

CEZA HUKUKUNDA MEMUR KAVRAMI (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)

*Prof. Dr. Doğan SOYASLAN**

Kamu menfaati için yetkilendirilmiş şahısları inceleme ve bunların kimliğini belirlemeden, Devlet idaresi aleyhine işlenen suçların içeriğine nüfuz etmek mümkün değildir. Çünkü Devlet idaresi aleyhine işlenen suçların büyük kısmı sadece bu şahıslar tarafından veya bu şahıslara karşı işlenmektedir.

Kamu menfaatine çalışan personel kavramı çok geniş bir kavramdır. Bu konuda Türk hukukuna geçmeden önce kaynak ülke kanunu'nu hem teorik ve hem de uygulama açısından incelenmekte fayda vardır.

I- İtalyan Ceza Kanunu

1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu 207. maddesinde sadece memur kavramını düzenlemiştir. "Kanunun memur saydığı kişiler şunlardır:

1. Devletin, Belediyelerin, Vilayetlerin, Devletin, Belediye ve Vilayetlerin vesayeti altında bulunan bir kurumun hizmetinde geçici veya devamlı, ücretli veya ücretsiz çalışan kişiler.

2. Noterler.

3. Adli organ nezdinde çalışan mübaşirler,

Jüri üyeleri, hakemler, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar da görevlerini icra dolayısıyla memur sayılmakta idiler.

1930 Tarihli Kanun kavramların bölünmesinde geleneksel eğitime sadık kalarak kamu menfaati için çalışan personeli yeniden düzenlemiş, memur kavramının yanında iki kategori personel daha

* A.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ihdas etmiştir. Bunlar kamu hizmetlileri ve amme için zorunlu hizmet icra eden personeldir.

Gerçekten İtalyan Ceza Kanunu'nun 357. maddesine göre memur şöyle tanımlanmıştır.

1. Devlet veya bir başka kamu kurumunda devamlı veya geçici olarak çalışan adli, idari, teşrii görev yapan kişi;

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

358. madde Ceza Kanununda kamu hizmetlisini şöyle düzenlemiştir.

1. Devamlı veya geçici olarak devlet veya diğer bir kamu kurumu adına amme hizmeti görenler.

2. Devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak amme hizmeti görenler kamu hizmetlisi sayılırlar.

359. madde ise Ceza Kanunu'na göre amme için zorunlu hizmet yapanları tarif etmiştir.

1. Avukatlık veya sağlık mesleği icra eden özel şahıslar, Kanunun, icra edilmesi için devlet tarafından kazandırılan bir yeteneği aradığı meslekler, (Doktorlar, ebeler, eczacılar, mühendis ve mimarlar gibi).

2. Kanunun, toplumu icra edilen mesleği amme için zorunlu hizmet olarak kabul etmeğe mecbur ettiği meslekler,

3. Ne kamu hizmeti ve ne de kamu görevi görmeyip te, bir idari işlem ile yaptığı hizmet kamu için zorunlu sayılan hizmeti yapanlar, kamu için zorunlu hizmet yapıyor sayılırlar (Un öğütücüler, ilaç üretenler, taksiciler, tuz ve tütün satanlar, döviz satıcıları gibi).

Bu üç maddenin yorumu İtalya'da hem teori ve hem de uygulamada birçok güçlük, kararsızlık ve tartışmalara sebebiyet vermiştir. İtalyan Yargıtayı bu konuda birçok karar vermeğe mecbur olmuş,

verdiği kararlarda sayısız çelişki görülmüş, ölçüsüz bir şekilde memur kavramı genişletilmiş, hatta büsbütün keyfilik yapılmıştır¹.

Adı geçen yüksek mahkeme 1932 tarihinde verdiği bir kararda doktoru memur, 1941 de ise kamu hizmetlisi, 1933 de ilkokul öğretmenlerini kamu hizmetlisi, 1937 de memur, mektup dağıtıcısını 1934 de memur 1935 de kamu hizmetlisi, 1966 da bankada çalışanı kamu hizmetlisi 1973 de memur saymıştır².

Manzini'ye göre üniversite odacısı, itfaiye görevlisi memur, meclis kütüphane görevlisi memur, stenografi kamu hizmetlisidir. Nedeni belirsizdir³. İtalyan Yargıtayına göre ise odacı da itfaiyeci de kamu hizmetlisidir.

Faşist rejim döneminde Cumhuriyet Savcılıklarının istemi üzerine memur kavramı genişletilmiş, devlet iştiraklerinin çoğalmasıyla sorun daha da büyümüş, bu kurumların fizyonomisinin farklılığı kanun hükümlerinin uygulanmasını güçleştirmiştir.

Geçmişte sorunu artıran bir başka faktör de bazı özel kanunların kendi personellerini memur saymaları olmuştur. Gerçekten 22 Nisan 1905 tarihli demiryollarına ilişkin kanun tüm demiryolu personelini memur sayıyordu. 22 Nisan 1905 tarihli kanunun yerini 7 Temmuz 1907 tarihli kanun almıştır.

20 Aralık 1923 tarihli Telgraf, Telefon, Radyo'ya ilişkin kanun personelini memur sayıyordu. Bu kanunlar, doktrinde karşı fikre rağmen Ceza Kanunu'nun 357, 358 ve 359. maddeleri tarafından zımnen ilga edilmiş sayılmayarak yürürlükte kabul edildi. İtalyan Anayasa Mahkemesi 7 Temmuz 1907 tarihli Kanunun 56. maddesini (bu madde tüm demiryolu personelini memur sayıyordu) Anayasaya aykırı bularak iptal etti (Karar 26 Haziran 1974)⁴.

29 Mart 1973 tarihli D.P.R., 12. maddesi Posta, Telefon, Telgraf memurlarının Ceza Kanununun 357 ve 358. maddelerine tabi olduğunu kabul etti⁵.

1. Antolisei: Manuale di diritto penale, parte speciale, Vol. II, 7. ma Edizione, Milano 1977, sh.705.
2. Antolisei, II, sh. 705, Dipnot No: 5,6.
3. Antolisei, II, sh. 706, Dipnot 6. nın devamı.
4. Antolisei, II, sh. 707.
5. Antolisei, II, sh. 707.

II- Türk Ceza Kanunu

Kamu menfaatine çalışan personel, Kanunun 279. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsama mehzaz kanun kabul edildiğinde sadece devlet memurları sokulmuştur.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun üç kategori personel kabul etmesinden etkilenen Türk Kanun koyucusu 1936 yılında 3038 sayılı Kanunla diğer değişikliklerin yanında 279. maddeyi de değiştirdi. Gerçekten söz konusu değişikliğe göre, yeni İtalyan Ceza Kanununun 357 ve 358. maddelerinde tarif edilen devlet memuru (I. fıkra) ve kamu hizmetlisi gibi iki kategori kamu menfaatine çalışan personel hemen aynı ifadelerle 279. maddede düzenlenmiş⁶, amme için zorunlu hizmet yapanlar (İ.C.K. md. 359) madde kapsamı dışında tutulmuştur.

Oysa amme için zorunlu hizmet yapanların da düzenlenmesi ve bunların görevleri ile ilgili işledikleri suçlar veya görevleri esnasında bunlara karşı işlenen suçların da özel hükümlerle kanunda yerini almış olması isabetli olurdu. Meselâ doktor, eczacı, kimyager, mühendis ve mimarların cezalandırılması ve korunması gibi.

Aslında devlet memurlarından ayrı olarak kamu hizmetlileri kategorisinin düzenlenmesi de bir şeyi değiştirmemiştir. Çünkü İtalyan kanunun 279. maddesine aktarılmış ama buna paralel olarak özel hükümlerde suçun kamu hizmetlileri tarafından işlenmesi haline ilişkin değişiklik (birkaç istisna hariç) bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmemiştir. O halde böyle bir değişikliğin pratikte bir yararının olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Ancak memuru tarif eden madde 1936 yılında İtalyan Ceza Kanununa paralel olarak değiştirildiğine göre hükmün anlam ve kapsamını açıklamakta zaruret vardır. Kamu hizmetlileri, amme için zorunlu hizmet yapanlar özel hükümler arasında düzenlenmediğine göre memur kapsamına girmeyen fail kamu hizmetlisi veya amme için zorunlu hizmet yapanlar kapsamına girmeyecek, sadece normal özelkişi sayılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde kamu için çalışan iki kategori personel düzenlenmiştir. Memurlar ve kamu hizmetlileri.

6. Erman: Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, Ankara 1947, sh. 240.

“Ceza Kanunu’nun tatbikatında;

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

2) Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşriî, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanunu’nun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazaf olanlar:

1) Devamlı veya muvakkat suretle bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2) Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyarî ve mecburî surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir”.

Kanun metninden çıkan neticeye göre bir kişinin memur veya kamu hizmetlisi sayılması için, bir kamu kurumu ile iş anlaşması yapmış olması gerekmez. Başka bir ifadeyle kişi ile kamu kurumu arasında bir anlaşma sonucu kişinin kurum lehine devamlı şekilde mesleki görevini icra etmesi ve bunun sonucunda bir miktar para alması sözkonusu değildir.

O halde gerek kamu görevlisi memur ve gerekse kamu hizmetlisi personeli kendi adlarına çalışan özel şahıslar da oluşturur.

Gerek kamu görevinin ve gerekse kamu hizmetinin icrası devamlı olabileceği gibi geçici de olabilir.

Hizmet icrasının paralı veya bedava, ihtiyari veya mecburi olmasının önemi yoktur.

Memur ile kamu hizmetlisi arasındaki ayırım konusunda Kanun, icra edilen fonksiyonun mahiyetine bakmaktadır. Gerçekten kanuna göre kamu görevi icra eden memur, kamu hizmeti icra eden ise kamu hizmetlisidir. O halde bu iki kategori personel arasındaki ayırım kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki farka bağlıdır⁷.

7 Antolisei, II, sh. 707.

Ancak bu farkı kanun belirtmemiştir. Proje üzerinde bakanlık raporunda kamu görevi ve kamu hizmeti kavramı üzerinde doktrin- de yazılanlar teyid edilmiştir. Bu konuda kanunda açıklık olmadı- ğından problemin çözümünü Ceza hukuku alanında değil, İdare hu- kuku alanında aramak gerekir.

Aslında maddenin düzenleyicileri bilimin bu konuda belli neti- celere ulaştığı önyargısından hareket ettiler. Başka bir ifadeyle ka- nunu yapanlar, kamu görevi kavramı ile kamu hizmeti kavramı üzerinde belli neticelere varıldığı kanaatinde idiler. Oysa böyle bir netice sadece faraziye olup gerçeğe uymuyordu. Bu konuda doktrin o kadar ihtilaflıdır ki hâkim fikir bile var demek mümkün değildir⁸.

Kamu görevini, kamu hizmetinden ayırmak ve bu konuda çıkan sorunu çözmek için ileri sürülen fikirleri üç ayrı grupta toplama- m mümkündür.

1) Bazı yazarlara göre, kamu görevinin özelliği, kamu kurumu- nu temsil etmektir. Daha açık bir ifadeyle kurumun iradesini şekil- lendirme, belirleme gücü veyahutta iradeyi şekillendirme ve belir- lemeye iştirak etmek ve bu iradenin icrasında kurumu temsil etme gücüne sahip olmaktır.

Kamu hizmeti de amme için ifa edilen bir görevdir. Ancak yu- karıda belirtilen özelliklere sahip değildir. Öte yandan kamu hizme- ti zorunlu kamu hizmeti kavramına da girebilir⁹.

Bu kriter kendi başına yeterli sayılamaz. Çünkü memur sayıl- maması mümkün olmayan birçok kimseyi kapsamına almamakta- dır. Meselâ tanıklar, bilirkişiler, adli yorumcular ve özellikle noter- ler gibi¹⁰.

2) Diğer hukukçular ayırımı, Devlet idaresinin faaliyetinin hu- kuki veya sosyal faaliyet olup olmadığına göre yapmaktadırlar¹¹.

Hukuki faaliyet devletin esaslı ve temel amacına uygun faali- yettir.

8. Antolisei, II, sh. 708.

9. Antolisei, II, sh. 708.

10. Antolisei, II, sh. 708.

11. Erman, a.g.m., sh. 708.

Sosyal faaliyet ise toplum için sadece faydalı faaliyettir. Bu ikinci faaliyetin niteliği toplum fertlerinin fiziki, ekonomik ve entellektüel iyilikleri için yapılmasıdır. İşte bu teoriye göre devletin esaslı faaliyetine giren görev kamu görevi, ikinci gruba girenler ise kamu hizmetidir¹².

Devletin faaliyetinin hangisinin esaslı, hangisinin esassız olduğu konusuna haklı olarak ciddi itirazlar yöneltilmiştir. Bu kriterin kabulü halinde memur ile kamu hizmetlisini birbirinden ayırmaya imkan yoktur. Devlet idaresinin sosyal faaliyetlerinden olan bazı faaliyetleri icra edenlere memur sıfatını atfetmemek mümkün değildir. Meselâ Sosyal sigortalar kurumu genel müdürünü memur saymamak imkansızdır.

Buna karşılık devletin temel faaliyeti arasına giren birçok faaliyet kapsamında çalışan kişileri memur kapsamına sokmak mümkün değildir. Meselâ milli savunma, kamu nizamını muhafaza eden güvenlik güçleri çalışanları, Adliyede çalışanlar gibi¹³.

3) Bir, üçüncü akıma göre kamu görevi emir verme ve kumanda etme yetkisini, kamu hizmeti ise böyle bir yetkiyi içermez¹⁴. Bu yetki, kendisini icra edenin diğerleri üzerinde güç sahibi olması, vatandaş karşısında hukuken üstün bir gücün tezahürü ve gücü kullanma hakkı olarak kendisini gösterir.

Bu fikre karşı da itiraz edilmiştir. Emir verme yetki ve iradesi, üstün bir yetki ve faaliyeti içermektedir. Bu yetki ve faaliyete, devlet idaresi içinde idare adına görev icra eden birçok kişi sahip değildir. Sahip olamaz da. Meselâ kamu adına belge düzenleyen ve kamusal faaliyeti belgeleyen adli katipler, nüfus memurları, noterler ve kambiyo memurları gibi.

Bu kriterlerin yetersizliği, birçok hukukçuyu adı geçen fikirleri telif etmeye sevketti. Birçok karma teori ileri sürüldü. Bunlara başka kriterler de eklendi. Maddi işlemler, fikri işlemler, takdiri işlemler, takdiri olmayan işlemler ayrımı gibi¹⁵.

12. Santoro, A.: Manuale di diritto penale-parte speciale, C.II, Torino 1962, sh. 234.

13. Antolisei, II, sh. 709.

14. Erman, a.g.m., sh. 246; Santoro, I, 1962, sh. 234.

15. Antolisei, II, sh. 709.

Antolisei'e göre kamu görevi kavramı ile kamu hizmeti kavramı arasına ayırıcı bir hat koymanın güçlüğü birçok engel nedeniyle aşılamaz. İdare hukuku bilimi kamu görevi ile kamu hizmeti kavramlarının sınırını çizememiş, hatta büyük İdare hukukçuları tarafından da bu fark inkâr edilmiştir. Çünkü ikisi de amme için ifa edilen görevlerdir. Modern hukuk nizamlarında kamu görevi karmaşık bir karakter arz etmektedir. Birçok çeşidi olup sayısız dereceleri vardır. Bu nedenle kamu görevinin nerede bittiği, kamu hizmetinin nerede başladığı çözümlenmesi gereken güç bir sorundur¹⁶.

Ünlü Ceza hukukçusuna göre sorunu çözmek mümkün olmakla beraber tereddütleri azaltmak amacıyla aşağıdaki kriterlerden yararlanmak mümkündür¹⁷.

aa) İdarî işlemlere entellektüel, fikrî katkısı ile kurumun iradesinin oluşmasına katkıda bulunan şahıslar, kurumun iradesini oluşturan kimseler memur, oluşturmayanlar kamu hizmetlisidir.

O halde kurum adına fikir üreten, idari sekreterler, mühendisler, muhasebeciler memurdurlar.

bb) Kamu kurumu adına direktif verme görevi icra edenler memur, böyle bir görevi olmayanlar kamu hizmetlisi sayılacaktır.

cc) Kurumu dışı karşı hangi bir şekilde temsil eden şahıslar memur, etmeyen şahıslar kamu hizmetlisi sayılacaktır.

dd) Otorite yetkileriyle donatılanlar memur, donatılmayanlar kamu hizmetlisi sayılacaktır. Özellikle yakalama ve tutma yetkisine sahip olanlar ile kabahatlerden dolayı cezalandırma yetkisine sahip olanları memur saymak gerekir. Bu kategorinin içine özellikle güvenlik güçleri mensupları, gemi kaptanları, polis görevi ifa eden bekçiler, suçun meşhut olması durumunda öngörülen vatandaşın yakalama yetkisi halinde yakalama, Demiryolları ve tranvaylardaki bilet kontrolörleri, Devlet iştraklerinde çalışan ve kanunların ihlâl edilip edilmediğini araştıran ilgili sertifikaların doğru olup olmadığını inceleyen kişiler keza memur sayılırlar¹⁸.

ee) Belge ve delil niteliğinde sertifika düzenleme ve düzenleme yetkisi ile donatılmış olan, hukuk düzenine göre delil kuvvetin-

16. Antolisei, II, sh. 710.

17. Antolisei, II, sh. 711.

18. Antolisei, II, sh. 712.

de döküman düzenleme yetkisine sahip olanlar memur sayılmalıdır. Noterler, kambiyo memurları, izin verilmiş araçlar vs. Bu kategoriye muhakemede adli organlarla işbirliği yapan şahıslar da sokulabilir. Bu şahıslar delil olacak şeyleri ifade ve kabul ederler vs¹⁹.

Zorunlu kamu hizmeti ifa edenlerin dışında, kamu menfaati için görev ifa eden tüm diğer şahıslar kamu hizmetlisi sayılmalıdır. Kısacası bu kategoriye girenler zorunlu kamu hizmeti ifa edenler ile memurların dışında kalan kategoriye oluştururlar.

İtalyan yargıtayı 30 Ekim 1968, 14 Mayıs 1976, 6 Ekim 1965 tarihli kararlarında kamu hizmetlisi kavramına, idarenin bünyesinde memurlara yardımcı olan tüm görevlileri sokmuştur. Sosyal amaçlı bir hizmetin yapılmasını kamu hizmeti, yapanı kamu hizmetlisi saymıştır²⁰.

Netice olarak Antolisei şu kanate ulaşmaktadır. 279 madde karışıklığa ve keyfiliğe sebebiyet vermektedir. Zanardelli Kanunu'nun formülüne dönülmelidir. Sadece bir tek kavram kalmalıdır. Bu kavram memur veya kamu fonksiyoneri kavramıdır. Bugünkü ayırım Ceza Hukuku'nun amaçları açısından zorunlu bir ayırım olmayıp ayrıca kötü neticeleri de olan bir ayırımdır. Meselâ zimmet, ihtilas, irtikap suçlarını memurlar işlemektedir. Bu fiilleri yetkilerini suistimal ederek pekâlâ kamu hizmetlilerinin de işlemesi mümkündür. Böyle bir fiili özel hükümle daha ağır bir şekilde cezalandırmamak için sebep yoktur²¹.

Aslında bizce de kamu görevi ile kamu hizmeti arasında fark yoktur. Belki derece farkı vardır. Ancak ikisi de kamu görevidir. Ceza hukuku böyle bir ayırım yapmakla kendi açısından sonucu büyütüştür. Bunun nedeni bir yandan görevin ihlâli veya suistimali halinde memura daha ağır bir sorumluluk yüklemek, diğer yandan memuru görevi dolayısıyla muhtemel tecavüzlere karşı daha fazla korumak istemektir.

Gerçekten İtalyan Ceza Kanunu, memuru, görevini ihlâl ve ihmallerinde, kamu hizmetlisine göre daha fazla cezalandırmaktadır. Keza memura karşı tecavüzlerde bulunan özel kişiler de kamu hizmetlisine tecavüze göre daha fazla cezalandırılmaktadır. Bu ceza farkının nedeni, maddeyi düzenleyenlerin gözünde memurların

19. Antolisei, II, sh. 712.

20. Antolisei, II, sh. 712.

21. Antolisei, II, sh. 7213 (ve dipnot 19).

daha nazık ve yüksek bir görev icra etmeleri ve bunun tabii sonucu vazifelerini suistimalleri halinde daha ağır cezalandırılmaları veya bunlara karşı görevin ifası dolayısıyla suç işleyen özel şahısların daha fazla cezalandırılmasıdır.

Türk hukukunda ise memur ve kamu hizmetlisi ayırımı 279. maddede mevcut, ancak özel hükümlerde mevcut değildir. O halde memur ile kamu hizmetlisi arasında ayırıcı kriter aramak boşunadır. Bu incelemenin pratikte tek faydası memur olanla olmayanı, özel şahısları birbirinden ayırmakta karşımıza çıkmaktadır. Bunun çözümü süreli, süresiz, paralı, parasız, amme için görev yapan herkesi kamu görevlisi, dolayısıyla memura saymak, başka bir ifadeyle mehaz kanununun çözümüne dönmektir.

Böyle bir geriye dönüş benimsendiğinde kamu görevlisinin vazifesi dolayısıyla suç işlemesi veya görevliye karşı suç işlenmesi hallerinde hakimin ceza takdir yetkisini, alt ve üst sınırları geniş tutmak, hakime icra edilen görevin yüksekliği ve önemine göre manevra alanı tanımak isabetli olur. O halde bu incelemenin pratikte tek faydası memur olanla olmayanı yani özel şahısları ayırmakta karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada Yargıtay genel olarak hangi kurumda çalışırsa çalışsın odacı ve hizmetlileri, şöforleri, biletçileri, bekçileri, mahalle muhtarlarını, imamları devlet memuru saymamaktadır (4. C.D. 9.4.1991-1449/2309) (4. C.D. 14.5.1991-2004/2891) gibi.

Memurluk veya kamu hizmetliliği ayırımının kolayca yapılamayışı, esasen kamu hizmetlisinin suç işlemesi halinde uygulanacak olan yaptırımın normal vatandaşa uygulanacak yaptırımdan farksız oluşu kanun koyucuyu, kuruluş ve işleyiş kanunlarını düzenlediği kurumların personelini açıkça memur saymaya itmiştir.

Gerçekten 2495 sayılı kanununun 13. maddesine göre Tarıf personeli, 506 sayılı kanunun 136 ve 4792 sayılı kanunun 7. maddesine göre Sosyal Sigortalar Kurumu memur ve hizmetlileri, 2929 sayılı Kanunun 48. maddesine göre KİT personeli memur sayılmıştır.

III- Memuriyet Sifatının Kaybına Rağmen Memuriyetin Devamı (Fiil ile sıfat arasındaki münasebet)

Kamu menfaati için görevli personelin işlediği suçlar özelliği olan suçlardır. Kamu personeline ait suçtan söz etmek için fiil ile

sıfattan doğan faaliyet arasında bir bağ olmalıdır. Bu bağ üç şekilde kendini gösterir.

Fiil görevin veya hizmetin ifası dolayısıyla, yani görevi icra anında işlenir. Meselâ irtikap suçunda başkasının hatasından istifade ile fiili işlemek söz konusudur (md. 209/3).

Bazı hallerde görevin icrası suçun belirleyici unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde fiiller, görev veya hizmet sebebiyle gerçekleşmelidir. Memura taaruz ve hakarete olduğu gibi (md. 266).

Diğer bazı hallerde de fiil ile görev arasında amaç açısından bağ vardır. Meselâ rüşvet suçunda memur kendi görevi dahilinde olan bir işi yapmak için rüşvet almalıdır (md. 212-213)²².

Bu hükümlerden şu anlam çıkmaktadır. Kamu görevlileri görevden ayrılmış bile olsalar idareyi temsil etmektedirler.

İdare ile birleşmişlerdir. Kanunen emekli olsalar, istifa etseler veya görevden alınsalar da cezalandırılmalarının sebebi budur. Ayrıca fiil memurun ifa ettiği görev ve hizmet ile ilgili olmalıdır. Memurun Devlet memuru iken öğrendiği sırrı, emekli olduk veya görevden ayrıldıktan sonra açıklamasında, durum budur. Memur olmayan kimse bu suçları işleyemez.

Bazen memurluk suçun ağırlatıcı sebebidir. Adam öldürme (md. 450/11) ve müessir fiil suçlarında olduğu gibi (md. 457/2).

Memuriyetin suçun unsuru olması halinde, eğer memur suç görevi dolayısıyla işlemiş ise artık memur olmasa bile memur gibi cezalandırılır (md. 280).

Eğer memur görevi nedeniyle suç mağduru olmuş ise görev anında olmasa veya memuriyetten sonra mağdur da olsa mağdur memur olarak korunacaktır.

Memuriyetin suçun ağırlatıcı sebebi olması halinde (ağırlatıcı sebep olmasının nedeni fiilin görev nedeniyle işlenmesidir) memuriyet sona erse veya fiilin işlendiği anda memur görevi başında bulunmasa da, mağdur memur sayılmaya devam edecektir (md. 280).

22. Antolisei, II, sh. 714.

Bu hükümlerden çıkan sonuca göre bir polisin görev yaparken birisini yakalamasından dolayı, emekli olduktan sonra yakalanan kişi tarafından dövülmesinde ağırlatıcı sebepler uygulanacaktır.

IV. Suçun İşlenmesinde Memuriyet Kuvvet ve Vasıtalarının Kullanılması

Md. 281. "Bir kimse cürüm işlemek için haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde eğer kanun esasen memuriyet sıfatını nazarı itibara almamış ise irtikap olunan cürüm için tayin olunacak ceza altıda birden üçte bire kadar tezyit olunur."

Devlet memurunun kamu gücünü veya görevinin verdiği imkanları kullanarak suç işlemesi halinde devlet idaresinin itibar ve prestiji zarar görür. İşte bu nedenle kanun koyucu memurluğun kişiye bahsettiği imkan ve vasıtaları kullanarak suç işlenmesini genel bir ağırlatıcı sebep saymıştır.

Kanun bazen devlet memurunun görevini kullanarak suç işlemesini bir suçun unsuru (md. 181, 183, 184, 245) veya ağırlatıcı sebebi (md. 406) saymıştır.

Ancak bunlar gibi özel hükümlerin dışında genel bir ağırlatıcı sebep ile de kamu idaresini korumak gereğini duymuştur. İşte 281. madde bu fonksiyonu yerine getirmekte memurun görevini suistimal ederek herhangi bir suç işlemesini cezada artırım sebebi saymaktadır.

Şahıstan kaynaklanan bir ağırlatıcı sebeptir.

Ağırlatıcı sebebin aktif sujesi sadece memur olabilir.

Memurun işlemiş olduğu suç cürüm olmalıdır. Kabahatler ceza artırım nedeni olamaz. Fiil kasden işlenmelidir. Taksirle işlenenler madde kapsamına girmezler.

Memur fail kamu hizmetinin yürütülmesi için kendisine verilmiş yetki ve vasıtaları kullanarak suçu işlemelidir. Hizmetin gereği hukuka uygun olarak kullanılması gereken yetki ve vasıtalar hukuka aykırı olarak kullanılmak suretiyle suistimal edilmelidir²³. Me-

23. Manzini: Trattato di diritto penale Italiano, Vol. V, Milano-Torino-Roma 1913, sh. 58.

memuriyet yetki ve vasıtaları ile, işlenen suç arasında amaç araç bağlantısı olmalıdır.

Ağırlatıcı sebebin uygulanması için fiilin kasten işlenmesi gerekir. Fail memur memuriyet yetki ve vasıtalarını amacı dışında kullanarak suç işlediğini bilmelidir.

Yargıtay, sanık emniyet görevlisini, emniyet hizmetleri sınıfı personeline ait tabanca ile suç işlemesi halinde memuriyet vasıtasına kullanmaktan dolayı cezanın artırılması gerektiğine karar vermiştir (1. C.D. 10.5.1993-691/1018). Köy muhtarının köy demirbaşına kayıtlı olan silahı kavgada korkutmak amacıyla kullanması halinde 281. maddenin uygulanması gerektiğine işaret etmiştir (1. C.D. 21.11.1991-2488/2802).