında, Devletin ye vilâyet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimî veya muvakkat vazife görenler memur sayılır". Ancak 1936 tâdilâtıyla sözü geçen madde değiştirilmiş ve bu sefer 1930 İtalyan kanununun 357 ve 358 inci maddeleri mehzat ittihaz edilerek, gerek memur gerekse âmme hizmetiyle muvazzaf kimse şu şekilde tarif olunmuştur:

"Ceza kanununun tatbikatında:

"1 — Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri;

"2 — Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî veya mecburî olarak bir âmme vazifesi gören diğer kimseler,

"Memur sayılır.

"Ceza kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

"1 — Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya diğer âmme müesseseleri memur ve müstahdemleri;

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

Tâdilâtın mucip sebepleri hakkındaki Adliye Encümeni mazbatasında [20], bu madde hakkında, şöyle denilmektedir: "Ceza kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279 uncu maddesi, bilhassa bu lâyiha ile teklif olunan tâdillerden sonra, maksadı ifadeye kâfi gelmemektedir. Esasen bu noksan dolayısıyla mer'î kanunun 211 nci maddesinde, 279 uncu maddedeki târifin dışında kalan bazı kimselerin de memur gibi rüşvet suçunu işleyebilecekleri kabul olunmuştur.

"(Devletin emniyeti aleyhinde cürümler) bahsinde yapılması teklif olunan tâdiller dolayısıyla de memur hakkındaki târifin daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve tâdili teklif olunan maddelerin bazılarında memurdan başka, âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu göz önünde tutan encümenimiz, 279 uncu maddenin de tâdilini teklif etmeğe karar vermiştir.

"Bu maddenin encümenimizce tesbit olunan yeni şekline göre, mebuslar da ceza kanununun tatbikatında memur sayılmaktadır. Büyük Millet Meclisi, Devlet organla-

[20] Cemal Köseoğlu, *Haşiyeli Türk Ceza Kanunu*, 4.cü basılış, İst. 1942, s. XCI ve XCII

rından biri olmak itibariyle, mebusların gördükleri vazife de bir âmme vazifesi sayılmak lâzım gelir. Esasen Teşkilâtı Esasiye Kanununun 27 nci maddesiyle mebusların (irtikâp töhmetlerinden biriyle müttehem olabileceği) kabul edilmiştir.

"İrtikâp veya rüşvet gibi suçlar, ancak memurlar tarafından işlenebileceğine göre, mebusların ceza kanunu bakımından memur sayılmalarındaki lüzum ve ehemmiyet bir kat daha kuvvetle tebarüz eder".

İkinci bir târifi de 18 mart 1926 tarih ve 788 sayılı Memurin kanununun birinci maddesinde bulmaktayız. Sözü geçen maddeye göre: "Kendisine Devlet hizmeti tevdi olunan ve sicilli mahsusunda mukayyet olarak umumî veya hususî bütçelerden maaş alan kimseye memur denir". Bu tarifin mâna ve şumulüne ilerde [21] tekrar temas edeceğiz. [22].

22 mayıs 1930 tarih ve 1632 sayılı Askerî ceza kanununun 13 üncü maddesi ise memuru şöyle tarif ediyor: "*Bu kanunun tatbikatında* (memur) tâbirinden maksat, 12 nci maddedeki yazılı hizmeti ifa ile mükellef olandır". Kanunun 12 nci maddesi (hizmet) tâbirinden maksut olan şeyin, "gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir âmir tarafından emredilen askerî vazifenin madûn tarafından yapılması halî" olduğunu beyan eylemektedir.

Nihayet 3 ağustos 1944 tarih ve 4648 sayılı kanunun 63 üncü maddesinin III numaralı bendine göre: "Millî Korunma Kanunununa taallük eden işlerde, iktisadî Devlet teşekkül ve müesseselerinin idare ve mürakabe uzuvları ile memur ve müstahdemleri ve bu kanuna göre vazifelendirilen hususî hukuk hükümlerine tâbi müesseselerin memur ve müstahdemleriyle bu müesseselerden hükmî şahsiyeti haiz olanlarının idare ve mürakabe uzuvları, hakikî şahıslara ait olanlarının sahipleri ve müdürleri Devlet memurları gibi cezalandırılırlar".

Bundan başka, münferit kanunlarda da, bu kanunların çerçevesi dahiline girecek memurların kimselerden ibaret bulunduğu hususunda hüküm vardır. Meselâ 3 haziran 1930 tarih ve 1683 sayılı Askerî ve mülkî tekaüt kanunu ancak umumî bütçeden maaş alan memurlarla bunların yetimleri hakkında kabili tatbiktir (m. 1). Bunun gibi 20 haziran 1927 tarih ve 1108 sayılı Maaş kanunu "Devlet memuriyetlerine tayin" olanlar hakkında caridir (m. 1). Dahiliye memurları kanununa göre (9/6/1930; 1700), bu kanuna tâbi olan memurlar şunlardır: a) Merkezde: müsteşar, teftiş heyeti reisi, umum müdürler, vekâlet hukuk müşaviri, umum müdür muavinleri, hukuk müşavir muavini, şube müdürleri, şefler ve memurlar, kâtipler; b) Vilâyetlerde umumî müfettişler, valiler, vali muavinleri, kaymakamlar, mektupçular, hukuk işleri müdürleri ve polis müdürleri, nüfus, iskân, nahiye müdürleri, vilâyet maiyet memurları, mektupçuluk kalemi mümeyyizleri, vilâyet mektupçuluk kalemi, idare heyeti ve nüfus başkâtipleri, iskân ve evrak memurları, kaza tahrirat kâtipleri, nüfus ve iskân memurları, nahiye tahrirat kâtipleri, nahiye nüfus memurları, kaza tahrirat kâtibi refikleri ve nü-

[21]Bk.: no. 11.

[22] Şurasına işaret edelim ki Büyük Milet Meclisininin 468 sayılı bir tefsir karşısında: "Belediye işleri Devlet hizmetlerinden ad ve itibar edilse de, sicilli mahsustan maksat, Memurin Kanununun 10 uncu maddesinde beyan ve izah edilen sicil olup, belediyelerin böyle bir sicil tutmakla mükellef olmadıkları derkâr olmakla beraber, mezkûr maddedeki umumî bütçe ile Devlet bütçesi, ve hususî bütçe ile vilâyetlerin hususî bütçeleri kastedilmiş olup, belediye bütçelerinin bu iki bütçeden ayrı bulunmasına mebni, belediye memurlarının Memurin Kanununun birinci maddesinde mezkûr Devlet memurları idadına dâhil bulunmadıklarına" karar verilmiştir.

fus kâtipleri. 25 haziran 1927 tarih ve 1154 sayılı Hariciye Vekâleti memurin kanunu, bu kanuna tâbi olacak memurları üç sınıfa ayırmaktadır: 1) meslek memurları, 2) idarî memurlar, 3) mütehasıslar. Meslek memurları, hariçte Büyük Elçiden, elçilik üçüncü kâtibi, şehbender vekili ve kañçılara, merkezde, müsteşardan ikinci kâtibe kadar olan memurlardır. İdarî memurlar, sözü geçen memuriyetlerin dışında bulunan memuriyetlerde istihdam olunan kimselerdir. Mütehasıslar da hukuk müşavirliğiyle, terçüme heyetlerinden ve arşivistlerden tereküp eder (s. g. kanun, m. 3, 6 ve 7).

Bu misallari çoğaltacak değiliz, çünkü maksadımız, umumî mânada memuru tarif eden metinlerin yanı başında, kendi tatbik sahaları dahiline giren ajanları tesbit eden diğer kanunların mevcudiyetine işaret eylemekten ibarettir.

4 — Görülüyor ki mevzuatımız muhtelif bakımlardan memur meselesiyle uğraşmaktadır. Mevzuatımız, esas itibariyle, ceza kanununun tatbikatında memurun kim olduğunu incelemek hususuna inhisar ettiği cihetle, biz bilhassa ceza kanununun 279 uncu maddesi üzerinde duracağız. Ancak, hususiyle 1255 sayılı tefsir kararını müteakip, ceza kanununun tatbikatında memur sayılan kimselerin tesbiti hususunun ceza tâkibatı bakımından memur telâkki olunacak şahısların tâyini mevzuunda iktisap eylediği üstün önem dolayısıyla, muhtasar da olsa, ceza tâkibatı bakımından kimlerin memur sayılabilecekleri meselesine de temas edeceğiz.

1 — Ceza tatbikatında memur.

5 — Ceza kanunumuzun 279 uncu maddesinin tahliline girişmezden önce, umumî bir bakışla bu maddeyi ihata edecek olursak, birtakım tefriklerle karşılaşırız.

İlk olarak, dikkatimizi çeken tefrik, maddenin iki bentten mürekkep olan birinci fıkrasıyla, keza iki bentten tereküp eyliyen ikinci fıkrası beyinde yapılmış olan tak-simdir. Gerçekten birinci fıkrada ceza kanununun tatbikatında kimlerin memur sayı-lacağı tesbit edildiği halde, ikinci fıkrada, gene ceza kanununun tatbikatında kimlerin âmme hizmetiyle muvazzaf kimse addolunacağı tayin edilmektedir. Binaenaleyh mad-de memurla âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimseyi birbirinden ayırmakta, diğer bir tâbirle, iki farklı ajan kategorisinin târifini vermektedir. Bu iki ajanın nevinin birbirin-den ayırt eden yegâne kıstas da ifa ettikleri faaliyetin mahiyetinde mündemiçtir: biri âmme vazifesi görür ve onun için memurdur, diğeri âmme hizmeti görür ve onun için âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimsedir.

İkinci olarak gözümüze çarpan bir tefrik te, gerek memur gerekse âmme hizmetiy-le muvazzaf olan kimselerin ikişer zümrede toplanmış ve mütalâa edilmiş olmalarıdır. Gerçekten her iki fıkranın 1 numaralı bentlerinde Devlet veya bir âmme müessesesi müstahdemi olan - yani kendileriyle Devlet veya bir âmme müessesesi arasında istih-dam rabtası bulunan - memur veya âmme hizmetiyle muvazzaf kimselerden bahsedil-diği halde [23], 2 numaralı bentlerinde ve "diğer kimseler" tâbiri altında, Devletin ve ya herhangi bir âmme müessesesinin müstahdemi olmiyan memur veya âmme hizme-tiyle muvazzaf kimseler nazarı itibare alınmıştır. Demek oluyor ki, bir şahsın memur veya âmme hizmetiyle muvazzaf kimse sayılabilmesi, onun sübjektif durumu ile, müs-

[23] Her ne kadar sözü geçen bentlerde "memur ve müstahdemleri" denilmekte isede, fikrimizce bu ibareyi hukuki mânada istihdam olunan kimse şeklinde anlamak iktiza eder. Mehazda bulunmayan "memur" kelimesine ayrı bir mâna izafe edildiği takdirde, târifi muarrefle ifade etmek gibi bir netice hasıl olur.

tahdem olup olmamasıyla ilgili değildir: bir âmme vazifesi veya hizmeti gören herkes, kanun nazarında, memur veya âmme hizmetiyle muvazzaf şahıs addedilmekte [24], diğer bir tâbirle kanun âmme vazifesini ve âmme hizmetini objektif bir surette himaye eylemektedir. [25].

6 — Demek ki, 279 uncu madde, mehz kanunda iki ayrı madde halinde nizamlanmış bulunan, iki ayrı ajan tipini târif etmekte ve bu ajanları birbirinden tefrik edecek kıstası münhasıran ifa eyledikleri faaliyetin mahiyetinde görmektedir. [26]. Binaenaleyh, mademki maddede iki ayrı ajan kategorisi derpiş olunmakta ve bunları birbirinden ayıran kriter de birinin âmme vazifesi ifa etmesine mukabil, diğerinin âmme hizmeti görmesi esasına inhisar eylemektedir, şu halde madde âmme vazifesiyle âmme hizmeti arasında fark gözetmekte, bu iki tâbiri ayrı mânalarda kullanmaktadır. Aksi halde, yani bu iki tâbir arasında hiçbir fark derpiş edilmediği takdirde, maddenin, birinci fıkrasında, “âmme vazifesi” terimini istimâl ettiği halde, ikinci fıkrasında “âmme hizmeti” demiş olması kolayca izah edilemez.

Binaenaleyh ilk olarak halledilmesi muktazi bulunan nokta, âmme vazifesi [27] tâbirinden neyin kastolunduğu ve bu tâbirin hangi bakımlardan âmme hizmetinden ayrılacağı meselesidir. Ancak şurasına işaret edelim ki, 279 uncu madde “âmme vazifesi” ve “âmme hizmeti” terimlerini kullanmışsa da, bunları târif etmemiş, bu hususta idare hukukuna zımnen atıfta bulunmuştur: yani idare hukukunca âmme vazifesi sayılabilecek bir faaliyeti ifa edenleri memur keza adı geçen ilimce âmme hizmeti telâkki olunabilecek bir faaliyeti görenleri de âmme hizmetiyle muvazzaf kimse addeylemiştir. [28]. Binaenaleyh, âmme vazifesiyle âmme hizmeti tâbirlerinin mânalarını, her şeyden evvel, idare hukuku alanında aramak iktiza eder. Kendi sahamızın dışında cereyan edecek olan bu araştırma ve incelemelerden dolayı vukubulacak zuhullerimizin başışlanmasını şimdiden dileriz.

Âmme vazife veya hizmetinin târif ve tesbiti hususunda, idare hukuku âlimleri, iki zümreye ayrılmışlardır: bazıları vazife veya hizmeti objektif bakımından mütalâa etmişler, yani bu mebhaste Devlet faaliyetlerinin esas ve mahiyetine bakmışlar, diğer bazıları ise, meseleyi sübjektif bakımından nazarı itibara alarak, Devlet veya âmme müesseseleri ajanlarının ifa eyledikleri faaliyete, haiz buldukları hak ve salâhiyetlere önem vermişlerdir.

A) Objektif telâkkilerin başında, Devlet gayelerini esaslı olan ve olmıyan diye ikiyey ayıran ve esaslı mahiyette sayılan gayelerin elde olunmasına matûf faaliyetleri âmme vazifesi, bu mahiyette telâkki edilmiyen gayeleri güden faaliyetleri ise âmme hizmeti addeyliyen nazariyle gelmektedir.

[24] Hususi şahsın memur veya âmme hizmetiyle muvazzaf kimse sayılabilmesi için ayrıca aranması icabeden şartlar, aşağıda (no. 13) incelenecektir.

[25] Zanobini, *İdare Hukuku* (tt. Atıf Akgüç - Sahir Erman), İstanbul, 1945, sah. 185.

[26] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 319.

[27] İşaret edelim ki, 279 uncu maddedeki “âmme vazifesi” tâbiri, mehz maddedeki “âmme fonksyonu” terimine tekabül eder ve o mânada anlaşılacak lâzım gelir. Gerçekten hukuk dilimizde “vazife” kelimesi biri dar diğeri de geniş mânada kullanılır: dar mânada vazife “vecibe” anlamına geldiği halde, geniş mânada vazife “fonksyon”a tekabül eder. Nitekim mülga Teşkilâtı Esasiye Kanunumuz “teşriî vazife” dediği gibi, Anayasa da “yasa-görevi” demekte ve görev (vazife) kelimesini bu ikinci ve geniş anlamında kullanmaktadır (Bk.: Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İst., 1945, s. 427 - V).

[28] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 319

İtalyan hâkimleri karşılıklı yardım Enstitüsünün 1931 yılında açmış bulunduğu müsabakada en büyük ikramiyeyi kazanmış olan sözü geçen makalesinde [29], sulh yargıcı Gallo bu telâkkiye şu şekilde izah ve müdafaa eylemektedir: Devlet birtakım gayelerin teminini istihdaf eder; ancak bu gayelerin cümlesi Devletin esasına, özüne taallük eylemezler: bunların birçoklarından Devlet pek âlâ vazgeçebilir. Devletin esasına taallük eden gayeler hukukî mahiyettedir, çünkü Devletin başta gelen faaliyeti hukukî nizamı tesis, tatbik ve bu nizama riayeti temin etmekten ibarettir. Binaenaleyh, Devlet faaliyetlerini hukukî ve sosyal olmak üzere ikiye ayırabiliriz: her ne kadar sosyal faaliyetini temin gayesini gütmekte ise de, Devletin bu sahada üstün ve hâkim bir mevki işgal eylediği ileri sürülemez. Sözü geçen faaliyetler hususî fertler tarafından da ifa edilebilirler: hattâ bunlar önceleri tamamiyle şahsî teşebbüse terkedilmişlerken, sonraları muhtelif mülahazalar dolayısıyla ve içtimâî menfaati daha iyi temin edebilmek saikasıyla, Devletçe deruhte olunmuşlardır. Fakat bu keyfiyet mevzu bahis faaliyetini tebdil edemez, nitekim Devlet tarafından deruhte olunduklarından sonra da, imtiyaz tarikiyle, tekrar şahsî teşebbüse terkedilmeğe müsaittirler. Bu gibi hallerde Devletin izhar etmiş olduğu irade ile aynı durumda bulunan hususî bir şahsın beyan edebileceği irade beyninde, mahiyet itibarıyla, fark yoktur: bir demiryolu şebekesinin hususî bir şirket veya bir âmme müessesesi tarafından idare olunması farklı irade beyanlarını istilzam edemez. Binaberin Devletin bu gibi faaliyetleri deruhte etmiş bulunması, faaliyetin esas mahiyetine, objektif durumuna tesir edemiyen sübjektif bir tebeddüldür. Bu fikri teyid eden bir keyfiyet de, imtiyaz müessesesinin ancak sosyal faaliyet sahasında tatbik edilebilmesidir: modern Devlet, hukukî sahaya giren faaliyetlerinden hiçbirinin ifasını imtiyaz tarikiyle hususî teşebbüse terkedemez. Bunun biricik istisnası vergilerin mültezimler vasıtasıyla toplattırılmasıdır: ancak bu istisna da tarihî bir yadigâr adedilmek iktiza eder.

Şimdi diyebiliriz ki, Devletin esas ve özüne taallük eden veya, diğer bir tâbirle, hukukî sahaya giren faaliyetler âmme vazifesine, bu mahiyette olmanın ve sosyal sahaya

[29] Bk. not 19.

[30] Zanobini (s. g. tercüme, s. 6 - 7) de bu fikre yaklaşmaktadır. Gerçekten bu müellife göre: "fonksyonun *daima Devlete has* iktidar mânasında bir âmme salâhiyetini, yani hâkimiyeti ifade ettiği mütalâasından hareket etmek icap eyler. "Bu salâhiyet ve kudretlerden" her birinin icrası... bir âmme fonksiyondur. Âmme hizmetleri ise ekseriya snâî istihsale taallük eden ve gayelerine vüsul için *fertler tarafından da yapılabilen* bir takım maddî ve teknik faaliyetlerdir". Yargıtayımızın da son olarak bu noktai nazarı kabul ettiğini Hususi Dairenin 4/III/1947 gün ve E 173/K 116 sayılı kararından anhyoruz. Gerçekten bu kararda aynen şöyle denilmektedir: "Âmme vazifesi Devlet tarafından âmme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zarurî görülen faaliyetlerdir. Devletin, Devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere tallük etmiyen ve bunlara fer'i olarak ta bağlı bulunmayan faaliyetler âmme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Âmme vazifesi Devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı zarurî oluşu, yani Devletin bu vazifeyi zarurî olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Âmme hizmetleri ise Devletin ihtiyarî olarak kendi faaliyet sahasına alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için kendi sahasına alır". (Bk.: İst. Huk. Fak. Mec., C. XIII, s. 2, sah. 755).

ithal edilebilen faaliyetler de âmme hizmetine tekabül eylerler [30]. Demek oluyor ki, bu telâkkiye göre, âmme vazifesi iki bakımdan âmme hizmetinden ayrılır:

1) Âmme vazifesi Devletin esas ve cevherine, esasî gayelerine müteveccih faaliyetler olduğu halde, âmme hizmeti nispeten talî mahiyette gayelerin elde olunmasını istihdaf eder;

2) Âmme vazifesi munhasıran Devlet tarafından ifa edilebildiği ve imtiyaz tarikiye müstakilen fertlerde devredilemediği halde, âmme hizmeti fertler tarafından da icra olunabilir, binnetice imtiyaz tesisine müsaittirler. [31].

Fransız müelliflerinin ekserisi de âmme vazife ve hizmetini objektif bir şekilde târif eylemektedirler.

Bonnard âmme hizmetini, fonksyonlar, yani hukukî veya fiilî tasarruflar vasıtasıyla Devlet gayelerinin elde olunmasını istihdaf eden bir teşkilât olarak târif eylemektedir. [32]. Yani, bu müellife göre, âmme fonksyonu, âmme hizmetlerinin ifasını temin eden bir vasıttan başka bir şey değildir. Âmme fonksyonunu bu mânada alan Duguît, âmme hizmetini, içtimaî rabitaların gelişmesine mâtuf ve bizzarure idare edenlerin müdahalesini müstelzim olup da, bunlar tarafından tanzim, temin ve mürakabe edilen herhangi bir faaliyet olarak târif eylemektedir. [33]. Barthélemy ise hâkimiyet fonksyonlarıyla temşiyet fonksyonlarını tefrik eder: birinciler âmme kudretinin müdahalesini icabettirir ve âmme fonksyonuna tekabül eder, ikinciler ise, hususî şahıslar tarafından ifa edilmeye müsaittirler ve âmme hizmetine tekabül eylerler. [34].

Sayın Hocamız Sıddık Sami Onar'ı da bu kategoriye ithal edebiliriz. Gerçekten Hocamız âmme hizmetini şu şekilde târif ediyor: "Âmme hizmetlerini tahlil ettiğimiz zaman, başta Devletin fonksyonlarıyla alâkadar bir hizmet ve bundan sonra da âmme hukuku usulleri dairesinde yücade getirilmiş bir teşkilât, bu teşkilât vasıtası olan ve yine âmme hukuku kaidelerine tâbi bulunan birtakım eşhas, eşya ve gelir kaynakları ve nihayet müsavi şartlar altında umuma arz edilen devamlı ve müstakâr ve yine âmme hukuku usul ve kaidelerine tâbi birtakım faaliyetler görürüz. Bu unsurlardan teşekkül eden âmme hizmeti şu üç vasfı haizdir:

"1 — Umumî ve müşterek ihtiyaçlara cevap vermeğe mahsus bir teşebbüs;

"2 — Bu teşebbüsün idarenin nezaret ve murakabesi altına konulmuş olması;

"3 — Devamlı ve muntazam bir surette çalışmağa mecbur bulunması". [35] Bu târif ve tahlildeki anasır ve bilhassa âmme hukuku usulü unsuru üzerine tekrar döneceğiz. Şimdilik, objektif dediğimiz bu telâkkiler hakkında düşündüklerimizi söylemekle iktifa edelim.

Devletin gaye ve faaliyetlerini esaslı ve talî adıye ayıran telâkki ilk bakışta muknî görülebilirse de, tenkitten masun kalamaz. Bugünkü mudil Devlet teşkilâtında ne gibi

[31] Fakat bir âmme hizmeti üzerinde imtiyaz tesis olununca, bazı kere, bu hizmetin ifası için zarurî olan muayyen birtakım âmme vazifeleri de birlikte devredilir. Ancak âmme vazifelerinin bu şekilde imtiyaz sahibine devrolunması, üzerinde imtiyaz tesis edilmiş olan hizmete mülhak, âdeta onun bir fer'idir. Onun için metinde âmme vazifelerinin "müstakilen" imtiyaza müsait bulunmadıklarını söyledik.

[32] Bonnard, *Notion générale sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics* (Rev. de Droit public, 1925, s. 5)

[33] Duguît, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1928, cilt II, s. 61; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuk*, I. Basılış, cilt I, İstanbul. 1942, s. 178.

[34] Barthélemy, *Tarité élémentaire de droit administratif*, Paris 1933, s. 55 ve son.

[35] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 175.

gayelerin esaslı ve hangilerininin de talî mahiyette oldukları ,suhuletle tâyin ve tesbit olunamaz. Hususıyla "Devletçilik" umdesini Anayasasına ithal etmiş bulunan memleketimiz hakkında, bilfarz iktisadî Devlet teşekküllerinin, Toprak Mahsulleri Ofisinin talî mahiyette ve Devletin kolaylıkla vazgeçilebileceği ve teminini fertlere terkeyliyebileceği gayelerin tahakkukuna mâtuf müesseseler oldukları iddia edilemez. Devletin hukukî sahadaki faaliyetinin daima esaslı mahiyette olduğu da söylenemez:meselâ vergi tarh ve tahsili, her ne kadar hukukî sahaya girmezse de, herhalde bir âmme hizmeti olarak telâkki edilemez. [36]. Netice itibariyle diyebiliriz ki, Devletin faaliyet sahası gittikçe genişlemektedir; "Devlet cemiyet için ehemmiyet kasbeden umumî bir ihtiyaç, cemiyet hayatının bir zarureti halini alan hizmetleri üzerine aldıkça, bunların başarılması için fevkalâde imtiyaz ve salâhiyetlerini başka sahalarda da kullanmağa başlar. Şu suretle evvelce bir temşiyet tasarrufu sayılan ve *talî addedilen* faaliyetlerin de hususî hukuktan ayrı birtakım kaidelere tâbi olması zarureti hâsıl olur"

Diğer noktai nazarlara gelince, Barthélemy'nin yapmış olduğu tefriğe karşı şöyle bir mülâhazada bulunmak mümkündür: âmme kudreti Devlet teşkilâtının her ân ve safhasında müdahale eder; bu müdahale bazen arzolunan hizmetlerden istifadeye fertleri icbar etmek suretiyle (mecburî aşî, tahsil v. s. de olduğu gibi), bazen de fertler tarafından ifa olunabilecek birtakım hizmetleri deruhte ve bunlar üzerinde inhisar tesis eylemek suretiyle tecelli eder. [38]. Binaenaleyh herhangi bir hizmetin ifası "âmme kudretini ve âmme hukukundan mütevellit salâhiyet ve imtiyazların kullanılmasını" [39] tazammun eder; yani bu tefrik âmme fonksyonunu âmme hizmetinden ayırmağa medar olamaz.

Aynı mülâhaza Duguit'nin noktai nazarı hakkında da varittir. Bir kere bu müellife göre ne gibi faaliyetlerin âmme hizmeti sayılabileceği kesin bir surette tâyin edilemez; [40]; sonra, gerek âmme hizmeti, gerekse âmme vazifesi mefhumları idare edenler tarafından tanzim veya murakabe olunan faaliyet kavramıyla âdeta kaynaşmakta ve binnetice bu iki mefhum beyninde hiçbir fark gözetilmemektedir. [41].

Buna mukabil Bonnard'ın ve Hocamızın noktai nazarları kat'i unsurlara istinat etmektedirler: bir teşkilât, birtakım kaynaklar ve faaliyetler mevzuubahistir. Bu unsurlara dayanan âmme hizmeti bir vahdet, bir müessese şeklinde tezahür eylemekte ve âmme vazifesi de bu müesseseyi gayesine ulaştıracak, bir vasita olarak ortaya çıkmaktadır; [42]; yani Devlet âmme hizmetlerini, âmme fonksyonlarını kullanarak, onlar vasıtasıyla tesis ve idare eder. Ancak, şurası varki, bu telâkki neticesinde âmme hizmeti mefhumu tasrih ve tesbit ediliyorsa da, âmme vazifesinin ne olduğu ve âmme hizmetinden ne bakımdan ayrılabilceği vazıhan anlaşılmamaktadır.

B) Şimdi âmme vazifesini ve âmme hizmetini sübjektif bakımından mütalâa eden nazariyeleri gözden geçirelim.

Hauriou'ya göre, bir şahsın memur olabilmesi için, bir âmme idaresinin daimî kadrosuna mensup bulunması; [43]; Jézé'e göre, bir âmme hizmetinin temini zımında

[36] Miele, s. g. makale.

[37] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 186.

[38] Miele, s. g. makale.

[39] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 187.

[40] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 178.

[41] Miele, s. g. makale.

[42] Miele, s. g. makale.

[43] Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris 1927, s. 589 - 590.

devamlı bir vazife işgal etmesi; [44]; Duguit'ye göre bir âmme hizmetinin işlenmesi hususunda devamlı ve normal bir surette [45] ve Barthélemy'ye göre, Devlet (chose publique) idaresine devamlı bir şekilde iştirak etmesi; [46]; nihayet Hocamız Sıddık Sami Onar'a göre, Devletin daimî, sabit ve normal âmme hizmetleri kadrosuna girmesi ve bunun dereceleri içinde kaynaşması [47] icabeder.

Görülüyor ki bu müellifler âmme fonksyonu mefhumunu, "âmme hükmî şahıslarının personeline mevdu bulunah vazife ve selâhiyetlerin hususî mahiyetinden ziyade, sözü geçen hükmî şahısları bu personele bağliyan rabıtalarda aramaktadırlar". [48]. Bundan başka, bu târiflerin hepsi Devlet veya âmme müesseselerinin müstahdemi bulunan memurları ele almakta ve hususî şahısların memur veya âmme hizmetiyle mavaz-zaf sayılmaları halleriyle meşgul olmamaktadırlar.

İtalyan doktrinine gelince, Longhi otorite ile temşiyeti, fikrî faaliyetle bedenî faaliyeti birbirinden ayırır: hukukî faaliyet sahası otoriteyi, sosyal faaliyet sahası da temşiyeti teşkil eder; gerek otorite gerekse temşiyet sahalarında fikrî bir faaliyette bulunanlarla, bedenî bir faaliyet sarfetmelerine rağmen hâkûniyet haklarından müstefit olanlar memurdurlar. [49]. Manzini de, esas itibariyle, böyle bir ayırma yapmaktadır: âmme vazifesi az çok fikrî bir faaliyeti icabet-tirdiği halde, âmme hizmeti mekanik, bedenî bir çalışmayı istilzam eyler. [50]. Sabatini'ye göre, âmme fonksyonu ifa eden şahsın iradesi, Devletin veya bir âmme müessesesinin teşriî, idarî veya adlî sahalardaki bir gayesini tahakkuk ettirebilmek iktidarını haiz olduğu halde, âmme hizmeti gören kimsenin iradesi, umumî menfaat maksadının elde olunmasına iştirâk eylemekle beraber, mütemmim ve fer'î mahiyette olan vasıtaların teminine müteveccihdir. Binaenaleyh âmme hizmeti ifa eden kimsenin faaliyeti esas itibariyle tatbikî ve maddî mahiyette olup, âmme fonksyonu gören şahsa has olan geniş takdir salâhiyetinden pek az istifade eder. [51]. Zanobi'nin telâkkisi de buna yakındır: "bir âmme hükmî şahsının hizmetinde herhangi bir âmme fonksyonu ifa eden şahıslara memur ismi verilir: şu halde, bu tâbir... basit âmme hizmetlerini ve *sırf dabilî ve ibzarî faaliyetleri* icra eden şahısları ifadé eylemez". [52]. Nihayet Saltelli ve Romano - di Falco ile Gallo'ya göre, "kendi ferdî iradesiyle üstün Devlet iradesinin teşekkülüne herhangi bir surette iştirak eden kimse, âmme vazifesi", bu üstün iradenin teşekkülüne şahsî iradesile hiçbir veçhile müessir olamıyan kimse ise âmme hizmeti ifa eder. [53]. Bu noktai nazar üzerinde biraz duralım.

Esas itibariyle temsil ve vekâlet nazariyesine [54] müstenit bulunan bu telâkkiyi şu şekilde telhis edebiliriz: Devlet, gerek hukukî faaliyet gerekse sosyal faaliyet sahalarında (yani gerek âmme vazifesinin gerekse âmme hizmetinin icrası sırasında), hakikî

[44] Jéze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait* (Rev. de droit public, 1914, s. 48).

[45] Duguit, s. g. e., cilt II, s. 3 - 4.

[46] Barthélemy, s. g. e., s. 51.

[47] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 884.

[48] Miele, s. g. makale.

[49] Miele, s. g. makale.

[50] Manzini, s. g. e., No. 1345.

[51] Sabatini, *Istituzion di diritto penale*, Catania, 1933, s. 175, not. I.

[52] Zanobini, s. g. tercüme, s. 161.

[53] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 320; Gallo, s. g. makale.

[54] Temsil ve vekâlet nazariyesi hakkında bk.: Sıddık Sami Onar, s.g.e., s. 439-440

şahıslar vasıtasıyla ıshar eylediği birtakım irade beyanlarında bulunur. Ancak bu iki sahada ıshar olunan irade beyanları beyinde, mahiyet itibarıyla, fark vardır: hukukî faaliyet sahasında izhar edilen irade, hâkim, üstün bir irade olduğu halde, sosyal faaliyet sahasında beyan olunan irade böyle bir vasfı haiz değildir; şöleki birincisi herkes veya muayyen zümre eşhas hakkında icbar edici bir şekilde tezahür eyler, ikincisi ise, esas itibarıyla, ferdî ve şahsî bir iradeden farksızdır. Hâkim ve üstün irade demek: diğer bütün şahıslara nisbetle haiz buldukları hukukî üstünlük mevkiî dolayısıyla, âmme hukuku sùjeleri sıfatıyla Devlete ve diğer âmme hükmi şahıslarına ait, otoriter ve diğer bütün iradelerin zevkinde olan bir irade" demektir. [55]. Böyle bir iradenin mümeyyiz vasfı, emir ve zecir selâhiyet ve kudretleriyle mücehhez bulunmasıdır. Şimdi sözü geçen selâhiyet ve kudretleri kullanarak bu üstün iradenin teşekkülüne iştirak eden şahıslar bir âmme fonksyonu ifa eylerler ve binaenaleyh memurdurlar, bu gibi selâhiyetlerden mahrum bulunup da, üstün ve hâkim Devlet iradesinin teşekkülü bakımından faal bir rol oynamayan kimseler ise âmme hizmeti görürler ve binaenaleyh âmme hizmetiyle muvazzaf şahıstırlar.

Mevzu bahis üstün iradenin teşekkülüne iştirak, gerek bu iradenin izharı için icabeden malzemenin toplanması ve hazırlanması, gerek bizatihî iradenin beyan olunması, gerekse beyan edilmiş olan iradenin emir ve zecir selâhiyetleri kullanılmak suretiyle, tatbik ve icra edilmesi safhalarında vukua gelebilir. Binaenaleyh diyebiliriz ki, kendi şahsî iradesiyle üstün Devlet iradesinin beyan ve izharı için gereken malzemeyi toplıyan veya bizzat bu iradeyi açığa vuran yahut emir ve zecir selâhiyetlerini istimâl suretiyle tatbik ve icra eyliyen kimse memurdur, bunun dışında kalan şahıs da âmme hizmetle muvazzaf olan kimsedir. İtalyan vâzı kanunu tarafından kabul edilen bu fikir, [56], bir iki istisna hariç, [57], İtalyan mahkemeleri tarafından da makbul tutulmaktadır.* [58].

[55] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 320.

[56] Bk.: Galo, s. g. makale.

[57] Bk.: Cass. 16/1/1933 (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1933, s. 621): bu kararında İtalyan Yargıtayı, müfettişlere yardım etmek maksadıyla tâyin edilmiş olan ve birtakım vakıaları tespit etmek vazifesiyle mükellef bulunan şahısların, müfettişlerin haiz oldukları selâhiyetlerle mücehhez bulduklarını ve bunun için memur sayıldıklarını kabul eylemiş ve böylece âmme vazifesini âmme hizmetinden ayıran kriteri takdir selâhiyetinde bulmuştu. Keza 15 nisan 1932 tarihli diğer bir kararında (Bk.: Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 321, not I), âmme fonksyonunda direktif ve takdir selâhiyetlerinin mündemiç bulunduğunu ve âmme hizmetine ise müstahdemin memurun sevk ve idaresi altında yaptığı bedenî ve mekanik işler gireceğini kabul eylemişti.

[58] Nitekim bk.: Cass. I temmuz 1932 (Gallo, s. g. makale, 1934, s. 56, not 1): "âmme vazifesi, Devlete ve diğer âmme hükmi şahıslarına has olan hâkimiyet ve emir kudretine iştirak keyfiyetine istinat eder". Keza: Cass. 14/XI/1934 (*Ann. di diritto e proc. pen.*, 1934, s. 163): "Umumi bir gayenin elde olunmasına matûf olarak, kendi ferdî iradesiyle Devletin veya sair âmme hükmi şahıslarının iradesini teşkil veya teşkile iştirak eyleyen - yani emir ve takdir selâhiyetlerini haiz bulunan - hakikî şahıs, âmme fonksyonu, sözü geçen selâhiyetlere malik bulunmaksızın, sadece icraî ve maddî faaliyetler ifa eden şahıs ise âmme hizmeti icra eder". Aynı mealde: Cass., 3 haziran 1932 (s. g. *dergi*, 1932, s. 927). - Fransız jürisprüdansı da bu telâkkiye yaklaşmaktadır; nitekim bk.: Lyon bidayet mahkemesi, 26 temmuz 1910 (S., 1914.2.1108): "175 inci maddede kullanılan (her memur)

Dikkat edilecek olursa, bütün bu fikirlerin de tamamiyle tatminkâr olmaktan uzak buldukları görülür.

Longhi, Manzini ve Sabatini'nin fikri ve maddî olarak faaliyetleri ikiye ayırmaları müphem ve gayri vazih bir mahiyet arz etmektedir. Bu iki faaliyeti nefislerinde cemen kimseler bulunduğu gibi, sözü geçen kıstas kabul edildiği takdirde, işi gücü gelen mektupları kaydedip dosyalarına koymaktan ibaret bulunan bir evrak memurunun yaptığı işi âmme vazifesi, merciince verilmiş olan tevkif müzekkeresi gereğince maznunu zorla yakalayan ve tevkifhaneye sürükliyen zabıta memurunun gördüğü işi ise âmme hizmeti olarak tavsif eylemek icebedecektir. [59].

Âmme vazifesini üstün Devlet iradesinin teşekkülüne iştirâk keyfiyetinde derpiş eden noktâ nazara gelince, önceleri bize cazip görünmüş olan bu telâkki de tenkitten masun kalmaz. Devlet iradesinin ancak âmme vazifesi sahasında üstün ve hâkim bir mahiyet arzettiği, âmme hizmeti sahasında ise diğer iradelerden farksız bulunduğu doğru değildir. Devlet birtakım âmme hizmetlerini sadece tesis ve idare etmekle iktifa eylemez, bazen de bunlardan istifade olunmasını herkese veya bir zümre eşhasa tahmil eder. Tedris ve tahsil müesseselerinin birer âmme hizmetleri oldukları şüphesizdir; fakat, ilk tahsili herkes için mecburi kılarken, Devletin izhar eylediği iradenin hâkim ve üstün olduğu da şüphesizdir. Vatandaşların sıhhi durumlarıyla meşgul olmak, bir âmme gayesidir; bu gayenin gerçekleşmesi için Belediye bir takım hastahaneler, dispanserler açar, birtakım tedbirlere başvurur, bunların hepsi birer âmme hizmetidir; fakat, bilfarz yabancı memleketlerden gelenleri karantinaya tâbi tuttuğu, kapıcıları her ay mecburî aşya icbar eylediği, sarî bir hastalığın yayılması halinde umumî yerleri muayyen bir müddet kapadığı zaman, Belediyenin beyan etmiş olduğu iradenin hâkim ve üstün olmadığı, bu iradenin teşekkülüne iştirâk eden kimselerin emir ve zecir salâhiyetleriyle mücehhez bulunmadıkları iddia edilebilir mi? Demek oluyor ki, iradenin üstün bir mahiyet arz edip etmemesi keyfiyeti de âmme vazifesiyle âmme hizmetini, memurla âmme vazifesiyle muvazzaf olan kimseyi birbirinden tefrike medar olamaz.

7 — Bizim bu mebhaste makbul tutacağımız kıstas, Cagliari Üniversitesi İdare Hukuku Ordinaryüsü, Profesör Miele'nin ileri sürmüş olduğu kriter olacaktır.

Profesör Miele, sözü geçen makalesinde [60], fikrini -hülâsatan- şöyle izah ediyor.

Devlet ve diğer âmme hükmî şahısları, muayyen bir tarih devresinde deruhte eyledikleri vazife ve faaliyetleri, muayyen birtakım gayelerin tahakkuku zımında vücuda gelmiş olan daha küçük teşekküllere tevdi ederler ve böylece Devlet teşkilâtı dahilinde bir iş bölümünün gerçekleşmesini mümkün kılarlar. Bilhassa modern Devlette sayıları gittikçe artmakta olan bu teşekkül ve müesseselere, çok kere, hükmî şahsiyet dahi tanınır. Şimdi bu müesseseler meyanında teşriî ve adlî mahiyette olanları bir hususiyet arzederler, şöyle ki bunların elde etmek istedikleri gaye, ifa eyledikleri faaliyette meknuz ve mündemiçtir; yani sözü geçen müesseselerin mücerret faaliyette bulunmalarıyla güttükleri gaye tahakkuk etmiş olur: hukuku vazetmek ve müşahas hâdisede beyan eylemekten ibaret olan bu faaliyetlerini ifa etmekle, mezkûr müesseseler gayelerine vasıl olurlar; bundan sonrası, yani vaz ve beyan olunan hukuk

tâbiri, mücehhez buldukları bir vekâlet mucibince, Devletin, eyaletin, komünün veya bir müessesenin işlerinin idaresine iştirâk eden bütün şahısları ihtiva eyler". Fakat ilerde göreceğimiz vehile, fransız mahkemeleri âmme vazifeleriyle âmme hizmetini pek ayırmaktadırlar.

[59] Miele, s. g. *makale*.

[60] Bk. not 11.

kaidesinin mevkiî fiile konması keyfiyeti, ya hususî şahıslara veya, Devletin ilgili olması halinde, idarî mercilere mevduudur.

Hülâsa, teşriî faaliyetin nihaî gayesi hukuk kaidelerini vazetmek hususundaki hukukî salâhiyetin kullanılmasından, kazaî faaliyetin nihaî gayesi de ihlâl edilmiş olan hukuk kaidesine riayeti veya bu kaideyi eski haline getirmegi temin eylemek hususundaki hukukî iktidarın istimalinden ibarettir.

Halbuki, idarî faaliyet, bu bakımdan, farklı bir şekilde tezahür eylemektedir: bu sahaya giren bazı hususlarda hukukî salâhiyet ve iktidarın istimali hemen hemen hiç göze çarpmaz: tedrisat, hıfzıssıhha, içtimâî sigorta, demiryolları, posta ve telgraf işletmelerinde olduğu gibi. Her ne kadar mecburî tahsilde bir salâhiyetin istimali mevcutsa da, bu salâhiyet Devletin muayyen münasebetlere müdahale etmesini kolaylaştırmak gayesine mâtuftur. Nitekim demiryollarında, posta ve telgraf idaresinde birtakım harçların alınması da sözü geçen salâhiyet ve iktidarların bir tezahürüdür; fakat, bu, hizmetten edilen istifadeye tekabül eyleyen, bunun bir neticesi olan bir salâhiyet ve iktidardır. Yani demek istiyoruz ki, bu gibi hususlarda kullanılan hukukî salâhiyetler, fertlere temin olunan menfaat muvâcchesinde talî bir yer işgal ederler: sözü geçen müesseseler, mücerret faaliyette bulunmakla mücehhez buldukları selâhiyet ve iktidarları istimâl etmekle gayelerine erişmiş sayılamazlar: matlûp olan, bu iktidar ve selâhiyetlerin muayyen bir netice tevhit etmeleridir.

Fakat idarî faaliyetin adlî zabita, vergi tarh ve tahsili gibi diğer cephelerini mütalâa edecek olursak, sözü geçen hukukî iktidar ve salâhiyetlerin istimâl olunmasının ön-plâna geçtiklerini görürüz, çünkü bu cephelerde Devlet ancak şahsî hürriyetleri ve mülkiyeti muhtelif yönlerden tahdit etmek, yani hukukî iktidar ve salâhiyetleri kullanmak suretiyle, gayesine ulaşabilir.

İmdi diyebiliriz ki, Devletin herhangi bir faaliyeti, munhasıran veya daha çok, kendine has hukukî bir iktidar ve salâhiyetin istimali maksadiyle teşkilâtlandırıldığı zaman âmme fonksyonu, bu iktidar ve salâhiyetin kullanılması ikinci plânda kaldığı zaman ise âmme hizmeti mevzuubahis olur. Demek oluyor ki, âmme vazifesiyle âmme hizmeti, objektif bakımından bu şekilde ayrılır.

Şimdi âmme fonksyonu ifa edenlerle, yani memurlarla, âmme hizmeti görenler, yani âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimseler arasındaki farka gelelim.

Dedik ki, Devlet birtakım hukukî iktidar ve salâhiyetleri istimâl eder. Fakat her hukukî iktidar ve salâhiyetin tecellî ve tezahür eylediği faaliyet aynı kıymet ve şumulü haiz değildir. Yani hukukî tasarrufların ısdarına veya hukukî fiillerin ifasına mâtufl bulunan bir faaliyet mevcut olabileceği gibi, buna nisbetle dahilî bir mahiyet arzeden ve hukukî salâhiyetin istimalini temsil veya tatbikini temin eylemekten ibaret bulunan bir faaliyet de mevzuubahis olabilir. İşte, Devletin kendi teşkilâtı dahilinde ve haricinde yapmış olduğu salâhiyet ve vazife tefriki dolayısıyla, bazı şahıslara hukukî tasarrufların yapılması veya hukukî fiillerin icrası hususları tevdi olunduğu halde, diğer bazı kimselere doğrudan doğruya hukukî netice tevhit etmeyen bedenî veya fikrî faaliyetlerin icrası mevdu bulunmaktadır. Sübjektif bakımdan, ancak bu birinci kategoriye giren kimseler bir âmme vazifesi ifa etmiş sayılabilirler.

İzah edelim: Devlet, hukuk sahasında, bir varlık, bir hak sahibi olarak ancak hukukî tasarruf [61] veya hukukî fiiller [62] vasıtasıyla tezahür eder; bunlar vasıtasıdır

[61] Hukukî tasarruf kavramı ve unsurları hakkında bk.: S. S. Onar, s. g. e., s. 42-80.

[62] Hukukî fiil kavramı hakkında bk.: Zanobini, s. g. tercüme, s. 245-273; R. Honig, *Hukuk başlangıcı ve tarihi* (tt. Yavuz Abadan) 2 ci tabı, İst., 1935, s.192 ve sonrakiler.

ki tanzim edici rolünü ve gittikçe genişlemekte olan vazifelerini yerine getirir, hak iktisap ve borç iltizam eder.

Binaenaleyh âmme fonksyonu, sübjektif bakımdan, Devlete has hukukî bir iktidar ve selâhiyet gereğince, hukukî tasarruf veya fiillerin ifası suretinde tecelli eden bir faaliyet olarak târif edilebilir. Binnettece bu mahiyette olan bir faaliyette bulunan herkes bir âmme fonksyonu ifa eder, yani memurdur, aksi halde âmme hizmetiyle muvazaf olan kimsedir.

Fakat bu fikri diğer bir unsurla itmam ve ikmal eylemek iktiza eder: aksi halde, bilfarz mutlâkiyetle idare olunan bir Devlette, memur sıfatını ancak hükümdara tanımak gibi bir netice hâsıl olur, zira böyle bir rejimde bütün hukukî tasarrufların yegâne menşei hükümdarın şahsıdır. Bu unsur da iştirâk ve yardım unsurudur.

Nispeten basit olan bir teşekkülde, hemen bütün faaliyetler, teşekkülün başında bulunan kimsenin şahsında temerküz eder. Fakat bu teşekkül geliştikçe, daha mudil bir mahiyet iktisap ettikçe, bu faaliyetlerden büyük bir kısmı diğer yardımcı şahıslar tarafından ifa olunmağa başlar. Devlette de aynı hâdise vuku bulmaktadır: imdi bir hukukî tasarrufun veya fiilin yapılmasına bu şekilde iştirak ve yardım edenlerin, diğer bir tâbirle, hukukî tasarrufu ısdar veya hukukî fiilî ifa eyleyecek olan asıl Devlet organının faaliyetini tamamlayanların da bir âmme fonksyonu gördüklerini kabul eylemek icabeder.

Ancak bu iştirak ve yardım unsuru, bütün şumulü ile tatbik olunduğu takdirde, âmme fonksyonu ile âmme hizmeti arasında herhangi bir fark ortadan kalkar; zira bir daktilonun, bir evrak ve dosya memurunun, hattâ ilerde hukukî tasarruf mahiyetini iktisap edecek olan bir vesikayı bir masadan diğerine götüren hademenin de hukukî tasarruf veya fiilin vukuuna herhangi bir suretle iştirak ettikleri ileri sürülebilir. Binaenaleyh sözü geçen unsuru, idare hukukunun diğer bir müessesesine başvurmak suretiyle, itmam ve ikmal eylemek iktiza eder. Bu müessese de, evvelce bir münasebetle işareti etmiş olduğumuz, âmme hukuku usulüdür.

İdare hukuku sahasında, her hukukî tasarruf veya fiil, "âmme hukuku usulü" denilen muayyen bir usule tevkifan meydana gelir. Böylece hukukî tasarruf veya fiil, muhtelif merhale ve safhalardan geçtikten sonra, tekemmül eder ve hukuk âleminde kendine has olan neticeyi tevlit eyler. Bu muhtelif merhalelerden geçiş, bazen kanunen mecburi kılınmıştır, şöyle ki buna ademî riayet, yapılan tasarrufun butlanını ve fiilin hükümsüzlüğünü mucip olur [63]; fakat bunun böyle olması şart değildir: kanunun sözü geçen merhaleleri sadece derpiş etmiş olması veya müşahhas hâdisede Devletin bu usulü tanımış bulunması kâfidir. Böylece, meselâ, kanunen ihtiyarî olması halinde, Danıştay'ın reyinin sorulması bu manâda usulî bir muameledir; keza baş muhasibin havalesi, herbir Bakanlık nezdinde bulunan teknik müşavere heyetlerinin beyan ettikleri mütalâa hep bu âmme hukuku usulünün birer merhale ve safhasıdır.

Binaenaleyh diyebiliriz ki, malûmat toplamağa, teknik veya idarî mahiyette iştirakî kanaat ve fikir beyan etmeğe, muayyen bir tedbirin mevkii fiile çıkması için gereken vasıtaları ihzar eylemeğe mâtuf olan her faaliyet bu hususî mânada anlaşılan bir yardım ve iştiraktır.

Netice itibarıyla, fert bir hukukî tasarruf veya fiilde bulunmak suretiyle hukukî bir iktidar ve selâhiyeti istimal ettiği veya bu tasarrufların ısdarına veya fiillerin ifasına, âmme hukuku usulüne uygun bir şekilde, iştirâk ve yardım vaki olduğu takdirde, âmme vazifesi, bu şartların tahakkuk etmemesi halinde ise âmme hizmeti mevcuttur.

[63] Hukukî tasarruflarda yokluk ve butlan hakkında bk.: S. S. Onar. s. g. e., s.65-75.

Âmme vazifesi hakkında verilen bu târif, gerek müstahdem olan gerekse olmıyan memurları ihtiva edecek genişliktedir. Suçluyu tevkif eden zabıta memuru gibi, meşhut suç halinde onu muvakkaten yakalayan=fert; bir muahedenin akdi için zemini hazırlıyan elçi gibi, bunu imza ve aktedecek olan mahsus heyet; zaruret hallerinde idarî mercilerin yerine geçen hususî şahıslar da birer âmme vazifesi görmüş olurlar. Ancak hususî bir şahsın memur sayılabilmesi için âmme vazifesi ifa etmesinden başka aranması lâzım gelen şartlara ilerde temas edeceğiz. [64].

Demek oluyor ki, ileri sürülen bu kıstasa göre, hukukî tasarruf ısdar veya hukukî fiil ifa eden şahıslarla, bu ısdar ve ifa keyfiyetlerine âmme hukuku usulü mucibince iştirak ve yardım eden şahıslar âmme vazifesi görürler ve binaenaleyh memurdurlar; hukukî tasarruf veya fiilleri yapmıyan ve bu hususlara iştirak ve yardımda bulunmıyan yahut bir iştirakte bulunmakla beraber, bu iştirakleri âmme hukuku usulünün dışında kalan kimseler ise, âmme hizmeti görürler ve binaenaleyh âmme hizmetiyle muvazzaf olan şahıstırlar.

8 — İdare hukuku sahasında varmış olduğumuz bu neticeyi ceza hukukuna tatbik edersek, elde edeceğimiz sonuç, bilhassa ceza kanunumuzun "Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler" babı muvacehesinde, her türlü mahzur ve itirazdan masun kalabilir mi?

Gerçekten, âmme vazifesi tâbirine vermiş olduğumuz mâna dolayısıyla, âmme hizmeti ifa edenleri - yani irade ve fiilleri hukuken önemsiz olan veya hukukî bir netice terettüp eden irade beyanlarına veya fillere âmme hukuku usulü uyarınca iştirak eylemiyen kimseleri - "memur" tâbirinin dışında tutmuş ve sözü geçen şahısları "âmme hizmetiyle muvazzaf kimse"ler saymış oluyoruz. Halbuki kanunumuz, bilhassa memurlar aleyhine veya tarafından işlenebilecek suçları derpiş ve tanzim eyliyen ikinci kitabın dördüncü babında ,ancak "memur" tâbirini kullanmış ve "âmme hizmetiyle muvazzaf kimse" den hiç bahsetmemiştir. Binaenaleyh "âmme vazifesi", "âmme hizmeti" nden farklı bir surette tefsir ve imal edilecek olursa, âmme hizmetiyle muvazzaf olan şahıslar tarafından idareye veya efrada karşı işlenen suçlarla, fertlerin bu gibi şahıslara karşı işleyecekleri suçların ya cezalandırılmaları, [65], veya failin cezasının arttırılması [66] imkânsız olacaktır. Bir misalle izah edelim: mektup ve telgrafları tevzi eden posta müvezzininin yaptığı bu fiil hukuk sahasında bir yenilik yaratmadığı için - çünkü postacı mektup veya telgrafı vermekle bir hakkı ihdas, iskat veya tebdil etmiş olmaz - bir âmme vazifesi sayılamaz, binnetice müvezzi de "memur" addedilemez. Şimdi böyle bir müvezzi mektup ve telgrafları dağıtacağı yerde, vaktini hususî işlerini ifa ile geçirse, 230 uncu madde mucibince memuriyet vazifesini ihmal suçundan dolayı cezalandırılmıyacaktır. Çünkü sözü geçen suçun bir unsuru failin "memur" olmasıdır ve suçların kanuniliği prensipi dolayısıyla, âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimselerin memur addedilebilmesi imkânsızdır.

Bundan başka vazı kanunun maksadı da âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimseleri inemur saymak ve binnetice âmme vazifesiyle âmme hizmeti beyninde fark gözetmemek merkezinde olduğu aşıkardır. Filhakika, yukarya nakletmiş bulunduğumuz [67]

[64] Bk.: no. 13.

[65] Memur sıfatının unsur sayıldığı suçlarda.

[66] Memur sıfatının ağırlatıcı sebep sayıldığı suçlarda.

[67] Bk. no. 3.

Adliye Encümeni mazbatasında: "(Devletin emniyeti aleyhinde cürümler) bahsinde yapılması teklif olunan tâdiller dolayısıyla da memur hakkındaki târifin daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve tâdili teklif olunan maddelerin bazısında, memurdan başka, âmme hizmeti görmekle muvazzaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu gözönünde tutan encümenimiz, 279 uncu maddenin de tâdilini teklif etmeğe karar vermiştir" denmektedir.

Binaenaleyh, âmme vazifesinin âmme hizmetinden farklı bir şekilde tefsir ve imal olunması idare hukuku bakımından doğru ve yerinde olabilirse de, bizim ceza kanunumuz bakımından hem mahzurlu neticeleri mucip, hem de vazı kanunun maksadına muhalif olur.

İşte bu mülâhazalar dolayısıyledir ki Hocamız Sulhi Dönmezer, âmme vazifesi tâbirini âmme hizmeti şeklinde tefsir etmiş [68] ve Yargıtay belki de aynı mülâhazalar saikasıyla, âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimseleri hemen daima memur saymış, daha doğrusu, bir kimsenin memur olabilmesi için bir âmme hizmetini ifa eylesini kâfi addedmiştir. [69].

9 — Bu itirazlara ve sözü geçen tefsir tarzının tevhit edeceği mahzurlara gerek hukukî bakımdan gerekse maslâhata uygunluk noktasından şu şekilde cevap verebiliriz.

Hukukî bakımdan diyebiliriz ki, 279 uncu madde sarihdir: birinci fıkrasında memuru, ikinci fıkrasında ise âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimseyi târif eden madde, birinci fıkrasında "âmme vazifesi" dedikten ve bu vazifenin "teşriî, idarî veya adlî" olabileceğini tesbit eyledikten sonra, ikinci fıkrasında "âmme hizmeti"nden bahsetmekte ve âmme hizmetinin ancak idarî olabileceği aşikâr bulunduğu cihetle bu üç sıfatı zikreylememektedir. Binaenaleyh madde âmme vazifesini âmme hizmetinden ayrı-

[68] Sulhi Dönmezer, Mahkeme içtihatları kroniği, Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt IX, sayı, 3 - 4, s. 822.

[69] Nitekim bk.: "... Yeni Lisenin mevzu faaliyeti âmme hizmeti olması dolayısıyla, bu müessesede müdür muavini sıfatıyla vazife görmüş olan suçlunun Ceza Kanununun 279 uncu maddesi mucibince memur sayılması tabii bulunmasına..." (ceza dairesi, 4/3/1944 tarih ve 39 E/530 K sayı. - *Adliye Dergisi*, 1944, sayı 4, s. 60); "Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesinde âmme hizmeti gören müesseselerin memur ve müstahdemlerinin Ceza Kanununun tatbikatında memur sayılacakları teyid olduğuna göre... Kızılay Cemiyetinin memur ve müstahdemlerinin ceza kanununun tatbikatında memur sayılmayacaklarına taallük eden itirazlar yerinde değildir" (1 Ceza Dairesi, 11/2/1942 - Ekrem Korkut, *Tatbikatın misaller*, II, İst., 1942, s. 390); Tarım Kooperatifleri hakkındaki 3836 numaralı kanuna "tevfikan kooperatifin hissedarlar arasında alelâde bir kredi müessesesinden ibaret bulunması hasebiyle ve muamelâtının bu mahiyeti itibariyle de bir âmme hizmeti sayılmasına mesâğ ve imkân görülmemesine binaen..." (IV Ceza Dairesi, 20/9/940; 6953 E/6039 K - Ekrem Korkut, s. g. e., s. 392); "... köy öğretmenlerinin gördükleri hizmet âmme mütaallik olup, bunlar Devlet memuru idadına dâhildir"ler (Adalet Bakanlığından Kocaali C. Saveliğine yazılan 20/10/1938 tarih ve 184 sayılı yazı - C. Köseoğlu, s. g. e., s. 305-306); "Gardiyanların daimî bir âmme hizmetiyle muvazzaf bulunmalarına ve Ceza Kanununun değişen 279 uncu maddesinin mutlak sarahatına göre bunların memur olarak kabulü ile..." (IV Ceza Dairesi, 12/9/1939; 8287 E/1660 K - C. Köseoğlu, s. g. e., s. 306). - Fransız İhtilâf Mahkemesi de bu kanaattedir; gerçekten bu mahkemenin bir kararına göre "idarî bir âmme hizmetinin ifasına daimî surette iştirâk eylemeğe davet olunan ajan... memurdur" (Tribunal des Conflits, 15/1/1938 - S. 1938. 3. 28).

mış, bu iki tâbir arasında fark gözetmiştir; aksi halde, yani âmme vazifesiyle âmme hizmetinin müteradif addedilmeleri halinde, aynı maddenin iki fıkrasında bu iki tâbirin kullanılmasına hattâ ayrıca âmme hizmetiyile muvazzaf olan kimselerin tarif edilmesine ihtiyaç hiss olunmazdı.

Bundan başka, kanunumuz, muhtelif maddelerine, "âmme hizmetiyile muvazzaf kimse" tâbirini sarahaten kullanmaktadır. Ezcümle 483 üncü maddede, "hidematı âmmeden biri ile muvazzaf bulunan şahıslar" dendiği gibi, 138 inci maddede de "memur veya âmme hizmetini ifa ile mükellef olan kimse" den bahs olunmaktadır. Binaenaleyh âmme hizmetiyile muvazzaf olan kimseler ayrı bir ajan kategorisi teşkil ederler ve bu kategorinin târif edilmesi icabeder. İşte 279 uncu maddenin ikinci fıkrası bu târifî yapmakta ve âmme hizmetiyile muvazzaf olanları memurlardan - yani âmme vazifesi ifa eden kimselerden ayırmaktadır.

Adliye Encümenininin mazbatasındaki esbabı mucibeye gelince, bu esbabı mucibedeki tenakuz barizdir: âmme hizmetiyile muvazzaf olan kimselerin memur sayılacağını söyleyen mazbata "tâdili teklif olunan maddelerin bazılarında *memurdan başka*, âmme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimselerden bahis" edildiğini ilâve eylemektedir. Halbuki, âmme hizmetiyile muvazzaf olan kimselerle memurlar beyninde fark bulunmaması halinde, sözü geçen maddelerde "memurdan başka" âmme hizmetiyile muvazzaf kimseden bahsedilmesinin sebebi anlaşılabilir: kanunun aynı mânâyı ifade eden iki tâbiri - bazan da yanyana ve "veya" edatiyle ayırmak suretiyle - kullanması mantıkan izah olunamaz. Nihayet şunu da söyleyeyim ki, bir kanun maddesi objektif bir hüviyet ve şahsiyete sahiptir; onu tefsir ederken kendisini vazetmiş bulunan kimsenin arzu ve maksadı değil, bizzat maddenin metin ve ibaresi yorumlanmak ıktiza eder: 279 uncu maddenin metin ve ibaresi işe memurla âmme hizmetiyile muvazzaf kimseyi, âmme vazifesiyle âmme hizmetini müteradif addetmeğe aslâ müsait değildir.

Maslâhata uygunluk noktasından meseleyi mütalâa edersek, ileri sürülen itiraz ve işaret edilen mahzurların bir bakıma göre varit olduklarını kabul eylemek icabeder: gerçekten âmme vazifesi âmme hizmetinden farklı bir şekilde tefsir edilince, âmme hizmetiyile muvazzaf olan şahısların işleyebilecekleri zimmet, ihtilâs, irtikâp ve emsalî suçlardan dolayı, bu suçlardan bahseden maddelerde sadece "memur" sözünün geçmesi hasebiyle, mezkûr şahısların cezalandırılmamaları gibi bir netice husule gelecek, bu ise ceza siyaseti bakımından mahzurdan salim olmayacaktır.

Ancak şurası var ki, âmme vazifesiyle âmme hizmetinin müteradif addedilmesi ve binnetice âmme hizmetiyile muvazzaf olan kimselerin memur sayılması gerek tatbikat gerekse tâkibat yönlerinden daha büyük mahzurları daî olur .

[70] Nitekim Fransız Ceza Kanununun Belçika tarafından ıktibas sırasında, Fransız kanununun 177 nci maddesine "idare veya adliyeye mensup bir ajan veya vazifeli" denmesi kâfi görülmemiş ve "memurlarla... âmme hizmetiyile muvazzaf olan kimseler beynindeki farkın vazı kanunu bunu hesaba katmağa icbar edecek derecede gerçek olduğu" esbabı mucibesiyile, 177 nci maddeye tekabül eden 240 nci maddeye "bir âmme hizmetiyile muvazzaf olan her hangi bir kimse" ibaresi eklenmiştir. Bruxelles bidayet mahkemesine göre: "240 nci maddede bulunan (bir âmme hizmetiyile muvazzaf kimse) tâbiri, âmme kudretinin hiçbir cüzünü istimal etmemekle beraber, salâhiyetli merciler tarafından umumî mahiyette bir menfaat zımında her hangi bir sıfatla tâyin olunan ve vazifesi icabı para veya kıymetli evrak ahzeden bütün şahıslara matûf bulunmaktadır" (Ch. 8, 23 şubat 1935 - *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1935, s. 696). Aynı mealde Belçika Yargıtayı, 13 mayıs 1935 (s. g. *mecmau*, 1935, s. 6769).

Gerçekten bu noktâi nazar kabul edildiği takdirde, herhangi bir âmme hizmeti ifa eden her şahsın memur sayılması iktiza eyliyecektir. Binaenaleyh hem müstahdem olmayan memurların sayısı artacak, hem de müstahdemle memur arasında hiçbir fark kalmıyacaktır. Çünkü her müstahdem bir âmme hizmeti görür; bugün Devlet veya âmme müesseselerinin kadrosunda yer alıpta, bir âmme hizmeti ifa etmeyen bir tek müstahdem yoktur; zaten bir kimsenin Devlet veya sair âmme müesseseleri tarafından istihdam olunmasının sebep ve hikmeti bir âmme hizmeti görmesinden başka bir şey değildir: İtalyan Yargıtayının vezir bir kararına göre: "bir âmme vazifesi ifa etmeyen müstahdemler, âmme hizmetiyle muvazzaf olan şahıslardır" [71]; diğer bir deyimle, âmme vazifesi görmeyen her müstahdem bizzat bir âmme hizmeti ifa eder.

Demek oluyor ki, "âmme vazifesi", âmme hizmeti şeklinde imal ve tefsir edildiği takdirde, memur tâbiri bütün müstahdemleri ihtiva edecek derecede genişliyecek, yani âmme vazifesi bir tahdit unsuru olmaktan çıkacaktır. Bu keyfiyet ise bir kere ceza tatbikatı bakımından mahzurludur, çünkü bütün müstahdemleri memur addetmekte ceza kanununun tatbikî noktasından faide değil mahzur vardır: memur sıfatının unsur veya ağırlaştırıcı sebep sayılmasının istinat eylediği mülâhazaları hatırlarsak, sözü geçen sıfatı alelilâk bir âmme hizmeti gören şahıslara (meselâ, çöpçü, posta müvezzii, biletçi v. s.) tanımada hiçbir lüzum ve zaruret bulunmadığı, bilâkis böyle bir vaziyet halinde, hem en basit bir müstahdeme karşı işlenen suçların cezalarını ağırlaştırmak, hem de bu müstahdemlerin idare aleyhine işleyebilecekleri suçları daha şedit bir surette cezalandırmak gibi mahzurların doğacağı anlaşılır. Gerçekten bu gibi şahısların gödüklükleri vazife dolayısıyla Devlet idaresinde oynadıkları rol, haiz buldukları hak ve selâhiyetin hududu, kendileri tarafından veya aleyhine suç işlenmesini mahsus bir şekilde kolaylaştıracak bir hususiyet arzetmez.

Bundan başka, sözü geçen imal tarzı; bilhassa ilerde tafsilen göreceğimiz 1255 sayılı tefsir kararı gereğince, bütün müstahdemlerin ceza takibatı bakımından da memur sayılmalarını ve Memurin Muhakemat Kanununa tâbi tutulmalarını mucip olmaktadır. Böylece gayet geniş bir kitle hakkında Adliye makamlarınca doğrudan doğruya tâkibat yapılabilmesi imkânsız bir hale girecektir. Halbuki Memurin Muhakemat kanunundaki istisnâî usulden âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimselerin de istifade eylemeleri tecviz edilemez. Gerçekten bu gibi şahısların irade ve fiilleri hukuk sahasında bir yenilik yaratacak veya böyle bir neticeye âmme hukuku usulüne tevfikân iştirak edecek mahiyette olmadığından, ne kendilerinin şeref ve haysiyetini korumak nede vazifeden münbais veya vazife esnasında hâdis olan suçların tâyin ve tesbitinde ihtisas ve meleke sahibi bulunmak mülâhazaları varit değildir.

Nitekim, âmme vazifesinin âmme hizmetiyle müteradif addedilmesinin mucip olacağı bu gibi mahzurlar muvaceshesindedir ki, Hocamız Sulhi Dönmezer, sözü geçen kronikte, şöyle demektedir: "kanaatimizce âmme vazifesinin, hizmetinin, diğerleri yanında, en esaslı unsurunu teşkil eden nokta bu hizmetin veya vazifenin icrasında âmme kudretinin, otoritesinin istimalidir. Bu itibarla 279 uncu maddenin tatbikatında doğrudan doğruya veya dolayısıyla vazifelerinin icrasında âmme kudretini istimal etmeyen, yahut âmme kudretinin istimali netice itibarıyla icraî karar almaktan ibaret bulunduğu nazaran, icraî karar alabilecek makam veya memura hukukî malzemeyi ihzar etmeyen Devlet ve diğer âmme müesseseleri memur müstahdemlerini veya idarî, adlî veya teşriî bir vazife gören diğer kimseleri memur telâkki eylememek lâzım gelir". [72].

[71] Cass., 21/3/1934 (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1934, s. 1182).

[72] Sulhi Dönmezer, *s. g. kronik*, s. 324.

Görülüyor ki, esas itibariyle sübjektif teorilerden üstün Devlet iradesinin teşekkülüne iştirak nazariyesine yaklaşan değerli Hocamız, âmme vazifesiyle âmme hizmetini müteradif addettikten sonra, bu tâbiri başkaca tahdit eylemek ihtiyacını duymuş ve bu hususta âmme kudret ve otoritesinin istimalini âmme hizmetinin bir unsuru telâkki etmek ve bu istimal keyfiyetinin icraî karar almaktan ibaret bulunduğuna işaret eylemek suretiyle, böyle bir karar alan veya alınması için gereken hukukî malzemeyi toplıyan kimseleri bir âmme hizmeti gören şahıs, yani memur saymıştır.

Şurasını kaydedelim ki, Hocamızın ileri sürmüş olduğu bu icraî karar alma veya icraî karar alacak makam veya memura gereken hukukî malzemeyi toplama" kriteriyle, bizim müdafaa etmiş bulunduğumuz "hukukî tasarruf veya fiilde bulunabilme veya bu hususta âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak ve yardım etme" kıstası arasında büyük bir fark yoktur: gerçekten âmme kudretine istinat eden icraî karar, "bir idarî makam tarafından, idare edilenlere karşı hukukî hüküm husule getirmek maksadiyle ve icraî bir şekilde, yani resen icrası mümkün bir tarzda, izhar edilen irade beyanından ibarettir". [73].

Görülüyor ki icraî kararın esas unsuru bu kararın "hukukî bir hüküm" ifade etmesi aynı hukuk alanında bir yenilik doğurması, diğer bir tâbirle, hukukî bir tasarrufu ihtiva eylesidir. Binaenaleyh biz hukukî tasarruf unsuruna hukukî fiil esasını da eklemek suretiyle âmme vazifesinin şumulünü bu bakımdan genişletmekteyiz; fakat böyle bir hukukî tasarruf veya fiilin ısdar veya ifasına ancak âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak edenleri âmme vazifesi ifa etmiş telâkki eylemekle "hukukî malzemeyi ihzar" dan daha dar bir mefhumu kabul etmiş oluyoruz, çünkü, bu ihzar keyfiyetine yalnız muayyen bir usul mucibince iştirak eden kimseleri âmme vazifesi yapmış sayıyoruz.

Ancak, şurası yar ki, her ne kadar icraî karar almak âmme vazifesinin bir unsurunu teşkil ederse de, âmme hizmetinin her safhasında görülmez: belki âmme hizmetinin ihdas, tâdil veya ilgası hususlarında idarenin izhar etmiş olduğu iradede icraî karar mahiyeti derpiş olunabilir; fakat bu hizmetin işlemesi hususunda icraî karar alınmasına, âmme kudretinin istimaline lüzum yoktur. Nitekim, âmme hizmeti hakkında muhtelif muelliflerin vermiş oldukları tarifleri hatırlarsak bunların hiçbirinde "âmme kudret ve otoritesinin istimali" veya "icraî karar alınması" gibi kayıtların mevcut olmadığını görürüz. Binaenaleyh sayın Hocamız, ancak icraî karar alan veya böyle bir karar alacak olan makam veya memura gereken hukukî malzemeyi ihzar eden kimselere memur sıfatını tanımakla, yalnız âmme vazifesi gören kimseleri memur addetmiş ve âmme hizmeti ifa edenleri bu câbirin dışında telâkki eylemiş, diğer bir deyimle, âmme vazifesiyle âmme hizmetini birbirinden zımnen tefrik etmiş olmaktadır.

10 — Bütün bu söylediklerimizden, cezâ kanunumuzun "Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler" babının ne kadar tâdile muhtaç bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü her ne kadar âmme vazifesiyle âmme hizmetinin ayrılması ve âmme hizmetiyle muvazzaflanan kimselerin memur sayılmamaları icabetmekte ise de, sözü geçen bapta ancak "memur" denmiş olmasına binaen, âmme hizmetiyle muvazzaflananlar tarafından veya aleyhine işlenecek cürümlerin ya hiç cezalandırılmamaları veya cezalarının arttırılmamaları lâzım gelecektir. Binaenaleyh, mehzaz 1930 İtalyan kanununda olduğu gibi rüşvet, irtikap, ihtilas, zimet gibi bazı mühim suçlarda, "memur"un yanısında "âmme hizmetiyle muvazzaflı kimse" tâbirinin de eklenmesi ve bu suretle kanunun sisteminin 279 uncu madde ile kabul edilmiş olan târife uygun bir hale getirilmesi elzemdir.

Aksi halde gerek doktrin gerekse jürisprüdans sahasında tereddütler; ihtilâflı görüşler eksik olmayacaktır. [74].

Bu münasebetle başka bir noktaya daha temas edelim. Adliye Encümeninin yukarıya nakletmiş bulunduğumuz mazbatasında 279 uncu maddenin kabul olunmasındaki sebepler meyânında, milletvekillerinin de memur sayılmalarını temia mülâhazası zikredilmektedir. Filhakika teşriî bir âmme vazifesi gören milletvekilleri, 279 uncu maddenin şumulüne girmektedirler. Bu böyle olunca, kanunun muhtelif maddelerinde, mebuslardan ayrıca bahsedilmesine ve bazen "Büyük Millet Meclisi azası veya Devlet memuru" (273 üncü maddede olduğu gibi) diye her iki tâbiri yan yana istimal olunmasına lüzum yoktur.

II — 279 uncu maddenin memur sayılan kimseleri iki zümrede toplamakta olduğunu görmüştük: memur ya Devlet veya bir âmme müessesesinin müstahdemi olur veya olmaz. Maddenin birinci fıkrasının 1 numaralı bendi aynı zamanda müstahdem bulunan memurlardan bahsettiği halde, 2 numaralı bendinde "diğer kimseler" demek suretiyle, müstahdem olmıyan memurlara işaret eylemektedir. Memur sayılan şahısların ekserisi aynı zamanda müstahdem oldukları için, müstahdem kim olduğunu tesbit etmek, bu bakımdan faydeli olacaktır.

İlmî mânada müstahdemın ayırıcı vasıfları bilhassa üçtür: müstahdemın yaptığı işi bir ivaz mukabilinde ifa etmesi; bu işi devamlı bir surette başarması; nihayet bilihtiyar deruhte etmiş bulunması. [75].

Gerçekten ivaz şartı müstahdemın gördüğü vazifeyi kendisine meslek edinmiş olduğunu ifade eder: müstahdem mesaisini Devlet veya âmme müessesesine hasretmiş olan ve buna mukabil bir ivaz alan kimsedir. Keza meslek mefhumu devamlılık mefhumunu tazammun eder: her ne kadar muvakkaten istihdam olunan kimseler mevcutsa da (meselâ vekâleten veya namzet olarak icrayı vazife eden müstahdemler gibi), faaliyet ve mesaisini sözü geçen teşekküllere hasreden ve bunu kendisine meslek edinen kimse - yani ilmî mânada müstahdem - için, bu mesleğe devamlı bir surette intisap niyeti mevcut addolunmak icebeder. Nihayet müstahdemın kendisine tevdi olunan hizmet ve vazifeyi bilihtiyar kabul ve deruhte etmiş olması iktiza eder; aksi halde müstahdem değil, diğer bir ajan kategorisi olan "mükellef" mevzu bahs olur. [76].

Dikkat edilecek olursa, Memurin Kanununun 111 nci maddesindeki memur târifinin, ilmî mânada müstahdem hakkında vermiş olduğumuz bu tarife tamamiyle uygun bulunduğu görülür. Filhakika, sözü geçen maddeye göre, memur "kendisine Devlet hizmeti tevdi olunan ve sicilli mahsusunda mukayyet olarak, umumî veya hususî bütçeden maaş alan kimse"dir. Bu târifin birinci unsuru olarak, memur sayılan şahsa bir Devlet, yani âmme hizmetinin [77] tevdi edilmiş olmasını görüyoruz: "tevdi" mefhu-

[74] Nitekim, aynı vaziyet, Fransız ceza kanunu hakkında da varittir. 177 nci maddenin yalnız "her memur"dan bahsetmesine müsteniden, Garraud (*Traité du droit pénal français*, Paris 1922, cilt IV, s. 376) "idare ve hükmetmek salâhiyetlerini değil de, sadece karar veya rey vermek iktidarını haiz bulunan karar verici heyetlerin üyeleri idarî veya adli teşkilâta dâhil birer memur telâkki edilemezler" dedikten sonra, "177 nci maddede (her memur) kelimesine (âmme hizmetiyle muvazzaf her şahs) ibaresi ilâve edilse idi, şüphesizki başka türlü olurdu" mütalâasında bulunmaktadır.

[75] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., No. 811; Gallo, s. g. makale. - Aynı meâlde: İtalyan Yargıtayı: 3 haziran 1932 (*Ann.di dir.e proc. pen.*, 1932, s. 927)

[76] Mükellefler hakkında bk. Siddık Sami Onar, s. g. e., s. 890 - 891.

[77] Bu hususta, yani Devlet hizmetinden âmme hizmetine maksut olduğu hakkında, bk.: Siddık Sami Onar, s. g. e., s. 888; Sulhi Dönmezer, s. g. kronik.

mu ise tevdi olunan şey veya hizmetin bilhıtiyar kabul edilmiş olmasını tazammun eylesen aksi halde, kanunun "tevdi veya tahmil" şeklinde bir ibare kullanması lâzım gelirdi. İkinci unsur olan sicilli mahsusunda mukayyet bulunmak keyfiyeti, hizmetin devamlı bir surette görülmesini, yani devamlılık şartını ifa eder: sicilli mahsusunda kayıtlı olan şahıs, kadro ile kaynaşan, bu kadro dahilinde devamlı bir mevki işgal eyliyen kimsedir. Nihayet umumî veya hususî bütçeden maaş almak unsuru da ivaz şartını teşkil eder. Binaenaleyh diyebiliriz ki, Memurin Kanununun 1 inci maddesi memuru, yani âmme vazifesi ifa eden şahsı değil, alelilâk müstahdemi târif eylemektedir.

Demek oluyor ki, bir kimsese müstahdem diyebilmemiz için, bu kimsenin yukarıda arzetmiş olduğumuz üç şartı câmi bulunması lâzım gelir. Bunun içindir ki Ceza Kanunumuzun 279 uncu maddesinin birinci fıkrasının 2 numaralı bendi, müstahdem olmayan memurlardan bahsederken "devamlı veya muvakkat ücretsiz veya ücretli, ihtiyatî veya mecburî diye bütün ihtimalleri derpiş ettiği halde, müstahdem olan memurlardan bahseden 1 numaralı bendinde ve, muvakkaten istihdam olunan kimselerin mevcudiyeti karşısında, ancak "devamlı veya muvakkat" demekle iktifa eylemiştir; çünkü müstahdem olan kimse ancak ivazlı ve ihtiyarî bir şekilde muayyen bir hizmet veya faaliyette bulunan kimsedir. Bundan başka müstahdemin meşru ve muteber bir surette intihap veya tâyin edilmiş olması da iktiza eder; fakat bu husus fiilî memur ve ajanlardan bahsederken inceliyeceğiz.

Böyle bir müstahdemin memur sayılabilmesi için, yukarıda mânasını aydınlatmağa çalıştığımız, teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi görmesi lâzım ve fakat kâfidir. Yani bu kimsenin muhakkak surette Devletin müstahdemi olması şart değildir: 279 uncu maddede tasrih edildiği veçhile, bir "âmme müessesesi" nin de müstahdemi bulunabilir.

Mehaz 1930 İtalyan kanunundaki "âmme hükmi şahısları" mukabilinde kullanılan âmme müessesesinin [78] mâna ve mahiyetini inceliyecek değiliz. [79]. Yalnız şu hususu söyleyelim ki, bir müessesenin "âmme müessesesi" mahiyetinde olması, o müessesede dahilinde vazife almış bulunan müstahdemlerin memur sayılmalarını icabettirmez. İtalyan Yargıtayınca bu mealde verilmiş olan kararlar, [80], müellifler tarafından haklı olarak tenkid edilmektedir. [81]. Keza Türk Yargıtayı da bir kararında "Devlet namına işletilen âmme müesseselerinde (hâdisede, Ziraat Bankası) çalışan memurlar ceza kanununun 279 uncu maddesinde yazılı memurlardan maduttur" [82] demek suretiyle, aynı içtihadta bulunmuştur. Gerçekten bir âmme müessesesinin mevcudiyeti, ancak bir âmme faaliyetinin ifa edilmekte olduğunu ifade eder; âmme faaliyeti ise âmme vazifesi şeklinde tezahür edebileceği gibi, amme hizmeti şeklin-

[78] Kanunumuzun kullannuş olduğu bu tâbiri doğru buluyoruz; faşist İtalyanın idare hukukuna göre, âmme hükmi şahısları ya müessese veya korporasyon şeklinde tezahür ederlerdi. Bizde korporasyonlar mevcut olmadığı için yalnız müesseselerden bahsedilmesi mantıktır. Zaten âmme müesseseleri hükmi şahsiyeti haiz olduklarına göre (bk. S. S. Onar, s. g. e., s. 478), kanunumuz mehzadan da ayrılmamaktadır.

[79] Bu hususta bk.: Siddık Sami Onar, s. g. e., s. 47 5- 538 ve 790 - 874, 28/III/1945 gün ve E 1/K 6 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı, İktisadi Devlet Teşekküllerini "özel hukuk prensiplerine tâbi olmak üzere kurulmuş müesseseler" saymıştır (İst. Huk. Fak. Mec., C. XI, Sayı 3 - 4, sah. 385).

[80] Meselâ, Cass. 24/2/1933 (*Ann.di dir.e proc.*, 1933, s. 633).

[81] Gallo, s. g. makale.

[82] IV ceza dairesi, 17/12/1938; 6585 E/10380 K (*Tem. Kar.*, 1938, s. 315).

de de tecelli eyliyebilir; yani her âmme müessesesinin mevzuu mutlak surette bir âmme fonksiyonunun ifası değildir. [83]. Bundan başka bir âmme müessesesinin bütün müstahdemleri memur sayılamazlar: bunlardan ancak hukukî tasarruf veya fiilde bulunanlar yahut bu hususlara âmme hukuku usulüne tevfikân iştirak edenler memurdurlar; nitekim âmme hizmeti gören bir müessesenin bütün müstahdemleri mutlaka âmme hizmetiyle muvazaf kimseler değillerdir: meselâ adli evrakın posta ve telgraf idaresi vasıtasıyla tebliği hakkındaki kanun gereğince, celpname tebliği eden posta müvezzi, mevzuu âmme hizmeti olan bir âmme müessesesinin müstahdemi bulunmakla beraber, hukukî bir tasarrufa âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak eylediği cihetle, bir âmme vazifesi görmekte ve binnetice memur sayılması lâzım gelmektedir. Demek istiyoruz ki ileri sürülen kriter esas itibariyle subjektiftir ve memurun istihdam olduğudur, müessesenin faaliyetleriyle ilgili değildir. [84].

Dedik ki, bir müstahdemın memur sayılabilmesi için, teşriî, adli idarî bir âmme vazifesi görmesi iktiza eder. Şimdi, ne gibi müstahdemlerin böyle bir vazife gördüklerini kısaca gözden geçirelim.

a) *Teşriî bir âmme vazifesi gören müstahdemler*: Bunların başında milletvekilleri gelir. Tam mânasıyle "müstahdem" olmamakla beraber -çünkü kendilerinde müstahdemi temyiz eden "meslek edinme" ve "devamlılık" vasıfları mevcut değildir - 279 uncu maddenin 1 numaralı bendinin "muvakkaten" âmme vazifesi görenlere şâmil bulunması hesabıyla, milletvekilleri de bu birinci bende girerler. Nitekim Fransız Yargıtayı da bu kanaattedir. [85]. Keza Devletin Anayasa ile muayyen olan organları (Cumhurbaşkanı, Bakanlar, [86], Müsteşarlar v. s.), kanun tasarılarının hazırlanması safhasında teknik veya hukukî bakımdan oy ve mütalâa beyan edenler (meselâ Danıştay üyeleri) hep teşriî bir âmme vazifesi gören, yani hukukî bir tasarrufta bulunan veya böyle bir tasarrufun idarına âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak eyliyen kimselerdir.

[83] Gallo, s. g. makale.

[84] Bununla beraber yukarıda (bk. no.3) sözü geçen 4648 sayılı kanunun 64 üncü maddesinin III numaralı bendi; "*Millî Korunma Kanununun taallük ettiği işlerde*, iktisadi Devlet teşekkül ve müesseselerinin idare ve mürakabe uzuvlarıyla memur ve müstahdemleri"nin Devlet memuru sayılacaklarını tespit etmek suretiyle, bu teşekküllerin bütün müstahdemlerine "*Millî Korunma Kanununun taallük ettiği işlerde*" memur sıfatını tanımış ve bu bakımdan tamamiyle objektif bir kriter kabul etmiştir.

[85] Cass. 24 şubat 1893 (Le Poittevin, *Dictionnaire-formulaire des Parquets*, t. I, Paris 128, s. 1033 not 6). - İstıtraten söyliyeyim ki, Fransız müellifleri, Fransız ceza kanununun 177 nci maddesi dolayısıyla, kimlerin memur sayılacağı hususunda ihtilâf halindedirler. Bazılarının bu maddeyi muvakkat veya daimî bir tevkil mucibince idarî veya adli bir otorite ile mücehhez bulunan kimselere hasretmelerine ve diğer bazılarının (ezcümle Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal, Supplément*, Paris 1908, s. 125 ve Le Poittevin, s. g. e., s. 1033) sözü geçen maddeyi Devletin, vilâyet veya komünün işlerinin idaresine iştirak etmek hakkını haiz olan herkese teşmil eylemelerine mukabil, diğer bazı müellifler (ezcümle Garçon, *Code pénal annoté*, I, Paris, 1901 - 1906, m. 177, no. 22 ve Garraud, s. g. e., 376) mutavassıt bir fikre taraftar görünerek, idarî veya adli hiyerarsiyeye mensup bulunan her müstahdemi memur telâkki eylemektedirler.

[86] Fransız Yargıtayı, 24 şubat 1893 (S. 93. 1. 217). Bu hususta *Millet vekilleriyle Bakanlar ceza hukuku bakımından memur sayılırlar mı?* adlı makalemize bakınız (Yeni-den Doğuş, Mayıs - Haziran 1947, sayı 27 - 27.)

b) *Adli bir âmme vazifesi gören müstahdemler*: Bu zümrenin başında tahkikat ve hüküm hâkimleri gelmektedir. Bundan başka savcılarla, zabıt kâtipleri, mahkeme başkâtipleri, veznedar, [87], icra memuru, adli zabıta ve bunun yardımcısı olan kır, çarşı ve mahalle bekçileri [88], ya bizzat hukukî tasarruf veya fiilde bulunmak yahut böyle bir tasarruf veya fiilin isdar veya ifasına âmme hukuku usulüne tevfikân iştirak etmek suretiyle, adli birer âmme vazifesi gören kimselerdir.

c) *İdarî bir âmme vazifesi gören müstahdemler*: Bu kategoriye, esas itibarıyla, merkez teşkilâtına tâbî bütün organlar girerler. Binaenaleyh idarî vazifeleri dolayısıyla (meselâ memurların tâyini, idarî vesayet, Devlet emlâki üzerindeki salâhiyetler bakımından [89] Cumhurbaşkanı; keza aynı bakımdan Bakanlar ve "bütün faaliyetleri vekil namına, onun muavinini olarak idare ve mürakabe" eden [90] müsteşarlar; "vekilin alacağı kararları hazırlayan" [91] umum müdürler; "vekilin şahsına ait... idarî işleri gören" [92] hususî kalem müdürleri; "vekâletin hizmetlerini gören memurları... vekil namına mürakabe eden" [93] ve verdikleri raporlarla Bakanın hukukî tasarrufta bulunmasına âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak eden teftiş heyeti reisi ve müfettişler; idarî fonksyonları itibarıyla Danıştay üyeleri; keza bu fonksyonları bakımından Sayıştay azaları ve bu organların hukukî tasarruflarına âmme hukuku usulüne tevfikân iştirak eden kimseler, hep bu zümreye dahildirler.

Ülkenin idarî taksimatında merkez teşkilâtının organları olan vali, kaymakam ve na-hiye müdürlerinin hukukî tasarruf ve fiillerde buldukları ve binnetice idarî bir âmme vazifesi gördükleri şüphesizdir. Binaenaleyh, mahalli idare teşkilâtına mensup olup da sözü geçen organların böyle bir tasarruf veya fiilde bulunmalarına âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak eden bütün müstahdemler de memurdurlar. Bundan başka deftardarlar, varidat müdürleri, vergi tahakkuk ve tahsiliyle müvazzaf olan müstahdemler, [94] hesap uzmanları; [95] rapor ve şehadetname itası hususundaki faaliyet-

[87] Bilhassa, veznedarın temyiz istidasına ılsak edeceği kaydiye pulu üzerine koyduğu tarihin temyiz müddetine mebde teşkil edeceğini belirten 5-mayıs 1943 tarih ve 35 E/19 K sayılı Tevhidi İçtihat kararından sonra (R. G., 30/6/1943; 5443), kendisinin hukuki bir tasarrufta bulunduğu şüphesizdir.

[88] "Adli zabıta âmir veya ajanlarının ifa ettikleri fonksyon şüphesizki bir âmme vazifedir, zira münhasıran Devlete ait olan ve kanunen hususî cezai hükümlerle tanzim edilmiş bulunan adli idareye müteallik bir fonksyondur" (İtalyan Yargıtayı, 28 mart 1934 - *Ann.di dir.e proc. pen.* 1934, s. 1182); "Zabıta mania ve adliye vazifesiyle mükellef ve polisin haiz olduğu hukuk ve salâhiyete malik bulunan çarşı ve mahallat bekçileri... ceza kanununun tabikatında memur sayılırlar". (Yargıtay, I ceza dairesi, 19/9/1939; 2868 E/2429 K. - *Tem. Kar.*, 1939-40, s. 83); "Bekçi tahsildarları da ceza kanununun 279 uncu maddesine dâhil memurlardır" (Yargıtay, IV ceza dairesi, 8/1/1938 767 E/158 K - *Tem. Kar.* 1938, s. 315).

[89] Bu mebhaste tafsilât için bk.: S. S. Onar, s. g. e., s. 605 - 606.

[90] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 618.

[91] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 620.

[92] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 621.

[93] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 622.

[94] "Vergi müessesesi tam mânasıyla âmme hukukuna ait bir müessese olup, bu hukukun prensiplerine tâbidir. Vergileri tahsil etmek suretiyle Devletin, vilâyet veya komünün en esaslî gayelerinden birini gerçekleştiren kimsenin ifa ettiği fonksyon, ancak bir âmme fonksyonu olabilir; bundan başka verginin tahakkuku ile tahsilini tefrik edip,

leri itibariyle belediye doktor ve ebeleriyle sıhhat memurları ve belediye baytarları [96], verdikleri rehın makbuzlarının hukuken haiz buldukları tesir bakımından, Emniyet Sandıklarında istihdam olunup da sözü geçen makbuzları ita veya bu ita keyfiyetine iştirak eden kimseler; [97] yolculuk esnasında, Devlete ait ticaret gemileri kaptanları, [98], Devlet demiryollarında inzibatı temin eden şehislar, [99], diploma itası, inzibatı ceza tayini, talebe kabul veya reddi, imtihan icrası hususlarında, resmî mektepler öğretmenleri, üniversiteler tedris heyetleri, hep hukukî tasarruf veya fiillerde bulunmaları itibariyle idarî bir âmme vazifesi görmekte ve bu gibi şahısların tasarruf veya fiillerine âmme hukuku usulüne tevfiikan iştirak ve yardım eden kimselerle birlikte, memur sayılmaları lâzım gelmektedir.

Yukarda vermiş olduğumuz misallerden de anlaşılmalıdır ki, bazı kimseler hem bir âmme vazifesi hem de bir âmme hizmeti görmekte, diğer bir deyimle, bu iki faaliyet aynı müstahdemın şahsında toplanabilmektedir. Meselâ öğretmen ders takrir ederken, beyan eylediği fikir ve mütalâalar hukukî bir tasarruf mahiyetinde olmadıkları cihetle, bir âmme hizmeti, imtihan yaparak sınıf geçirtir veya sınıfta bırakır, inzibatı ceza verirken ise, izhar eylemiş olduğu irade beyanı talebinin hukukî durumuna tesir eylediği ve binnetice hukukî bir tasarruf kuvvetini haiz bulunduğu cihetle, bir âmme vazifesi ifa eder. Keza mektup ve telgrafları tevzi eden posta müvezzii bir âmme hizmeti gördüğü halde, "adlı evrakın P.T.T. idaresi vasıtasıyla tebliğine dair kanun" mucibince celpname veya sair adlı evrakı tebliğ eylesen aynı müvezzi, hukukî bir tasarrufa - yani yargıcın mevzuubahis evrakın tebliği hususunda vermiş olduğu hükme - âmme hukuku usulüne - yani sözü geçen kanununun ahkâmına - tevfiikan iştirak eylediği cihetle, bir âmme vazifesi ifa etmiş olur. Bu gibi vaziyetlerde, fikrimizce, suçun ikaânına bakmalıdır: eğer suç âmme vazifesini ifası sırasında işlenmişse memur sıfatı nazarı itibara alınmalı, aksi takdirde, yani suçun âmme hizmetinin görülmesi esnasında ika olunması halinde, bu sıfatı tanınamalıdır.

yalnız birincisinde âmme fonksyonunun vasıflarını derpiş eylemek de imkânsızdır, çünkü her ikisi de aynı bir fonksyonun iki safhasından başka bir şey değildir" (İtalyan Yargıtayı, 13 ekim 1933 - *Ann. di dir.e proc. pen.*, 1934, s. 447)

[95] 28/3/1945 tarih ve 4709 sayılı kanunun 5 inci maddesine göre, hesap uzmanları ödevliler ve kişilerin hesaplarında yapılacak incelemeler hakkında maliye müfettişlerinin ve muavinlerinin, defterdarların gelir müdürlerinin, kontrolörlerin ve kontrol memurlarıyla gelir memurlarının haiz oldukları yetkileri kullandılar.

[96] İtalyan Yargıtayı, 16 kasım 1937 (*Ann. di dir.e proc. pen.*, 1938, s. 800).

[97] İtalyan Yargıtayı, 27 ocak 1932 (*Ann. di dir.e proc.*, 1933, s. 84).

[98] Kaptana terettüp eden âmme mükellefiyetleri hakkında bk.: E. E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 2. bası, İstanbul 1946, sah. 780.

[99] "Devlet demiryolları müstahdemleri kanununun tatbikinde memurdurlar" (Yargıtay, C. U. H., 28/9/1936, 144 E/135 K (C. Köseoğlu, s. g. e., s. 305). Buna mukabil tramvay işletmelerinde çalışan kimselerin memur sayılmasına imkân yoktur. Gerçekten "tramvayların işletilmesi... bir âmme vazifesi teşkil etmez... fakat vatandaşların umumi menfaatini temin maksadiyle ifa edilen bir âmme hizmetini ifade eyley" (İtalyan Yargıtay, 5 şubat 1934 - *Ann. di dir.e proc. pen.*, 1935, s. 604). Bu itibarla Yargıtay Umumi Heyetininin 3/4/1944 tarih ve 4/87 E - 78 K sayılı "tramvay biletçileri ceza kanununun tatbikinde memur sayılı" mealindeki kararıyla (*Adliye Dergisi*, 1944, 5, s. 70), IV. ceza dairesininin 13/10/1943 tarihli ve Tünel Umum Müdürü ile Cer müdürünü ve teknik dairesi reisini "bu idare memurlarının gördükleri işin âmme hizmeti olması bakımından Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesine... tâbi" tutan kararına (Huk. Fak. Mec., IX, s. 3-4, s. 816) iştirak edemiyoruz.

İktisadî Devlet teşekküllerinde istihdam olunan kimselerin ceza tatbikatında memur olup olmadıkları hususunda ise şu şekilde düşünmek lâzım gelir: bu teşekküller bir "âmme müessesesi" sayıldığı takdirde - ki biz şahsen bu telâkkiye taraftar olmayız - müstahdemin gördüğü vazifenin mahiyetine bakmak ve bunun "âmme vazifesi" olup olmadığını araştırmak iktiza eder; aynı teşekküller hususî hukuk müesseseleri sayıldıkları takdirde ise - bu gibi müesseselerde istihdam olunan kimselerin hususî şahıslardan farkları olmayacağı cihetle - hususî bir şahsın (yani Devlet veya bir âmme müessesesinin müstahdemi olmıyan bir kimsenin) memur sayılabilmesi için vücudu gerekeceğini ilerde göreceğimiz üç şartın bulunup bulunmadığına ve bu meyanda gene bir "âmme vazifesi" nin görülüp görülmediğine bakmak icabeder.

Kanaatimizce iktisadî Devlet teşekkülleri nasıl telâkki edilirse edilsin, bu teşekküllerde istihdam olunan kimselerin bir âmme hizmeti gördükleri kabul edilebilirse de, bir âmme vazifesi ifa eyledikleri asla kabul olunamaz. İktisadî Devlet teşekkülleri müstahdemleri kendi irade ve fiilleriyle âmme hukuku sahasında bir hukukî tasarruf veya fiile vücut vermekte veya buna âmme hukuku usulüne tevfiakan iştirak eylemekte değildirler ki, âmme vazifesi ifa etmiş sayılabilsinler. Bu itibarla, iktisadî Devlet teşekküllerinin esas meselesi ne suretle halledilirse edilsin, bu gibi teşekküllerde istihdam olunan kimselerin memur sayılmaları mümkün değildir.

Her ne kadar iktisadî Devlet teşekkülleri mensuplarının muayyen suçlarından dolayı Devlet memurları gibi ceza görecekleri 3460 sayılı kanunun 43 üncü maddesinde tasrih edilmişse de, bu keyfiyet sözü geçen kimselerin memur telâkki edilmelerini mücip olamaz. Çünkü bir şahsın muayyen bir fiilden dolayı "Devlet memuru gibi" ceza görmesi bir şey, o kimsenin esas itibarıyla "Devlet memuru" olması başka bir şeydir. Hattâ yukarda (not 79) sözü geçen tevhidî İçtihat Kararında denildiği gibi "3460 sayılı kanuna Devlet iktisadî teşekkülleri mensuplarına Devlet memurlarına verilen cezaların verileceğinin yazılmış bulunması, bunların Devlet memuru sayılmamış olduklarına delil teşkil eder. Kanun kendilerini Devlet memuru telâkki etmiş olsa idi (Devlet memurları hakkında tatbik edilen cezayı görürler) şeklinde bir hüküm sevk etmek lüzumunu duymazdı". Bu itibarla "Kanun vazı, bunları Devlet memuru olarak telâkki eylememiştir ki, ancak muayyen fiil ve hareketlerinden dolayı Devlet memurları gibi cezalandırılacaklarını ayrıca tasrihe lüzum görmüştür" (99 bis).

12 — Yukarda, müstahdemi temyiz eden vasıf ve farikalardan bahsederken, kendisinin meşru ve muteber bir şekilde intihap veya tayin edilmiş olması lüzumuna işaret eylemiştik. Filhakika, bu şart mevcut olmadığı takdirde, ancak bir fiilî ajan mevzu bahis olabilir. Acaba fiilî ajanlar da ceza hukuku bakımından memur sayılabilirlermi? Bu suale cevap verebilmek için sözü geçen ajanların idare hukuku bakımından memur sayılıp sayılmadıklarını görmemiz icabeder.

Bir kimse, ya intihap veya tayininde yolsuzluk bulunması, yani bu intihap veya tayinin kabili fesih olması, yahut sonradan vazifesi nihayete ermiş bulunmakla beraber, fiilen vazifesine devam eylemesi dolayısıyla, fiilî ajan zümresine dahil olur (100). Son zamanlarda müdafaa olunan bir esasa göre, böyle bir ajanın yaptığı hukukî tasarruf Devlete veya sair âmme müesseselerine izafe olunabiliyorsa, bu tasarruf muteber addedilmektedir: Devletle fiilî ajan beyninde "uzvî münasebet mevcut oldukça, yani

[99] bis Sulhi Dönmezer, *İktisadî Devlet Teşekkülleri memur ve müstahdemleri ve Memurin Muhakemat Kanununun tabiki* (İst. Huk. Fak. Mec., c. XI, s. 3-4, s. 385 ve son).

[100] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 346; Gallo, s. g. makale. - Bu hususta tafsilât için bk.: S. S. Onar, s. g. e., s. 1040 ve son., ve Jêze, s. g. makale.

tâyin veya intihap fesholunmadıkça, fiilî ajanın yaptığı tasarruf Devlete izafe edilebilir". [101]. Şimdi, yaptığı tasarruf Devlete izafe olunan fiilî ajanın bu tasarrufu hukukî bir tasarruf mahiyetinde ise, yani kendisi bir âmme vazifesi icra ediyorsa, gerek idare gerekse ceza hukuku bakımından memur sayılacaktır. [102].

Ancak fiilî ajanla gâsıbı karıştırmak icabeder: birincisinin tasarrufları, muayyen şartlar altında, idareye kabili izafe olduğu halde, ikincisinin tasarrufları "hukukî bir hüküm ifade etmez" ler. [103]. Gâsıpla fiilî ajan gerek objektif gerekse sübjektif bakımlardan birbirlerinden tefrik olunurlar: gâsıp hiçbir sığata, hukukî veya fiilî hiçbir sebep veya şarta istinat etmediği halde, fiilî ajan sakat ve kabili fesih ve fakat mevcut bir sebebe müsteniden hareket eylemektedir; bundan başka fiilî ajan hüsnüniyetle yahut taksirle hareket eylediği halde, gâsıp kasten, yani meşru hiçbir sebebin mevcut olmadığını bilerek, hareket eder; [104]; nitekim, ceza kanununun 252 maddesi bu gibi gâsıp fiillerini tecziye ederken, sarahaten söylememekle beraber, failin kasten hareket etmesini şart kılmaktadır. [104 bis] Demek oluyor ki, böyle bir gâsıbın ifa eylediği faaliyet âmme vazifesi mahiyetinde olsa dahi, kendisi idare hukuku bakımından memur sayılamıyacağına nazaran, ceza hukuku bakımından da memur telâkki edilemez. Filhalka, İtalyan Adalet Bakanı, kati tasarı hakkındaki raporunda, bu mebhaste, şöyle demektedir: "362 ve 363 üncü maddelerde (kanunun 352 ve 358 inci maddeleri) ihtiyariyle bir âmme vazifesi veya âmme hizmeti gören kimseleri zikretmek suretiyle, şüphesiz ki gâsıbı... cezaen himaye edilen bir şahıs gibi telâkki etmek istemedim". [105].

Bu mebhaste meşru bir memurun kendi selâhiyeti haricinde bulunan bir hukukî tasarruf veya fiil yapması halinde ceza kanunu bakımından memur sayılıp sayılamıyacağını da gözden geçirelim. Gerçekten hukukî tasarrufun esasını teşkil eden irade "Devlet namına hukukî tasarruflar yapmak, irade izhar etmek selâhiyetini haiz bir memur tarafından izhar edilmiş bulunmalıdır... Bu itibarla Devlet veya diğer bir âmme idaresi namına irade izhar etmek selâhiyetini haiz olmayan bir memurun iradesi, Devlete izafe edilecek hukukî bir tasarruf meydana getiremez". [106]. Bundan başka, "Devlet vazifeleri memurlar arasında taksim edilmiş, bir iş bölümü yapılmıştır... Hukukî tasarruf yapmak selâhiyeti... mevzuu ve mekân bakımından da tahdit edilmiştir. Bu itibarla bir makamın mevzuu ve mekân itibariyle selâhiyeti haricinde kalan bir iş hakkında izhar etmiş olduğu irade hukukî bir tasarrufu esas alamaz". [107]. Görülüyor ki bu nokta da esas ittihaz olunan cihet, hukukî tasarrufun

[101] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 346; Gallo, s. g. makale.

[102] Nitekim İtalyan Yargıtayının müstakar içtihadına göre: "... bir kimsenin memur sayılabilmesi için, selâhiyettar mercinin sarıh veya zımnî icazetiyle ve her hangi bir nasp ve tâyin formalitesinden müstakil olarak ihraz edilmiş olan bir âmme fonksiyonunun icrası kifayet eder" (Cass. 5 temmuz 193 *Ann. di dir. e proc. pen.*, 1934, s. 347). aynı mealde: Cass., 6 ekim 1933 (s. g. *dergi* 1934, s. 441); 7 mart 1934 (s. g. *dergi*, 1934, s. 690); 30 mart 1933 (s. g. *dergi*, 1934, s. 1162).

[103] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 1046.

[104] Gallo, s. g. makale.

[104] bis) Bk.: Sahir Erman, *cezai mevzuatta kastın mevkii* (Yenden: Doğu aralık 1946 - ocak 1947, sayı, 22 - 23).

[105] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 347.

[106] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 58.

[107] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 59.

Devlete izafe olunabilmesidir. Bu izafe olunabilme keyfiyeti, mutlak selâhiyetsizlik halinde, asla mevcut değildir: bu gibi vaziyetler de memur hüsnü niyet sahibi olsa dahi durum değişmez; mutlak surette kendi selâhiyet çevresine girmiyen bir âmme vazifesinde bulunan memurun gâsıptan farkı yoktur. [108]. Nisbî selâhiyetsizlik halinde ise, memur ancak kasten hareket ettiği yani şahsî kusuru bulunduğu takdirde, yapılan tasarruf veya fiil Devlete izafe olunamaz; aksi halde, yani failin hüsnü niyetle veya taksirle hareket etmesi vaziyetinde, tasarruf Devlete kabili izafedir. Nitekim, Versailles Bidayet Mahkemesinin 14/12/1934 tarihli bir kararına göre: "memurun tasarrufu fonksiyonuna izafe olunabilmek için, kendisinin sadece fonksiyonu icra sırasında veya bu icra dolayısıyla müdahalede bulunmuş olması kâfi gelmeyip, bu tasarrufu ifa ederken kendi fonksiyonunun kadrosu ve hududu dahilinde hareket eylediğini zannetmiş olması lâzımdır". [109]. Yalnız şu noktayı belirtmemiz icabeder memurun kasten selâhiyeti dışında hareket etmesi halinde, her ne kadar yapılan tasarruf veya fiil Devlete izafe olunamazsa da, kendisi memur sıfatını zayıf etmez, binaenaleyh bu sıfat nazara alınarak, yani cezası ağırlaştırılarak, tecziye olunur. [110]. Nisbî selâhiyetsizlik halinde ve taksir veya hüsnüniyetle harekette bulunulması takdirinde, tasarruf zaten Devlete kabili izafe olduğundan, böyle bir tasarrufu yapan kimse de bittabi memur telâkki edilir. Binnetice meşru bir memur tarafından selâhiyet haricinde ifa edilen faaliyet bir âmme fonksiyonu ise, fail herhalde memur sıfatını muhafaza eder.

13 — Yukarda (III), 279 uncu maddenin birinci fıkrasının 2 numaralı bendinde ve "diğer kimseler" tâbirî altında, Devlet veya bir âmme müessesesinin müstahdemini olmyan memurların derpiş edilmiş olduğunu görmüştük. Şimdi bu zümreyi teşkil eden memurları yakından gözden geçirelim.

Bu gruba giren şahısları iki büyük kategoriye ayırmak kabildir: ya bu kimseler - müstahdem olmakla beraber - Devlet veya âmme müessesesinin organları meyarına girerler, veya Devlet yahut âmme müesseselerine karşı tamamiyle yabancı ve müstakil durumda bulunurlar. [112]

Birinci kategoriye fahrî ajanlar girerler. Fahrî ajanı temyiz ve kendisini müstahdemden tefrik eden vasıf, ücretsiz olarak muayyen bir âmme fonksiyonunun ifasından ziyade - zira bunlar da tazminat, huzur hakkı ve saire namı altında bir para alabilirler - memurluğu meslek edinmemeleri ve kadro ve hizmetle devamlı bir surette kaynaşmalarını hususlarıdır. [113]. İşte böyle bir fahrî ajanın ifa eylediği faaliyet bir âmme vazifesi olduğu takdirde, kendisi ceza kanununun tatbiki bakımından memur sayılır; aksi halde âmme hizmetiyle muvazzaf olan kimse zümresine girer.

İkinci kategori ise Devlet veya âmme müesseselerine nazaran tamamiyle serbest olan vatandaşlardan mürekkeptir.

Hususî bir ferdin âmme vazife veya hizmeti görmesi, bazen bir zarurete, bazen de bir menfaat esasına istinat eder. Bazı hallerde âmme menfaati muayyen bir âmme fonksiyon veya hizmetinin gayet serî bir şekilde ifa edilmesini âmir olabilir: bu gibi hallerde sözü geçen fonksiyon veya hizmetin herhangi bir vatandaş tarafından icra olun-

[108] Gallo, s. g. *makale*; Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 348.

[109] S. 1935. 2. 68.

[110] Gallo, s. g. *makale*, - Aksi kanaatte ve bu vaziyette failin artık memur telâkki edilemeyeceği reyinde: Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 348.

[111] Bk. no. 5.

[112] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., No. 816; Gallo s. g. *makale*.

[113] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 897.

ması adeta bir zaruret halini alır. Bazı hallerde ise maslâhata uygunluk mülâhazaları dolayısıyla hususî şahısların muayyen bir fonksyon veya hizmet görmeleri veya bu hususa iştirak eylemeleri icabeder. [114].

İmdi, âmme vazife veya hizmetlerinin fertler tarafından ifa edilmeleri bir zaruret veya menfaat esasına dayandığı cihetle, hususî bir şahsın bu gibi vazife veya hizmetlere müdahale eylesine, sözü geçen zaruret veya menfaatin mevcudiyetini takdir eden bir kanun hükmünün cevaz vermiş veya bu hususu ferde tahmil etmiş olması iktiza eder. Bundan anlaşılıyor ki, âmme fonksyon veya hizmetlerinin hususî şahıslar tarafından ifa olunması gerek ihtiyarî gerekse mecburî olabilir.

Bir âmme vazife veya hizmetin ihtiyariyle ifa olunması halinde, ferdin memur veya âmme hizmetiyle muvazzaf kimse sıfatını ihraz edebilmesi için, ilk aranacak nokta demek oluyor ki, bir kanun hükmünün bu hususu sarahaten tecviz etmiş olmasıdır. Aksi takdirde, yani kanunen tecviz edilmiş olmamakla beraber, men dahi edilmiş bulunmayan bir vazife veya hizmetin hususî şahıslar tarafından ifa ve icrası halinde, fail kasten hareket etmişse, memuriyetin gasbı suçunu işlemiş olur; cürmî kast mevcut değilse, her ne kadar "hususî hukukun vekâleti olmaksızın başkası nam ve hesabına tasarruf nazariyesiyle sebepsiz mal iktisabı nazariyesinin" [115] tatbiki suretiyle idare aleyhine ve fert lehine bir alak hakkı doğabilirse de, bu keyfiyet hususî şahsa memur veya âmme hizmetiyle muvazzaf kimse sıfatının izafe edilmesini mucip olmaz. [116]. Binaenaleyh fert, kanunun sarih müsaade veya emrine müsteniden hukukî bir tasarruf veya fiilde bulunur yahut bu hususa iştirak eyleser, memur, aksi halde âmme hizmetiyle muvazzaf kimse olur.

Ancak ferdin hukukî tasarruf veya fiile iştirak suretiyle bir âmme vazifesi ifa etmesi halinde, buradaki "iştirak" unsurunu hususî ve dar bir mânâda anlamak iktiza eder. Aksi halde ferdin âmme fonksyonlarının icrasına her hangi bir şekilde müdahale etmesi halinde memur sayılması gibi bir netice hâsıl olur. Meselâ bir suçun işlendiğini ihbar eden kimse, kanunen buna mecbur olması halinde bile, [117], iştirak etmiş sayılamaz. Bu fikir kabul edilmediği takdirde, vergi kanunları gereğince mükelleflerin vermeğe mecbur oldukları beyannameler, nüfus kanunu mucibince ahvalî şahsiye memuruna muayyen müddetler zarfında yapılması gereken beyanlar hep birer iştirak hali olarak vasıflandırılmak iktiza edecektir. Binaenaleyh sözü geçen iştirakin bir âmme vazifesi sayılabilmesi için başka bir unsur daha ihtiyaç vardır: bu unsur da, Miele'nin işaret ettiği veçhile, Devlele hukukî tasarruf veya fiile iştirak eden fert arasında hususî bir âmme hukuku münasebet ve rabitasının bulunmasıdır. [118].

Bir mükellefiyet, bir vecibe veya müsaade, vatandaşların umumuna, bütününe müteveccih olduğu takdirde, bu mükellefiyet veya müsaadeye müsteniden ferdin muayyen bir hukukî tasarruf veya fiilin yapılmasına müdahale etmesi; âmme vazifesine iştirak addedilemez. Ancak bu mükellefiyet veya müsaade muayyen bir şahsa teveccüh eylediği ve bu suretle o şahısla Devlet beyinde hususî bir âmme hukuku münasebeti vücudunda geldiği takdirdedir ki sözü geçen iştirak unsuru tahakkuk etmiş sayılır. Bunun içindir ki, şahit, ehli hibre, tercüman, avukat hukukî bir tasarrufa, yani hükme iştirak ettikleri halde, muhbir, meşhut suç halinde muvakkat yakalamada bulunan şahıs iştirak

[114] Gallo, s. g. makale; Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., No. 317.

[115] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 365.

[116] Gallo, s. g. makale.

[117] Bilfarz ceza kanununun 151 inci maddesinde olduğu gibi.

[118] Miele, s. g. makale.

etmiş sayılamazlar. Yalnız, meşhut suç halinde zabıta tarafından kendisinden istenen yardım veya hizmeti yapan kimse ile Devlet arasında böyle bir hususi rabita teessüs edeceği cihetle, bu şahsın âmme vazifesine iştirak eylediği kabul olunabilir. Nitekim ceza kanunumuz bu gibi hallerde kendisinden istenilen hizmet veya yardımı makbul bir öze müstenit olmaksızın yapmaktan kaçınan kimseyi tecziye eylemektedir. (M. 527). Binaenaleyh hususî bir şahıs, kanunî bir mecburiyet veya müsaadeye dayanarak bir âmme vazifesinde bulunduğu ve böyle bir vazifeye, kendisiyle Devlet arasında teessüs eden hususi bir âmme hukuku münasebeti gereğince iştirak eylediği takdirde memur telâkki edilecek; yaptığı veya iştirak eylediği faaliyet bir âmme hizmeti mahiyetinde olduğu takdirde ise, âmme hizmetiyle muvazzaf kimse sayılacaktır.

Bu izahatımızdan sonra teşriî, adlî ve idarî sahalarda hangi fertlerin bir âmme vazifesi görmüş telâkki olunabileceklerini inceliyelim.

a) *Teyriî bir âmme vazifesi ifa eden hususî şahıslar*: Bu hususta akla gelebilen yegâne ehas zümresi, müntehiplerdir. Gerçekten seçmenlerin izhar etmiş oldukları irade neticesinde, Devletin en yüksek organı teessüs eylemekte, diğer bir tâbirle, bu organın icrayı faaliyet edebilmesi, yani hukukî tasarruflarda bulunabilmesi için, bu irade esas ve temel vazifesini görmektedir. Binaenaleyh seçmenlerin de teşriî bir âmme vazifesi-ni,, iştirak suretiyle, ifa eyledikleri iddia edilebilir. [119].

Ancak bu husus seçmenlerin memur mülklerini mucip olabilir mi? Her ne kadar seçmenler kanunî bir müsaadeye müsteniden reylerini vermekte iseler de, bu müsaade bütün vatandaşlara şamil bulunmaktadır, yani seçmen, oyunu istimal etmek suretiyle, siyasî bir hakkını, sübjektif bir âmme hakkını kullanmaktadır. Binaenaleyh seçmenle Devlet arasında hususî bir âmme hukuku rabitası mevcut değildir, şu halde seçmelerin memur sayılabilmelerine mesâğ yoktur.

b) *Adlî bir âmme vazifesi ifa eden hususî şahıslar*: Hususî bir âmme hukuku rabitasının ademi mevcudiyeti dolayısıyla, idarî kazaya müracaatla iptal davası açan kimseyi, şahsî davacıyı, müştekiyi, müdahaleciyi, muhbiri, [120], ihtiyarî olarak muvakkat yakalamada bulunan kimseyi [121] - bunların bir âmme vazifesi görmelerine, yani hukukî bir tasarruf veya fiilde bulunmalarına yahut bu hususlara kanunun müsaadesine müsteniden iştirak eylemelerine rağmen - biz memur sayamayacağız; çünkü sözü geçen müsaade alelum bütün vatandaşlara, hattâ vatandaş olmıyanlara da, tanınmış olan bir selâhiyettir.

Bunlar dışında, aşağıdaki şahısların memur addedilmeleri iktiza eder:

Şahit, ehlibibre, tercüman: Hâkim tarafından hükmün verilmesine iştirak ettikleri ve kanunen buna mecbur oldukları (C.K.,m. 282) gibi, bunların re'sen veya doğrudan doğruya davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla Devlet arasında mevzuu bahs hususî rabita teessüs eylemektir: bu ândan itibaren şahitlik, ehlibibrelik, tercümanlı "içtimâî ve kanunî bir vazife" [122] mahiyetini iktisap eylemektedir. [122 bis].

[119] Gallo, s. g. makale.

[120] Aksi kanaatte, Gallo s. g. makale.

[121] Aksi kanaatte, İtalyan Yargıtayı, 13 temmuz 1938 (Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 343, not 1).

[122] Tahir Taner, s. g. Usul, s. 185.

[122] bis) Nitekim Yargıtay Hususi Dairesi 4/3/1947 gün ve E/173 K 116 sayılı kararında, sarahaten, "bilir kişilik ve tanıklık âmme vazifesine taallük eden faaliyetlerdir" demektedir. (Bk.: İst. Huk. Fak. Mec. C. XIII, S. 2, sah. 756).

Ancak şurasını tasrih edelim ki, burada mevzuubahis ettiğimiz şahit, adliye makam ve memurları tarafından celbettirilen veya bu makamlar huzurunda şهادette bulunmağa doğrudan doğruya davet olunan kimsedir; yoksa bilfarz bir noter senedine şahit sıfatıyla imza eden şahsın bu fonksyonu hukukî bir tasarrufa iştirak addedilemez.

Bununla beraber, ehlihibre hakkında aynı mütalâa yürütülemez. Meselâ icra memuru tarafından yapılan bir haciz esnasında, hacedilen malın kıymetini takdir etmek lâzım gelip de, icra memuru, İcra ve İflâs Kanununun 67 nci maddesi uyarınca, ehliyukufa müracaat ettiği takdirde, ehliyukufun bu mebhaste beyan edeceği mütalâa hukukî bir tasarrufa esas teşkil edeceği cihetle, iştirak unsuru tahakkuk etmiş olur; nitekim İtalyan Yargıtayı da bu fikirdedir. [123].

Hakemler: Kanunun hususî bir şahsa hakem olmak selâhiyetini veren hüküm (H. U. M. K., m. 516) ile tarafların arasında aktedilen tahkimname, ferdin memur sayılabilmesi için lâzım gelen şartlardan ikisini (yani bir âmme vazifesinin ifasının kanunen tecvîz veya tahmil edilmiş olması ve fertle Devlet beyninde hususi bir âmme hukuku rabitasının bulunması) meydana getirmektedir. Ancak burada hallolunması iktiza eden mesele, hakemin bir âmme vazifesi görüp görmediği, diğer bir tâbirle izhar etmiş olduğu iradenin hukukî bir tasarruf mahiyetinde olup olmadığı hususudur.

Hakemin gördüğü fonksyonun mahiyeti hakkında doktrin sahasında sürüp giden ihtilâflar malûmdur: bazı müelliflerin bu fonksyonu tamamiyle hususî hukuk sahasında inhisar ettirmelerine, hakem kararlarında mukavelevî bir mahiyet görmelerine [124] mukabil, diğer bazı müellifler hakem kararlarını tamamiyle kazaî mahiyette addetmektedirler. Bu fikirleri derinleştirecek değildir. Yalnız şu kadar söyleyelim ki, kanaatimizce hakem kararının hakikî bir hükümden farkı yoktur, sadece icra olunabilmesi için asliye reis veya hâkiminin tasdikına ihtiyaç vardır: bu tasdik ise hakem kararının özüne değil, belki şekline taallük eden bir keyfiyettir. Hakem kararı kendiliğinden kaziyeyi muhkeme kuvvetini haizdir: taraflardan biri hakem kararına iktiran etmiş olan bir meselenin hallini mahkmeden istiyecek olsa, diğeri, henüz tasdik edilmiş olmasa bile, hakem kararına müsteniden kaziyeyi muhkeme itirazında bulunabilir. [125].

Demek oluyor ki, hakemin izhar ettiği irade ile yargıcın beyan eylediği irade beyninde bir fark yoktur; şu halde hakem de hukukî bir tasarrufta bulunmakta, yani bir âmme vazifesi ifa etmektedir, binnetice memurdur. [126].

Avukatlar: Hususî bir şahsın ne gibi hallerde memur telâkki edilebileceği hakkındaki kıstası serbest avukalara tatbik ettiğimiz takdirde, bunların da bazı hallerde "memur" sayılmak lâzım geldiği neticesine varmamız icabeder. Gerçekten - bir kimsenin avukat vasıtasıyla kendisini kazaî merciler zemininde temsil ettirilmesini esasta ihtiyarî addetmekle beraber - gerek Hukuk gerekse Ceza usulü kanunlarıyla Avukatlık kanunu,

[123] Cass. 13/3/1935 (*Ann. di dir.e proc. pen.*, 1935, s. 191).

[124] Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemleri Kanunu Şerhi*, 2. tabı, Cilt II, Kısım III, İst., 1940, s. 474.

[125] Glasson, Moral, Tissier, *Traité de Procédure civile*, c. V, Paris 1936, s. 383.

[126] Maahaza hakem kararı mukavelevî mahiyette addedilse dahi aynı neticeye varılabilir: hakemin kararı, hâkimin hukukî bir tasarrufta bulunmasına esas teşkil eylemektedir; diğer bir tâbirle hakem sözü geçen tasarrufa iştirak eylemektedir; binaenaleyh iştirak suretiyle bir âmme fonksyonu görmektedir. Ancak metinde müdafaa etmiş olduğumuz kanaat mucibince hakem bizzat hukukî bir tasarrufta bulunduğu halde, bu fikre göre kendisi hukukî bir tasarrufa iştirak eylemektedir. Bununla beraber her iki suretle de bir âmme vazifesi ifa etmiş sayılacağından, bu keyfiyet neticeye tesir etmez, yani hakem her halde memur telâkki olunmak lâzım gelir.

avukat vasıtasıyla temsile cevaz vermekte ve avukatın sıfatı, vekâletnamenin ibrazı üzerine, mahkeme ve sair kazaî mercilerce tanınmak suretiyle de, avukatla Devlet beyninde hususî bir âmme hukuku rabıtası teessüs eylemektedir. Bu itibarla hususî bir şahsın memur sayılabilmesi için vücudu gereken üç şarttan ikisi, taraflardan birini adlî makam ve merciler huzurunda temsil eden avukatta müşahede olunmaktadır.

Şimdi üzerinde durulmak lâzım gelen husus, avukatın bir âmme vazifesi görüp görmediği meselesidir.

Kanaatimizce, adlî makam veya merciler veya - hakemler gibi - kazaî bir selâhiyeti haiz kimseler huzurunda müvekkilinin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği zaman, avukat sözü geçen makam veya kişilerin verecekleri hüküm ve kararlara kendi fiil ve iradesiyle iştirak etmekte, diğer bir tâbirle bu nevi hukuki tasarrufların meydana gelmesine müessir olmaktadır. Bu itibarla avukat - bu sıfatıyla - iştirak suretiyle bir âmme vazifesi görmektedir, binaenaleyh memurdur.

Fakat, sözü geçen makam ve kişiler huzurunda bulunmadığı, meselâ istişari rey beyan ettiği, bir mukavele tanzim eylediği zamanlarda - bir tarafın mümessili sıfatıyla hareket etmiş olsa bile - kazaî mahiyette hukukî bir tasarrufun meydana gelmesine iştirak etmediği cihetle, âmme vazifesi görmüş sayılamaz. Hattâ bu gibi hallerde tamamiyle hususî hukuk çerçevesi dahilinde kalan bir vekâlet ve istisna akdi mevzubahs olacağına göre, sözü geçen faaliyetlerde bir âmme hizmeti dahi derpiş edilemez.

Bu itibarla Avukatlık Kanununun 22 nci maddesindeki "avukatlık, âmme hizmeti mahiyetinde bir meslektir" tâbirini biz yerinde bulmuyoruz. Her ne kadar bu hükmü sevk etmekle kanun koyucunun avukatlığı bir âmme hizmeti saymak istemediği Adalet Bakanının Büyük Millet Meclisindeki sözlerinden istihrak ediliyor ve avukatla müvekkili arasındaki vekâlet münasebetlerine müsteniden avukatlığın bir âmme hizmeti olmayıp, hususî bir faaliyet olduğu ileri sürülüyorsa da [126 bis], bizce vaziyeti başka bir zaviyeden rüyet etmek ve bu bakımdan bir ayırma yapma iktiza eder: avukat, müvekkilinin temsilcisi sıfatıyla kaza selâhiyetini haiz makam, daire veya kişiler huzurunda hareket etmekte ise, bu makam, daire veya şahısların hukuki tasarruf veya fiillerine kendi iradesiyle iştirak ettiği cihetle, âmme vazifesi görmektedir ve bu faaliyetini icra ederken ceza tatbikatında memurdur; buna mukabil aynı makam daire veya kişiler

huzurunda hareket etmediği takdirde ve müddetçe - vekil sıfatıyla birtakım muamelelerde bulunsa dahi - bu faaliyeti tamamiyle hususî hukuk sahasında kalır ve avukatın hususi bir fertten hiçbir farkı olmaz, hattâ âmme hizmetiyle muvazzaf bir şahıs sayılmasına dahi imkân görülemez.

Bu itibarla serbest avukatlığı bir âmme hizmeti sayan Yargıtay Hususî Dairesinin 4/III/1947 gün ve E 173/K 116 sayılı kararına iştirak edemediğimiz gibi, sayın Doçent Dr. Nurullah Kunter'in avukatlığı daima hususî bir faaliyet addeden telâkkinine de - tamamiyle - taraftar olamıyoruz.

İflâs idaresine dahil olan şahıslar: İflâs idaresini vücade getiren alacaklılar tarafından lâzım gelen bilgi ve tecrübeyi haiz Türk vatandaşları arasından seçilen şahıslar da memurdurlar; kanun (İ.İ.K., m. 223) bu gibi şahısların seçilebilmelerine sarahaten cevaz vermiştir; bu intihap dolayısıyla iflâs idaresini terkip eden zevatla Devlet beyninde hususî bir âmme hukuku rabıtası teessüs eylemiştir; nihayet bu kimselerin görükları vazife bir âmme fonksiyonudur.

[126] bis) Nurullah Kunter, *Ceza tatbikatında âmme vazifesi ve âmme hizmeti tefriki ve avukatları durumu* (İst. Huk. Fak. Mec., C. XIII, S. 2, sah. 767 ve son.).

Gerçekten iflâs idaresi, masanın kanunî mümessilidir; doğrudan doğruya veya alacaklıların verecekleri vekâlete müsteniden sulh olabilir ve tahkim yapabilir. (İ. İ. K., m. 226). Bundan başka icra ve iflâs memurları gibi kusurlarından ileri gelen zarar zıyandan mesuldürler; yaptıkları muameleler ve kendilerine vaki talep ve beyanlar hakkında zabıt tutarlar; bazı tasarrufları yapmaktan memnurdurlar ve yaptıkları muameleler hakkında, tıpkı icra ve iflâs daireleri memurlarının yaptıkları muameleler hususunda olduğu gibi, kanuna muhalif olmasından veya hâdiseye uygun bulunmamasından dolayı icra tetkik mercine şikâyet olunabilir. (İ. İ. K., m. 227 delâletiyle, m. 5, 8, 11 ve 16).

Bütün bu hükümler gösteriyor ki, kanunumuz, bilhassa vazife ve mesuliyet bakımından, iflâs dairesi memuru ile iflâs idaresine mensup şahıs arasında fark gözetmemiştir; binaenaleyh bu şahsın iradesine hukukî tasarruf kıymetini tanımıştır: şu halde iflâs idaresini teşkil eden şahıs veya şahıslar da bir âmme vazifesi görmekte ve memur sayılmak için gereken şartları câmi bulunmaktadırlar.

Yedi emin: İcra ve İflâs kanununun 88 inci maddesi mucibince, kendisine menkul malların muhafazası tevdi olunan kimse de memurdur: [127] kanunen bu keyfiyet tecviz olunmuştur; icra memuru tarafından malların tevdi olunmasıyla yedi eminle Devlet arasında hususî bir âmme hukuku rabitası teessüs etmiştir; yedi eminin ifa eylediği faaliyet bir hukukî fiildir. Çünkü bu muhafaza keyfiyeti birtakım kanunî neticeler tevtil eder. Başka bir kıstastan hareket eden İtalyan Yargıtayı da şöyle demektedir: "haczedilen malların muhafızı memurdur, çünkü borçlunun mallarının alacaklıların teminatını teşkil eylediği hususundaki hukuk kaidelerini Devlet vasıtasıyla tahakkuk ettirmeğe müteveccih bulunan cebrî icranın icbar edici faaliyeti, bu faaliyet ister adlî, isterse idarî addedilsin, daima âmme kudretinin bir fonksiyonudur". [128]

c) *İdarî bir âmme vazifesi gören hususî şahıslar:* Bu zümrenin başında noterleri görmekteyiz. Kanunî bir müsaade ve kendisiyle Devlet arasında mevcut hususî bir rabıtaya istinat eden noter, bilhassa hukuk davalarında katî delil olan resmî senetleri tanzim etmek suretiyle, bir âmme vazifesi görmektedir. Nitekim İtalyan mahkemelerinin içtihadı da bu merkezdedir. [129].

İmtiyaz sahibi: İmtiyaz sahibinin gördüğü faaliyet esas itibariyle bir âmme hizmetidir; çünkü ancak âmme hizmetleridir ki üzerlerinde imtiyaz tesis olunmağa müsaittirler. [130]. Bununla beraber, bir âmme hizmetinin imtiyazını almış olan kimseye, bu hizmetin ifası için zarurî bulunan, muayyen ve mahdud bir takım âmme fonksiyonlarının da tanınmış olması mümkündür: meselâ imtiyaz mukavelesiyle kendisine halktan birtakım harçlar alması; [131]; demiryollarını işleten müteşebbislerin biletsiz seyahat eden yolculardan aldıkları veçhile, bir para cezası tahsil etmesi; kendi müstahdemleri üzerinde inzibati birtakım selâhiyetleri haiz bulunması [132] gibi haklar tanınabilir. Bu gibi durumlarda, hususî bir şahsın memur sayılabilmesi için lâzım gelen üç şart mevcut olduğundan, imtiyaz sahibi, sözü geçen hakları kullanırken, memur, bunun di-

[127] Bk.: S.S. Onar, M.R. Belgesay, *Adliye hukukunun umumî esasları*, İst.1944 s.167

[128] Cass., 26 ekim 1931 (*Ann. di dir.e proc. pen.*, 1932, s. 215).

[129] "Noter, idarî bir âmme fonksiyonu ifa eden kimselerden biridir" (Lecce hıdayet mahkemesi, 8 nisan 1932; *Ann. di dir.e proc. pen.*, 1934, s. 98).

[130] Bk. yukarda no. 6, A. ve not 31.

[131] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 360.

[132] Saltelli e Romano - Di Falco, s. g. e., s. 344; Gallo, s. g. makale.

şında kalan faaliyetlerin icrasında âmme hizmetiyle muvazzaf kimse telâkki olunmak icabeder.

Bunlar haricinde kalan ve sözü geçce şartları câmi bulumıyan kimseler ise, ancak bir âmme hizmetiyle muvazzaf şahıs addolunabilirler. [133].

14 — Netice itibariyle, diyebiliriz ki, ceza kanunumuzun 279 uncu maddesine göre bir kimsenin memur sayılabilmesi için, müstahdem olup olmaması, lâzım gelmez: ancak müstahdemse bir âmme vazifesi görmesi, yani hukukî bir tasarruf veya fiil ifa etmesi veya bu hususa âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak eylemesi, müstahdem değilse, hukukî tasarruf veya fiili, kanunun sarıh bir izin veya emrine müsteniden ve kendisiyle Devlet beyninde teccüs eden hususî bir âmme hukuku rabitası mucibince ifa veya bu hususa iştirak eylemesi lâzım gelir.

Görülüyor ki madde, bir taraftan memur târifini genişletmekte (çünkü müstahdem olmiyan kimselerin de memur sayılabilmesini kabul etmektedir), diğer taraftan da - âmme vazifesini esas ittihaz etmek ve bunu âmme hizmetinden ayırmak suretiyle - bu târifi daraltmaktadır.

Bu mebhaste şu noktaya da temas etmekten kendimizi alamıyacağız: ceza kanunumuzun rüşvetten bahseden 211 inci maddesi tetkik edilince, burada zikredilen bütün şahısların 279 uncu maddedeki memur târifine girdiği görülür. 279 uncu madde tadil olunmazdan önce mâkul ve lüzumlu olan bu tadata, fikrimizce, artık hacet kalmamıştır: noksan ve tahdidî olmak mahzurunu haiz bulunabilen herhangi bir saymadan kaçınarak, 211 nci maddede sadece "memur" denmesi gerek kanun tekniği gerekse maslâhata uygunluk bakımından temenniye şayandır.

2 — Ceza tâkibatında memur

15 — Yukarda dedik ki, [133], memur sıfatı umumî ceza hukukuna bir de memurların istisnai bir muhakeme usulüne tâbi tutulmaları bakımından, ilgilendirir. Gerçekten 133 sayılı Memurların muhakematı hakkındaki kanunu muvakkate göre, memurların vazifelerinden münbaıs veya icrayı vazife esnasında hâdis olan suçlarından dolayı, önce idarî merciler ve karar heyetleri tarafından "tahkikatı iptidaiye yapılarak lüzumu-muhakeme kararı verilmedikçe, savcılık tarafından memur aleyhine doğrudan doğruya

[133] Bunun içindirki Saltelli ve Romano - Di Falco, ile Gallo'nun fikirlerine muhalif olarak, borsa tellâllarını memur telâkki edemiyoruz. Filhakika her ne kadar 4355 sayılı kanunun (R. G. 5307; 18/1/1943) 16 ncı maddesinde târif ve Ticaret ve Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Nizamnamesinin (R. G. 5409; 21/V/1943) 27 nciden 31 inciye kadar olan maddelerinde hak ve vazifeleri tespit olunan borsa tellâllarının, kanuni bir müsaadeye ve hususi bir rabita (çünkü Ticaret Bakanlığı ancak muayyen evsafi haiz kimseleri borsa tellâllığına kabul edebilir) müsteniden ve inhisari bir şekilde (s. g. kanun m. 16 f. 2; s. g. nizamname m.21 f.2) bir âmme faaliyetinde bulunuyorsalar da, bu faaliyetin âmme fonksiyonu olarak tavsifi imkânsızdır. Bir kere bu faaliyet tamamiyle hususi hukuk sahasına münhasır bulunmakta ve âmme hukuku sahasında hiçbir netice tevhit etmemektedir: bizim aradığımız cihet yapılan hukuki tasarrufu âmme hukuku alanında birtakım neticeler doğurabilmektedir. Sonra, aksi takdirde inhisar maddelerini, posta ve damga pullarını ve Millî piyan-go bileterini idarenin hususi bir müsaadesine müsteniden satan bâyilerin de bir âmme vazifesi gördüklerini kabul ve memur sayılmaları iktiza edecektir.

[134] Bk. no. 1.

takibata girilmez ve hukuku âmmе dâvası açılmaz. [135]. "Tahkikatı iptidaiye" gerek hazırlık gerekse ilk tahkikat mahiyetini haiz olduğu gibi, lüzumu muhakeme kararı da "müstantik kararname", yani son tahkikatın açılması kararı, kuvvetinde olup, bu kararın bütün neticelerini tevhit eder. [136].

Bu böyle olmakla beraber, sözü geçen kanun, bu istisnâî usulden faydalanacak memurların kimler olacağını, yani 1 inci maddesindeki "memurin" tâbirinden ne anlaşılacak icabedeceğini göstermiş olduğu cihetle, "bu kanunun meriyete girmiş bulunduğu tarihten itibaren ihtiva eylediği istisnâî usulden istifade edecek Devlet ajanlarının tayini meselesi ihtilâflı kalmış ve değişik içtihatlarla sebebiyet vermiş"ti. [137].

İçtihat sahasında, bu mebhaste bir prensip kararı vazetmek maksadiyle vakit vakit, bazı esaslar kabul olunmuştu. Gerçekten gerek ceza gerekse memurin kanunlarının yürürlükte bulunmadıkları bir devirde, 27 ağustos 1339 tarihinde, Danıştay şöyle bir içtihatla bulunmuştu: "Umuru hükümete ait muamelâtı asaleten veya vekâleten, gerek maaş, gerek ücret ve gerek mülâzemet (staj) suretiyle maaş veya bir ücret almaksızın ifa ile mükellef olan kimselerin cümlesi memur olup, bunların sıfatlarını tayin eden cihet vazifeye alınma suretleri değil, ifa ettikleri vazife olduğundan, her hangi sınıftan olursa olsunlar Memurin Muhakematı Kanununa tâbi bulunurlar". [138]. Görülüyor ki, bu karar ancak umumuru hükümete ait "muamelâtı", yani hukukî tasarrufları yapan kimseleri memur sayarak, memurin muhakematı kanununa tâbi tutmakta ve bir dereceye kadar yukarda müdafaa etmiş olduğumuz kıstasa yaklaşmaktadır.

Bundan sonra, Ceza ve Memurin kanunları yürürlüğe girmiş ve bazı münferit kanunlar da, bu kanunlar ahkâmına tâbi bulunan memurlar hakkında, Memurin Muhakematı kanununun tatbik edileceğini veya edilmeyeceğini tasrih eylemişlerdir. [139] **Bunun-**

[135] Şu noktaya işaret edelim ki, 15 mayıs 1930 tarih ve 1609 sayılı kanuna göre, memurların irtikâp, rüşvet, ihtilâs, zimmet kaçakçılık, resmî müzayede ve münakasalara ve alım satıma fesat karıştırmak, Devlet hariciyesine ait mahrem evrakı ve şifreleri ifşa veya ifşaya sebebiyet vermek suçlarını işlemeleri halinde, Memurin Muhakematı Kanunu tatbik edilmeyip, savcı doğrudan doğruya tâkibata girişilebilir: ancak memur milli irade ile mansup memurlardansa keyfiyeti ilgili Bakana bildirir ve müsaade talep eder.

[136] Bu mebhaste bk.: Tahir Taner, s. g. *Usul*, s. 268 ve 269

[137] Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*, s. 819.

[138] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 968; Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*, s. 820.

[139] Taallûk ettikleri memurlar hakkında M. M. K. nun tatbik olunacağını tasrih eden kanunlardan bazıları şunlardır: İnbisarlar umum müdürlüğü teşkilât ve vazifeleri hakkında kanun (4036; 21/V/1941) m. 31; Basın ve yayın umum müdürlüğü vazife ve memurları hakkında kanun (4475; 16/VII/1943) m. 33 f. 3; Orman umum müdürlüğü teşkilât kanunu (3204; 4/VI/1947) m. 3; Divanı muhasebat kanunu (251, 16/VI/1934) m. 9. f. 2; Belediye kanunu (1580; 3/IV/1930) m. 102; Köy kanunu (442; 17/III/1340) m. 11; Vakıflar umum müdürlüğü teşkilâtı hakkındaki 3461 sayılı kanuna ek kanun (4136; 1/XII/1941) m. 1 (delâleten); Ankara şehri imar müdüriyeti teşkilât ve vazifesine dair kanun (1351; 24/V/1928) m. 5; Ankara yüksek ziraat enstitüsü kanunu (2291; 10/VI/1933) m. 1 (delâleten); İdareci umumiyei vilâyat kanunu (13/III/1329) m. 77 f. 2; Köy okulları ve enstitüleri teşkilât kanunu (4274; 19/VI/1942) - ağır cezalı cürümlerden dolayı - m. 54 (delâleten). - Taallûk ettikleri memurlar hakkında M. M. K. nun tatbik olunamayacağını tasrih eden kanunlardan bazıları şunlardır: Ankara elektrik ve havagazı ve Adana elektrik müesseselerinin idare ve işletilmeleri hakkında kanun (4325; 16/I/1942) m. 17; Devlet

la beraber, bu hususî kanunlar, hem vaziyeti daha çok karıştırmışlar [140] hem de bir prensip kararının kabulüne mâni olmuşlardır. Nitekim Yargıtay da bu mebhaste tamamiyle ampirik bir metot takibederek, her hadisede mevzuubahis olan memurun Memurin muhakematı kanununa tâbi olup olmayacağını tesbit etmek cihetine gitmiştir. [141].

Bununla beraber, bu ampirik metodun takib olunması hususunda esas ittihaz edilen târif Memurin kanunundaki târif olmuş ve "ancak kanunî sarahat ve delâletlerle bu târifin dışına çıkılarak kanun diğer bir kısım ajanlara da tatbik" edilmiştir. [142].

Hal bu şekilde devam ederken, Yargıtay 14/3/1940 tarihinde şöyle bir tevhid içtihat kararında (27 E/48 K) bulunmuştur: "Kır, çarşı ve mahallât bekçileri memuru tarif eden 788 sayılı kanunun 1 inci maddesinin dairesi şumulünden hariç ve hususî kanunlarına göre zabıta mahalliyenin tahtı nezaretinde olup zabıta nania ve adliye vezaifinde ona muavenetle mükellef ve iş bu vezaifin ifası sırasında hâdis olan suçlarından dolayı ilk tahkikatın icrasında umumi hükümler tatbik olunup, Memurin muhakematı kanununun 4 üncü maddesindeki istinaî hüküm cari" değildir. [143]. İşte Yargıtayın bu tevhid içtihat kararı, Büyük Millet Meclisine kır, çarşı ve mahalât bekçilerinin Memurin muhakematı kanununa tâbi olup olmadıkları hakkında bir tefsir takritinin verilmesini mucip olmuş ve Meclis de 1255 sayılı tefsir kararında bulunmuştur. [144].

denizyolları ve Devlet limanları işletme umum müdürlüklerinin teşkilât ve vazifelerine dair kanun (3633; 7/VI/1939) m. 12 f. 3; Elektrik işleri etüd dairesi teşkiline dair kanun (2819; 14/VI/1935) m. 12; Köy okulları ve enstitüleri teşkilât kanunu (4274; 19/VI/1942) - ağır cezalı olmıyan cürümlerden dolayı - m. 54 (delâleten); Maden tetkik ve arama enstitüsü kanunu (2804; 14/VI/1935) m. 12; Millî Korunma Kanunu (3780; 18/I/1940) m.64/11.

[140] Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*, s. 820.

[141] "Ziraat Bankası memurları M. M. K. a tâbi değildirler" (C. U. H., 17: 10/1932; 1. 95 E/77 K. - *Tem Kar.*, 1930-34, s. 423); "İdarei hususiye ait taş ocakları bekçisi M. M. K. a tâbi memurlardan değildir" (C. U. H., 2/10/1933 E/226 K. - *Tem. Kar.* 1930-34, s. 585); "Devlet Demiryolları memurları M. M. K. a tâbi değildir" (C. U. H., 22/9/1930; 6. - C. Köseoğlu, s. g. e., s. 324); "Hâkim sıfatını gayri haiz adliye memurlarının suçlarından dolayı muhakemelerinin icrasına ahkâmı umumiyeye tâbi olup, M. M. K. daki merasimi mütekaddiminin icrasına mahal yoktur" (Tev. İct., 12/XI/1930; 1225 - C. Köseoğlu, s. g. e., s. 325); Bekçiler M. M. K. a tâbi memurlardan madût değildir" (C. U. H., 18/I/1937; 24 C. Köseoğlu, s. g. e., s. 326); "Köy âzaları müstakillen M. M. K. a tâbi memurlardan değildir" (C. U. H., 11/X/1937; 1. 42 E/144 K. C. Köseoğlu, s. g. *sahife*); "zirai kredi kooperatifi memurları... M. M. K. a tâbi memurlardan değildir" (C. U. H., 25/X/1937; 177 E/178 K. - C. Köseoğlu, s. g. *sah.*); "Ticaret Odası başkâtibi ve tahsildarı M. M. K. a tâbi memurlardan değildir" (C. U. H., 8/XI/1937; 200 E/201 K. - C. Köseoğlu, s. g. e., s. 327) "Mahalle amutemetleri M. M. K. a tâbi değildirler" (C. U. H., 15/XI/1937; 216 - C. Köseoğlu, s. g. s.); "Hapishane gardiyanları ücretle müstadem olup memur olmadıklarından M. M. K. a tâbi değildirler" (C.U.H., 22/VI/1931; 62 E/61 K. - Kemal Bora, *Hasıyeli Türk Ceza Kanunu*, IV. basılış, Ankara 1944, s. 1689).

[142] Sıddık Sami Onar, s. g. e., s. 969.

[143] Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*, s. 821.

[144] Sicilli Kavanin, 1941, c. 22, s. 619.

Tefsir takriri üzerinde mütalâada bulumağa davet olunan Adliye Encümeni 16/V/1941 tarih ve 4/27 E-44 K sayılı mazbatasıyla, Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak memurların Memurin kanununun 1 inci maddesinde târif edilen kimseler olduğuna karar vermiştir. Encümenin serdettiği mucip sebepleri, hâdiseden tecerrüt ederek, şu şekilde telhis eyleyebiliriz: 1) Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak ajanlar Türk Ceza kanununun 279 uncu maddesinde tasrih edilen memurlar olsa idi, münferit kanunlarda, bu kanunların çerçevesi dahiline giren memurların Memurin Muhakematı kanununa tâbi olacakları hakkında ayrıca hüküm sevkine ihtiyaç hissolunmazdı; 2) Türk Ceza kanununun 279 uncu maddesi, memuru târif etmekle beraber, bu târifin "ceza kanununun tatbikatında" cari olacağını ve binaenaleyh tâkibat ve usule şamil bulunmıyacağını tasrih etmeği ihmal eylememiştir. Binnetice sözü geçen târif Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak memurların tâyini hususunda bir kıstas teşkil edemez.

Buna mukabil, Dahiliye Encümeni, 4/VIII/1941 tarih ve 4/27 E-37 K sayılı mazbatasıyla, Memurin muhakematı kanununa tâbi olan ajanların Ceza kanununun 279 uncu maddesinde târif edilen memurlar olacağını kabul eylemiştir. Dahiliye Encümeni tarafından verilmiş olan bu kararın mucip sebeplerini, gene hâdiseden mücerret olarak, tesbit edelim: 1) Encümene göre bir memurun Memurin Muhakematı kanununa tâbi olması kendisi için bir haktır ve bu hak memurun gördüğü vazifenin karşılığıdır. Muayyen bir vazife ifa eden bir memur Memurin muhakematı kanununa tâbi olduğu takdirde, aynı veya müşabih bir vazife gören diğer ajanların da bu kanun hükümlerinden istifade etmeleri icabeder, çünkü "herhangi bir vazifenin mukabilinde mutlak bir hakın mevcudiyeti hukukun değişmez prensiplerinden biridir"; 2) Münferit kanunlarda, bu kanunların çerçevesi dahiline giren memurların Memurin muhakematı kanununa tâbi olacakları hakkında sarahat bulunması, Memurin muhakematı kanunundan faydalanacak ajanların sadece Memurin kanununun 1 inci maddesinde târif olunan memurlardan ibaret bulunmadığını gösterir; 3) Memurin kanunu kendisinden 12 sene evvel yürürlüğe girmiş bulunan Memurin muhakematı kanununun saha ve şumulünü tâyine medar olamaz; 4) Memleketimizde öteden beri âmme hizmeti ifa eden herkesin memur addolunması bir an'ane ve teamüldür, nitekim Danıştayın 3 eylül 1334 tarihli Takvimi Vakayî'de münteşir tefsiri de bunu teyideder; 5) Memurin kanununun maksat ve gayesi "Devlet memurları olacaklarda aranılması lâzım gelen hususî vasıfların tâyin ve bunların yine o kanuna göre haiz olacakları hukuk ve salâhiyetin tahdit" edilmesinden ibarettir, binaenaleyh Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak memurların tesbiti gayesini gütmektedir.

Dahiliye Encümeninin bu mucip sebeplerine, şu şekilde cevap verilebilir: [145] 1) Memurin muhakematı kanununundan istifade etmek, ajan için bir hak değildir; çünkü, mazbata da denildiği veçhile, "hak mefhumunda irade ve muhayyerlik mündemictir hak sahibi isterse o hakkı kullanır, dilerse o haktan feragat eder". Halbuki hiçbir memur kendi hakkında Memurin muhakematı kanununun tatbik edilmemesini talep edemez: Memurin muhakematı kanunu, memurları hususî bir usule tâbi tutmak suretiyle, himaye eden bir kanundur ve bu bakımdan teşriî masuniyete benzer; nasıl ki bir milletvekili teşriî masuniyetten feragat edip kendisi hakkında doğrudan doğruya

[145] Bu mazbatanın mucip sebeplerine verilebilecek cevapları tâyin etmek hususunda hocamız Sulhi Dönmezer'in kıymetli irşatlarından istifade eylediğimizi teşekkürle kaydederiz.

takibat yapılmasını talep eylemezse, bir memur da öylece Memurun muhakematı kanununun tesbit ettiği himaye vasıtalarından vazgeçemez; 2) Münferit kanunlarda, bu kanunların çerçevesi dahiline giren memurların Memurin muhakematı kanununa tabi olacakları hakkında sarahat bulunması, Memurin muhakematı kanunundan faydalanan ajanların Memurin kanununda tarif olunan memurlardan ibaret olmayacağını ifade etmez; aksi halde, gene mazbatada denildiği veçhile, Memurin kanununun tarifine giren bazı memurların hususî kanunlarına, bunlar hakkında Memurin muhakematı kanununun tatbik olunmayacağını tasrih etmeğe neden ihtiyaç hissedilmediği izah olunmaz. Kaldı ki bu mevzuda Adliye Encümeninin noktâi nazarı gayet kuvvetlidir; 3) Memurin muhakematı kanununun şumul ve şahsını kendisinden 12 sene sonra yürürlüğe girmiş bulunan Memurin kanununda aramak yanlışsa, aynı kanundan tam 22 yıl sonra mer'iyete girmiş olan Ceza kanununun muaddel 279 uncu maddesinin bu şumul ve sahayı tâyin edebileceğini zannetmek herhalde çok daha yanlıştır; 4) Danıştayın tefsir kararıyle müesses bulunan bir teamülün mevcudiyetinden sarfı nazar, bu tefsir kararı "umuru hükümet" tâbirini kullandığı cihetle, her hangi bir âme hizmetini gören bütün memurlara da şamil değildir; [146] 5) Memurin kanununun maksat ve gayesinin Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak ajanları tâyin ve tesbit etmek olmadığı doğrudur; fakat ceza kanununun 279 uncu maddesinin gayesi de bu merkez de değildir: madde sarahaten "ceza kanununun tatbikatında" demek suretiyle, tâkibat hususunu şahsı haricinde bırakmıştır. Bu mülâhazalarla Dahiliye Encümeninin ileri sürmüş olduğu mucip sebeplere iştirak edemiyoruz.

Bununla beraber, bu mazbata Büyük Millet Meclisinin 8/VIII/1941 tarih ve 1255 sayılı tefsir kararıyle tasvip edilmiş ve böylece teşriî bir kıymet iktisap eylemiştir. Bu kararın verilmesinden sonra da bazı mahkemelerin Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak memurların tâyini hususunda tereddütlere düştükleri görülmekte ise de, bu keyfiyet sözü geçen kararın ancak kır, çarşı ve mahallât bekçilerinin memurin muhakematı kanununa tâbi bulduklarını tesbit eylediğinin zannedilmesinden ileri gelmekte ve kararın son cümlesinde ifadesini bulan umumî esas gözden uzak tutulmaktadır. [147]. Gerçekten bu cümlede şöyle denilmektedir: "Ceza tatbikatında hangi vazife sahiplerinin memur telâkki edileceği hususunda Adliye Encümeni ile müttefik olarak, Encümenimiz, ceza takibatında dahi aynen ve tamamen o vazife sahiplerinin memur addedilmeleri ve binaenaleyh haklarında Memurin muhakematı kanununun hükümlerinin tatbik olunması..." fikrindedir.

Bu tefsir kararından sonra, Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak Devlet ajanlarının tâyini meselesi artık ihtilâfları olmaktan çıkmıştır; nitekim Yargıtay IV ceza dairesinin 13/X/1943 tarihli kararının [148] istinat eylediği mucip sebeplerden biri de budur. Demek oluyor ki bir ajanın Memurin muhakematı kanununa tâbi olup olmayacağını tesbit edebilmek için, o ajanın ceza kanunu bakımından memur olup olmadığını tâyin etmek lâzım gelir. Ceza kanununun tatbikatında memur olabilmek için ise, bir âme vazifesi görmek icabedeceğini biliyoruz.

16 — Bu böyle olmakla beraber. Ceza kanunu bakımından memur sayılan her şahsın, "aynen ve tamamen" ceza tâkibatında da memur sayılmasına imkân yoktur. Ger-

[146] Bu hususta bk.: Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*.

[147] Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*, s. 821.

[148] Bu kararın metni ve tahlili hakkında bk.: Sulhi Dönmezer, s. g. *kronik*.

çekten, yukarda gördük ki, [149], ceza kanununun memur saydığı kişiler, Devlet veya âmme müesseseleri müstahdemi olabilecekleri gibi, Devlete veya böyle bir müesseseye her hangi bir istihdam rabitasıyla bağlı bulunmayan serbest kimseler de olabilirler. Şimdi, böyle bir kimseyi, ceza tatbikatında memur addedilmesi hasebiyle, ceza tākibatında da memur saymak ve hakkında Memurin muhakematı kanununu tatbik eylemek mümkün değildir. Meselâ meşhut bir suç vukuunda zabita tarafından yardımı talep-olunan şahıs, halin icabettirdiğinden daha fazla bir cebir ve şiddet istimâl, bilfarz suç üstü yakalanan kimseye karşı müessir bir fiil ika eyler ve ceza kanununun 50 nci maddesinin delâletiyle 456 nci maddesi gereğince mesul olursa, kendisi hakkında memurin muhakematı kanunu değil, ancak Ceza usulü muhakemeleri kanunu kabili tatbik olur, çünkü idarî hiyerarşiye mensup bulunmayan hususî bir fert olması hesabıyla, tahkikatı iptidaiye yapacak bir mercie ve lüzumu veya men'i muhakeme kararı verecek her hangi bir heyete tâbi değildir. [149 bis].

Binaenaleyh tefsir kararının mutlak olan ibaresini bir defa bu bakımdan tahdit etmek ve ceza kanunu bakımından memur telâkki edilip de aynı zamanda Devlet veya bir âmme müessesesi müstahdemi bulunan kimselere maksur addetmek lâzım gelir.

Diğer taraftan "memur" tâbirini, yukarda belirttiğimiz anlamda, yani "âmme vazifesi gören kimse" mânasında anlamak ve âmme vazifesini de âmme hizmetinden ayırmak suretiyle ve "âmme hukuku iktidar ve selâhiyetlerini kullanarak hukukî veya fiilî tasarruflarda bulunmak veya bu tasarruflara âmme hukuku usulüne uygun bir tarzda iştirak eylemek" şeklinde yorumlamak icabeder. Ancak bu suretledir ki, Memurin muhakematı kanununa tâbi olacak ajanların herhangi bir âmme hizmetini gören bütün müstahdemlere şamil olacak şekilde genişlemesinin önüne geçilebilir.

Sözlerimizi bitirmeden önce, son bir noktaya daha temas edelim. Yukarda, [150] bazı hususî kanunlarda, bu kanunların taallük ettikleri memurların Memurin muhakematı kanununa tâbi olacaklarının tasrih edildiğini, diğer bazılarında ise bunun aksine bir sarahat bulunduğunu görmüştük. 1255 sayılı tefsir kararından sonra bu gibi sarahatlere ne gibi bir lüzum olabileceği meselesinden sarfı nazar, Memurin muhakematı kanununun cari olmayacağı hususunda bir hükmün sevk edilmesini, Üstadımız Tahir Taner'in fikirlerine tercüman olarak, doğru bulmuyoruz. Memurin muhakematı kanunu, Ceza muhakemeleri usulü kanununa nispetle hususî bir kanundur ve ancak sarahat bulunan hallerde tatbik olunabilir. [151] Muayyen bir mevzuda Memurin muhakematı kanununun cari olmaması isteniyorsa, kanunun bu hususta sâkit kalması kâfidir: bu gibi hallerde Ceza muhakemeleri usulü kanunu kendiliğinden tatbik edilecektir. Şurasına da işaret edelim ki, sözü geçen kanunlarda Memurin muhakematı kanununun tatbik olunamayacağına dair bir hükmün sevk edilmesi, tatbikat sahasında yerleşmiş olan bir zihniyetin neticesidir. Buna göre, Memurin muhakematı kanunu, memurlar hakkında umumî ve şamil bir kanun sayılmakta ve ancak aksine sarahat bulunan ahvalde bu kanunun tatbik edilemeyeceği zannolunmaktadır. Halbuki, memur olsun veya olmasın, her hangi bir şahıs hakkında umumî ve şamil usul kanunu ancak Ceza muhakemeleri usulü kanunudur ve Memurin muhakematı kanununun tatbik olunmaması için değil, fakat olunabilmesi için sarahat aramak gerekmektedir.

[149] Bk. no. 5 ve 13.

[149 bis] "M. M. K. kişi itibariyle sadece Devlet memurlarına uygulanan hükümler taşıyan bir kanundur (28/III/1945 gün ve E 1/K 6 sayılı Tevhidi İc̄tihat kararından).

[150] Bk. no. 139.

[151] Bk.: Sahir Erman, *Ceza M. U. K., Hukuk U. M. K. na nispetle hususi bir kanun değildir* (Adalet Dergisi, 1947.)

Ancak, şurası varki 1255 sayılı tefsir kararından sonra, Memurin muhakematı kanunu Ceza Kanununun memur târifine giren kimseler hakkında, hemen de umumi bir mahiyet iktisap eylemiştir: Ceza kanunu bakımından memur olan herkes için tatbik olunabilecek usul kanunu memurin muhakematı kanunudur. Bununla beraber, biraz önce söylediğimiz veçhile, "memur" tâbirini tahdit etmek ve böylece Ceza muhakemeleri usulü kanununun geniş bir müstahdem kitlesi karşısında âtıl vaziyete düşmesine manî olmak, gerek hukukî yönden gerekse maslâhata uygunluk bakımından elzemdir.

Nitekim Tevhidi İçtihat Genel Kurulu 28/III/1945 gün ve E 1/K 6 sayılı kararında, [152], "Usul kanunlarıyla tesbit olunan kararlar vatandaşlar için birer teminat-ür. Devlet memurlarının ayrı yargılama usulüne bağlı tutulmaları kamu menfaatları yönünden Devlet idaresinin genel yönetimi bakımından korunmasında fayda bulunan bazı prensiplerin varlığından ileri gelmiştir. Genel Devlet idaresi sisteminin dışında kalan müesseseler ve cihazlar hakkında istinaî mahiyette olan hüküm ve esasların uygulanması düşünülmemelidir. Zira, anayasa prensiplerinin bozulması gibi bir tehlike ile karşılaşılabilir. Hiç kimse kanunla bağlı olduğu mahkemeden başka bir yargılama yerine yollanamaz" demekte ve bu suretle M. M. K. nun ancak genel Devlet idaresi sisteminin içinde kalan müessese ve cihaz memurları hakkında tatbik olunabilmesini kabul eylemektedir. Her ne kadar "genel Devlet idaresi sisteminin içinde kalan müessese ve cihazlar"ın neden ibaret bulunduğu teemmüle şayan ve tasrihe vabeste iş de, biz bu ibareyi M.M.K. na tâbi olacak kimselerin tahdidine müteveccih bir işaret saymakta ve bu gibi kimselerin bundan böyle şu esas ve istikamet dairesinde tâyini temennisine iştirak eylemekteyiz. [153].

[152] Bk. no: 79.

[153] Sulhi Dönemezer, s. g. *İktisadi Devlet Tesekkülleri memur ve müstahdemleri ve Memurin Muhakemat Kanununun tatbiki* adlı kronik.