

KAMU GÖREVİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ*

Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN*

ÖZET

Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her davranışı suç olarak tanımlamak, suç politikasının esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Görevin gereklerine aykırı davranışın ancak belli koşulları taşıması halinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle, kanımızca kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması halinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, görevin gereklerine aykırı davranışın mutlaka icrai davranış olması gerekmektedir. Görevin gereklerine aykırı davranışın, ihmalî bir hareket olması halinde de, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Görevi kötüye kullanma suçunun icrai veya ihmalî davranışla işlenmesinin sadece ceza miktarı üzerinde bir etkisi olabilecektir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER:

Kamu görevi, kamu görevinin gereklerine aykırılık, kamu görevinin ihmalî.

ZUSAMMENFASSUNG

Wegen der Strafrechtspolitik, dürfen alle Handlungen, die Voraussetzungen der öffentlichen Dienst verstößen, als Straftat in Gesetz nicht bestimmt werden. Dienstwidrige Handlungen können unter bestimmten Voraussetzungen in Gesetz als Straftat ernannt werden. Unseres Erachtens nach soll dienstwidrige Handlung entweder zur Nachteile des anderen oder der Öffentlichkeit oder zur Vorteile des anderen verursachen.

Dienstwidrige Handlung kann auch durch Unterlassung verwirklicht werden. In diesem Fall kann nur die Strafe gemildert werden.

SCHLÜSSELWÖRTER: Öffentliche Dienst, dienstwidrige Handlung, Unterlassung der Beamtenpflichten.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Hukuk devletinde yaşayan toplumlarda genel olarak bütün toplum bireylerine yüklenen bazı görevler, *kamu erki kullanılmak suretiyle*, belli görevliler marifetiyle yürütülürler. Toplumdaki bütün bireyler adına yürütülen bu görevler, birer *kamu görevi*dir; bu görevleri ifa eden kişiler *kamu görevlileridir*. Kamu görevinin ifası sırasında, bu görevin yerine getirilebilmesi için, bu göreve bağımlı olarak bir erk kullanılmaktadır. Bu erke, *kamu gücü* denir. Bu güç, görevini yerine getirebilmesi için, göreviyle bağlantılı olarak, kamu görevlisine tanınmış bir yetkidir. Dolayısıyla, kamu gücü; aslî olmayıp; türemiş (*muştak, derivativ*) bir yetkidir.

Toplumdaki bütün bireyler adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanılabilmesi için, kamu faaliyetinin yürütümüne kamu hukuku usûlüne göre, Anayasa'daki ifadeyle (1982 Any., m.128), “*genel idare esaslarına göre*” iştirak etmek gerekir. Böyle bir durumda, az veya çok, mutlaka kamu otoritesine (Devlete) ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin bu göreve seçimle¹³² veya tayin yoluyla¹³³ getirilmesinin, devamlı¹³⁴ veya geçici¹³⁵ olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev nedeniyle kişiye para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur¹³⁶. Bu açıklamalarımıza göre; kamu görevlisi kavramı ile (emreden-emredilen ilişkisinin, hiyerarşi ilişkisinin hakim olduğu bir personel yapılanmasında *emredilen* anlamına gelen) “memur” kavramı eş anlamlı değildirler. Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Ama her kamu görevlisi, memur değildir. Bu itibarla, kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir¹³⁷.

¹³² Örneğin milletvekili, belediye başkanı, muhtar, mahallî idare meclisleri üyeleri vs.

¹³³ Örneğin vali, kaymakam, emniyet müdürü, okul müdürü, vergi memuru, hükümet tabibi vs.

¹³⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre, kişinin bir “memuriyet” görevinde istihdamı, devamlılık arzeder.

¹³⁵ Örneğin bilirkişi, tercüman ve hatta, somut vakia hakkında beş duyusuyla sahip olduğu bilgiyi bir yargı mercii önünde aktaran tanık da kamu görevlisidir (Bkz. CGK, 25.11.1985, 1-410/595 [YKD Mart 1986, 414]).

¹³⁶ Nitekim, bkz. ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992, s. 483.

¹³⁷ Bkz. MERİÇ, Osman: *Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının İlişkisi*, Amme İdaresi Dergisi 24 (Eylül-1991), s. 190, 191.

Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir *kamu hukuku yükümlülüğü* altına girmektedir. Buna göre, kamu görevlileri, bir kamu faaliyetinin, kamu görevinin yürütümü sırasında, bu faaliyetin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadırlar. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik¹³⁸ gerek liyakatlilik¹³⁹ açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir^{140, 141}.

Bu yükümlülükle bağdaşmayan davranışlar, TCK'nda ayrı ayrı suçlar olarak tanımlanmışlardır. Bu hükümlerle ilgili olarak genel bir değerlendirmede bulunabilmek için, TCK'ndaki bazı suç tiplerinin ayrıntılı bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda sırasıyla, TCK'nun genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu tanımlayan 240. maddesi, görevi ihmal suçunu tanımlayan 230. maddesi ve nihayet, keyfi muamele suçunu tanımlayan 228. maddesinin birinci fıkrası hükümleri incelenecektir.

§ 1. TCK'NUN 240. MADDESİNDE TANIMLANAN ŞEKLİYLE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

I. Kanun Hükümü

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK.nun 240. maddesinde tanımlanmıştır:

MADDE 240-¹⁴² (1) Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya

¹³⁸ Iustitia commutativa, denkleştirici adalet.

¹³⁹ Iustitia distributiva, tevzi edici, üleştirici adalet.

¹⁴⁰ Bu hususta ayrıca bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 1 vd.

¹⁴¹ Bu izahlar dikkate alındığında, Ceza Kanununda, gerek suç faili olarak, gerek mağdur olarak yer alan "memur" kavramı yerine *kamu görevlisi* kavramını ikame etmek gerektiği anlaşılacaktır. Bu durum karşısında, 279. madde anlamında bir hükme Ceza Kanununda yer vermeye artık gerek olmayacaktır. Bu suretle, "*ceza hukuku uygulamasında memur*" ve "*idare hukukunda memur*" gibi ayırımlara yer vermeye de gerek kalmayacak ve böylece, hukukî kavramları farklı nitelendirme sonucu ortaya çıkan kavram kargaşasının önüne geçilebilecektir.

¹⁴² Madde hükmünde değişiklik yapan Kanunlar: 1953/6123, 1979/2248, 1983/2790, 1988/3506.

kadar¹⁴³ ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.

II. Görevi Kötüye Kullanma Suçu ve Belirlilik İlkesi

Genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunu tanımlayan 240. madde hükmüne göre; bir kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırılık arzeden her davranışı” suç oluşturacak ve ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılacaktır. Kamu göreviyle ilgili olarak bu şekilde ceza hukukuna geniş bir müdahale imkanının tanınması, ceza hukukunun güvence fonksiyonuyla bağdaşmaz; aksine, kamu görevlilerinin hareket alanını büyük ölçüde daraltmış olur ve hatta, siyasi bir baskı aracı olarak kullanılmasına sebebiyet verebilir.

Söz konusu suç oluşturulan fiillerin madde metninde açıkça belirlenmemiş olmasının bir sonucu olarak, cezada indirim yapılmasını gerektirecek nitelikli unsurlar da madde metninde belirlenmemiştir. Madde metninde sadece “*cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde*” failin cezasında indirim yapılacağından söz edilmiş ve fakat bu nedenlerin neler olduğu belirtilmemiştir.

Bazı ülkelerin ceza kanunlarında, kamu görevinin gereklerine aykırı *belirli* fiillerin suç olarak tanımlanması yoluna gidilip, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemektedir¹⁴⁴.

Buna karşılık, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçuna yer veren kanunlarda ise, bu suçun oluşabilmesi için, “genel kast”ın ötesinde, *zarar vermek* veya *menfaat sağlamak maksadının* varlığını aranmıştır¹⁴⁵.

¹⁴³ Maddede belirlenen ağır para cezasının miktarı, her somut mahkûmiyet hükmü kapsamında TCK.nun 28.7.1999 t. ve 4421 s. Kanunla değişik Ek 1 ve Ek 2. maddeleri hükümlerine göre artırıma tabi tutulacaktır.

¹⁴⁴ 1810 ve 1994 Fransız Ceza Kanunları, Alman Ceza Kanunu.

¹⁴⁵ 1930 İtalyan Ceza Kanunu, m. 323. TCK.nun mehzasını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununda ise, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için salt görevin gereklerine aykırı davranmak yeterli olmamaktadır (m. 175). Ceza hukukunun müdahalesi için, başkasına keyfi muamelede bulunmak suretiyle görevin kötüye kullanılmış olması gerekmektedir. Bu keyfi muamelenin *başkasının hak ve menfaatlerini ihlâlâ yönelik olması* gerekmektedir. Keyfi muamelenin başkasının hakkını ihlâlâ veya malına zarar vermeye yönelik olması, suçun gerçekleşmesi için şart ve yeterlidir. Ancak, bulunulan keyfi muamele ile *başkasının hakkının bilfiil ihlal edilmiş olması veya malının zarar görmüş olması* gerekmemektedir (ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 4. bası, Ankara 2003, s. 425 vd., 429, 431). İşaret etmek gerekir ki, 1889 İtalyan Ceza Kanununun 175. maddesi Türk Ceza Kanununa 228. madde olarak alınmıştır. Bu hükmün yanı sıra ayrıca Kanunda 240. madde hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün kaynağı ise, 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayundur. Aslında 228. madde hükmünün varlığı karşısında, Kanunda ayrıca 240. madde hükmüne yer verilmesinin

TCK.ndaki düzenleniş biçimi itibarıyla görevi kötüye kullanma suçu, *genel, tali ve tamamlayıcı* bir suç tipidir. Bu nedenle, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle bağdaşmayan fiilinin başka bir suçu oluşturmadığı durumlarda ancak bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, TCK.nun 240. maddesinde tanımlanan suç, bir *ikame hüküm* niteliğindedir. Yani, görevinin gereklerine aykırı davranışı şayet başka bir suçun oluşumuna sebebiyet vermiyorsa, kamu görevlisi olan fail 240. madde hükmüne istinaden cezalandırılabilir¹⁴⁶. Başka bir deyişle, 240. madde hükmü, *boşluk dolduran bir hüküm* niteliğindedir. Bu şekildeki suç tanımlamasının, suçta kanunilik ilkesiyle ve bu bağlamda belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığını ifade etmek gerekir.

Bu hükmün, hangi fiilin suç sayıldığıının kanunda açıkça belirtilmemiş olması dolayısıyla, 1961 Anayasasının 33. maddesine (1982 Anayasası, m. 38) aykırı olduğu ileri sürülmüş; ancak, Anayasa Mahkemesi, bu itirazı yerinde bulmamıştır¹⁴⁷:

«Bu hükümle kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur cezalandırılmaktadır.

Anayasa'nın 33. maddesi “*kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.*” Hükümleriyle (Kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibini koymaktadır. Buna göre, suçun yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının ve cezasının kanunda açıkça belli edilmesi gerekir. Bu hal, kişinin, temel hak ve hürriyetlerinin teminatıdır.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, iptal sebebi olarak özetle: maddede “*Kanunda yazılı hallerden başka*”¹⁴⁸ denilmekle yetinilerek, hangi fiilin

gereksiz olduğunu düşünmekteyiz (Doktrinde bazı yazarlar, 240. madde hükmü karşısında, Kanunda 228. madde hükmüne ayrıca yer verilmesinin gereksiz olduğunu düşünmektedirler: ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1991, 3. bası, s. 161; KUNTER, Nurullah: *Mahkeme İçtihatları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XIV, yıl 1949, sayı 3-4, s. 392).

¹⁴⁶ Bkz. ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 209; ÖNDER, *Özel Hükümler*, 3. bası, s. 167/168; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, 4. bası, s. 454.

«Sanığın, alıcısına verilmek üzere kendisine teslim edilen 25 adet posta gönderisini çöp bidonuna atmaktan ibaret eyleminin, TCK.nun 200/ 2, 80. maddelerine uyduğu gözetilmeden; aynı Yasanın 240/1. maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 5.11.1997, 8900/9531 (Yaşar, Osman: *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2001, s. 524).

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 12.10.1965, E. 1965/27, K. 1965/55 (AMKD, sayı 3, 2. bası, Ankara, 1992, s. 260 vd.).

¹⁴⁸ 240. maddede 1979 yılında 2248 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle cezaların artırılmasının yanı sıra, madde metninin dili güncelleştirilmiştir. Bu değişiklikten önce

suç sayıldığıının açıkça belirtilmemiş olmasının Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” prensibine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Türk Ceza Kanununun bir çok maddelerinde memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenen, özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza hükümleri vardır. Bunlara TCK.nun 194, 209, 213, 228. maddeleri örnek olarak gösterilebilir.

İptali istenen TCK.nun 240. maddesinde ise, genel olarak görevi kötüye kullanma suçları söz konusudur. Maddede “*Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suistimal eden*” denilmesinin sebebi, yukarıda örneğini verdiğimiz maddelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı da kapsayan nitelikleri belli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezасız bırakılmamalarını sağlamaktır. Bu itibarla metindeki “*kanunda yazılı hallerden başka*” deyiminden mahkemenin anladığı manada bir sonuca varmak mümkün değildir.

Maddede, ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağıının açıkça belirtilmeyerek, “*her ne suretle olursa olsun*” diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebiyle hangi fiilin suç sayıldığıının belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek de doğru olamaz.

Burada suçun maddî unsuru, görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir.

Hakim, önüne getirilen davada, bu esasları daima gözönünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca tayin ve takdir edebilecek durumda bulunduğu göre; bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfî takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir. Bu bakımdan anayasanın 33. maddesinin öngördüğü üzere kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilmesi gibi bir durumla karşılaşılması da söz konusu olamaz. Suçun öteki unsurları da meydandadır. Bunlar da failin memur olması, işin memurun görevi ile

ve söz konusu Karar tarihinde madde metni şöyle idi:

“*Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suistimal eden memur derecesine göre altı aydan üç seneye kadar hapsedilir. Cezayı tahfif edecek sebeplerin vücudu halinde üç aydan bir seneye kadar hapis ve her iki halde ikiyüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır ve her halde memuriyetten müebbeden veya muvakkaten mahrum edilir.*”

ilgili bulunması ve nihayet manevî olarak, kastın var olmasıdır. Ceza da kanunda gösterilmiştir.

Bu sebeplerle, iptali istenen hükmün, Anayasanın 33. maddesine aykırı bir yönü yoktur.»

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşüne, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle iştirak etmiyoruz¹⁴⁹.

III. Görevi Kötüye Kullanma Suçu ve Korunan Hukukî Değer

Genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçu ile korunan hukukî değer, kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hakim olan güven olabilir¹⁵⁰.

IV. Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Unsurları

A- Maddî Unsurları

1. Fiil

¹⁴⁹ Aynı görüşte, İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl: *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım*, yenileştirilmiş 3. bası, İstanbul 1999, s. 59. Buna karşılık, Önder, bu hükmün varlığının bir ihtiyaca cevap verdiği ve hatta, söz konusu suçun oluşabilmesi için “genel kastın yeterli olduğu” düşüncesindedir. Yazara göre, görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda bir zararın meydana gelmesini veya failin zarar vermek saikiyle hareket etmesini Kanunda söz konusu suçun ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli olarak tanımlamak gerekir (ÖNDER, *Özel Hükümler*, 3. bası, s. 163 vd.). Anayasa Mahkemesinin kararını yerinde bulan görüş için ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, Timur: *Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri*, Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt III, yıl 1987, sayı 1-4, s. 249 vd (267).

¹⁵⁰ Başka fikirler için bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 208, CİHAN, Erol: *Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. 240)*, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 183; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, gözden geçirilmiş-genişletilmiş 3. baskı, Ankara 1999, s. 553; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş-gözden geçirilmiş 2. bası, İzmir 2002, s. 134; DEMİRBAŞ, Kudret Ayiter Armağanı, s. 250.

Madde metnindeki ifadeye göre; söz konusu suçun maddî unsurlarından olan fiil, “*yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevi kötüye kullan*” maktan ibarettir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, görevi kötüye kullanma suçu, *genel, tali ve tamamlayıcı* bir suçtur. Bu itibarla, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle bağdaşmayan fiilin başka bir suçu oluşturmadığı durumlarda, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle, görevinin gereklerine aykırı davranışı şayet başka bir suçu oluşturmuyorsa, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçundan dolayı faili cezalandırmak mümkün olacaktır.

Madde metninde “*görevin kötüye kullanılması*”ndan söz edilmiştir. Bundan çıkan sonuç, kamu görevlisinin bu *sıfatını kötüye kullanması* durumunda, TCK.nun 240. maddesinde tanımlanan suç oluşmamasıdır. Aslında burada söz konusu olan, kamu görevlisine bu görevi dolayısıyla tanınmış olan *yetkinin kötüye kullanılması*dır. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin, bu görevin gereği olarak kendisine tanınan yetkinin sınırını aşmış olması durumunda, 240. maddedeki suç oluşacaktır¹⁵¹.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen fiilin, kamu görevlisinin görevi alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir¹⁵². Bu itibarla, kamu görevlisinin kendi görev alanına girmeyen bir hususla ilgili tasarrufları, başka suçların oluşumuna sebebiyet verebilir¹⁵³.

¹⁵¹ DÖNMEZER, Sulhi: *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1984, s. 149; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, 4. bası, s. 455; TEZCAN/ERDEM, *Ceza Özel Hukuku*, 2. bası, s. 135.

¹⁵² Bkz. ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 209 vd.; ÖNDER, *Özel Hükümler*, 3. bası, s. 168; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA *Özel Hükümler*, 4. bası, s. 455; DEMİRBAŞ, *Kudret Ayiter Armağanı*, s. 268/269.

¹⁵³ «Sanık Cezaevi Gardiyanının Ceza infaz Kurumları ile Tevkifatlarının Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 104. maddesi gereğince, tutuklunun üzerinde bulunan ... Lirayı yasal olarak aldığı ve fakat, bu parayı cezaevi özel defterine (emanet defterine) kaydetmeyerek şahsî ihtiyacında kullandığının anlaşılmasına göre; eylemin TCK.nun 240. maddesine mümas görevi kötüye kullanma suçunu teşkil edeceği düşünülmeyen; TCK.nun 510. maddesine istinaden hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçundan dolayı hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.»: 5.CD., 29.10.1979, 2820/2842 (Erman/Özek, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 213, dn. 9).

Karara konu teşkil eden olayda failin göreviyle ilişkili olan bir fiil mevcuttur. Ancak, bu fiil, ne genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunu ne de hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçunu oluşturmuştur. Bu olayda bir kamu görevlisi olan cezaevi gardiyanı tarafından işlenmiş bir *zimmet suçu* söz konusudur.

Buna karşılık, kamu görevlisinin, göreviyle alakası olmaksızın, muayyen bir amaç için kendisine verilen parayı amacı dışında, kendi şahsî işleri için kullanması durumunda, emniyeti suiistimal suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, Yargıtay da aynı

TCK.ndaki düzenleme itibarıyla, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumuna sebebiyet veren hareket, ancak *icraî fiil* olabilir. Görevin gereklerine aykırı davranış, sadece ihmalî bir hareket ise, meseleyi TCK.nun 230. maddesinde tanımlanan görevi ihmal suçu açısından değerlendirmek gerekir.

240. madde hükmüne göre, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, kamu veya kişiler açısından bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir.

Ancak söz konusu suç açısından madde metnindeki alt ve üs sınır arasında ceza tayin edilirken görevi kötüye kullanmanın “*derecesine göre*” hareket edilecektir.

Görevin gereklerine aykırılık arzeden her fiil, aynı zamanda hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilin bir *vasfıdır*. Bir fiil ya hukuka aykırıdır veya değildir. Bir fiil hukuka aykırı olduktan sonra, bu aykırılığın azlığından veya çokluğundan, yani derecesinden söz edilemez¹⁵⁴.

Buna karşılık, hukuka aykırı olan fiillerin ifade ettikleri haksızlık muhtevaları birbirlerine nazaran farklılık arzedebilir. Bu hususta çeşitli faktörler göz önünde bulundurulabilir. Örneğin suç teşkil eden fiilin işleniş tarzı, fiilin işleniş sırasında failin güttüğü saik veya amaç, suçun konusu olan eşyanın değeri, suçun işlenmesi suretiyle meydana gelen zararın büyüklüğü, ilgili suçun haksızlık muhtevalarının derecelendirilmesini mümkün kılar.

Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı olan fiil sonucunda, yani görevle ilgili yetkinin kötüye kullanılması sonucunda bir *zararın meydana gelmesi* veya bu *zararın fazlalığı*, cezanın belirlenmesinde ölçü olarak alınacaktır.

Bu itibarla, her ne kadar suçun kanuni tanımında açıkça belirtilmemiş ise de; bu açıklamalarımızdan, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun temel şeklinin (m. 240, cümle 1) oluşabilmesi için, kamu veya kişiler açısından bir zararın meydana gelmesi ve/veya kişilere menfaat temin edilmesini aramak gerektiği sonucunu çıkarabiliriz.

yönde içtihatla bulunmuştur: 4.CD., 3.7.1991, 3127/4440 (Erdurak, Yılmaz Güngör: *Nothlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 3. bası, Ankara 1994, s. 410).

¹⁵⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “*Kavga Suçu*” (*TCK., mad. 464*) *Üzerine Düşünceler*, Yargıtay Dergisi, cilt 19, sayı 4 (Ekim 1993), s. 490; ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet: *Uygulamalı Ceza Hukuku*, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. bası, Ankara 2001, s. 202.

Nitekim, doktrinde bir görüş, görevi kötüye kullanma suçunun 240. maddedeki tanımının belirsizliği karşısında, bir çözüm olarak, icra edilen “*fiil sonucunda kamu idaresinin maddî bir zarara uğramış veya failce bir menfaat sağlanmış olması*”nın gerekliliğine işaret etmiştir¹⁵⁵.

Keza, 240. maddenin ikinci cümlesine göre, “*cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde*” cezada indirim yapılması gerekmektedir. Ancak, bu “*hafifletici nedenler*”in nelerden ibaret olduğu Kanunda belirlenmiş değildir. Nitekim, Yargıtay, bazı kararlarında, görevin gereklerine aykırı hareket etmekle beraber, herhangi bir zararın meydana gelmemiş olmasını¹⁵⁶ veya meydana gelen zararın azlığını¹⁵⁷, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı “*cezayı hafifletici neden*” olarak kabul etmiştir. Başka bir deyişle, Yargıtay’ın içtihadı, görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda bir zararın meydana gelmemesi veya meydana gelen zararın azlığı durumunda, faile suçun temel şekline nazaran daha az ceza verilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁸. Yargıtay’ın bu görüşüne göre, görevi kötüye kullanma suçunun temel şeklinin (TCK, m. 240, cümle 1) olduğundan söz edebilmemiz için, görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda bir zararın meydana gelmiş olması gerekir.

Keza, aşağıda açıklayacağımız gibi, TCK.ndaki düzenlenişi itibarıyla, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışta bulunduğu, ifa ettiği görev dolayısıyla kendisine tanınan yetkinin hukuken belirlenmiş olan sınırını aştığının bilincinde olması yeterlidir. Bu itibarla, görevi kötüye

¹⁵⁵ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 213. Ayrıca bkz. TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 137.

¹⁵⁶ «Sanığın eylemi sonucu İdarenin bir zarara uğramamış olması karşısında, bu durumun cezayı indirici neden olabileceğinin ve dolayısıyla, TCK.nun 240. maddesinin ikinci cümlesinin uygulanabileceğinin tartışılmaması», bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 24.5.1999, 4887/5953 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 517).

«İdarenin (dava konusu) eylemden ötürü zarara uğrayıp uğramadığının saptanması ve sonucuna göre, TCK.nun 240. maddesinin ikinci cümlesinin uygulama olanağının tartışılmaması», bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 22.4.1999, 2991/4233 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 517). Ayrıca bkz. 4.CD., 29.4.1999, 2851/3849 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 517); 4.CD., 3.3.1999, 11584/272 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 516).

¹⁵⁷ «Belediye Başkanı olan sanığın, Vergi Dairesine vergi borcu olup, belediyeden olan alacağına haciz konulduğu bildirilen petrol şirketine belediyenin ... Lira olan ödemesinde, kamu hizmetinin aksamaması ve bu şirketten aldıkları akaryakıtın kesilmemesi düşüncesiyle hareket edildiği ve ödenen miktarın azlığı gözetilerek, bu durumun cezayı indirici neden olup olmayacağı ve TCK.nun 240. maddesinin ikinci cümlesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususlarının tartışılmaması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 28.5.1997, 3706/4546 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 526).

¹⁵⁸ 4CD., 18.1.1996, 7825/239 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu., s. 530). Ayrıca bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 215.

kullanmak kastının ötesinde, kamu görevlisinin, “*kendisine veya başkalarına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar husule getirmek saikiyle*” hareket etmesi durumunda; bu husus, 240. maddenin 1. cümlesine istinaden verilecek cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Buna karşılık, göreviyle ilgili yetkiyi kötüye kullanmış olmakla beraber, kamu görevlisi örneğin *şefkat duygusuyla* hareket etmiş olabilir¹⁵⁹. Hatta, kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı olan bir fiili, *kamunun menfaatine olarak*, gerçekleştirebilir. Bu gibi durumlarda 240. maddenin 2. cümlesine istinaden hüküm tesis edilebilecektir.

2. Fail ve Mağdur

Görevi kötüye kullanma suçunun faili, ancak *kamu görevlisi*, yani TCK.nun 279. maddesindeki anlamda “*Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılan kişiler*” olabilir. Çünkü, madde metninde faille ilgili olarak “*memur*” kavramı kullanılmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçunun mağduru, toplumu oluşturan *herkestir*. Kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hakim olan güvenin sarsılmaması gerekir. Aksi takdirde toplumu oluşturan herkes, suçun mağduru olmaktadır.

Ancak, belirtelim ki, genel kabul gören görüşün aksine, Devlet tüzelkişiliği suçun mağduru olamaz¹⁶⁰. Bununla birlikte, Devlet, görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi dolayısıyla malvarlığı itibarıyla suçtan zarar görmüş olabilir. Keza, görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi dolayısıyla herhangi bir kişi de zarar görmüş olabilir. Toplumu oluşturan herkes gibi, bu kişi de, işlenen görevi kötüye kullanma suçunun mağduru olmaktadır.

B- Manevî Unsur

TCK.ndaki düzenlenişi itibarıyla, görevi kötüye kullanma suçu, *kasten işlenebilen bir suçtur*¹⁶¹. Bu itibarla, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışta bulunduğu, ifa ettiği görev dolayısıyla

¹⁵⁹ Bkz. DÖNMEZER, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 150.

¹⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 112 vd.

¹⁶¹ Bkz. KUNTER, İÜHF, cilt XIV, yıl 1949, sayı 3-4, s. 392; ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 215; ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 172; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 458; TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 137.

kendisine tanınan yetkinin hukuken belirlenmiş olan sınırını aştığının bilincinde olması yeterlidir.

Ancak, yukarıda da açıkladığımız gibi, Yargıtay, çeşitli kararlarında¹⁶², söz konusu suçun oluşması için “*özel kast*”ın varlığı aramak suretiyle, madde hükmünün uygulama alanı daraltılmak istemiştir¹⁶³. Fakat, belirtelim ki, bu “*özel kast*”ın neye yönelik olduğu veya olması gerektiği hususunda söz konusu kararlarda yeterli açıklık bulunmamaktadır¹⁶⁴.

Yargıtay’ın görevi kötüye kullanma suçu açısından “*genel kast*”ın varlığını yeterli gören kararları da bulunmaktadır¹⁶⁵.

V. Görevi Kötüye Kullanma Suçu ve Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kamu görevlilerinin Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası anlaşmalara istinaden sendikal haklardan yararlanmasının sonucu olarak ülkemiz açısından ortaya bir sorun çıkmıştır. Türkiye, her ne kadar bu sözleşmelere taraf olmuş ise de, bu sözleşmeler hükümlerine uygun olarak iç hukuk mevzuatında gerekli değişiklikleri yapmamıştır. İç hukuktaki bu mevzuat boşluğuna rağmen, çeşitli kamu kurumlarında (özellikle belediyelerde) çalışan kamu görevlilerinin mensup oldukları sendikalar ile kurum yönetimleri arasında “toplu iş sözleşmeleri” imzalanmaya başlanmıştır. İmzalanan bu “toplu iş sözleşmeleri”nin gereği olarak, kamu görevlilerine, mevzuatla belirlenen maaşın üzerinde ödeme yapılmasının yolu açılmıştır. Bu fazla ödemeleri gerçekleştiren kurum yöneticileri hakkında açılan kamu davaları neticesinde Yargıtay şu kararı vermiştir:

¹⁶² Örnek olarak bkz. CGK., 2.3.1992, 9-38/61 (Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık: *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. cilt, 3. baskı, Ankara 1999, s. 2444); CGK., 17.2.1986, 4-431/48 (Savaş/Mollamahmutoğlu II, s. 2457 vd.).

¹⁶³ Doktrinde ilk defa Dönmezer, görevi kötüye kullanma suçu ile görevi ihmal suçu arasındaki ayırımı belirlerken, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için “failde memuriyete taallük eden yetkileri *kendisine veya başkalarına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar husule getirmek saikiyle işlemek kasti*”nın bulunmasını aramıştır. DÖNMEZER, *İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriyet Vazifesini ihmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıstas*, in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, yıl 1945, sayı 1-2, s. 230 vd.; aynı yazar, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, s. 149/150. Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, Kudret Ayiter Armağanı, s. 271.

¹⁶⁴ Yargıtay’ın bir kararında, failin menfaat temin ettiği kişilerin “*çevredeki saygınlığından faydalanmak, manevî destek sağlamak amacıyla*” görevin gereklerine aykırı hareket etmesini göz önünde bulundurmuştur: 4.CD., 23.11.1984, 7582/8068 (YKD, Nisan 1985, s. 586). Ancak, Yargıtay’ın bu kararına konu teşkil eden olayda, kişilere haksız bir *menfaat* temin edilmiş ve bu suretle kamunun *zarara* uğratılmış olduğu hususu da gözden uzak tutulmamalıdır.

¹⁶⁵ 4.CD., 25.3.1997, 1802/2277 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 527).

«Sendika ve toplu pazarlık haklarını kamu görevlilerini de kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslar arası sözleşmelerin özellikle “istihdam koşullarının yöntemlerine ilişkin” 151 sayılı İLO Sözleşmesinin TBMM’ce onaylanarak Anayasanın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuz yönünden bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukukî boşluk ve kargaşa nedeniyle sendika ile imzalanan toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasada öngörülenden fazla ödemede bulunmaktan ibaret eylemde hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan, hükümlülük kararı verilmesi» bozmayı gerektirmiştir¹⁶⁶.

Özellikle belirtelim ki, Anayasanın 90. maddesi hükmü itibarıyla, iç hukukta gerekli değişiklikler yapılmadan, usulüne göre yürürlüğe girmiş olsa bile, milletlerarası anlaşma hükümlerinin doğrudan doğruya uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay’ın söz konusu kararı, ülkemizdeki adil ve dengeli olmayan bir maaş politikasının ortaya çıkardığı sorunun çözümü açısından her ne kadar bir “çıkış yolu” niteliğinde ise de, hukukî dayanaktan yoksundur.

VI. Müeyyide

Görevi kötüye kullanma suçunun temel şekline ilişkin olarak Kanunda öngörülen ceza, “bir yıldan üç yıla kadar” hapis ve ayrıca, “ikibin liradan onbin liraya kadar”¹⁶⁷ ağır para cezasıdır.

Görevi kötüye kullanma suçundan dolayı “cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde” Kanunda öngörülen ceza, “altı aydan bir yıla kadar” hapis ve ayrıca, “ikibin liradan onbin liraya kadar”¹⁶⁸ ağır para cezasıdır.

Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kanun koyucu bu “cezayı hafifletici nedenler”in neler olduğunu belirlememiştir. Yargıtay, bir kararında bu bağlamda hangi hususların göz önünde bulundurulacağını açıklamaya çalışmıştır:

¹⁶⁶ 4.CD., 22.9.1998, 6954/8104 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 519/520). Ayrıca bkz. 4.CD., 13.6.1997, 3993/4355 (Tezcan/Erdem, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 137, dn. 59).

¹⁶⁷ Maddede belirlenen ağır para cezasının miktarı, her somut mahkûmiyet hükmü kapsamında TCK.nun 28.7.1999 t. ve 4421 s. Kanunla değişik Ek 1 ve Ek 2. maddeleri hükümlerine göre artırılabilir.

¹⁶⁸ Maddede belirlenen ağır para cezasının miktarı, her somut mahkûmiyet hükmü kapsamında TCK.nun 28.7.1999 t. ve 4421 s. Kanunla değişik Ek 1 ve Ek 2. maddeleri hükümlerine göre artırılabilir.

«TCK.nun 240. maddesinin ikinci cümlesinde “*cezayı hafifletici nedenlerin*” bulunması halinde hükmolunacak ceza miktarı gösterilmiş, fakat hafifletici nedenlerin neler olabileceği açıklanmamıştır. Sanığın eylemi nedeniyle *zarar doğmaması, zararın hafif olması, memurun menfaat sağlamaması veya sağlanan çıkarın azlığı, zararın soruşturmaya başlanmadan giderilmesi* gibi haller öğreti ve yargı kararlarında hafifletici neden olarak kabul edilmiştir.»¹⁶⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, 240. maddenin ikinci cümlesindeki “*cezayı hafifletici nedenler*”e ilişkin hükümle TCK.nun 59. maddesindeki “*takdiri hafifletici sebepler*”e ilişkin hüküm arasında bir paralellik bulunmaktadır. Bu nedenle, hakim, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun daha az cezayı gerektiren bu basit şekilden dolayı mahkûmiyet kararı tesis ederken, “*ayrıca 59. madde uyarınca cezada ikinci indirimde bulunmaz*”¹⁷⁰.

Diğer bir görüşe göre ise, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunda da TCK.nun 59. maddesi hükmüne istinaden cezada indirim yapılabilir¹⁷¹.

Her iki hükümde de cezada indirim yapılmasını gerektiren nedenler, belirsiz ve sınırsızdır. Ancak, iki hüküm arasında farklar da mevcuttur. Önce, bu hükümlerdeki indirim oran veya miktarları farklıdır. Keza, 59. madde hükmüne istinaden indirim yapıp yapmama hususunda hakim takdir yetkisine sahipken; 240. maddenin ikinci cümlesine göre indirim yapma, hakim açısından bir yükümlülüktür.

Kanımızca, 240. maddenin ikinci cümlesinde söz konusu edilen “*cezayı hafifletici nedenler*” görevin gereklerine aykırı davranışın ifade ettiği haksızlık içeriğiyle sınırlı olmak gerekir. Buna karşılık, 59. maddede, işlenen fiilin haksızlık içeriğine etkili olmayan hususlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle failin cezasında indirim yapılmaktadır. Örneğin, failin geçmişteki veya duruşmadaki hal ve hareketleri, 59. madde hükmüne göre cezada takdirî indirim sebeplerini oluşturmaktadır^{172, 173}. Bu itibarla, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı daha az cezayı gerektiren durumlarda TCK.nun 240. maddesinin

¹⁶⁹ CGK., 6.5.1991, 100/140 (Savaş/Mollamahmutoğlu II, 2. bası, s. 2130 vd.).

¹⁷⁰ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 215 ve dn. 1/3. Ayrıca bkz. DÖNMEZER, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 150; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 462; TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 139; DEMİRBAŞ, Kudret Ayiter Armağanı, s. 273.

¹⁷¹ 5.CD.nin 2.11.1982 tarih ve 2852/3866 sayılı Kararına istinaden, ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 175: «Mahkeme(nin), aslı cezada TCK.nun 59. maddesine göre indirim yaptığı hallerde; bu indirim “memuriyetten mahrumiyet” cezasına da uygulanacaktır».

2. cümlesine istinaden mahkûmiyet kararı tesis edilirken, ayrıca 59. maddenin uygulanması suretiyle cezada indirim yapılabilir.

Görevi kötüye kullanma suçunun gerek temel şeklinde (m. 240, cümle 1) gerek daha az cezayı gerektiren durumlarda (m. 240, cümle 2) fail olan kamu görevlisi veya bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler hakkında ayrıca “*memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılma*” yaptırımına da hükmedilir.

Burada söz konusu olan “*memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımının kapsamını belirlemek gerekir:

Bir görüşe göre, “*memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımı, kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımı ile karıştırılmamalıdır¹⁷⁴. Bu itibarla, “*memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımı yerine kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımına hükmedilemez¹⁷⁵.

Kanımızca, burada söz konusu olan “*memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımı, kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımının bir suçla bağlantılı ve özel olarak düzenlenmesinden ibarettir. Burada kullanılan “*memuriyet*” kavramının “*kamu görevi*”ni ifade ettiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, söz konusu yaptırımın kapsamını belirlerken, TCK.nun 20. maddesi hükmünün gözönünde bulundurulması gerektiği kanısındayız.

Görevi kötüye kullanma suçu açısından madde metninde öngörülen bu yaptırım karşısında, bu suçtan mahkûmiyet halinde ayrıca TCK.nun 35. maddesi uyarınca kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımına hükmedilemez¹⁷⁶.

¹⁷² «TCK.nun 59. maddesinin uygulanmasını gerektiren hallerin neler olduğu Kanun metninde sınırlandırılmamıştır. Kanun koyucu, bir suçu oluşturan unsurlarla çatışmamak veya yasal indirim sınırlarını geçmemek kaydıyla hakime geniş bir takdir yetkisi tanımış; hatta, uygulamadaki çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında bir tanımlama yapmaktan isteyerek kaçınmıştır. Her olayın özelliği dikkate alınarak tertip edilecek cezanın, suçlunun kişiliğine ve suça uydurulması suretiyle daha insancıl koşullarla dengeli bir adaletin tahakkuku amaç edinilmiştir. Böylece, belirtilen ilkelerin dikkate alınması suretiyle *hüküm anına kadar* sanığın davranışlarını değerlendiren hakimin, TCK.nun 59. maddesini uygularken, yerleşmiş içtihatlarla göre göstereceği gerekçe bir şekilde bağlanmamış ise de, geçerli olması koşulu aranmıştır.»: Yarg. İBBGK, 7.6.1976, 3-4/3 (YKD, Ağustos 1976, s. 1197 vd.).

¹⁷³ Ayrıca bkz. İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 186 vd.

¹⁷⁴ ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 175.

¹⁷⁵ 4.CD., 19.11.1958, 11803/11840 (Önder, Özel Hükümler, 3. bası, s. 175).

¹⁷⁶ İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Yaptırım Teorisi, s. 123, 144; ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 216.

Hakim, kararında “*memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımına hükmederken bunun süreli veya süresiz olduğunu, süreli ise bunun miktarını açıkça belirtmelidir¹⁷⁷.

“*Memuriyetten yoksun kılma*” yaptırımı, doktrinde “*fer’î ceza*” olarak nitelendirilmiştir^{178, 179}.

§2.TCK’NUN 228/1. MADDESİNDE TANIMLANAN ŞEKLİYLE KEYFİ MUAMELE SUÇU

I. Kanun Hükümü

Keyfi muamele suçu, TCK.nun 228. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanmıştır:

MADDE 228-¹⁸⁰ (1) Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tâyin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

II. Keyfi Muamele Suçu ve Korunan Hukukî Değer

Keyfi muamele suçu ile korunan hukukî değer, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi, kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hakim olan güven olabilir¹⁸¹.

¹⁷⁷ Bu yaptırımın etkisi, memnu hakların iadesine dair hükümler çerçevesinde kaldırılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Yaptırım Teorisi, s. 447 vd.

¹⁷⁸ Bkz. ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 175.

¹⁷⁹ Erteleme kararı, “*mahkeme kararında hilâfi tasrih edilmedikçe fer’î cezalar hakkında da tatbik olunur.*” (TCK, m. 91). Buna göre, mahkeme, “aslî ceza”yı ertelemekle beraber, “fer’î ceza”yı erteleme dışında tutabilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*, Anayasa Yargısı (Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2001), Ankara 2001, s. 99 vd.; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Yaptırım Teorisi, s. 392 vd.). Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay, Kanundaki bu hükme rağmen, aksi yönde karar vermiştir:

“*Memurluktan yoksun kılma cezasının, hükmolunan temel cezanın ertelenmesinden sonra uygulanması suretiyle bu cezanın erteleme dışı bırakılması*” bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 29.4.1998, 2833/4346 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 521).

¹⁸⁰ Madde hükmünde değişiklik yapan Kanunlar: 1936/3038, 1953/6123, 1961/235, 1981/2370.

III. Keyfi Muamele Suçunun Unsurları

A- Maddî Unsurları

1. Fiil

Keyfi muamele suçunun maddî unsurlarından olan fiil, “*keyfi muamele*”dir. Suçun tanımında “*vazifeyi suiistimal ile ... keyfi bir muamele yapmak veya yapılmasını emretmek veya ettirmek*” ifadesine yer verilmiştir.

Keyfi muamele suçunda, genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak, kamu görevlisi, görevden kaynaklanan yetkisini *kişilere karşı* kötüye kullanmaktadır. Bu suçta, *görevden kaynaklanan yetkinin* kişilere karşı *kötüye kullanılması* söz konusudur.

Keyfi muamele suçu da, TCK.nun 240. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçu gibi, *genel, tali ve tamamlayıcı* bir suç tipidir¹⁸². Madde metninde, “*kanun ve nizamın tâyin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele*” ifadesine yer verilmekle, bu amaçlanmıştır¹⁸³.

¹⁸¹ Değişik bir izah için bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 129.

¹⁸² Bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 131; ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 176; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 427; TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 140.

¹⁸³ «Memur olan sanıkların katılanın atama işlemleriyle ilgili olarak İdare Mahkemelerince verilmiş olan yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının gereğini yerine getirdikten hemen sonra bir başka göreve atayarak görevlerini kötüye kullanmak suretiyle keyfi muamelede bulduklarını kabulde zorunluluk vardır.»: CGK., 5.5.1998, 4-MD/12 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 486 vd.).

«Sanık Belediye Başkanının, katılanın girip kazandığı sınavı yasal neden göstermeden iptal ederek yeni sınav açmaktan ibaret eyleminin TCK.nun 228. maddesine uyduğu gözetilmeden; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 11.7.1997, 4805/6067 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 489).

«Jandarma Bölük Komutanı olan sanığın, haklarında adam öldürme eyleminden soruşturma yürüttüğü, biri 15 yaşından küçük iki katılanın, hazırlık aşamasındaki soruşturmaları sırasında, yerel gazete yazarlarını da yanında bulundurmamak suretiyle, anlatım ve resimlerinin gazetelerde yayımlanmasına yol açıp, soruşturmanın gizli yürütülmesi gereğine uymayarak keyfi davranışta bulunmaktan ibaret eyleminin, TCK.nun 228/1. maddesinde yazılı suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, aynı Yasanın 240/1. maddesiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.»: 4.CD., 11.12.1995, 6967/7759 (Tezcan/Erdem, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 142, dn. 84).

«Başkomiser olan sanığın buyruğundaki polisleri haciz yerinden uzaklaştırmak ve haczin yapılmasını engellemekten ibaret kabul edilen kişilere zarar verici eyleminin TCK.nun 228. maddesine girdiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.»: 4.CD., 6.5.1997, 3478/3521 (Tezcan/Erdem, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 142, dn. 84).

«Sanık Belediye Başkanının Tahsildar olarak görev yapan yakınını bu görevinden alarak su deposunda görevlendirme, günlük sekiz saatlik çalışma süresini bölümlere

Kamu görevlisinin *sıfatını* kötüye kullanması suretiyle kişilere karşı, örneğin cebir ve şiddet kullanması durumunda, keyfi muamele suçü değil, TCK.nun 245. maddesinde tanımlanan suç oluşur.

Keyfi muamele suçunun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen fiilin, kamu görevlisinin görevi alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir¹⁸⁴. Bu itibarla, kamu görevlisinin kendi görev alanına girmeyen bir hususla ilgili tasarrufları, başka suçların oluşumuna sebebiyet verebilir.

Suçun tanımında, keyfi muameleyle ilgili olarak, “*yapmak*” veya “*yapılmasını emretmek*” veya “*ettirmek*” fiilleri kullanılmıştır.

Her ne kadar, madde metninde “*yapmak*” fiili kullanılmış ise de; keyfi muamele, *icrâi* bir davranışla gerçekleşebileceği gibi, *ihmalî* bir davranışla da gerçekleşebilir¹⁸⁵.

Örneğin, “*işten çıkarma veya binayı yıkma, inşaatı durdurma*” gibi hareketlerle keyfi muamele suçü işlenebilir¹⁸⁶.

ayırıp günün değişik zamanlarına yayma, sonradan Bölge İdare Mahkemesince iptal edilen memurluk görevine son verme biçimindeki keyfi ve yasaya aykırı eylemlerinin TCK.nun 228 ve 80. maddelerinde öngörülen suçü oluşturduğu gözetilmeden; suçun niteliğinde yanılığa düşülerek, aynı Yasanın 240/1. maddesinin uygulanması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 26.2.1998, 742/1571 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 488).

«Belediye Başkanı olan sanığın seçilir seçilmez nedensiz ve yasaya aykırı olarak bir kısım çalışanın işine son verme eyleminin TCK.nun 228. maddesinde tanımlanan suçü ve bu eylemden 24 gün sonra yasaya aykırı biçimde işçi alma eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşturduğu gözetilmeden, tüm eylemlerin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçü kalıbı içerisinde eritilerek tek hüküm kurulması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 16.6.1998, 5795/6492 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 488).

«Belediye Başkanı olan sanığın, katılan kişinin taşınmazı ile ilgili kamulaştırma işleminin durdurulması yolundaki yargı kararına uymayarak, binayı yıktırma eylemi, TCK.nun 228. maddesinde» tanımlanan keyfi muamele suçünü oluşturur: 4.CD., 4.6.1991, 2767/3419 (YKD, Haziran 1992, s. 961).

«Sanıkların, kamulaştırma kararları almalarına karşın, kamulaştırmayı gerçekleştirmeden bazı kişilerin binalarını yıkmaktan ibaret eylemlerinin TCK.nun 228. maddesine uyduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 240. maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.»: 4.CD., 6.3.1996, 383/1379 (Tezcan/Erdem, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 142, dn. 84).

«Sanığın, süresi içerisinde ihale bedelini yatırarak taşınmazı almak isteyen ve ihaleyi kazanan katılanın başvurularını engelleyerek ihalenin fesine yol açan eylemi, TCK.nun 228. maddesinde» tanımlanan keyfi muamele suçünü oluşturur: 4.CD., 1.12.1992, 7062/7504 (Erdurak, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. bası, s. 391).

¹⁸⁴ Bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 131; ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 177.

¹⁸⁵ Bkz. DÖNMEZER, Özel Ceza Hukuku Dersleri, s. 127; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 430; TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 143.

¹⁸⁶ Bu örnekler, ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 133'ten alınmıştır.

Keza, örneğin “inşaat ruhsatı vermeme, açılması izne bağlı işyerleri için talep olunan izni geciktirme veya vaki müracaatları cevapsız bırakma” durumlarında keyfi muamele söz konusudur¹⁸⁷. Ancak, keyfi muamele suçunun ihmalî davranışla işlenebilmesi için, “ihmalin kişi haklarına zarar verici nitelikte olması” aranmaktadır^{188, 189}.

Keyfi muamele, fail tarafından tek başına gerçekleştirilebileceği gibi (müstakil faillik)¹⁹⁰, heyet kararlarında olduğu gibi, birden fazla kişinin müşterek katılımı ile de gerçekleştirilebilir (müşterek faillik)¹⁹¹.

Söz konusu suç, bir hiyerarşik ilişkide keyfi muamelenin “yapılmasını emretmek” veya “emrettirmek” suretiyle de işlenebilir. Aslında, keyfi muamele yapılmasını emreden veya emrettiren kişi, bu suça azmettiren

¹⁸⁷ Bu örnekler, ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 133’ten alınmıştır.

¹⁸⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 430.

¹⁸⁹ «Yakınanın doğum yapmakta olan eşine tıbbi yardım sağlanması için görevli ebeyi evine götürme isteğinin haklı bir neden görmeksizin kabul etmeme ve ebeyi göndermemekten ibaret sağlık ocağı hekiminin eyleminin TCK.nun 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, TCK.nun 230. maddesi ile hüküm kurulması.» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 1.3.1999, 12273/669 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 487).

«Katılanın görevine iadesine ilişkin mahkeme kararını uygulamamaktan ibaret olan sanığın eyleminin TCK.nun 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek aynı Yasanın 240. maddesi ile hüküm kurulması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 26.1.1999, 12313/216 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 488).

«Belediye Başkanı olan sanığın yargı kararını yerine getirmemekten ibaret olan eyleminin TCK.nun 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturur.»: 4.CD., 4.11.1997, 8968/9391 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 489).

«Sanık Belediye Başkanının görevden çıkarma kararının İdare Mahkemesinde iptali üzerine yakınıcıyı tekrar işe almamak biçiminde oluşan eyleminin TCK.nun 228. maddesine uydununun gözetilmemesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 17.1.1996, 7957/234 (YKD, Nisan 1996, s. 642). Ayrıca bkz. 4.CD., 16.12.1998, 10133/11698 (Tezcan/Erdem, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 142, dn. 84).

«Sanığın Konya İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararına karşın, yakınıcı eski görevine yasal süre içinde başlatmamaktan ibaret eyleminin TCK.nun 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğunun gözetilmemesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 7.6.1994, 2948/4997 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 490).

«Belediye Başkanı olan sanığın Danıştay’ca onanan Samsun İdare Mahkemesinin kararına karşın katılana ihalesi yapılan taşınmazın devir işlemini yapmamaktan ibaret eyleminin, TCK.nun 228. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu»nun gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 28.6.1994, 3348/5771 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 490).

¹⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Suçta İştirakin Hukukî Esası ve Faillik*, İstanbul, 1996, s. 139; ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 322

¹⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 261 vd.; ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 323 vd.

sıfatıyla sorumlu tutulması gerekirdi. Normal hiyerarşik ilişkinin geçerli olduğu durumlarda dolaylı faillikten söz edilemez. Çünkü, Anayasaya göre, “*konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez.*” (m. 137, f. 2)¹⁹². Ancak, Kanun koyucu söz konusu suç açısından keyfi muamelenin yapılmasını emreden veya emrettiren amiri *fail* olarak sorumlu tutulmasını kabul etmiştir. Bunun ortaya çıkardığı sonuç şudur: Keyfi muamelenin yapılmasını emreden veya emrettiren amirin azmettiren olarak kabul edilmesi durumunda, söz konusu suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, azmettirilenin (failin) bu suçu işlemiş veya suç en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir¹⁹³. Buna karşılık Kanunda olduğu gibi, keyfi muamelenin yapılmasını emreden veya emrettiren amirin *fail* olarak kabul edilmesi durumunda, kendisine emredilenin (memurun) keyfi muamelede bulunmasına gerek yoktur¹⁹⁴. Başka bir deyişle, emredilen, kişilere karşı keyfi muamele yapmasa bile; keyfi muamelenin yapılmasını emreden amirin, suç tamamlanmış gibi cezalandırılması gerekir.

Bu keyfi muamele ile kişilerin hakları ihlâl edilmiş olmalıdır; yani keyfi muamele sonucunda mutlaka *kişilerle ilgili bir hak ihlâli* söz konusu olmalıdır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda herhangi bir kişinin hakkının ihlâl edilmesi söz konusu değilse, keyfi muamele suçu oluşmaz¹⁹⁵.

Ancak, burada söz konusu olan hak ihlâli kavramı dar yorumlanmak istenmiştir. Bu nedenle “kişinin vücuduna yönelik fiili bir girişimin” varlığı durumunda keyfi muamele suçu değil, müessir fiil veya TCK.nun 245. maddesinde tanımlanan suç oluşur¹⁹⁶.

Hatta, hak ihlaliyle zarar görme kavramları çoğu defa birbirine karıştırılmıştır. Buna göre, “*ferdî bir zarara yol açmayan ve sadece kamu*

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler*, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 68, yıl 1994, sayı 1-2-3, s. 99 vd.; aynı yazar, *Askeri Hiyerarşide Emirlerin Bağlayıcılığı ve Bunun Hukukî Sonuçları*, Kara Kuvvetleri Komutanlığı İnsan Kaynakları Yönetimi Sempozyumu, 20-21 Haziran 1996, s. 105 vd.; ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. bası, s. 271 vd.

¹⁹³ Çünkü, TCK sisteminde akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması yönünde bur hüküm bulunmamaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. bası, s. 352 vd.)

¹⁹⁴ Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, 4. bası, s. 431.

¹⁹⁵ Bkz. DÖNMEZER, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, s. 127; ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 132; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, 4. bası, s. 432; TEZCAN/ERDEM, *Ceza Özel Hukuku*, 2. bası, s. 142.

¹⁹⁶ ÖNDER, *Özel Hükümler*, 3. bası, s. 176; DÖNMEZER, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, s. 127; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, 4. bası, s. 431.

idaresinin zarar görmesine sebebiyet veren fiiller”, bu suçun oluşumuna sebebiyet vermeyecektir^{197, 198}.

Keza, bu anlayışa göre, örneğin bir kamu kurumunda görev yapmaya talip olan kişilerden bir kısmı, esasında herhangi bir sınav yapılmamış olmasına ya da yapılmış olan sınavda başarısız olmalarına rağmen, başarılı gösterilerek işe alındıklarında, işe alınmayan diğer kişiler açısından keyfi muamele suçunun oluştuğunu kabul etmemek gerekecektir^{199, 200}.

TCK.nun 228. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan keyfi muamele suçunu, 240. maddede tanımlanan görevi kötüye kullanma suçundan ayırmak amacıyla geliştirilmeye çalışılan ve Yargıtay tarafından da benimsenen²⁰¹ bu ölçüt, kanımızca, isabetli değildir. Çünkü, toplumu oluşturan *herkesin*, kamusal görevlerin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesini talep etme *hakkı* mevcuttur. Bu nedenle, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması durumunda, aslında toplumu oluşturan herkes açısından bir hak ihlâli söz konusudur.

¹⁹⁷ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 132.

¹⁹⁸ Bu düşüncenin ürünüdür ki, aşağıda yer verdiğimiz ettiğimiz Yargıtay kararına konu teşkil eden olayda “*kamu idaresinin zarara uğramasını sonuçlayan*” bir durum söz konusu olduğundan bahisle, keyfi muamele suçunun oluşmadığı ileri sürülmüştür (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s.430, dn. 17):

«Cezaevi Müdürü olan sanığın, cezaevinde tutuklu bulunan H adlı kişi ile arkadaşı M’yi, görüşme günleri dışında görüşürmekten ibaret eyleminin, disiplin suçunu aşar nitelikte olup olmadığının araştırılması, aşığı kabul edildiği takdirde, eylemin TCK.nun 228. maddesine uyduğu gözetilmeden, yazılı şekilde (TCK.nun 240/1. maddesiyle) hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.»: 4.CD., 21.4.1992, 2341/2878 (Erdurak, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. bası, s. 390).

¹⁹⁹ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 132.

²⁰⁰ «Yasada öngörülen sınav açma zorunluluğuna aykırı bir usulle belediye teşkilatı bünyesine memur almak suretiyle görevini kötüye kullanan sanıkların eylemleri TCK.nun 228. maddesine değil, 240. maddesine girer.»: CGK., 28.2.1977, 57/86 (YKD, Temmuz 1978, s. 1194/1195).

²⁰¹ TCK.nun 240 ve 228. maddeleri görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarını cezalandırmıştır. İki suç arasındaki ayırım yetkinin kötüye kullanılması sonucu kişilerin ya da görevlilerin haklarının çiğnenip çiğnenmediği ögesinde düğümlenmektedir. Eğer böyle bir hak çiğneme ya da zarar söz konusu ise, eylem, özel ve asıl hüküm olan TCK.nun 228. maddesine; tersi durumda aynı Yasanın daha genel ve yardımcı nitelikte olan 240. maddesine girecektir. Yerleşik Tür ve İtalyan Yargı kararları da bu doğrultudadır.»: 4.CD., 11.2.1998, 11492/819 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 488/489).

«Sanıkların eylemleri, kişilere zarar verdiği takdirde, TCK.nun 228; vermediği takdirde 240. maddesinde» tanımlanan suçu oluşturur: 4.CD., 29.4.1997, 3210/3283 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 489).

Hak ihlâli ile zarar kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Zarar, ekonomik bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Kişinin zarar gördüğü her durumda bir hak ihlâli söz konusudur. Ancak, hak ihlalinin bulunduğu her durumda, ekonomik değerlendirmeyi gerekli kılan bir zarardan söz edilemez.

Söz konusu ayırımla ilgili olarak doktrinde ileri sürülen görüşler, 228. maddenin 1. fıkrasıyla 240. maddede tanımlanan suçların aslında aynı suçlar olduğunu ortaya koymaktadır. Bütün bu gayretler, *aslında aynı olan iki suçun*²⁰² birbirinden ayrılmasını sağlamaya yönelik sun'î ölçütler oluşturma çabalarıdır.

2. Fail ve Mağdur

Keyfi muamele suçunun faili, ancak *kamu görevlisi*, yani TCK.nun 279. maddesindeki anlamda “*Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılan kişiler*” olabilir. Ancak, madde metninde faille ilgili olarak “*Devlet memurlarından her kim*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin doğru olmadığını belirtmek gerekir.

Keyfi muamele suçunun mağduru, keyfi muameleye maruz kalan kişidir. Ancak, bu suçun işlenmesi suretiyle, kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hakim olan güven sarsılmış olduğu için; toplumu oluşturan *herkes*, suçun mağduru olmaktadır.

B- Manevî Unsur

Keyfi muamele suçu, *kasten* işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışta bulunduğu, ifa ettiği görev dolayısıyla kendisine tanınan yetkinin hukuken belirlenmiş olan sınırını aştığının bilincinde olması yeterlidir.

Ancak, fıkranın ikinci cümlesinde, keyfi muamelenin “*hususî maksat veya siyasi saik veya sebep*”le işlenmiş olması durumunda, suçun temel şekline nazaran faile daha ağır ceza verileceği öngörülmüştür.

IV. Müeyyide

Keyfi muamele suçunun temel şekline ilişkin olarak Kanunda öngörülen müeyyide, “*altı aydan üç seneye kadar hapis cezası*”dır (m. 228, f. 1, cümle 1).

²⁰² Bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 128 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 426.

Suçun güdülen amaç veya saik itibarıyla nitelikli şekilde faile verilecek ceza, “üçte birden yarıya kadar artırılır” (m. 228, f. 1, cümle 2).

Keyfi muamele suçundan dolayı mahkûmiyet halinde; bu mahkûmiyet, hükümlünün “mahkûm olduğu müddete veya cezayı nakdinin ademi tediyesinden dolayı ne miktar hapis cezası verilmek lâzım gelirse o miktara muadil olacak ve yirminci ... maddede muayyen müddetlerin âzami haddini geçmiyecek bir müddetle muvakkaten hidematî âmmeden memnuiyetini” sonuçlar (TCK, m. 35).

§ 3. TCK’NUN 230. MADDESİNDE TANIMLANAN ŞEKLİYLE GÖREVİ İHMAL SUÇU

I. Kanun Hükümü

Görevi ihmal suçu, TCK.nun 230. maddesinde tanımlanmıştır:

MADDE 230-²⁰³ (1) Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

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

(3) Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettirilir.

II. Genel Açıklamalar

TCK.ndaki düzenleniş biçimi itibarıyla görevi ihmal suçu da, *genel, tali ve tamamlayıcı* bir suç tipidir. Bu itibarla, kamu görevlisinin görevini ihmal etmesinin başka bir suç oluşturmadığı durumlarda, bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Örneğin TCK.nun 235. maddesinde bir kamu görevlisinin “görevini yaptığı sırada görevine ilişkin olarak kamu adına kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğini öğrenip de ilgili daireye bildirmede ihmal ve gecikme” göstermesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu gibi durumlarda söz konusu 230. madde hükmünün

²⁰³ Madde hükmünde değişiklik yapan Kanunlar: 1953/6123, 1979/2248, 1983/2790, 1988/3506.

uygulama kabiliyeti yoktur²⁰⁴,²⁰⁵. Burada da genel hüküm – özel hüküm ilişkisi bulunmaktadır.

Genel nitelikteki görevi ihmal suçunu tanımlayan 230. madde hükmüne göre; bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırılık arzeden her ihmali davranışı suç oluşturacak ve ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılacaktır. Kamu göreviyle ilgili olarak bu şekilde ceza hukukuna geniş bir müdahale imkanının tanınması, ceza hukukunun güvence fonksiyonuyla bağdaşmaz; aksine, kamu görevlilerinin hareket alanını büyük ölçüde daraltmış olur ve hatta, siyasî bir baskı aracı olarak kullanılmasına sebebiyet verebilir.

Görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi; hangi fiilin suç sayıldığına kanunda açıkça belirtilmemiş olması dolayısıyla, bu hükmün de ceza hukukunun güvence fonksiyonu olan belirlilik ilkesine ve bu ilkenin Anayasadaki ifadesi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine (1982 Anayasası, m. 38) aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Görevi ihmal suçu ile korunan hukukî değer, görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi, kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevlerinden kaynaklanan yükümlülüklere uygun hareket ettikleri konusundaki genel güven olabilir²⁰⁶.

²⁰⁴

TCK.nunda bu konudaki örnek hükümler şunlardır:

MADDE 530- (1) *Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse -bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere- otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olurlar.*

Bu hükümde bir ifade bozukluğu mevcuttur. TCK Öntasarısında bu ifade bozukluğunu gidermeye yönelik olarak madde metninde ufak bir değişiklik yapılmıştır. Ancak, bu değişikliğe rağmen, madde metninin içeriği *anlaşılamazlık* özelliğini muhafaza etmektedir:

«*Hekim, ebe veya diğer sağlık meslekleri mensupları, kişilere karşı işlenmiş bir cürüm belirtisi gösteren hallerde, mesleklerinin gerektirdiği yardımı yaptıktan sonra durumu adliye veya zabıtaya bildirmez veya ihbar hususunda gecikirlerse, bu ihbarın kendisine yardım edilen kimseyi kovuşturmaya uğratacağı haller dışında onmilyon liradan yüzmilyon liraya kadar hafif para cezası verilir.*» (1997 Metni, m. 468).

Belirtmek gerekir ki; söz konusu 530. madde hükmü, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurlarının kamuya ait bir sağlık kuruluşunda görev yapmaları durumunda, yani kamu görevlisi olmaları halinde, TCK.nun 230. maddesi hükmü karşısında bir özel hüküm niteliği taşımaktadır.

²⁰⁵

Belediye muhasebecisi olan sanık, tahsildar N'nin hesaplarını kontrol ve teftiş yetkisi bulunduğu ve bu görevini yerine getirmemek sonucu zimmetin vukuuna sebebiyet verdiği(ne) göre; eyleminin TCK.nun 203. maddesine uygun bulunduğu gözetilmeden, TCK.nun 230. maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.»: 5.CD., 7.2.1989, 4992/311 (Savaş/Mollamahmutoğlu II, s. 1948).

III. Görevi İhmal Suçunun Unsurları

A- Maddî Unsurları

1. Fiil

Suçun maddî unsurlarından olan fiil, madde metninde kamu görevlisinin “*hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmaktan savsama ve(ya)²⁰⁷ gecikme*” göstermesi ya da “*üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan*” yapmaması şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, söz konusu suç seçimlik hareketli suç niteliğindedir.

Birinci seçimlik hareket, kamu görevlisinin “*memuriyet görevini yapmaktan savsama*” göstermesidir. Yani kamu görevlisinin görevinin gereği olan hususları yerine getirmeyi ihmal etmesi, söz konusu suçun oluşumuna sebebiyet verir²⁰⁸. Yerine getirilmeyen hususun, kamu görevlisinin görevine girmesi, kamu görevlisinin yerine getirmekle görevli olduğu bir iş olması gerekir. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin yerine getirmeyi ihmal ettiği işin, kendi görevine giren, görevi gereği yapmakla ve geciktirmemekle yükümlü olduğu bir iş olmalıdır^{209, 210}.

²⁰⁶ Ayrıca bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 154, CİHAN, Hıfzı Timur Armağanı, s. 183; SOYASLAN, Özel Hükümler, 3. bası, s. 553; TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 144; DEMİRBAŞ, Kudret Ayiter Armağanı, s. 250.

²⁰⁷ Her ne kadar madde metninde “savsama” ile “gecikme” kelimeleri arasında “ve” bağlacına yer verilmiş ise de, bunu *veya* olarak anlamak gerekir. Çünkü, savsama ve gecikme kavramları farklı anlamlar taşımaktadır (Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 439).

²⁰⁸ “Emekli, dul ve yetim maaşlarını fazla ödeme şeklindeki fiilin, yapmama değil, yasaya aykırı biçimde yapma olduğu gözetilerek, TCK.nun 240. maddesinin uygulanması gerekirken; etkin (aktif) nitelikteki bu eylem nedeniyle görevi yapmama ya da gecikerek yapma eylemleri için uygulanabilen aynı Yasanın 230. maddesiyle hüküm kurulması” hukuka aykırıdır: 4.CD., 12.6.2000, 2151/5083 (YKD, Mart 2001, s. 440).

«Belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır. Bu suç, kasten işlenebilen suçlardan olup; oluşması için, memur görevini bilerek ve isteyerek ihmal edecektir.»: CGK., 6.10.1998, 6-214/296 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 493).

²⁰⁹ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 159. Ayrıca bkz. 4.CD., 7.7.1997, 5428/6185 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 499).

²¹⁰ Bir kamu görevlisinin esasen görevine girmekle beraber, izinli veya sağlık nedenleriyle raporlu olduğu bir dönemde, gönüllü olarak bir işin icrasına müdahale etmesine rağmen, işin görülmesi sırasında ihmal ve terahi göstermesi durumunda görevi ihmal suçunun oluşup oluşmadığı tartışma konusu olmuştur. Yargıtay, bir kararında, bu durumun göz önünde bulundurulmamasını, görevi ihmal suçundan mahkûmiyet yönünde verilmiş olan kararı bozma sebebi saymıştır:

Bu seçimlik hareketle bağlantılı olarak madde metninde “*hangi nedenle olursa olsun*” ifadesine yer verilmiştir. Aslında bu ifadenin benimsenmesiyle Kanun Koyucu bir takım mülhazalarla görevin yerine getirilmemesinin “haklı” veya en azından “mazur” gösterilmesine engel olmak istemiştir²¹¹. Ancak, belirtelim ki; görevin gereği olan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin hukuken kabul edilebilir bir mücbir sebebe dayanması durumunda, kamu görevlisine bu nedenle bir ceza yaptırımını uygulanamayacaktır²¹².

İkinci seçimlik hareket ise, kamu görevlisinin “*memuriyet görevini yapmakta gecikme*” göstermesidir. Bu durumda kamu görevlisi, görevinin gereği olan bir hususu yerine getirmiştir. Ancak, bunu geç yerine getirmiş, yani vaktinde yerine getirmemiştir.

Bir işlemin yapılması için mevzuatta bir süre belirlenmiş olabilir. Belirlenen bu süre zarfında işin yapılması durumunda görevi yapmakta gecikmeden söz edilemez.

Sorun bir işin görülmesi konusunda mevzuatta bir süre öngörülmemiş olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Olağan iş akışının gereği olarak bir işin görülmesinin bir zamana baliğ olması durumunda, görevin yapılmasında bir gecikmeden söz edilemez. Ancak, çoğu zaman vaki gecikmenin bürokrasinin işleyişindeki hantallıktan mı yoksa kamu görevlisinin görevini yapmaktaki terahisinden mi kaynaklandığını tayin etmek büyük güçlük arz etmektedir. Bu gibi durumlarda in dubio pro reo kuralına göre hareket etmek gerekir.

Kamu görevlisinin bir işin görülmesinde olağan iş akışının ötesinde bir terahi göstermesi, her halde görevinin gerekleri ile bağdaşmaz. Ancak, her terahi vakıasına ceza hukukunun müdahalesi, suç siyasetiyle bağdaşmadığı gibi, fiilen de imkansızdır. Bu nedenle, TCK.nun 230.

«1-21 Temmuz 1990 tarihleri arasında izinli olan sanığın nöbetçi hekim arkadaşının isteği üzerine muayene ettiği hastayı hastaneye yatırıp gözetim altında tutmamaktan ibaret olan eyleminde, görevi savsama suçunun öğelerinin ne surette oluştuğu açıklanmadan hükümlülük kararı verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 18.6.1993, 3116/4129 (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler[4], s. 439, dn. 44).

Yargıtay’ın bu kararında benimsenen görüşe iştirak ettiğimizi belirtmemiz gerekir. Zira, suç siyaseti mülhazalarıyla izahı mümkün olmayan bu hükmün uygulama alanının mümkün olduğunca dar tutmak gerektiği görüşündeyiz.

²¹¹ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 163; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 438 vd.

²¹² Erman/Özek, “*bir görevi yapmamak zorunluluğunun bulunması halinde, bunun yapılmaması hukuka aykırı sayılamayacağından*” söz ederek, bu bağlamda yapıları açıklamalarda, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak mücbir sebeple hukuka uygunluk sebeplerini birbirine karıştırmışlardır (ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 162/163).

maddesi hükmünün varlığını, suç siyaseti mülahazalarıyla izah mümkün değildir. Aslında bu şekilde bir düzenleme çoğu zaman kötüye kullanmaya da elverişlidir.

Üçüncü seçimlik hareket ise, kamu görevlisinin “*üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan*” yapmamasıdır. Bu durumda görevi ihmal suçunun işlenebilmesi için kamu görevlisinin üstünden aldığı emrin hukuka uygun olması gerekir. Emri veren ile emre muhatap olan kamu görevlisi arasında hiyerarşik bir ilişki, bir amir-memur ilişkisi mevcut olmalıdır. Keza, amirin (kanundaki ifadeyle “üstün”) emrinin mevzuata uygun olması gerekir.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin “*üstünün yasaya göre verdiği buyrukları*” yapmaması için “*geçerli bir neden*”in olmaması gerekir. Bu itibarla, vaki emrin yerine getirilmemesinin hukuken kabul edilebilir bir mazeret sebebine (örneğin mücbir sebebe) dayanması durumunda, kamu görevlisine bu nedenle bir ceza yaptırım uygulanamayacaktır²¹³.

Kamu görevlisinin “*üstünün yasaya göre verdiği buyrukları*” yapmaması, suç olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık, “*emrin geciktirilerek yerine getirilmesi halinin suç teşkil etmediği*” yönündeki görüşe²¹⁴ biz de iştirak etmekteyiz²¹⁵.

Bu bağlamda görevi ihmal suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasındaki farkı da ortaya koymak gerekir. TCK.nun 240 maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçu ile 230. maddede tanımlanan görevi ihmal suçu arasındaki fark, birincisinin icraî davranışla, ikincisinin ise ihmalî davranışla işlenmesinden ibarettir²¹⁶. Yargıtay’ın şu kararında bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir:

²¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, bu bağlamda yaptıkları açıklamalarda, “kar fırtınası” veya “hastalık” gibi sebepleri “haklı haller” olarak nitelendirmektedirler. Yazarların bu açıklamalarında, kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret sebepleriyle hukuka uygunluk sebepleri birbirine karıştırılmıştır (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 440). Aslında bu açıklamada bir çelişki de bulunmaktadır. Bir yandan memurun üstünden aldığı emrin kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygun olması gerektiğinden; diğer yandan da bu emrin yerine getirilmemesine yönelik “haklı haller”den söz edilmektedir. TCK Öntasarısında da aynı çelişkiye düşülmüştür (2000 Metni, m. 488 gerekçesi, s. 388).

²¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 440 vd.

²¹⁵ Ancak belirtmek gerekir ki; TCK Öntasarısında, “*amirinin kanuna göre verdiği emirleri yerine getirmede gecikme gösteren memur*” da cezalandırılmaktadır (2000 Metni, m. 488, f. 2).

²¹⁶ Bkz. ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 165.

«TCK.nun 230. maddesinde, görevi ihmal suçu bir memurun hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme göstermesi veya üstlerinin yasaya göre verdikleri buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmaması biçiminde tanımlanmıştır. Bu suç, ancak bir memur tarafından işlenebilen ve ihmal kastını gerektiren bir suçtur. Suçun maddi unsuru, ihmali hareketlerdir. İcraî hareketler söz konusu olduğunda, suçun görevi ihmal olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK.nun 240. maddesi ise, yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memurun cezalandırılacağı hükmünü öngörmektedir. Bu düzenleme ile korunmak istenen yarar, kamu görevinin kurallar ve uygulamalarla belirlenen disiplin ve düzen içerisinde üretilmesini, kamu idaresinin olumsuz eylemlerle zarara uğramasını önlemedir. Bu suç da ancak bir memur tarafından işlenebilen kasdî bir suçtur. Memurun, kötüye kullandığı yetkiyi bilmesi ve bunun yasaya aykırı olduğunun bilincinde olması yeterlidir. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, bu suçun oluşması için, aktif eylemlerin bulunması zorunludur. Görevi kötüye kullanma suçunu görevi ihmal suçundan ayıran temel özellik, bu noktada toplanmaktadır.»²¹⁷.

«Görevi ihmal suçu, ceza uygulamasında memur sayılan bir kimsenin görevini yapmamasıyla ya da gecikerek yapmasıyla; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuyorsa, memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen bir görevi yasaya aykırı yapmasıyla oluşur. Birincisinde etkin olmayan, ikincisinde etkin bir davranış söz konusudur.»²¹⁸.

Ancak, belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda bir olay kapsamında hem icraî davranışla görevin gereklerine aykırı hareket edilmiş olabilir, hem de ihmali davranışla görevin gerekleri yerine getirilmemiş olabilir. Yargıtay, bu gibi olaylarda sadece görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmektedir:

²¹⁷ CGK., 9.2.1999, 5-5/15 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 438 vd.).

²¹⁸ 4.CD., 23.2.1999, 11735/473 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 515/516). Ayrıca bkz. 4.CD., 11.6.1998, 2162/3972 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 520); 4.CD., 16.4.1999, 2594/3554 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 517); 4.CD., 16.2.1999, 439/1269 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 519); 4.CD., 30.3.1998, 2201/3040 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 521); 4.CD., 26.11.1998, 9363/10705 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 497).

«Bir hazırlık soruşturmasına ilişkin olarak C. Savcısının gönderilmesini istediği bilgi ve belgeleri göndermeyen sanığın eyleminin TCK.nun 230/1. madde ve fıkrasına uyan suç oluşturduğu gözetilmeden, olayda uygulama yeri bulunmayan TCK.nun 240/1. maddesi ile hüküm kurulması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 31.1.1997, 9059/583 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 527).

«PTT Dağıtıcısı olan sanığın, adreslerine gitmeden ilçede muhatapların kardeşine “aynı çatı altında oturuyor” açıklamasını yaparak tebliğ yapma eylemi; yasaya aykırı olarak yapma biçiminde gerçekleştiğinden, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, görevi ihmal suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi» bozmayı gerektirmiştir²¹⁹.

Aslında bu tür olaylar, görevi kötüye kullanma suçunun yanı sıra Kanunda ayrıca görevi ihmal suçunun tanımlanmasının yerinde olmadığını açık göstergesidir. Bu tür olaylarda hem icraî hem de ihmalî davranışla görevin gereklerine aykırı hareket edilmiş, yani görev kötüye kullanılmış olmaktadır²²⁰.

2. Görevi İhmal Suçu ve Zarar Sorunu

Görevi ihmal suçunun oluşabilmesi için, kişiler veya kamu açısından herhangi bir zararın doğmuş olması gerekmez. Görevin ihmali sonucunda, yani kanundaki ifadeyle, “*savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse*”, faile verilecek olan ceza artırılabacaktır (m. 230, f. 2).

Meydana gelen zararın ekonomik nitelikte bir zarar olması gerekir. Söz konusu zararın “gelirden yoksun kalma” şeklinde değil de, malvarlığında bir “azalma” tarzında olması gerekir^{221, 222}.

Görevi ihmal sonucunda “*Devletçe bir zarar meydana gelmiş*” olmalıdır. “Devlet malı”nın ne anlama geldiği konusunda doktrinde ileri sürülen bir görüşe burada yer vermeyi uygun görmekteyiz: «*Devletin genel bütçesinden gereksiz bir harcama (yapılmasını sonuçlayan) her olayın, Devlete ait bir zararı ifade ettiği söylenebilir. Keza, bütçeleri TBMM’nce onaylanan kuruluşlara verilen zararların da bu nitelikte*

²¹⁹ 4.CD., 26.11.1998, 9363/10705 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 497).

²²⁰ Nitekim, doktrinde ileri sürülen bu tür olaylarda sadece görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğuna dair görüş (ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 166), bu düşüncemizi teyid etmektedir.

²²¹ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 166.

²²² Yargıtay da aynı yönde kararlar vermiştir:

«Sanık polis memurunun aracın trafik sigortasını yaptırmayan kişiye ceza makbuzu kesmemesinden ibaret olan eyleminde doğrudan doğruya Devletçe bir zarar meydana gelmediği gözetilmeden, TCK.nun 230. maddesinin birinci fıkrası yerine ikinci fıkra ile ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.»: 4.CD., 11.3.1983, 761/1297 (Erdurak, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. bası, s. 440).

«Sanığın görevi ihmal sonucu harç almamak suretiyle devlet zararına sebebiyet verdiği anlaşılmasına göre hakkında TCK.nun 230. maddesinin 2. fıkrası yerine 1. fıkrasının uygulanması» bozmayı gerektirmiştir: 3.CD., 27.10.1998, 3513/3985 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 497).

olduklarını da kabul etmek gerekir. Bunun dışında kalan kuruluşların zarar görmeleri halinde (söz konusu 2. fıkra hükmüne istinaden ceza artırılamaz). Hatta, bunun için, belirli bir kuruluşa ait malların Devlet malı” sayılacağı hususunda kanunlarında hüküm bulunması da bir anlam ifade etmez. O kuruluşun bütçesi TBMM de kabul edilmedikçe, o bütçeden yapılan harcama Devlet tarafından yapılmış sayılamaz ve bu harcama dolayısıyla de Devletçe bir zarar verildiği kabul olunamaz.»²²³

²²⁴

Görevin ihmali sonucunda kişilerin zarar görmüş olması durumunda da, bu ikinci fıkra hükmüne istinaden cezada bir artırım yapılması yoluna gidilememektedir.

Görevi ihmal suçunun nitelikli unsuru olarak aranan zarar koşulu açısından bu şekilde bir sınırlandırma yapılmasının bilimsel bir izahı olduğu söylenemez. Aksine, kanun metninde yapılacak olan bir değişiklik, kişi veya kamunun bir zarar görmüş olmasını, görevi ihmal suçunun *temel* şekline ilişkin unsurlar arasında sayılmasının, daha isabetli olacağı kanısındayız²²⁵.

3. Fail ve Mağdur

Görevi ihmal suçunun faili, ancak *kamu görevlisi*, yani TCK.nun 279. maddesindeki anlamda “*Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılan kişiler*” olabilir. Çünkü, madde metninde faille ilgili olarak “*memur*” kavramı kullanılmıştır²²⁶.

²²³ ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s.166/167.

²²⁴ Köy tüzelkişiliğine ait zararın devlet zararı sayılamayacağı gözetilmeden TCK.nun 230. maddesinin 1. fıkrası yerine 2. fıkrasının uygulanması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 19.11.1997, 9225/10095 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 499).

²²⁵ Ancak belirtmek gerekir ki; TCK Öntasarısında, kişiler veya kamu arasında bir ayırım yapılmaksızın, görevi ihmal sonucunda bir zararın meydana gelmiş olması, söz konusu suçun bir nitelikli unsuru olarak tanımlanmıştır (2000 Metni, m. 488, f. 2). Suçun temel şekli açısından herhangi bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir (2000 Metni, m. 488 gerekçesi, s. 388).

²²⁶ Avukatlık görevinin ifasıyla ilgili yükümlülüklerin ihmali durumunda kamu görevlisi olan avukat görevi ihmal suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir: «Sanık avukatın eylemi, görevin yasaya aykırı biçimde yapılması değil, gecikme ile yapılması biçiminde gerçekleştiğinden, görevi ihmal suçunu oluşturduğu gözetilmeden, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 22.12.1997, 11068/11404 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 499). «Davayı izlemekle görevli olduğu anlaşılan sanığın ... Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan ve Orman İşletmesinin davalı olduğu davayı takip etmediği gibi, karar tebliğ edildiğinde de temyiz etmeyerek kesinleşmesine yol açmaktan ibaret eyleminin TCK.nun 230. maddesine uyduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 2.3.1998, 1070/1622 (Yaşar, İçtihatlı

Görevi ihmal suçunun mağduru, toplumu oluşturan *herkestir*. Kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri, bu görevlerinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirdikleri konusundaki genel güvenin sarsılmaması gerekir. Aksi takdirde toplumu oluşturan herkes, suçun mağduru olmaktadır.

Devlet, görevi ihmal suçunun işlenmesi dolayısıyla malvarlığı itibarıyla suçtan zarar görmüş olabilir. Ancak, buna rağmen, genel kabul gören görüşün aksine, Devlet tüzelkişiliği suçun mağduru olarak kabul edilemez²²⁷. Keza, görevi ihmal suçunun işlenmesi dolayısıyla herhangi bir kişi de zarar görmüş olabilir. Toplum oluşturan herkes gibi, bu kişi de, işlenen görevi ihmal suçunun mağduru olmaktadır.

B- Manevî Unsur

TCK.ndaki düzenlenişi itibarıyla, görevi ihmal suçu, *kasten işlenebilen* bir suçtur²²⁸. Bu itibarla, kamu görevlisinin ifa ettiği görevle

Türk Ceza Kanunu, s. 498).

«Sanığın, yakınının davalarını izlememekten ibaret eyleminin TCK.nun 230. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden; aynı Yasanın 240/1. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 27.10.1997, 8690/8933 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 524).

²²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 112/113.

²²⁸ Bkz. ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 164; ÖNDER, Özel Hükümler, 3. bası, s. 172; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 441; TEZCAN/ERDEM, Ceza Özel Hukuku, 2. bası, s. 148.

bağlantılı yükümlülüklerini yerine getirmediğinin bilincinde olması yeterlidir^{229, 230}.

Buna karşılık, kamu görevlisinin, işin görevine girmedeği, emrin hukuka aykırı olduğu veya emri verenin yetkili olmadığı kanısıyla hareket etmesi halinde; görevi ihmal suçuna ilişkin kastının varlığından söz edilemez²³¹.

IV. Müeyyide

²²⁹ «Yasaca belli bir kamu hizmeti veya görevi yapan memurun yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya ve düzene göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi veya geciktirmesi suç sayılmıştır. Bu suçun oluşması için genel kast yeterli olup, özel kast aranmamaktadır.»: CGK., 11.2.1991, 4-311/17.

Görevi ihmal suçunun «oluşması için, failde ihmal kastının bulunması gerekir. Olay, “görevi ihmal” kastından değil, sanığın mesleki deneyimsizliğinden kaynaklanmıştır ve bu nedenle) bir muayene yanılığı olarak değerlendirilmek» gerekir: CGK., 6.10.1998, 6-214/296 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 493).

«Sanığın gerekli tebligat görevi yaparken muhatabın kimliği konusunda gerekli özeni göstermemekten ibaret eyleminin TCK.nun 230. maddesinde yazılı suç oluşturduğu gözetilmeden beraatine karar verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 6.CD., 5.5.1998, 4799/4601 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 497).

«Belediye Başkanı olan sanığın açıktan ve naklen Belediyeye yapılan memur atamalarını 1580 sayılı Yasanın 96/B madde ve fıkrası uyarınca belediye meclis üye onayına sunmamaktan ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturacağı gözetilmeden, genel kasıtle işlenen bu suçlarda özel kasta ağırlık veren ve “atamaların her aşamada belediye meclisine sunulabileceği” gibi yasal olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesine» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 12.4.1999, 2618/3592 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 495).

²³⁰ Kamu görevlisinin kendisine tevdi edilen eşyayı yitirmesi durumunda, görevi ihmal suçuna ilişkin kastının varlığından bahsedilemez. Nitekim, Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir.

«Sanığın İdarece verilen silahını yitirdiğinin kabul edilmesi karşısında suç kastının nasıl olduğu açıklanmadan görevi ihmal suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 27.1.1997, 260/402 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 500).

«Mahalle muhtarı olan sanığın, insani yanığı sonucu mahalle mührünü yitirmekten ibaret eyleminde, görevi ihmal suçunun öğeleri oluşmadığı halde, hükümlülük kararı verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 20.3.1997, 1329/2094 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 500).

«Sanığın savunması ve tanık anlatımları karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Vakfına ait bir cilt makbuzun yitmesine yol açmaktan ibaret eyleminin ne suretle görevi ihmal suçunu oluşturduğu açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 22.10.1997, 8211/8785 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 499).

Keza, unutmada halinde de görevi ihmal suçuna ilişkin kastın varlığından söz edilemez:

«Ameliyat sırasında makas unutmamanın taksirle müessir fiil olduğu gözetilerek mağdurun iyileşme ve iş ve gücünden alıkoyma sürelerinin saptanarak sonucuna göre karar verilmemesi» bozmayı gerektirmiştir: 4.CD., 30.6.1997, 5709/4949 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 499).

Görevi ihmal suçunun temel şekline ilişkin olarak Kanunda öngörülen ceza, “*üç aydan bir yıla kadar*” hapis ve ayrıca, “*bin liradan beşbin liraya kadar*”²³² ağır para cezasıdır. Suçun temel şekli açısından “*memuriyetten yoksun kalma cezası*” öngörülmüş değildir.

Görevi ihmal sonucunda “*Devletçe bir zarar meydana gelmişse*” Kanunda öngörülen ceza, “*altı aydan üç yıla kadar*” hapis ve ayrıca, “*sürelili veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası*”dır. Ancak bu iki sınır arasında hapis cezası belirlenirken ve “*memuriyetten yoksun kalma cezası*”nın süreli veya temelli olması yönünde karar verilirken meydana gelen zararın “*derecesi*” göz önünde bulundurulacaktır. Zarar açısından “*derecelendirme*”den değil, ancak *miktardan* söz edilebilir.

Kanımızca, burada söz konusu olan “*memuriyetten yoksun kalma cezası*”, kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımının bir suçla bağlantılı ve özel olarak düzenlenmesinden ibarettir. Burada kullanılan “*memuriyet*” kavramının “*kamu görevi*”ni ifade ettiğini düşünmekteyiz. Bu itibarla, söz konusu yaptırımın kapsamını belirlerken, TCK.nun 20. maddesi hükmünün gözönünde bulundurulması gerektiği inancındayız.

Görevi ihmal suçu açısından madde metninde öngörülen bu yaptırım karşısında, bu suçtan mahkûmiyet halinde ayrıca TCK.nun 35. maddesine istinaden kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımına hükmedilemez²³³.

“*Memuriyetten yoksun kalma cezası*”, bir “*fer’î ceza*” niteliğindedir.

Kanunda ayrıca tazminat yaptırımı da öngörülmüştür: “*memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettirilir.*” (m. 230, f. 3). Ceza hakiminin tazminata hükmedebilmesi açısından, zarar görenin Devlet, sair bir kamu kurumu ve hatta herhangi bir kişi olması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Hakim bu konuda re’sen karar verecektir. Bunun için suçtan dolayı zarar görenin talepte bulunmasına ve hatta

²³¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 4. bası, s. 441 vd. Buna karşılık, aksi kanaatteki Erman/Özek’in görüşlerine iştirak etmiyoruz. Yazarlara göre, “*failin yerine getirmediği işlemin kendi görevine girmediği zanniyle hareket etmesi mümkündür. Ancak, böyle bir bilmeme, ... hukukî niteliktedir ve bu sebeple kastı kaldırmaz. ... Emrin kanunlara aykırı olmakla kalmayıp, suç da teşkil ettiği hususunda yanılma ise, daima hukukî niteliktedir ve kasta etkili değildir.*” (ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 164).

²³² Maddede belirlenen ağır para cezasının miktarı, her somut mahkûmiyet hükmü kapsamında TCK.nun 28.7.1999 t. ve 4421 s. Kanunla değişik Ek 1 ve Ek 2. maddeleri hükümlerine göre artırılabilir.

²³³ İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Yaptırım Teorisi, s. 123, 144; ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 216.

davaya müdahale etmesine gerek yoktur. Ancak, Yargıtay, zarar görenin Devlet olması durumunda, hakimin tazminata hükmedebilmesi için, davaya Hazine adına müdahale edilmesini şart olarak aramaktadır²³⁴.

§ 4. GÖREVIN İHMALİ NETİCESİNDE BİR KİŞİNİN ÖLMESİ VEYA YARALANMASI SORUNU

I. TCK.nun 230 maddesindeki tanıma göre, kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icraî davranışı yerine getirmemesi başlı başına bir suç oluşturmaktadır. Görevin gereği olan bir davranışın gerçekleştirilmemesi sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış olabilir. Görevin gereğinin yerine getirilmemesinin sonucunda bir insan ölmüş veya yaralanmış ise; kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icraî davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, TCK.nun 230. maddesinde tanımlanan suçun oluştuğunda kuşku yoktur. Ancak, bu durumda aynı zamanda ihmalî davranışla adam öldürme veya müessir fiil suçunun işlendiğinden söz edilebilip edilemeyeceği, bir sorun oluşturmaktadır.

Sorunu şu örneklerle ortaya koyabiliriz:

Birinci örnek: Kamuya ait bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabip, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmez ve sonuçta hasta ölür.

İkinci örnek: Suç işlenmesini önlemekle görevli olan emniyet görevlileri, bir suç vakasıyla karşılaşmalarına rağmen suç işleyen kişilerin bu fiilini engellemek için olaya müdahale etmezler ve sonuçta bir kişi ölür veya yaralanır ya da malvarlığı itibarıyla bir zarar görür.

Doktrinde bir görüş, görevin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğünün, “garantörlük”le (“neticeyi önleme yükümlülüğü”²³⁵ ile) aynı şey olmadığı düşüncesindedir²³⁶. Bu görüşe göre, örneğin bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun icraî davranışlarda bulunma

²³⁴ «TCK.nun 230. maddesinin son fıkrasında memurun ihmal sebebi ile şahıslara bir zarar verdiği hallerde bunun re’sen ödetirileceği kabul edilmiş bulunduğu ve bu hükmün Hazine gibi hükmi şahıslara şumulü mümkün olmadığına ve Hazinesinin müdahil sıfatıyla ceza davasına katılarak veya hukuk mahkemesine müracaatla zararı istemesi mümkün olduğuna göre; TCK.nun 230. maddesinin son fıkrasına aykırı olarak resmi daire zararının ödetirilmesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.»: 4.CD., 7.5.1975, 2452/2513 (YKD, Şubat 1976, s. 264 vd.).

²³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ /SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, Suç Teorisi, s. 62 vd.; HAKERİ, Hakan, *İhmali Suçlar*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Diyarbakır, 2001, s. 21.

²³⁶ HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 165 vd.

yükümlülüğünün varlığına rağmen, “neticeyi önleme yükümlülüğü” olmayabilecektir²³⁷.

Bu görüşün sonucu olarak; belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi neticesinde örneğin bir kişinin ölmesi veya yaralanması durumunda; görevini ihmal eden kişinin ihmali davranışla adam öldürme veya müessir fiil suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, aynı zamanda “garantör”, yani “neticeyi önleme yükümlülüğü” altında olan bir kişi olması gerekir. Bu itibarla, örneğin bir emniyet görevlisinin, bir yaralıya veya herhangi bir tehlikeye maruz kalan bir kimseye rastlamasına rağmen, bu kişiye gerekli yardımda bulunmaması ve sonuçta yaralı kişinin ölmesi durumunda; yardım etmeyen emniyet görevlisinin ihmali davranışla adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir²³⁸.

Yine, suç işlenmesini önlemekle görevli olan emniyet görevlilerinin bir suç vakiasıyla karşılaşmalarına rağmen suç işleyen kişilerin bu fiilini engellemek için olaya müdahale etmemeleri sonucunda bir kişinin ölmesi

²³⁷ *Hakeri*, aynı düşünceyle, örneğin kişinin bir yaralıya veya herhangi bir tehlikeye maruz kalan bir kimseye rastlamasına rağmen gerekli yardımda bulunmamasının veya ilgili kamu makamlarına gerekli ihbarı yapmamasının, TCK.nun 476. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğunu kabul etmekle birlikte; yaralı kişinin ölmesi durumunda yardım etmeyen veya ihbar görevini yerine getirmeyen kişinin ihmali davranışla adam öldürme suçundan sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 99 vd., 112).

Buna karşılık, eğer bu yardım etmeme veya ihbar görevini yerine getirmeme keyfiyeti “bir ailenin üyeleri” arasında gerçekleşir ise; yardım etmeyen veya ihbar görevini yerine getirmeyen kişiyi ihmali davranışla adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 136).

Keza, kişinin, sebebiyet verdiği bir trafik kazasında yaralananlara gerekli yardımda bulunmadan olay yerinden uzaklaşmış ve sonuçta bir kişinin/kişilerin ölmüş olması durumunda, TCK.nun 476. maddesinde tanımlanan “yardım ihmali” suçundan dolayı değil, ihmali davranışla adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 106). Ancak, yazar, çalışmasının başka bir yerinde, bir kişinin taksirle yaraladığı kimseye yardım yükümlülüğünün olmadığını savunmaktadır. Çünkü, yazara göre, TCK.nun 476. maddesine göre yardım yükümlülüğü sadece rastlanılan yaralı açısından söz konusudur (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 112, dn. 51).

²³⁸ HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 106. Yazarın şu açıklamaları, bu görüşün anlaşılması açısından dikkat çekicidir:

“TCK 151’e göre, belirli suçları öğrenen herkes ilgili makamlara ihbar etmekle yükümlüdür ve bu bir saf ihmali suçtur. Ancak, buna rağmen bir kimsenin garantör olduğu hallerde, söz gelimi suçtan haberdar olan kimsenin polis olması gibi, ayrıca ihbar etmeyi ihmal ettiği suça iştirakten de cezalandırılması olanaklıdır. Bu yönden TCK 476/II örneğinde konunun daha iyi anlaşılması mümkündür: Bu suç bir saf ihmali suçtur ve fakat failin garantör olmaması gerekir. Eğer garantör ise artık TCK 476/II değil, söz gelimi müessir fiil veya adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.” (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 212).

veya yaralanması durumunda, ihmali davranışla işlenmiş adam öldürme veya müessir fiil suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü, kamu görevlisi olan emniyet görevlileri, aynı zamanda “Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu” hükümlerine göre “garantör”dürler (m. 1, 2 ve 4)^{239, 240}.

Keza, kamuya ait bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesiyle ilgili örnekte, artık görevi ihmal suçunun varlığından söz edilemez. Bu durumda ihmali davranışla adam öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Çünkü, tabip, kamu görevlisi olmanın ötesinde, “*Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*” hükümlerine göre, önüne gelen hastaya tedavi amacına yönelik olarak müdahalede bulunma yükümlülüğü altındadır, yani “garantör”dür^{241, 242}.

Bu konudaki düşüncemiz şudur: Hukuk, kişilere belli durumlarda belli bir yönde icraî davranışta bulunma konusunda yükümlülük getirmektedir. Örneğin velayet ilişkisinin gereği olarak ana ve babanın (ebeveynin) reşit

²³⁹ HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 106. Pişmanlık Yasasından yararlanmak için güvenlik kuvvetlerine teslim olan “PKK” örgütü mensubunun evine ve ailesine karşı “PKK” örgütü tarafından baskın yapılacağı ihbarının alınması üzerine evi ve aileyi korumak için yedi kişilik bir güvenlik timinin görevlendirildiği ve fakat ekibin pusu yerine gitmemesi dolayısıyla evi basan örgüt mensuplarının beş kişiyi öldürüp iki kişiyi yaraladığı olayda, güvenlik timi mensupları “garantör” oldukları için, TCK.nun 230. maddesinde tanımlanan görevi ihmal suçundan dolayı değil, ihmal suretiyle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmaları gerekir. (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 212).

Yargıtay ise, bu durumu güvenlik görevlisi sanıklar açısından “*adli görevi ihmal*” olarak nitelendirmiştir CGK., 30.9.1991, 213/251 (Savaş/Mollamahmutoğlu II, 3. bası, s. 2390).

²⁴⁰ Ancak, *Hakeri*, bir suçun işlenmekte olduğuna muttali olan emniyet görevlisinin, buna mani olmaya yönelik olarak müdahale etmemesi durumunda, işlenen suça ihmali davranışla yardımda bulunan (yani fail değil, şerik) olarak sorumlu tutulmasını gerektiği fikrindedir (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 209).

²⁴¹ HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 166. Ancak, Yargıtay bir kararında bu gibi durumlarda dahi görevi ihmal suçundan dolayı hüküm tesis edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir:

«Müteveffayı muayene eden bevliye uzmanı nöbetçi tabip sanığın, hastadaki kan basıncının 12 olduğunu tespitine rağmen, “*iş ve gücüne engel olmaz ve 15 günde iyileşir*” yolunda kesin rapor vererek hastaya gereken ilgiyi göstermediği» şeklinde cereyan eden olayda, *görevi ihmal suçu* oluşmuştur: CGK., 7.6.1982, 4-215/271 (Gözübüyük, A. Pulat: *Türk Ceza Kanunu Açılması*, cilt II, 4. bası, İstanbul (tarıhsiz), s. 839 vd.).

²⁴² Yargıtay, bu gibi durumlarda TCK.nun 476. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan suça istinaden hüküm tesis edilemeyeceği yönünde karar vermiştir: 4.CD., 28.2.1945, E. 1394 (Keskin, O. Kadri: *Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*, Ankara, 1994, s. 157).

olmayan çocukları üzerinde gözetim yükümlülüğü mevcuttur (22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 335 vd.). Keza, bir kamu görevlisi, ifa ettiği görevle bağlantılı olarak bir suçun işlendiğinden haberdar olması durumunda, bu hususu suçu takibe yetkili makamlara ihbar etmekle yükümlüdür (TCK, m. 235). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, başlı başına bir haksızlık ifade etmektedir²⁴³. Kanun koyucu bazı durumlarda bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin salt ihmali, suç olarak tanımlamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK.nun 230. maddesinde tanımlanan görevi ihmal suçu, bu niteliktedir.

Bazı durumlarda ise, kişiye hukuken yüklenmiş olan yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış ya da malvarlığı itibarıyla bir zarar görmüş olabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, meydana gelen bu ağır neticeden sorumluluk, bir sorun oluşturmaktadır.

Görünüşte ihmali suçun varlığı için gerekli olan “garantörlük”, doktrinde “neticenin önlenmesi yükümlülüğü” şeklinde anlaşılmaktadır²⁴⁴. Bu nedenle, “gerçek ihmali suçlar”da söz konusu olan belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü ile, “görünüşte ihmali suçlar” açısından söz konusu olan “neticeyi önleme yükümlülüğü” arasında bir fark olduğu ve dolayısıyla; görevi ihmal suçunda görevin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğünün varlığına rağmen, “neticeyi önleme yükümlülüğü”nün olmadığı kabul edilebilmektedir²⁴⁵.

²⁴³ ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 164

²⁴⁴ Bkz. İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Mahmut S./ÜNVER, Yener: Suç Teorisi, yeniden gözden geçirilmiş 2. bası, İstanbul 2000, s. 60 vd; ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 135 vd.; MAIWALD, Manfred: *Handeln und Unterlassen – Handeln für einen Anderen (İcrai ve İhmali Davranış – Bir Başkası İçin Hareket Etmek* [Tercüme: Cumhur ŞAHİN]), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler – Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuchs, Konya 1998, s. 148, 164.

“Görünüşte ihmali suçlar”la ilgili olarak hüküm bulunan kanunlarda da, “neticeyi önleme yükümlülüğü” (“Erfolgsabwendungspflicht”) ifadesine yer verilmiştir: Alman CK., § 13, Avusturya CK., § 2.

²⁴⁵ «Meselâ, Ceza Kanununun 476. maddesinin 2. fıkrası, “bir mecruha veya sair tehlikede bulunan bir kimseye” tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmayan kimseyi cezalandırmak suretiyle, böyle bir durumda bulunan kişiye *yardımda bulunmak* görevini yüklemektedir. Şimdi kendisi için herhangi bir tehlike söz konusu olmaksızın yapabileceği bir yardımı rastladığı yaralıya sunmayıp da onun ölümüne sebep olan kimseyi, taksirle veya kasten adam öldürmeden sorumlu tutamayız; çünkü 476. maddede söz konusu olan hukukî yüküm yalnız yardımda bulunmaktan ibaret olup, yaralıyı kurtarmak ve ölüm sonucuna engel olucu bir faaliyette bulunmak hususlarını da kapsamaz. Böylece yardımda bulunmayan kişiye yalnız 456. maddede yazılı ceza ile cezalandırmak mümkün ise de, meydana gelen ölüm sonucunu onun ihmaline bağlamak

Kanımızca, hukuken belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığı kabul edildikten sonra; bu yükümlülükler arasında bir ayırım yapılması doğru değildir. Zira, böyle bir ayırım için bir ölçüt mevcut değildir. Bu itibarla, söz konusu olan yükümlülükler arasında bir fark olduğundan bahisle “gerçek ihmali suçlar” ile “görünüşte ihmali suçlar” arasında bir ayırım yapılması yönündeki görüşün hukukî dayanağı bulunmamaktadır²⁴⁶.

Ancak, belirtmek gerekir ki, belli bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin salt ihmali, bir haksızlık ifade etmekle beraber, her zaman suç oluşturmamaktadır. Örneğin velayet ilişkisinin gereği olarak ana ve babanın reşit olmayan çocukları üzerinde gözetim yükümlülüğünü salt ihmali, suç olarak tanımlanmış değildir. Ancak, bu yükümlülüğe aykırı olarak küçük yaşta veya hasta olan çocuklarını aç susuz bırakan anne ve babayı, çocuğun sonuçta ölmesi durumunda, ihmali davranışla adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir.

Bu itibarla, “gerçek ihmali suçlar”la “görünüşte ihmali suçlar” arasındaki ayırımın ölçütü, *neticedir*²⁴⁷. Başka bir deyişle, yükümlülük salt ihmali suç oluşturuyorsa, yani suçun oluşması için ayrıca bir neticenin meydana gelmesine gerek yok ise; bu suç, “gerçek ihmali suç”tur. Buna karşılık, suçun oluşabilmesi için, bir yükümlülüğün ihmalinin yanı sıra ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerekiyor ise; bu suç, “görünüşte ihmali suç” tur^{248, 249}. Görünüşte ihmali suçlar

imkansızdır.» (DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, cilt: I, yeniden gözden geçirilmiş 11. bası, İstanbul 1994, no 618).

²⁴⁶ Bu nedendir ki, doktrinde bir görüş, “gerçek ihmali suç” / “görünüşte ihmali suç” ayırımını reddetmektedir. Çünkü bu görüşe göre, “gerçek ihmali suçlar”da da bir “garantörlük” mevcuttur. (Bkz. HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 109).

²⁴⁷ Aslında *Hakeri*, gerçek ihmali suçlar, “şekli suçların eşi , karşılığdır” derken (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 105), bu gerçeğe işaret etmektedir.

²⁴⁸ Bu itibarla *Hakeri*’nin -kendi deyimiyle- “saf ihmali suçlar” ile “garantörsel ihmali suçlar” arasındaki ayırımla ilgili şu görüşü doğru değildir: “*Saf ihmali suçlarda sadece bir emre aykırılık bulunmasına karşılık, yabancı sübjektif hakların ihlâline yönelik bir durum mevcut değildir.*” (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s.102). Bu görüşü, yazar’ın hukuken geçerli rızaya dayalı olarak girilen konutta sahibinin aksi yöndeki iradesine rağmen kalmaya devam edilmesi durumunda, “saf ihmali suç”un söz konusu olduğu yönündeki açıklamaları (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 115) ile çelişki arz etmektedir.

²⁴⁹ Bu nedendir ki biz, doktrinde ileri sürülen görüşün aksine, TCK.nun 476. maddenin mefhumu muhalifinden çıkardığımız belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve sonuçta bir insanın ölmesi durumunda, ihmali davranışla gerçekleştirilmiş kasten veya taksirle adam öldürme suçunun oluştuğu kanısındayız.

Şöyle bir örnekle sorunu açıklayabiliriz: Herhangi bir kimse, küçük yaşta bir çocuğu veya kendini idare edemeyecek bir hastayı terkedilmiş bir vaziyette görüp de, ilgili

bağlamında kullanılan “garantörlük” kavramı, *belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü* olarak anlaşılmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK.nun 230. maddesinde tanımlanan görevi ihmal suçu, *genel, tali ve tamamlayıcı* bir suç tipidir. Bu itibarla, görevin ihmali başka bir suç oluşturmadığı takdirde, kamu görevlisini 230. maddeye istinaden cezalandırmak gerekir. Buna karşılık, görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise; faili artık görevi ihmal suçundan dolayı cezalandıramayız. Bu durumda, ihmali davranışla işlenmiş adam öldürme veya müessir fiil suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir²⁵⁰.

Kanunî tarifinde belli bir fiilin icrasının yanı sıra bir neticeye de unsur olarak yer verilmiş olan suçlarda, söz konusu netice, ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, her ihmalin zorunlu olarak bir icraî davranışla ilişkilendirilmesinden söz edilmektedir²⁵¹.

Bu itibarla, bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi halinde; artık ihmali davranışla adam öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir²⁵².

Ancak, ihmali davranışla adam öldürme suçu, kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Bir suçun ihmali davranışla ve aynı zamanda taksirle işlenmesi mümkündür. Bu nedenle ihmal ve taksir kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Taksirle işlenen suçlarda objektif özen yükümlülüğüne uygun davranılmaması nedeniyle bir ihmalden söz

kamu makamlarına bildirimde bulunmaz ya da yaralıya veya herhangi bir tehlikeye maruz kalan kişiye yardım etmez veya ilgili kamu makamlarına bildirimde bulunmaz. Kanun bu durumdaki kişilerin ilgili kamu makamlarına bildirilmemesini veya bu kişilere gerekli yardımın yapılmamasını müstakil bir suç olarak tanımlamıştır (TCK, m. 476). Bu durumda kişiden beklenen belli yöndeki icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, başlı başına bir haksızlık ve dolayısıyla, suç teşkil etmektedir.

İlgili makamlara bildirilmeyen veya kendilerine yardımda bulunulmayan bu durumdaki kişi ölmüş ise; yardım etme veya bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişiyi artık 476. madde hükmüne istinaden değil, ihmali davranışla gerçekleştirilmiş kasten veya taksirle adam öldürmeden dolayı, yani TCK.nun 448 veya 455. maddesi hükmüne istinaden sorumlu tutmak gerekir.

²⁵⁰ Nitekim bkz. HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 211/212.

²⁵¹ HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 14.

²⁵² Yargıtay’ın yukarıda 40 no’lu dipnotta yer verdiğimiz kararında (CGK., 7.6.1982, 4-215/271) benimsenen görüş doğru değildir. Karara konu teşkil eden olayda tabip, kamuya ait bir sağlık kuruluşunda çalıştığı için, “ceza kanunu uygulamasında memur” sayılmış (TCK, m. 279) ve sadece “görevi ihmal suçu”ndan dolayı sorumlu tutulmuştur.

edilebilse bile; bahse konu suçlar sadece bu nedenle ihmalî suç olarak nitelendirilemezler²⁵³. Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, artık kasten (muhtemel kastla) işlenmiş olan adam öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş adam öldürme suçundan dolayı

sorumlu tutulmak gerekir^{254, 255}.

Suç işlenmesini önlemekle görevli olan emniyet görevlilerinin bir suç vakiasıyla karşılaşmalarına rağmen suç işleyen kişilerin bu fiilini engellemek için olaya müdahale etmemeleri sonucunda bir kişinin ölmesi veya yaralanması durumunda şu şekilde düşünmek gerekir.

Emniyet görevlilerinin bu durumda somut bir suçun işlenişini önlememek suretiyle suç işleyen kişilerin işlemiş buldukları suça ihmali davranışla yardımında bulunan yani *şerik olarak* sorumlu

²⁵⁴

Ancak, belirtmek gerekir ki, 24.5.1933 tarih ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununda, ölüm neticesinin vukuu halinde görevinin gereklerini yerine getirmeyen tabibin sadece taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacağı yönünde hükümler bulunmaktadır.

Özel Hastaneler Tüzüğünde, Hususi Hastaneler Kanununun 29. maddesine istinaden, şöyle bir hükme yer verilmiştir:

“Her ameliyattan önce, hastada, ameliyatın yapılmasına engel bulunup bulunmadığının saptanması için, gerekli klinik ve laboratuvar incelemelerinin yapılması zorunludur. Bu incelemeler sonucunda ameliyata engel ya da ameliyatın ihtilata neden olacağı bir durum saptanırsa gerekli önlemler alınmadan ameliyat yapılmaz.” (m. 33).

Bu inceleme ve deneyler yapılmadan bir ameliyat icra edilmesi durumunda, ameliyatı *“icra eden tabiplerden üç yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezası alınır. Eğer bu suretle cerrahi ameliye yapılan hasta vefat eder ve vefatın ameliyattan evvel yapılması lazım ve mümkün olan şartların ifa edilmemesinden ileri geldiği meydana çıkarsa cerrahi ameliyeyi icra eden tabip hakkında Türk Ceza Kanununun 455 inci maddesi hükmü tatbik olunur. 29 uncu maddenin son fıkrasında yazılı zaruri sebeple ameliyattan evvel ifa edilmeyen şartlardan ve bunların neticelerinden dolayı cezaya çarptılmaz.”* (Hususi Hastaneler Kanunu, m. 43. Bu maddenin çelişkilerle dolu son cümlesi, hukuk mantığıyla kaleme alınmış değildir.).

Keza, aynı Kanunun 44. maddesi hükmüne göre; *“Tedavisini üstüne aldığı hastaları, yerine vekil bırakmadan izinsiz olarak kendi arzularıyla terkederek bu hastaların tedavisiz kalmalarına sebep olan ... mütehassıs tabiplerden yüz liradan iki yüz liraya kadar hafif para cezası alınır. Eğer bu suretle tedavisiz bırakılmak neticesi olarak hasta ölürse mesul mütehassıs tabip hakkında Türk Ceza Kanununun 455 inci maddesi tatbik olunur.”*

Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu Kanununun 45. maddesinde genel, tali ve boşluk dolduran bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, gerek bu Kanunda gerek bu Kanuna istinaden (Bakanlar Kurulu'nun 28.2.1982 tarih ve 8/5747 sayılı Kararı ile) çıkarılan *“Özel Hastaneler Tüzüğü”*nde belirlenmiş olan *“mecburiyetleri yapmayan veya memnuiyetlere aykırı hareketlerde bulunanlar hakkında bu kanunda ayrıca ceza tayin edilmediği ve Türk Ceza Kanununa göre daha ağır cezayı istilzam etmediği takdirde elli liradan iki yüz liraya kadar hafif para cezası veya üç günden on beş güne kadar hafif hapis cezası verilir.”*

Yargıtay da bir olayda bu hükme istinaden mahkûmiyet kararı tesis edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir:

«S.nin hastaneye kabul edilmemesi ve icabeden tıbbî ihtimamın ihmal edilmesi neticesi olarak iki çocuğunun ölü olarak dünyaya gelmesine sebebiyet vermekten sanık doktorun, 1219 no'lu Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 68. maddesi delaletiyle 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 32 ve 45. maddelerinin

tutulabilecekleri söylenebilir²⁵⁶. Ancak, işaret etmemiz gerekir ki; bir başkasının işlemekte olduğu örneğin adam öldürme suçunun işlenişine engel olmak hususunda bir yükümlülüğün mevcudiyeti dolayısıyla; bu suçun işlenmesine engel olmayan emniyet görevlileri ihmali davranışla ve *fail olarak* kasten adam öldürme suçunu işlemiştir. Böylece, emniyet görevlisinin söz konusu ihmali davranışı, hem bir başkasının işlediği suça yardımda bulunmak dolayısıyla şerik olarak sorumluluğu, hem de ihmali davranışla işlenen suçun faili olarak sorumluluğu gerekli kılmaktadır. *Failliğin şerikliğe nazaran aslîlik özelliği*²⁵⁷ gereğince bu durumda kişiyi sadece ihmali davranışla işlediği suçtan dolayı fail olarak cezalandırmak gerekecektir²⁵⁸.

Nitekim, *Roxin*, neticenin tabii bir olayın etkisiyle meydana gelmesiyle, bir kaza neticesi olarak ve hatta, bir başkasının işlemekte olduğu suçun neticesi olarak meydana gelmesinin garantör şahsın fail olması açısından farklı etki yapmayacağı kanaatindedir²⁵⁹. Bir başkasının işlemekte olduğu suçu önlemeyi ihmal eden garantör, (şayet icraî suçun yanı sıra ayrı müstakil bir ihmali suç tipinin varlığı²⁶⁰ kabul ediliyorsa) ihmali suç açısından fail durumundadır. Buna karşılık, söz konusu ihmali davranış, bir başkasının icraî hareketine katkı ve dolayısıyla bu icraî suç

sarahati gözetilmeden; TCK.nun 476/2 ve 35. maddeleriyle cezalandırılması yolsuzdur.»: 4.CD., 28.2.1945, E.1394 (Keskin, s. 60).

Ancak, söz konusu kararda sanık doktorun TCK.nun hangi hükmüne istinaden sorumlu tutulması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.

²⁵⁵ Keza, şu örnek olayda da, görevin gereği olan yükümlülüğe uygun hareket etmemek suretiyle, yani ihmali davranışla ve duruma göre kasten veya taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumluluk cihetine gitmek gerekir:

Belediye bünyesindeki itfaiye teşkilatı görevlileri henüz yeni çıkan bir yangına müdahale etmezler. Sonuçta yaşlı veya hasta olan bazı kişiler yangında yanarak ölürlür.

²⁵⁶ Nitekim, JESCHECK, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1988, s. 548, 618, 630 dn. 55. Keza *Hakeri*, bir suçun işlenmekte olduğuna muttali olan emniyet görevlisinin, buna engel olmaya yönelik olarak müdahale etmemesi durumunda, işlenen suça ihmali davranışla yardımda bulunan (yani fail değil, şerik) olarak sorumlu tutulmasını gerektiği fikrindedir (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 209).

²⁵⁷ ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 199.

²⁵⁸ İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Suç Teorisi, 2. bası, s. 405; ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 355.

²⁵⁹ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Auflage, Berlin ua. 2000, s. 462 vd., 476 vd.

²⁶⁰ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, s. 294.

açısından şeriklik (yardımda bulunan)²⁶¹ niteliği arz etmektedir²⁶². İhmalî suçun icraî suça nazaran daha az cezayı gerektirmesi nedeniyle, her ne kadar burada ihmalî suç failliği şeklinde bir değerlendirmede bulunuluyorsa da, teminat yükümlülüğü altında bulunan şahsa verilecek ceza yine yardımda bulunmaya ilişkin ceza olmalıdır²⁶³.

Ancak, bazı durumlarda *Roxin*, istisnaî olarak, ihmalî davranışla bir başkasının icraî suçuna yardımda bulunan kişinin, ihmalî suçun faili sıfatıyla değil de, başkasının işlediği suça şerik sıfatıyla iştirak etmek dolayısıyla sorumlu tutulması gerektiği fikrindedir²⁶⁴.

Buna göre, kişi teminat yükümlülüğü altında bulunsa bile, eğer bir başkasının işlemekte olduğu suç bir özgü, mahsus suç niteliğinde ise, bu suçun işlenmesini önlemeyen kişinin, ihmalî davranışıyla bu suçun faili olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda başkasının işlemekte olduğu mahsus suçun işlenişini önlemekle yükümlü olan kişi, bu suçun işlenmesini önlememek suretiyle söz konusu mahsus suça ancak yardımda bulunan olarak yani şerik sıfatıyla sorumlu tutulabilir²⁶⁵. Bu nedenle, meselâ firar suçunun faili sadece firar eden şahıs olabileceği için, firar eden şahıs üzerinde nezaret yetkisi bulunan şahıs (garantör) firarı ihmalîyle engellemediği takdirde, firar suçunun ihmal suretiyle faili olarak değil, ancak bu suça şerik sıfatıyla cezalandırılabilir²⁶⁶.

²⁶¹ İhmalî davranışla suça azmettirmenin mümkün olmadığı genellikle kabul edilmektedir: KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, s. 292; ROXIN, *Täterschaft*, s. 484; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bielefeld 1985, s. 562; JESCHECK, *Lehrbuch*, s. 626; CRAMER, Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25. Auflage, München 1997, § 26 kn. 7. Buna karşılık, ihmalî davranışla azmettirmenin mümkün olduğunu iddia eden yazarlar da vardır. Örneğin, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband II, 7. Auflage, Heidelberg 1989, s. 346.

²⁶² ROXIN, *Täterschaft*, s. 483, 499; BLOY, Rene, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin 1985, s. 141; muhafaza garantörlüğüne ilişkin olarak aynı şekilde HERZBERG, Rolf, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin 1972, 262.

²⁶³ ROXIN, *Täterschaft*, s. 503. Nitekim, bilahare Alman Ceza Kanununun 13. paragrafının ikinci fıkrası, ihmalî suç faili açısından ilgili kanun maddesindeki cezanın indirilebileceği hususunda hakime takdir yetkisi vermektedir.

²⁶⁴ ROXIN, *Täterschaft*, s. 476-509.

²⁶⁵ ROXIN, *Täterschaft*, s. 479/480; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Köln ua. 1981, kn. 1079; CRAMER, Schönke/ Schröder(25), Vorbem. vor §§ 25 ff. kn. 92; HERZBERG, *Die Unterlassung*, s. 262; aynı yazar, *Täterschaft und Teilnahme*, München 1977, 95.

²⁶⁶ Roxin, ikinci bir grup suç olarak "şahsa sıkı sıkıya bağlı yükümlülük suçları"nı ("höchstpersönliche Pflichtdelikte") ve bunlara misal olarak da yalan yere şahitlik ve yalan yere yemin suçlarını göstermektedir (ROXIN, *Täterschaft*, s. 480/481).

Keza, yararlanma kastı gibi bir özel sübjektif unsur taşıyan suçlarda neticeyi önlemeyi ihmal eden garantör şahıs, yine fail değil, yardımda bulunan (şerik) olabilecektir. Meselâ, hırsızlık suçunun işlenmekte olduğunu gören ve fakat neticeyi ihmaliyle önlemeyen bir gece bekçisi, neticeyi önlemekle yükümlü olmasına rağmen, hırsızlık suçunun faili olamamaktadır. Ancak, gece bekçisinin fail olamamasının nedenini fiil üzerinde hâkimiyet kuramamış olması değil, hırsızlık suçu için kanunun aradığı özel sübjektif unsur olan yararlanma kastını taşıması oluşturmaktadır^{267, 268}.

II. Emniyet görevlilerinin suç şüphesi altında bulunan veya mahkûm olup da firarî durumda bulunan kişileri yakalamak amacıyla yönelik olarak gerçekleştirdikleri bir operasyon sırasında silah kullanma gereği hissedilmiş olabilir. Suç şüphesi altında bulunan veya mahkûm olup da firarî durumda bulunan kişileri yakalamak amacıyla yönelik olarak emniyet görevlileri tarafından silah kullanılması sonucunda yaralanan kişilerin tedavilerinin yaptırılması amacıyla derhal bir sağlık kuruluşuna götürülmeleri gerekir. Çünkü, emniyet görevlilerinin, maruz kaldıkları saldırıya karşı meşru müdafaa hali hariç, ancak ve sadece suçluların veya suç şüphesi altında bulunan kişilerin yakalanması amacıyla yönelik olarak silah kullanma yetkisi mevcuttur. Yakalamanın, bir suç vakasıyla ilgili maddî gerçeğin araştırılması veya hükmolunan cezanın infazı amacıyla yönelik olarak başvurulmuş bir koruma tedbiri olması itibarıyla; suç şüphesi altında bulunan kişinin veya mahkûmun canlı olarak ele geçirilmesi gerekir. Aksi takdirde yakalama amacı dışında silah kullanılmış olur ki; bunun hukuka uygunluğundan söz edilemez²⁶⁹. Meğer ki yakalanması istenen kişiler tarafından emniyet görevlilerine karşı bir saldırıda bulunmuş veya halen gerçekleşecek bir saldırı tehlikesi mevcut olsun ve bu nedenle emniyet görevlileri tarafından meşru müdafaa amacıyla yönelik olarak silah kullanılmış olsun. Hatta, kanımızca, emniyet görevlilerinin, maruz kaldıkları saldırı karşısında

²⁶⁷ ROXIN, Täterschaft, s. 481/482; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil, kn. 1079, 1080; CRAMER, Schönke/Schröder(25), Vorbem. vor §§ 25 ff. kn. 92.

²⁶⁸ Ayrıca, HERZBERG'e göre, garantör şahsın neticeyi önleme imkânı olmamakla beraber, en azından meydana gelmesini güçleştirebilecek durumda ise ve bundan sarfinazar ederse, işlenen suça yardımda bulunan sıfatıyla iştirak etmiş olacaktır (yalnız muhafaza garantörlüğüne ilişkin olarak, Die Unterlassung, 116-119, 262.). Aksi görüş, ancak neticeyi önleme imkânının ortadan kalkması halinde, neticeyi önleme mükellefiyetinin ve dolayısıyla garantörlük statüsünün ortadan kalktığı düşüncesiyle sorumluluk cihetine gidilemeyeceğini iddia etmektedir (KAUFMANN, Unterlassungsdelikte, s. 293; ROXIN, Täterschaft, s. 489.).

²⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 68, yıl 1994, sayı 1-2-3 (Ocak, Şubat, Mart), s. 99 vd.; ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 205 vd.

meşru müdafaa amacına yönelik olarak silah kullanmaları sonucunda saldırganların yaralanmış ve saldırı tehlikesinin artık ortadan kalkmış olması halinde dahi, yaralanan kişileri tedavi amacıyla hemen bir sağlık kuruluşuna götürmeleri gerekir.

Emniyet görevlilerinin bu gibi durumlarda yaralanan kişilerin tedavilerini temin amacıyla bir sağlık kuruluşuna götürülmeleri yönünde bir yükümlülükleri mevcuttur. Bu yükümlülük, kanımızca, öngelen (takaddüm eden) fiilden kaynaklanmaktadır²⁷⁰. Kaldı ki, yaralanmış bulunan bu kişi, aynı zamanda yardıma muhtaç durumdadır. Bu nedenle de, bu kişilere karşı “*mümkün olan yardım*”ın yapılması gerekmektedir (TCK, m. 476, f. 2). Bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmemesi ve yaralanan kişinin meselâ kan kaybı sonucunda olay mahallinde ölmesi durumunda; kanımızca, emniyet görevlilerinin ihmali davranışla (kasten veya taksirle) adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmaları gerekir²⁷¹.

III. Emniyet görevlilerinin gözaltına alınan kişilerin intihar etme yönündeki teşebbüslerini engelleme yükümlülüğüne aykırı davranışları ve sonuçta gözaltına alınan bir kişinin intihar etmesi durumunda, sorumluluğun tayini bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Yargıtay, bu durumda meydana gelen ölüm neticesi ile kamu görevlisinin ihmali arasında illiyet bağlantısının olmadığından bahisle, sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermiştir:

«*Olay günü sanığın nöbetçi bulunduğu İlçe Jandarma Bölük Komutanlığına teslim olan E.A.nın aynı gece belindeki kemerle gözaltı odasında kendisini asarak öldürmesi (intihar etmesi) olayı ile görevi savsama olarak nitelendirilen eylemleri arasında nedensellik bağı kurulamayacağı, bu eylemlerin ancak disiplin cezasını gerektirebileceği düşünüülüp tartışılmadan, yazılı biçimde karar verilmesi*» bozmayı gerektirmiştir²⁷².

Yargıtay’ın bu görüşüne katılmamız mümkün değildir.

²⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirak, s. 151; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Suç Teorisi, 2. bası, s. 64; ÖZGENÇ/ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. bası, s. 141; MAIWALD, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, s. 151-153, 167/168; HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 170 vd.

²⁷¹ Ancak, belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda *Hakeri*, meşru müdafaa nedeniyle yaralanan saldırganın kurtarılmasına yönelik herhangi bir yükümlülüğün mevcut olmadığı görüşündedir (HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 170 vd.).

²⁷² 4.CD., 3.2.1997, 94/604 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 500).

Yakalama, suç şüphesi altında bulunan kişilerin kaçmalarını önlemek, kimliği belirsiz olan kişilerin kimliklerini tespit etmek, kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olup da firarda olan kişilerin cezalarının infazını temin amacıyla başvuru bir koruma tedbiridir. Başka bir deyişle, yakalama, ceza muhakemesi hukukunda maddî gerçeğin ortaya çıkarılması veya mahkûm olunan cezanın infazı amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle, yakalama yetkisini haiz emniyet görevlilerinin, yakalanan kişinin hayatını sona erdirmeye yönelik girişimlerini engellemek yükümlülüğü mevcuttur. Nitekim, “*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*”²⁷³ ne göre; yakalanarak gözaltına alınan kişi, “*kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelere arındırılır.*” (m. 8, bend b). Keza, “*gözaltına alınan kişi, saldırgan bir tutum sergilemeye başladığı ve kendine zarar vermeye kalktığı takdirde, önce sözle kontrol altına alınmaya çalışılır. Bu mümkün olmadığı takdirde, hareketini giderecek derecede kuvvet kullanılabilir.*” (aynı Yönetmelik, m. 11, bend e)²⁷⁴.

Bir kişinin kendi hayatı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi bulunmamaktadır²⁷⁵. İnsan, hayatını sürdürme konusunda bir içgüdü ile karşı karşıyadır. Ancak, akli melekelerinin bozukluğu nedeniyle²⁷⁶ veya müptela olduğu hastalıktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklamasıyla ortaya koyabilir. Belirtmek gerekir ki, kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirmeye yönündeki iradesinin hukukî geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle, belirtilen durumlarda hukukten muteber bir iradeden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, bir insanın yaşamak veya ölmek yönünde “*kendi akibetini serbestçe*

²⁷³ Metin için, RG.: 1.10.1998/23480; değişiklik metni için, RG.: 13.8.1999/23785.

²⁷⁴ İnfaz Tüzüğünde tutuklular için de aynı yönde bir yükümlülük mevcuttur: “*Tutuklu, tutukevinde ciddi bir tehlike oluşturduğu ve özellikle diğer tutukluların güvenliği için zorunlu görüldüğü, intihara veya kaçmaya kalktığı yahut bu yolda hazırlıkta bulunduğu takdirde, sağlığına zarar vermeyecek tedbirler alınabilir.*” (m. 176).

Her ne kadar metinde “*alınabilir*” ifadesi kullanılmış ise de; bu ifade, İnfaz Kurumu görevlilerinin isterlerse bu yönde tedbir alabilecekleri şeklinde değil de, bu konuda yetkili ve yükümlü oldukları şeklinde anlaşılmalıdır.

²⁷⁵ SOYASLAN, Özel Hükümler, 3. bası, s. 75.

²⁷⁶ İntihar eden veya intihara teşebbüs eden kişilerin genellikle “akli dengelerinin bozuk olduğu” vakıyasıyla ilgili olarak bkz. ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 78.

belirleme hakkı”ndan veya *“intihar edebilme hakkı”*ndan²⁷⁷ söz edilemez²⁷⁸.

Ancak, ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizatihi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık, bir başkasını *“intihara ikna”* eden, yani *“başkasına intihar etmesi için karar verdirten veya varolan intihar kararını kuvvetlendiren”* ya da *“her ne suretle olursa olsun yardım eden”* kişinin bu fiilleri cezalandırılabilir niteliktedir (TCK, m. 454²⁷⁹; TCK Öntasarısı, 2000 Metni, m. 139²⁸⁰).

Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım, esas itibarıyla icraî davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme konusunda hukukî yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşısında kayıtsız davranması; kanımızca, *intihara ihmali davranışla yardım* olarak nitelendirilmek gerekir. Belirttiğimiz gibi, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması gerekir²⁸¹.

Keza, failin ihmali davranışla intihara yardım suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için, intiharını önlemek konusunda yükümlü olduğu kişinin intihar edeceğinin bilincinde olması gerekir. Aksi takdirde intihara yardım suçundan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez.

Bu itibarla, Yargıtay’ın söz konusu kararında aslında bir çelişki mevcuttur. Zira Yargıtay, intihar etmek suretiyle ortaya çıkan ölüm neticesi ile Jandarma Karakol Komutanı olan sanığın *“görevi savsama olarak nitelendirilen eylemleri arasında nedensellik bağı kurulamayacağı”*ndan söz etmektedir. Bu ifadelerle Yargıtay aslında olayda sanığın görevinin gereklerini yerine getirmediğini kabul etmektedir.

²⁷⁷ DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, yeniden gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 16. bası, İstanbul 2001, no. 22, 56.

²⁷⁸ Nitekim, Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında intihar olgusunun ahlaka aykırı olduğu yönünde karar vermiştir: BGH 6, 151-153 (Nakleden HAKERİ, Doçentlik Tezi, s. 191).

²⁷⁹ Bu madde hükmü şöyledir:

«Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.»

²⁸⁰ Bu madde hükmü şöyledir:

«Başkasına intihar etmesi için karar verdirten veya var olan intihar kararını kuvvetlendiren veya her ne suretle olursa olsun intihar eylemine yardım eden kimse, intihara teşebbüs edildiğinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkûm olur. Ölümün meydana gelmesi halinde faile verilecek ceza yarısı oranında artırılır.»

²⁸¹ SOYASLAN, Özel Hükümler, 3. bası, s. 73.

SONUÇ

Yukarıdan beri yaptığımız bütün açıklamalar göstermektedir ki; kanunda görevi kötüye kullanma suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenmesine göre bir ayırımı tabi tutulmasının bilimsel bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir kamu görevlisinin icrai veya ihmali davranışla görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi arasında bir ayırım yapmaksızın, her iki hali de bir suç tanımı kapsamında değerlendirmek gerektiği kanısındayız.

Ancak, gerek icrai davranışla gerek ihmali davranışla olsun, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak da suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır.

Ancak belirtelim ki, biz, İtalyan hukukunun etkisiyle doktrinimizde ve Yargıtay'ın kimi kararlarında kabul gören sübjektif sınırlama ölçütünden yana bulunmamaktayız. Bu sübjektif sınırlama ölçütünün etkisiyle, TCK 2003 Tasarısında da genel olarak görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin in "*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak veya başkasına zarar vermek maksadıyla*" görevin gereklerine aykırı davranmış olması gerekmektedir (m. 488). Buna karşılık, Tasarının "görevi ihmal" suçunu tanımlayan 491. maddesinde ise, görevin gereklerini yapmama yönündeki kastın ötesinde bir amaç aranmamıştır. Keza, "keyfi muamele suçu" da yürürlükteki kanunda tanımlanan şekilde Tasarıda varlığını devam ettirmektedir (m. 480, f. 1).

Kanımıza göre, yürürlükteki kanunda üç ayrı suç olarak tanımlanan bu fiillerin, görevi kötüye kullanma başlığı altında tek bir suç olarak tanımlanması daha doğru olacaktır. Buna göre, kamu görevlisinin icrai veya ihmali davranışla görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi durumunda cezalandırılabilmesi için, bu davranışın a) kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya b) kişilerin veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da c) kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması gerekir.