

Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı*

(The Terms of Public Officer in the Application of Turkish Penal Code)

Hasan Tahsin GÖKCAN**

Öz

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-c maddesinde kamu görevlisi kavramını açıkça tanımlamıştır. Bununla birlikte konunun Yargıtay kararlarındaki önemi nedeniyle bu çalışma hasıl olmuştur. Bu doğrultuda bu çalışma ile Türk Ceza Kanunu uygulamasındaki kamu görevlisi kavramının anlamının ve sonuçlarının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Rüşvet, Yargılama, İzin, Muhakeme Koşulları

Abstract

The terms of public officer is explicitly defined by the new Turkish Penal Code. However, it is highly significant to deal with this issue seeing that it is placed importance in the case law of court of cassation. Therefore, this study aims to show the meaning and consequences of the term of public officer in the application of the Turkish Penal Code.

Keywords: Public officer, bribery, trial, permission, the procedural requirements.

* Geliş Tarihi: 01.06.2014 Kabul Tarihi: 21.12.2015

** *Anayasa Mahkemesi Üyesi*

A. Kamu Görevlisi Kavramının Ceza Hukuku Uygulamasındaki Yeri

Anayasanın 128. maddesi uyarınca Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Memurlar ve diğer kamu görevlilerine Anayasanın 129. maddesinde, görevleri sebebiyle işledikleri fiiller dolayısıyla disiplin ve ceza soruşturması ile tazminat davası açılması konusunda güvenceler getirilmiş ve fakat ayrıca “anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları” ifade edilmiştir. Böylece Anayasa, kamu görevlilerine görevlerinde Anayasa ve kanuna sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülüğü getirmiştir.

Anayasal ve yasal yükümlülükleri dolayısıyla, memur ve diğer kamu görevlilerinin işleyecekleri fiillerin ceza hukukunda, diğer suç faillerinden ayrıca ve cezalandırma bakımından daha ağır suç tiplerinin düzenlenmesi genel kabul gören bir suç politikası olmuştur. Bu anlamda 5237 sayılı Ceza Kanununda da zimmet, rüşvet, irtikap, görevi kötüye kullanma, kamu görevlisinin sahtecilik suçu vb. suç tipleri düzenlenmiştir. Esasında sözü edilen suçlar, kamu görevlilerinin yükümlülüklerini ihlal eylemlerini kapsamaktadır.

Diğer taraftan, kamu görevlilerinin görevlerini her türlü etki- den uzak ve bağımsız olarak yerine getirebilmeleri amacıyla onları koruyucu suç tipleri veya bazı suçların nitelikli halleri öngörülmüştür. Örneğin; kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kasten öldürme (m.82/1-g), kasten yaralama (m.86/3-c), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109/3-c), hakaret (m. 125/3-a) ve görevi yaptırmamak için direnme (m.265) eylemleri özel olarak düzenlenmiş ve kamu görevlisi korunmuştur. İlgili suç tiplerinin uygulanabilmesi için, yerine göre fail veya mağdur durumunda bulunan kişinin kamu görevlisi olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Kamu görevlisi kavramı, Türk Ceza Kanununun 6/1-c maddesinde tanımlanmıştır.

B. 5237 sayılı Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Kavramı

1. Genel olarak

Yeni kanunun getirdiği düzenlemenin farkını ortaya çıkarabilmek için, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'da geçerli 'memur' kavramına kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır.

765 sayılı mülga Ceza Kanununun 279. maddesinde kamu fonksiyonu *kamu görevi* ve *kamu hizmeti* olarak ikiye ayrılmış ve ceza kanunu tatbikatında memur; "devamlı veya geçici şekilde teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü kamu kurumları memur, müstahdemleri ile belirtilen kamu görevini devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak yapan diğer kimseler" biçiminde ifade edilmişti. Bu tanım uyarınca kamu hizmeti yükümlüsü olan kimseler ise memur sayılmamaktaydı. Bu uygulamanın neticesinde aynı kamu kurumu veya Devlet dairesinde tahakkuk memuru, daktilo memuru ve yönetici sınıfındaki kimseler 'memur' sayılmaktayken, aynı dairede şoför, ahçı, hizmetli, vb. kadrolarda istihdam edilenler ise kamu hizmeti yükümlüsü olmaları nedeniyle memur olarak kabul edilmemekteydi. Bu şekilde, sayılan kimselerin bir kısmı zimmet suçunun faili olabilirken, diğerleri zimmetin değil, genel nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilmekteydi. Bu durum doktrinde eleştirilmiş, istihdam edilenlerin az ya da çok kamu gücünü temsil etmeleri nedeniyle böyle bir ayırım yapılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹ Bu eleştiriler doğrultusunda 5237 sayılı Kanunda kamu görevi-kamu hizmeti yükümlüsü ayrımı terkedilmek suretiyle yeni bir tanım getirilmiştir.

TCK'nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisi; "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu

¹ İtalyan doktrininde Antolisei, ayırımın yanlış olduğunu ve bunun yerine kamu fonksiyoneri teriminin kullanılmasını gerektiğini savunmuştur; nakleden Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. B., Ankara 1999, s. 518.

Özgenç de benzer eleştirileri yapmış ve memur terimi yerine 'kamu görevlisi' terimini önermiştir; Özgenç, İzzet, "Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 1994, S. 1-2, s. 332-335.

tanımdan da kamu görevlisinin kim olduğu kolayca anlaşılacaktır.

Bu tanımda anahtar kelime kamusal faaliyet ve bu faaliyete katılma usulüdür.

Daha önce idare ve anayasa hukukunda kamusal faaliyet terimi kullanılmamıştı. İdare hukukunda en yakın terim ise kamu hizmeti kavramıdır. Ancak idare hukukunda kamu hizmeti kavramı, 'kamuya yararlı' faaliyetleri de bünyesine katan da oldukça geniş bir anlamı haizdir. Bu nedenle, kamusal faaliyetin kamu hizmeti vasfında olduğu söylenebilir ise de, her kamu hizmetinin kamusal faaliyet mahiyetinde olduğu ileri sürülemez.

2. Kamusal faaliyet ve bu faaliyete iştirak

Düşüncemize göre kamusal faaliyetin ölçütleri olarak üç öğeden söz edilebilir²:

- 1- Kamu adına yürütülen bir faaliyetin varlığı,
- 2- Hizmetin kuruluşunun kanuna ve siyasi iradeye dayanması,
- 3- Hizmetin yürütülmesinde kamu erkinin, otoritesinin kullanılması.

Kamu görevlisinin kim olduğunu söyleyebilmek için çözümlenmesi gereken ikinci problem, kamusal faaliyete iştirakin ne şekilde olması gerektiği ile ilgilidir. Tanımda; atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak talan kişi" denilmektedir. Bu ifadedeki 'herhangi bir surette' ibaresi sözlük anlamıyla anlaşılırsa, örneğin; çocuğunu nüfus dairesine kaydettirmek için beyan veren

² Kamusal faaliyet ve ölçütleri için bkz; **Gökcan**, H.Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2008, s. 33; **Gökcan**, H.Tahsin/**Artuç**, Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. Ankara 2012, s. 43 vd. Nitekim Yargıtay da kararlarında önerdiğimiz ölçütleri benimsemiştir; "...yapılan faaliyetin "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir."; CGK. 12.04.2011, 2010/9-258-2011/46.

baba, emlak beyannamesini sunan mal sahibi ve vergi beyannamesini sunup vergi veren tacirin de kamu görevlisi sayılması icap eder. Şu halde tanımdaki “kamusal faaliyete iştirakı anlatan ‘herhangi bir suretle’ ibaresi, ‘kamu hukuku usulüne uygun bir surette’” biçiminde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, iştirakin kamu hukukuyla ilgili bir kanuna ve dolayısıyla genel idare esaslarına uygun bulunması gerekir. Ancak bu takdirde kişi ile yürütülen faaliyet arasında kanunun amaçladığı şekilde ‘kamu hukuku ilişkisi’ kurulmaktadır.

Örneklerle açıklarsak; milletvekili, muhtar, belediye başkanı gibi seçimle ya da seçim dolayısıyla görev alan seçim sandık kurulu üyeleri gibi belirli süreli olarak görev alanların iştirak usulü özel kanun ile belirlenmiştir. Yine, Devlet veya kamu kurum ve kuruluşlarının memur, sözleşmeli ve işçi kadrosu ile sürekli istihdam ettiği çalışanların kamusal faaliyete istihdam usulü de 657 sayılı DMK ve ilgili diğer özel kanunlarda düzenlenmektedir. Geçici bir kamu görevinin, yetkili makamın görevlendirmesiyle üstlenilmesi de çeşitli kanunlara göre yapılmaktadır. Örneğin, tanık, bilirkişi ve tercüman, usul kanunları gereği adli merciler tarafından belirli bir görevin yapılması süresince görevlendirilmektedir.

Sonuç olarak 5237 sayılı yeni TCK’nın kabul ettiği kamu görevlisi terimi ile eski dönemde geçerli olan; kamu görevi ve kamu hizmeti ile yükümlü olanlar ayırımına son verilmiştir. Artık, kamusal faaliyetin yürütülmesine usulünce iştirak etmek kaydıyla, kişinin ne iş yaptığı değil, usulünce iştirak edilen faaliyetin kamusal faaliyet olup olmadığı önem kazanmaktadır. Böyle olunca örneğin, belediye veya nüfus müdürlüğünde hizmetli, aşçı, marangoz, şoför vb. kadrolarda daimi olarak istihdam edilen kamu hizmeti yükümlüleri de artık kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir.

C. Kamu Görevlisi Tanımıyla İlgili Sorunlar

Yeni TCK’nın kabulünden sonra ceza hukukçularının bir süre iki farklı tepki verdiklerini gözlemek mümkündür. Bu tepkilerin ilki, “aslında bir şey değişmedi, biz yine eskisi gibi uygulama yaparız” şeklindeydi. İkinci tepki ise, eski uygulama oturmuştu, şimdi daha büyük bir karmaşa ortaya çıktı” biçimindeydi.

Bu tartışmaların, Kanunun yürürlüğünden sonraki birkaç yıl yoğun bir şekilde sürdüğü söylenebilir. Esasında, eski TCK döneminde ‘memur’ olarak kabul edilenlerin, yeni kanun döneminde ‘kamu görevlisi’ olarak kabul edildikleri noktasında bir şüphe bulunmamaktadır. Sorun, eski dönemde kamu hizmeti yükümlüsü olanlarla ilgilidir.

Tartışmalı olan başlıca konular şunlardır:

- Devlet ve kamu kurumlarında istihdam edilen kadrolu ve kadrosuz işçilerin durumu
- KİT personelinin durumu
- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının durumu
- Belediye İktisadi Teşebbüsleri (BİT) personelinin durumu
- TCK’nın 6/1-c maddesindeki kamu görevlisi tanımının 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulamasına etkileri.

1- *İşçiler*: Düşüncemize göre, 657 sayılı DMK’nın 4. maddesinde gösterilen usule göre istihdam edilen kadrolu işçiler, kamu hukuku usulünce kamusal faaliyete iştirak etmeleri nedeniyle kamu görevlisi sayılmalıdır. Geçici olarak çalıştırılan işçiler ise, Anayasanın 128/1. maddesinde belirtilen; “kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmü uyarınca, kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Bu tartışmada Yargıtay’ın bazı Daireleri kararlarında, kadrolu işçiler yanı sıra geçici işçileri de kamu görevlisi olarak kabul etmişlerdir.³

³ Belediyede geçici işçi olup menşe şahadetnamesi düzenlemekle görevli olan sanık Hasan’ın, aynı kurumda çalıştığı için tanıdığı sanık Atalay’ın, Lokman’a sattığı 26 adet hayvanları olduğunu ancak 2 tanesinin kulak küpelerini sonra taktıracağı beyanı üzerine 24 hayvanın kulak küpe numaralarını yazıp belgedeki 25, 26. hanelerin sonradan doldurulmak üzere boş bırakıldığı olayda Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğinin 73. maddesinde belirtilen hususlara riayet edilmeden belge düzenlemesi eyleminin 5237 sayılı TCK’nun 257. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu, sanıklar Atalay T. ve Lokman V.’ün kamu görevlisine geçiğe aykırı beyanda bulunarak menşe şahadetnamesi düzenlettirmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nun 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır. **11.CD. 18.2.2013, 2010/14128-2013/2565**

2- *Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) Personeli*: 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı KHK'nın 11. maddesinin (3771 sayılı Kanununun 3. maddesiyle eklenen) (b) bendi uyarınca KİT personeli, para, evrak, senet, rapor ve belgeleri üzerinde işledikleri fiillerle, ifa ettikleri görevden doğan suçlardan dolayı memur sayılmaktadırlar. Ancak bu hüküm uyarınca, kendilerine karşı işlenen suçlarda memur olarak kabul edilmemişlerdir.

KİT'ler 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi ve 6/1-c maddesindeki tanım açısından değerlendirildiğinde: Kanunla ve başbakanlık veya bazı bakanlıkların ilgili kuruluşu olarak siyasi kararlar kurulmaları, kamu hizmetini yürütmek üzere örgütlenmeleri, personelinin özel hukuk hükümlerinden ayrı bir idari rejime tabi tutulması ve bu nedenlerle işleyişinde kamu otoritesinin hakim oluşu, daha doğru bir ifadeyle genel idare esaslarına göre yönetilmeleri gibi özellikler gözetildiğinde KİT'lerin kamusal faaliyet yürüttüğü düşünülmelidir.⁴ Bu nedenle KİT bünyesindeki müessese ve bağlı ortaklık adı verilen kuruluşların, KHK rejimi kapsamında istihdam edilen personeli kamu görevlisi sayılmalıdır. Buna karşın, iştirak adı verilen ve mevcut bir anonim şirkete yüzde elliye geçmeyen oranda kamu sermayesinin katılımıyla kurulan şirketler hakkında 233 ve 399 sayılı KHK hükümleri uygulanmamaktadır (Bkz. 233 sayılı KHK m.2, 22, 27,28; 399 sayılı KHK m.1). İştirakler tümüyle ticari esaslara göre faaliyet görmektedir. Bu nedenle iştiraklerin kamusal faaliyet yürüttükleri düşünülemeyecektir.⁵ Bu bakımdan, konumuz açısından KİT personeli denildiğinde İştirak personeli hariç tutulmaktadır.

(Tekel) Dağıtım Başmüdürlüğünde daimi işçi olarak görev yapan sanığın, suç tarihinde Genel Müdürlüğün talimatı üzerine Başmüdürlük tarafından toptan satıcıların kontrolü ve perakendeci bayilerin bilgilendirilmesi amacıyla görevlendirildiği, bu görev kapsamında ...4733 ve 4926 sayılı Yasaların ilgili hükümleri uyarınca sanığın kaçak sigaraların tespiti halinde bu işyeri veya kişiler hakkında yetkili kurumlara sadece ihbar yükümlülüğü bulunmasına rağmen sigaralara el koyması nedeniyle eyleminin TCK'nın 257/1. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, kaçak olmadığını anlaşılması halinde ise eyleminin aynı Yasanın 250/2. maddesinde tanımlanan ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturacağı gözetilerek, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır. **5.CD. 17.10.2012, 2012/10395 - 2012/10444**

⁴ **Özgenç**, İzzet, TCK Gazi Şerhi, 3.B. Ankara 2006, s. 105, 106.

⁵ **Gökcan/Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. s. 213.

Yargıtay da bazı kararlarında KİT'lerin kamusal faaliyet yürüttüğü görüşünü benimsemiştir.⁶ Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararı da bulunmaktadır.⁷

3- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları

Anayasanın 135. maddesine göre kanunla kurulan meslek kuruluşları; meslekten kişilerin üye olma zorunluluğu bulunan, organları üyeleri arasından seçim yoluyla oluşturulan ve yalnızca kuruluş amaçlarıyla sınırlı faaliyet yapabilen kamu tüzelkişileridir.

Meslek kuruluşları faaliyet alanlarıyla ilgili olarak yönetmelik çıkarabilir, üyelerine idari veya disiplin cezası uygulayabilirler, kamulaştırma kararı alabilirler. İşlemlerine karşı idari yargıda dava açılabilir. Merkezi idarenin idari ve mali denetimine tabidirler.⁸ Bütün bu özellikleri gözetildiğinde meslek kuruluşlarının, üyelerinin genel yararları için kamusal faaliyet yürüttükleri düşünülür.⁹ Bu nedenle, meslek kuruluşlarının organlarının üyeleri ile kendi mevzuatı kapsamında istihdam edilen çalışanlarının kamu görevlisi sayılmaları gerektiği görüşünderiz.

Ne var ki, sonradan yapılan bazı kanuni düzenlemelerde aksi yönde hükümler getirilmektedir. 5174 sayılı Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun, ceza sorumluluğuna ilişkin 76. maddesi, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla değiştirilmiş, yine

⁶ "Posta dağıtıcısı olan sanığın, ... 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği 'kamusal faaliyete' katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmede..." 4.CD. 18.10.2006, 2081/17292. Aynı yönde, 4.CD. 16.6.2010, 13771/11870; **Gökcan/Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. s. 213.

⁷ "5237 sayılı TCK.nun 6. maddesindeki tanıma göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olup, bu anlamda ceza hukuku açısından, kamusal bir faaliyet yürütmeyen ve bir kamu iktisadi teşekkülü (KİT) olan Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ)'ta görev yapan personelinin kamu görevlisi sayılamayacağı, ..." (11.CD. 11.06.2008, 2008/2388-2008/5926)

⁸ **Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun**; İdare Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006s. 292, 293.

⁹ **Gökcan/Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.B. s.55.

'memur gibi cezalandırma' niteliğinde bir düzenleme yapılmıştır.¹⁰ Dolayısıyla, kuruluşun para ve evraklarına karşı işledikleri suçlar nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklar, ancak görevleri sebebiyle kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi kabul edilmeyeceklerdir. Eğer bu değişiklik yapılmamış olsa idi, TCK 6. maddedeki tanım dolayısıyla Oda ve Borsalar ile Birliğin kamusal faaliyet yaptığı ve organlarının üyeleri ile personelinin de kamu görevlisi sayılmaları gerektiği söylenebilirdi. Ancak, sözü edilen yasal değişiklik sonucunda, yasa koyucunun artık bu meslek birliği ve örgütlerinin kamusal faaliyet yapmadığını kabul ettiği yorumu yapılmalıdır.

4- Belediye İktisadi Teşebbüsleri (BİT)

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesinde de bulunmaktadır.¹¹ 26. madde uyarınca Ticaret Kanunu hükümle-

¹⁰ **5174 sayılı Kanun Madde 76-** (Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./539. mad) Odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılırlar.

¹¹ **5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu Madde 26** – (Değişik madde: 29/03/2011-6215 S.K./21.md.) Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir."

26. maddenin 6215 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metni: Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre *sermaye şirketleri* kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, kendine ait büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir.

rine göre kurulacak sermaye şirketlerinde, belediye ile bağlı kuruluşların yöneticileri, yönetim ve denetim kurullarında görev almamaktadırlar. Kurulan şirketler özel hukuk alanında faaliyet gösteren özel hukuk tüzelkişisi durumundadırlar. Bunun dışında, 5393 sayılı Belediye Kanununun 71. maddesi gereği belediyelerin bütçe içinde yer alan *işletmeler* kurması ya da Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesi gereği çay, büfe ve otoparkları işletmesi de mümkündür.

Belediye şirketleri, doğrudan kanunla değil, kanunda verilen yetkiyle kurulmakta, işleyiş kuralları ve personel rejimleri bakımından da KİT'lerde olduğu gibi özel bir düzenlemeye tabi bulunmamaktadırlar. Hatta, KİT rejimine tabi olmadıklarına ilişkin özel hüküm vardır.¹² Bu şirketler kamu tüzel kişisi dahi sayılmamaktadırlar. Zira Anayasanın 123/3. maddesine göre kamu tüzel kişilikleri ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulabilir. Belediye şirketlerinin kurulmasına kanuni dayanak bulunmakta ise de, anılan düzenlemelerde kurulan şirketlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu belirtilmemekte, aksine 'ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre' ifadesiyle özel hukuka gönderme yapılmaktadır. Bu husus bir Yargıtay kararında da dile getirilmiştir.¹³

Belediye şirketleri tümüyle özel hukuk (Ticaret Hukuku) hükümlerine tabi bir şekilde faaliyet göstermektedirler. Bunların yönetiminde belediye başkanı veya diğer kamu görevlilerinin yer almaları, nite-

¹² **233 Sayılı KHK Madde 58 - 1.** Atatürk Orman Çiftliği, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi, Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi, Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi, Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi, İller Bankası Genel Müdürlüğü ve İller Bankası Genel Müdürlüğü ile il özel idareleri ve **belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler**, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir.

¹³ "B... AŞ. Belediyenin ortak olduğu ve TTK hükümlerine göre kurulmuş bir AŞ olup, belediyenin 1580 sayılı yasada tanınan kamusal imtiyazlardan hiçbirine sahip değildir ve kamu kuruluşu da değildir. İştirak sözcüğü sadece 233 sayılı KHK kapsamındaki teşekkül ve kuruluşlara ait bir deyimdir. Belediyelerin kurduğu veya iştirak ettiği şirketler, (233 sayılı KHK'nın 2.) maddedeki iştirak kavramı içinde yer almazlar." **Y. 10. HD. 11.5.2000, 4920/3418**

liklerinin farklı yorumlanması için yeterli değildir.¹⁴ Esasen Türk Ticaret Kanununun 275. maddesinde de, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul yerine bir kamu tüzel kişisi tarafından da atanabileceği belirtilmektedir. Ancak, bu şekilde atanan kişiler yetki ve sorumluluk bakımından diğer yönetim kurulu üyelerinden farklı değildirler.¹⁵ Başka deyişle belediyede görevli iken şirket yönetim kuruluna atanan kişilerin şirketteki görevleri tamamen Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olup, kamu görevi mahiyetinde değildir. Anonim şirkette çalışan personel ise hizmet akdi ile çalışmaktadırlar. Şu halde belediye şirketlerinin kamuya yararlı konularda faaliyet göstermelerine karşın, bu faaliyetin kamusal faaliyet biçiminde örgütlenmediği ve ‘asli ve sürekli görevliler’ tarafından yürütülmediği söylenmelidir. Dolayısıyla düşüncemize göre ilgili mevzuat karşısında, gerek sermayenin tamamı ve gerekse yüzde ellisinden fazlasına belediyenin sahip olduğu Belediye *şirketlerinin* KİT niteliğinde bulunmadıkları, tümüyle özel hukuka göre faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişileri (*tacir*) oldukları, bu nedenle de kamusal faaliyet yürütmedikleri düşünülmelidir.

Yargıtay ise aksi düşüncededir. Ankaray İşletme Müdürlüğü gişe görevlisi¹⁶ hakkındaki kararında, failleri kamu görevlisi olarak değerlendirilip zimmet suçunu işlediklerini kabul etmiştir. Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde de, belediye şirketleri olan TANSAS¹⁷ ve BEL-KO şirketi personelinin¹⁸ zimmet suçu faili olabileceklerini kabul etmiştir.

¹⁴ Nitekim İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü’nün 12.12.2000 tarihli ve 47539 sayılı Genelgesinde bu konuda şu ifadeler kullanılmıştır;

“Belediye şirketleri de diğer şirketler gibi T. Ticaret Kanununa tabi olan birer özel hukuk tüzel kişisidir. Şirketin yönetim kurulunda belediye personelinin bulunması, bu şirketlerin hukuki niteliğini değiştirmemektedir.”

¹⁵ **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003, s. 311.

¹⁶ 5. CD. 28.5.2007, 3692/4007. Ancak belirtelim ki, adı işletme olmakla birlikte Ankaray İşletmesi, bir belediye şirketi olan ve tümüyle Ticaret Hukuku hükümleri kapsamında faaliyet gösteren BUGSAŞ AŞ’nin yönetiminde olan bir birimdir. Bu nedenle ANKARAY işletmesi personelinin kamu görevlisi olarak kabul edilmemesi gerekir.

¹⁷ “TANSAS Entegre Et Tesislerinde muhasebe müdürü, muhasebe müdür yardımcısı ve veznedar sıfatıyla çalışan sanıkların şirket mallarına karşı işledikleri fiil, sübutu halinde zimmet suçunu oluşturur.” 11. CD. 27.4.1998, 3099/3137

5393 sayılı Kanununun 71. maddesi gereği kurulan **bütçe içi işletmeler** ise; belediye bütçesi kapsamında (kamu hizmeti amacıyla) faaliyet göstermek üzere kurulmakta, kuruluş için İçişleri Bakanlığından izin alınmakta, Sayıştay denetimine tabi tutulmakta ve personelinin belediye personeli arasından atanarak istihdam edilmektedir. Diğer bir deyişle, kuruluş ve işleyişi bakımından genel idare esasları geçerlidir. Bu bakımdan, bütçe içi işletmelerin belediye hizmetlerini yürütmek amacıyla kamusal faaliyet yürüttükleri ve personelinin de kamu görevlisi sayılması gerektiği düşünülmelidir. Yargıtay Çarşamba Belediyesi Su-Otobüs İşletmesi¹⁹ personeli hakkındaki kararlarında, failleri kamu görevlisi olarak değerlendirilip zimmet suçunu işlediklerini kabul etmiştir.

5- Hizmet satınalma yoluyla çalıştırılan şirket personeli

Kamu kurum ve kuruluşlarının temizlik, ulaşım gibi bir kısım hizmetleri ilgili özel hukuk tüzelkişilerinden veya gerçek kişilerden satın alarak gördürmeleri yaygın bir usul olmuştur. Bu şekilde hizmet veren şirket personeli fiilen bir Devlet dairesinde çalışıyor olsa da, kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir. Bu husus madde gerekçesinde de açıklanmıştır. Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir.²⁰

“Fethiye Tanzim Satış Mağazaları AŞ. (Fetansaş) nin statüsüne, sanıkların sıfatına ve suçun şirketin parasına karşı işlenmiş olmasına göre eylemin zimmet suçunu oluşturacağı” **11. CD. 28.9.1998, 6944/6052.**

¹⁸ “BEL-KO Limited Şirketi Ana Sözleşmesinde 50 milyon TL sermayenin 49 milyon lirasının Ankara Büyükşehir Belediyesine ait olduğu ve kamu kuruluşu niteliğinde olan şirketin yöneticilerinin şirket gelirlerini usulsüz harcadıkları iddiasının sübutu halinde zimmet suçunu oluşturabileceği gözetilmelidir.” **11. CD. 10.2.1999, 9004/1257;** Yaşar, O. s. 1322.

¹⁹ CGK. 17.10.2006, 5-165/213.

²⁰ “Cezaevi işyurdu müdürlüğüne yapılan ihale sonunda, işyurduna ait araçlara şoför hizmeti ihalesini alan Uğurlu Dekorasyon Ltd.Şti.nin **sözleşmeli elemanı** olan sanıkların bu araçlarda şoför olarak çalıştıkları, icra müdürlüklerinin yaptıkları hacizlerde kullanılan araçların ücretini haciz sonunda aldıkları ve cezaevi işyurdu müdürlüğüne ait maliye bakanlığından alınma perakende satış fişlerini düzenledikleri, icra dosyasına bırakılan asıl nüshalara gerçek miktar yazdıkları halde alt nüshalarına eksik miktar yazarak aradaki farkı işyurduna vermeyerek mal edindiklerinin iddia olunduğu olayda, paranın kendilerine tesliminde hile kullanılmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak suçunu, perakende satış fişleri-

6- Soruşturma usulü yönünden kamu görevlisi kavramı

5237 sayılı TCK ile kamu görevi yükümlüleri yanında kamu hizmeti yükümlülerinin de kamusal faaliyete iştirakleri dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri nedeniyle, 'memur' terimine nazaran 'kamu görevlisi' teriminin daha geniş kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, soruşturmaya ilgili 4483 sayılı Kanun uygulaması yönünden bazı tereddütlere yol açmıştır. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde ceza hukukunda memur sayılmayan hizmetli, ahçı, kaloriferci, şoför gibi istihdam edilenler hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanamazdı. 5237 sayılı TCK yönünden bu kişiler 'kamu görevlisi' olarak kabul edildiklerine göre, soruşturma usulü yönünden 4483 sayılı Kanun gereği izne tabi kimselerden olacaklar mıdır?

Yargıtay bu konuyu şu gerekçelerle çözmüştür:

"İncelenen dosyada posta dağıtıcısı sanığın 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği 'kamusal faaliyete' katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmekte ise de, **anılan yasal düzenlemeler maddi ceza hukuku ile ilgili bulunup, soruşturma yöntemi bakımından 4483 sayılı Yasaya bir göndermede bulunulmamıştır.** Bundan ayrıca, Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasından 'kamu iktisadi teşebbüsleri' sözcükleri çıkarılmak suretiyle aynen alınan 4483 sayılı Yasanın 2/1. maddesindeki; *"Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır"* hükmü uyarınca, yasa kapsamının sınırlandırılmış bulunması ve yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCY. döneminde olduğu gibi 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonraki uygulamalar bakımından da bu durumun değişmeyeceği gözetilmelidir."²¹

nin alt nüshalarında yapılan sahteciliğin ise özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi, yasaya aykırıdır. **11.CD. 13.2.2013, 2010/15444 - 2013/2309**

²¹ 4.CD. 18.10.2006, 2081/17292. Aynı yönde, 4.CD. 16.6.2010, 13771/11870.

Kaynakça

Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun: **İdare Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2006.

Gökcan, H.Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2008.

Gökcan, H.Tahsin/ Artuç, Mustafa, **Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri**, 3.B. Ankara 2012, s. 43 vd.

Özgenç, İzzet, *"Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak"*, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, 1994, S. 1-2, s. 332-335.

Özgenç, İzzet, **TCK Gazi Şerhi**, 3.B. Ankara 2006, s. 105, 106.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. B., Ankara 1999.

Tekinalp, Ünal /Poroy, Reha /Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, İstanbul 2003.