

**KAMU GÖREVİ, YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARI,  
YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINA İŞTİRAK  
(KARAR İNCELEMESİ)**

**Dr. iur. İzzet ÖZGENÇ (\*)**

**KARAR :** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.10.1988 tarih ve E. 1988/5-301, K. 1988/336 sayılı Kararı (YKD, Şubat 1989, sh. 261 vd.) :

«Memuriyet görevini kötüye kullanmaktan sanık Tezcan'ın bu suçuna iştirakten sanık Atilla'nın, TCK. 240/1. maddesi uyarınca... cezalandırılmasına ilişkin (Esas) Mahkemesince verilen hükmü... 5. Ceza Dairesi, ... "Sanığın memur olmadığı gözetilmeyerek, memuru görevi kötüye kullanma suçuna azmettirmekten mahkûmiyetine karar verilmesi" isabetsizliğinden bozmuş (tur).

Yerel Mahkeme ise, ... "Bozulan kararımızda da belirtildiği gibi, sanık Atilla'nın memur olduğunu bildiği Tezcan'ı görevini kötüye kullanmak yönünden azmettirerek ve çeşitli hayali firmalara ait teklif mektuplarını bizzat düzenleyip ve kendisi de bunlara nazaran en düşük teklif mektubunu hazırlayıp, ona verip, İhale Komisyonuna havale ettirip, ihalenin kendisine ait C... Pazarlama firmasına yapılmasını sağlamasına ve TCK.nun 66. maddesinin açıklığına ve Ceza Genel Kurulu'nun 21.2.1994 gün ve 3/20-23 sayılı içtihadında memur olmayanların memur olduklarını bildikleri memurlarla memuriyete ilişkin suç işlemleri halinde TCK.nun 66. madde hükmünce memuriyete ilişkin suçta iştirak etmiş sayılacaklarının belirtilmiş olmasına ve hukuk mantığına göre, memur olmayan bir kimsenin memur olduğunu bildiği bir kimseyi azmettirerek, suçun işlenmesi halinde, cezasız bırakılmaması kanısına varılmıştır" gerekçesiyle önceki hükmünde direnmıştır.

...dava dosya, C. Başsavcılığı'nın "Daire kararı doğrul-tusunda bozma" isteyen ... tebliğnamesiyle ... Ceza Genel Kurulu'nda okundu, gereği konuşulup düşünüldü :

Dosya göre; Sosyal Sigortalar Kurumu ... Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve Satınalma Komisyonu Üyesi olan Tezcan'ın, bakkallık yapan arkadaşı Atilla ile konuşup anlaştıktan sonra, İstanbul'daki SSK'na bağlı sağlık tesislerinin yıllık tüm ihtiyaçlarının bir protokole göre, Migros Türk T.A.Ş. ve Et-Balık Kurumu'ndan satın alınması yolunda Genel Müdürlüğün yazılı emirlerine rağmen, ihtiyaçların bu kurumlardan temin edilmesinin zor ve pahalı olduğundan bahisle, alım ve satımların buralardan yapılmaması hususunda SSK. İstanbul Bölge Sağlık Müdürlüğü ve SSK. Genel Müdürlüğü Malzeme Tedarik Dairesi Başkanlığı'na başvurduğu ve bu önerisinin reddedilmesine rağmen, sanık Atilla ile vardıkları anlaşmayı gerçekleştirmek için, bu kez ihtiyaçların ihale açılması suretiyle temin edilmesi hususunda Satınalma Komisyonuna yetki verilmesini Başhekimliğe önerip yetki aldıktan sonra, arkadaşı Atilla ile "... ikisi hayali şirketler, üçüncüsü de sanığa ait C... Pazarlama adına üç adet teklif mektubu düzenletip, kendisine ait olana da daha düşük fiyat yaz, ihaleyi sana yaparız, sen de toptancılardan temin edeceğin gıda maddelerini hastaneye teslim eder, parayı alırsın" diye anlaşmaya vardıkları, sanık Atilla'nın, memur sanık Tezcan ile yaptıkları bu anlaşma doğrultusunda, ikisi hayali şirketler, üçüncüsü de kendisine ait C... Pazarlama adına üç adet teklif mektubu düzenleyip ve kendi firması adına düzenlediği teklif mektubuna hayali şirketlere nazaran biraz daha düşük fiyat yazıp, memur sanık eliyle Satınalma Komisyonuna intikal ettirip, göstermelik ihaleyi kazanıp, hastaneye 8.463.043 liralık yaş sebze, meyva ve kuru madde verip, bu miktar parayı aldığı anlaşılmıştır.

Görülüyor ki, sanık Atilla'nın, SSK. Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu Üyesi bulunan Tezcan ile hayali şirketler adına teklif mektubu düzenleyip ve kendisi de en düşük teklif mektubu verip, ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıktan sonra; kurum hastanesine yukarıda yazılı miktarda mal vermek ve bu arada kuru maddelerde 76.655 lira, tüketilen yaş sebze ve meyve satın alımlarında ise, saptanamayan miktarda idareyi zarara soktukları ve bu suretle; hakkında TCK'nun 240/1. maddesi ile verilen hükümlülük kararı kesinleşen memur sanık Tezcan ile birlikte suç işlediği; yani memuru görevini kötüye kullanmaya azmettirmeyip, doğrudan doğruya suçunu birlikte işledikleri anlaşılmıştır.»

#### OLAY :

Sosyal Sigortal Kurumu... Hastahanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu üyesi

olan T, bakkallık yapan arkadaşı A ile anlaşarak, A'ya "C... Pazarlama" adında bir şirket kurdu muştur. Bilahare bu hastahanenin ihtiyaç duyduğu gıda maddelerini temin amacıyla ihale açılmıştır. T ile aralarındaki anlaşmaya göre, A, ikisi hayali iki şirkete ve üçüncüsü de kendi kurduğu "C... Pazarlama"ya ait olmak üzere üç adet teklif mektubu düzenlemiş ve kendi ticarî işletmesine ait teklif mektubuna daha düşük bedel yazmıştır. Bu suretle, açılan ihaleyi A'ya ait ticarî işletme kazanmış ve A, hastahaneye 8.463.043 liralık gıda maddesi verip, bu parayı almıştır.

### **ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELE :**

Kararda çözümlenmesi gereken hukuki mesele, ancak "memur"un işleyebileceği bir suçta "memur" olmayan bir kişinin iştirak edebilip edemeyeceği; sayet iştirak edebileceyse, bu kişinin işlenen haksızlıktan nasıl sorumlu tutulacağı hususlarına ilişkindir.

### **MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ :**

1) **Esas Mahkemesi**, memur olmayan A'yı, memur T'nin işlediği memuriyet görevini kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak iştiraktan dolayı mahkûm etmiştir.

2) **5. CD.** ise, A'nın "memur olmadığı gözetilmeyerek, memuru görevi kötüye kullanma suçuna azmettirmekten (dolaylı) mahkûm" edilmesinin hukuka aykırı olduğu görüşüyle, Esas Mahkemesinin kararını bozmuştur.

3) **Esas Mahkemesi**, memur olmayan A'nın, T'nin memur olduğunu bildiğini, T'yi görevini kötüye kullanmak suçunu işlemeye azmettirdiğini ve ayrıca, "memur olmayan bir kimsenin memur olduğunu bildiği bir kimseyi azmettirerek, suçun işlenmesi halinde cezasız bırakılmaması" gerektiğini ileri sürerek, eski kararında direnmiştir.

4) **C. Başsavcılığı** da, bu direnme kararı üzerine, 5. CD.'nin görüşü doğrultusunda, Esas Mahkemesinin görüşünün isabetsiz olduğu kanaatinde bulunmuştur.

5) **Ceza Genel Kurulu** ise, memur olmayan A'nın, memur T ile "birlikte suç işlediği; yani, memuru görevini kötüye kullanmaya azmettirmeyip, doğrudan doğruya suçu birlikte işledikleri" görüşünü beyan etmiştir.

### **GÖRÜŞÜMÜZ :**

Her ne kadar Kararda tartışma konusu yapılmamaktaysa da, önce "Ceza Kanunu uygulamasında memur" kavramının ne olduğu

ve buna göre, SSK... Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu Üyesi bulunan" T'nin bu fiil dolayısıyla "Ceza Kanunu uygulamasında memur" sayılabilişip sayılamayacağı meseleleri tartışılmak gerekir.

## I — KAMU GÖREVİ - YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARI

1936 yılında 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 1930 İtalyan Ceza Kanununun 357 ve 358. maddelerinde yer alan hükümler müştereken 279. mdde altında Türk Ceza Kanununa iktibas edilmişlerdir.

Sözkonusu 279. madde, **amme vazifesi (=kamu görevi)** (1. fıkra) ve **amme hizmeti (=kamu hizmeti)** (2. fıkra) ayrımını öngörmektedir. Bu ayırma göre, kamu görevi ifa edenler "Ceza Hukuku uygulamasında memur" addedileceklerdir. Buna karşılık, icra ettikleri fonksiyon, kamu hizmeti mahiyeti arzeden ikinci fıkradaki kişiler, "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılmayıp "amme hizmeti görmekle muvazzaf olan" kimseler olarak telâkki edilmektedirler.

Bu düzenleme karşısında, "Ceza Kanununun uygulanması bakımından memur kavramı ile İdare Hukuku alanındaki memur kavramı arasında her hangi bir benzerlik ve bağlantı(nın) bahse konu" olmadığı ileri sürülmektedir (1).

Bu iddianın doğru olup olmadığı konusunda bir yargıda bulunabilmek için, **kamu görevi** ile **kamu hizmeti** kavramlarının ne anlama geldiklerini tayin etmek gerekir.

Yalnızca yapılan faaliyetin maliyeti gözönünde bulundurulmak suretiyle bu iki kavramın birbirinden farklı anlam muhtevasını belirlemek mümkündür (2). Her ne kadar "Ceza Hukuku uygulamasındaki memur" kavramının İdare Hukukundaki memur kavramından "farklı" olduğu iddia edilmekteyse de; "kamu görevi" ve kamu

(1) CGK. 20.1.1969, 693/17 (Erman, Sahtekârlık suçları, 4. bası İstanbul 1981, no. 254, dn.246). Ayrıca CGK. 25.11.1985, 1-410/595 (YKD Mart 1986, sh. 406 vd. [408, 410]).

(2) CGK. 25.11.1985, 1-410/595 (YKD 3/1986, 410, 413); CGK. 31.10.1966, 473/375 (nakleden : Polatcan, İsmet : Memur ve Resmî Heyetlere Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul, 1983, s. 52, dn. 35). Bu ayırma ilişkin objektif ve sübjektif görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi (SBOD) 1947, sh. 243 vd.; Çağlayan, Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur, Memur Sıfatının Ceza Hukuku İle Olan Münasebetleri, İD 1959, sh. 45 vd.

hizmeti kavramlarının ne anlama geldiklerini yine İdare Hukuku alanında aramak gerektiği kabul edilmektedir (3).

Gerek doktrinde (4) gerek Mahkeme kararlarında (5) kabul edilen ayırıma göre, Devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi; böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise, kamu hizmetidir.

Devlete ait hukuki iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişiler, AMME FONKSİYONU (=KAMU GÖREVİ) ifa ederler ve bu itibarla. (279. maddenin ifade tarzına göre) "Ceza Hukuku uygulamasında memur"durlar; aksi takdirde, "amme hizmeti görmekte muvazzaf olan" kimselerdir.

Kamu Hukuku usûlüne göre hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişilere, bu işlemlerin yapıldığı sırasında yine Kamu Hukuku usûlü gereğince yardımda bulunan, bunların faaliyetine katkıda bulunan kimseler de kamu görevi görürler ve bu sebeple "Ceza Hukuku uygulamasında memur"durlar.

Kamu Hukuku usûlüne göre hukuki tasarrufta bulunmayan veya fiil icra etmeyen ve bu hususlara sözkonusu usûle göre katkı ve yardımda bulunmayan ya da, bir katkıda bulunmakla beraber, bu katkıları Kamu Hukuku usûlünün dışında kalan kimselere ise, kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Bu kimseler, kamu hizmeti görmekte oldukları ve bu sebeple, "amme hizmeti görmekte muvazzaf" kimselerdir.

Kanaatimizce de, Kamu Otoritesi (Devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına Kamu Hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanabilmesi için, kamu faaliyetinin yürütümüne Kamu Hukuku usûlüne göre, Anayasa'daki ifadeyle (1982 Any. mad. 128), "genel idare esaslarına göre" iştirak etmek gerekir. Böyle bir durumda, az veya çok, mutlaka

(3) Erman, Sahtekârlık Suçları, no. 253.

(4) Erman, SBOD 1947, 243 vd., 249, 251, aynı yazar, Sahtekârlık Suçları, no. 253, 254, 254a; Çağlayan, İD 1959, sh. 45 vd.; Dönmezer, Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur, Mahkeme İçtihatları Kroniği, İÜHFİM 9 (1944), sö 823 vd.; aynı yazar, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, sh. 75; Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. bası, İstanbul, Eylül - 1991, sh. 72 vd.

(5) CGK. 25.11.1985, 1-410/595 (YKD 3/1986, 411-414); CGK. 20.2.1989, 17/67 (Uygun/Savaş/Mollamahmutoğlu, Ceza Genel Kurulu Kararları [1988 - 1989 - 1990 - 1990], Ankara [tarih yok], sh. 167, no. 182); Özel İdare, 4.3.1947, 173/116 (İÜHFİM XIII [147], sh. 755).

Kamu Otoritesine (Devlete) ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin bu göreve seçimle (6) veya tayin yoluyla getirilmesinin, sürekli veya geçici (7) olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev nedeniyle kişiye para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur (8). Bu izahlarımızdan, KAMU GÖREVLİSİ-KAVRAMIYLA MEMUR KAVRAMININ EŞ ANLAMLI OLMADIKLARI anlaşılacaktır. Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Ama her kamu görevlisi, memur değildir. Bu itibarla, kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir anlam muhtevasına sahiptir (9).

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; **toplumda hakim olan kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik (10) gereklilik (11) açısından adalet ilkelelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez olduğu, başka bir ifadeyle, satın alınamayacakları** ("Unbestechlichkeit von Amisträgern") konularındaki güvenin, inancın sarsılması gerekir (12). Bu nedendir ki, bu özel yükümlülük altındaki kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlara **yükümlülük suçları** demekteyiz (13, 14).

- (6) Meselâ milletvekili, belediye başkanı, muhtar, mahallî idare meclisleri üyeleri vs.
- (7) Meselâ bilirkişi, tercüman ve hatta, muşahhas vakıa hakkında beş duyusuyla sahip olduğu bilgiyi bir yargı mercii önünde aktaran şahit de kamu görevlisidir (Bkz. CGK. 25.11.1985, 1-410/595 [YKD Mart 1986, 414]).
- (8) Nitekim, bkz. Erman, Sahir : Erman/Özel, Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TC .K202 - 281), İstanbul, 1992, sh. 483.
- (9) Bkz. Meriç, Osman : Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının İlişkisi, Amme İdaresi Dergisi 24 (Eylül-1991), s. 190, 191.
- (10) Iustitia commutativa, "ADL" adaleti, denkleştirici adalet.
- (11) Iustitia distributiva, "KIST" adaleti, tevzi edici, ileştirici adalet.
- (12) Bu hususta ayrıca bkz. Erman, Erman/Özek, sh. 1/2.
- (13) Bkz. Özgenc, Ceza Hukukunda Suça İstirakin Hukukî Esası Ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik (Henüz yayınlanamamış Doktora Tezi), İstanbul, 1990, sh. 131 vd.
- (14) Kamu Hukukunda bir kamu görevini üstlenmek, kişi açısından bazı özel yükümlülükleri ifade ettiği gibi, kişinin Kamu Otoritesi adına bazı yetkileri kullanmasını da gerekli kılar. Dolayısıyla, Kamu Otoritesi adına yetkiler kullanan bu kamu görevlisinin sorumluluğu da mevcuttur. Kamu Otoritesi adına kullanılan yetkiyle doğru orantılı olarak sorumluluk da artmaktadır. Ancak, batı Anayasalarında Devlet başkanı veya Parlamento gibi kamu görevlilerinin bazı fiiller açısından cezai sorumluluklarının

Ayrıca, belirtmemiz gerekir ki; bir kamu görevlisi, görevi gereğince ifâ ettiği bütün faaliyetler dolayısıyla bu sıfatını muhafaza edecektir. Görevi gereğince yürüttüğü faaliyetler arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Bu itibarla, meselâ öğretim faaliyeti yürüten bir kamu görevlisinin (öğretmen, öğretim üyesi vs.) bu faaliyet çerçevesinde icra ettiği bazı fiiller açısından "Ceza Hukuku uygulamada memur", bazıları açısından "kamu hizmetlisi" olarak kabul edilmesi gerekir şeklindeki ayrımlar, kanaatimizce, isabetli değildir (15). Çünkü, böyle bir anlayış, meselâ görevi kötüye kullanma

olmadığı Ceza Hukuku sorumluluğundan muaf tutulduktan (=İndemnität) hüküm altına alınmıştır. Buna paralel olarak Türk Hukukunda da Cumhurbaşkanlığına görevine müteallik işlerden dolayı sorumluluktan muaf tutulmuştur (1982 Any., mad. f. 1, 2). Meğer ki, Cumhurbaşkanının işlediği fiil, "vatana ihanet" teşkil eden bir fiil olsun (1982 Rny., mad. 105, f. 3). Bu itibarla, Cumhurbaşkanının, örneğin rüşvet alması halinde, bu fiilin "vatana ihanet"(!) olarak nitelendirilmemesi kaydıyla, cezai sorumluluğu olmayacaktır. Aynı şekilde, milletvekillerinin de meclis çalışmalarında açıkladıkları oy, söz ve düşüncelerinden dolayı cezai sorumluluklarının olmadığı Anayasada hüküm altına alınmıştır (1982 Any., mad. 83, f. 1). Belirtmek gerekir ki, milletvekilleri açısından muafiyetin sözkonusu olduğu bu fiiller, birer düşünce açıklama şeklinden başka bir şey değildir. Delege ferenda (olması gereken hukuk sisteminde) mücerret düşünce açıklaması hiç bir surette suç teşkil etmez. Ancak, bir düşünce açıklaması, meselâ bir suçu işlemeye azmettirme, tahrik, teşvik veya bir insanın haysiyetine ve belli şartlarda henüz ölmüş bir kişiye, insanların kutsallık atfettikleri şeylere sövmek ya da insanların inançlarından dolayı kinamak, şeklinde ise, suçtur. Fakat, Anayasadaki mevcut düzenlemeye göre, meselâ televizyondan naklen yayımlanan meclis görüşmelerinde bir milletvekilinin, kürsüden yaptığı konuşmada halkı suç işlemeğe veya din, mezheb, ırk itibarıyla birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmesi ya da bir şahsın haysiyetine tecavüz teşkil eden sözler sarfetmesi halinde, muafiyetten yararlanması gerekir, bir başka ifadeyle, Ceza Hukuku açısından "sorumsuz" telâkki edilmesi gerekir. Kanaatimizce, geçmişin bazı acı tecrübeleri bahane edilerek, hukukun ana kaidelerinden sarfınazar edilmemelidir.

- (15) Aksi fikir için bkz. Erman, Erman/Özek, sh. 485/486 : "...öğretmen ders verdiği zaman kamu hizmeti görmekte ise de, imtihan yaptığı ve verdiği not neticesinde öğrencinin statüsüne etkili olan bir tasarrufta bulunduğu zaman kamu görevi ifa eder ve bu takdirde memur sayılır. ... Keza Devlet hastahanesinde görevli hekimin memur olup olmadığını anlamak için, suç işlendiği sırada yapmakta olduğu faaliyete bakmak gerekir; bu doktor teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunmakta ise, bir kamu hizmeti gördüğünden memur sayılmaz; buna karşılık yaralı veya hastanın belirli bir süre iş ve gücünden uzak kaldığına, yaranın veya hastalığın hayatı için tehlikeli olduğuna, iyileştigiğine veya öldüğüne veya sigortalı bir işçinin hastalığı sebebiyle istirahat muhtaç olduğuna dair rapor verdiği takdirde, hastanın hukuki durumuna etkili olan bir tasarrufta bulunduğu cihetle, bu tasarrufun niteliğine göre, idarî veya adli bir kamu görevi yapmış olur ve bu sebeple de memur sayılır".

suçunun alanının kabul edilemez biçimde daralmasını sonuçlar. Şöyle ki; bu anlayışa göre, meselâ eğitim öğretim faaliyeti yürüten bir kamu görevlisi ders verirken veya, sağlık faaliyeti yürüten bir tabip hasta muayene ederken "Ceza Hukukunda memur" addedilemeyeceği için; bu görevini kasten layığıyla ifa etmemesi halinde, görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olmayacaktır.

Buna karşılık, bir kişinin kamu faaliyetine Özel Hukuk usûlüne göre iştirak etmesi halinde, bunun artık bir kamu görevlisi sayılması mümkün değildir (16). Bu kişilerin görevi sırasında veya görevi dolayısıyla işledikleri fiillerden dolayı, yukarıda zikrettiğimiz toplumda hakim olan güven sarsılmaz. Bu kişiler, İdare Hukukundaki tabirle, kamu hizmetlisi olarak tavsif edilebilirler.

Hemen ifade edelim ki, Ceza Kanununun "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar"a ilişkin hükümleri yalnız "memur" kavramından bahsetmektedirler (17).

(16) Nitekim, bkz. Eiman, Erman/Özek, sh. 12. Her ne kadar ülkemizde hakim olan personel rejimi nedeniyle "memur" statüsünde istihdam edilseler bile; odacı, hizmetli veya müstahdem gibi adlar taşıyan bazı personel, gördükleri faaliyet nedeniyle kamu görevlisi sayılamazlar. Yargıtay'ın bu konudaki mustakar tutumu isabetlidir. (Mseeâ 4. CD. 21.11.1983, 5759/5995 [Çağlayan II, 1011]; 4. CD. 20.4.1979, 2392/2334 [Çağlayan II 1015]). Keza, kamu sağlık kurumlarında istihdam edilen hastabakıcılar da kamu görevlisi olarak telâkki edilmemişlerdir (4. CD. 1.3.1979, 744/994 [Çağlayan II, 1015]).

Ancak, Yargıtay, bir makam arabasında şoför olarak çalışan kişiyi kamu görevlisi olarak kabul etmiştir (5. CD. 16.11.1982, 2854/4166 [Çağlayan II, 536]). Aynı şekilde, Belediye Otobüs İşletmesinde билетçi olarak çalışan kişiyi de kamu görevlisi kabul etmektedir (5. CD. 22.12.1983, 3600/4454 [Çağlayan II, 528/529]).

(17) Örneğin zimmet suçu açısından mad. 202; irtikâp suçu açısından mad. 209; rüşvet (alma) suçu açısından mad. 211; genel olarak görevi kötüye kullanma suçu açısından mad. 228, 230, 240. Ayrıca, resmî evrakta sahtekârlık suçu açısından mad. 339-341. Buna karşılık, Devlet sınırlarından yararlanmayı cezalandıran 138. maddede "memur veya amme hizmetini ifa ile mükelef olan kimse" tabirine, birlikte görevi bırakmayı cezalandıran 236. maddede ise, "memurlar veya işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri" ifadesine yer verilmiştir. Yine, "hidematı âmmeden biri ile muvazzaf bulunan şahıs" tabiri ise, sadece huzurda sövmenin bir mev-suf şeklini düzenleyen, 483. maddede kullanılmıştır.

Her ne kadar Beşinci Bölümü "Kamu Hizmeti ve Görevlerine Karşı Suçlar" başlığını taşımakta ise de, 279. madde hükmünü aynen iktibas eden Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (mad. 4, bend 4), bu bölümde yer alan zimmet, irtikâp, rüşvet (alma) gibi suçlarda yalnız "memur" kavramına yer vermiştir (Bkz. 398 vd. maddeler). Keza, "Memurlar Tarafından İşlenen Suçlar" başlığını taşıyan Dokuzuncu Bölümde yer alan suçların failleri "memur"lara münhasır kılınmıştır (Bkz. Öntasarı, 462 vd. maddeleri).



Yukarıda bulunduğumuz 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 (18). Bu suretle, "Ceza Hukuku uygulamasında memur" ve "İdare Hukukunda memur" gibi ayırımlara yer vermeye gerek kalmayacak ve, hukuki kavramlara farklı anlam muhtevaları yükleyip, kavram anarşisine sebebiyet verilmeyecektir.

Buna karşılık, ülkemizdeki mevzuat, bu hususta tamamen kazuistik bir mahiyet arz etmektedir. Başta KİT'ler olmak üzere, bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının kuruluş veya personel rejimine ilişkin Kanunlarında, sözkonusu Kurum veya Kuruluş personelinin meselâ zimmet, irtikâp, rüşvet, genel olarak görevi kötüye kullanma, resmi evrakta sahtekârlık gibi suçları oluşturan fiilleri işlemleri halinde, "Devlet memuru" sayılacakları (19) ya da "Türk Ceza

---

(18) Ancak, hemen ifade etmek gerekir ki, sözkonusu 279. madde, maalesef, Türk Ceza Kanunu Öntasarısında, gerek (1.) Komisyonca Hazırlanan Metinde (Ankara 1987), gerek İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonucunda Hazırlanan Metinde (Ankara - Mart 1989) dili sadeleştirilerek aynen tekrarlanmıştır; mad. 4, b. 4. (Üstelik, sözkonusu hüküm hakkında gerekçede hiçbir açıklamada bulunulmamıştır.

(19) Meselâ 4792 s. Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu mad. 7: Kurumun memur ve hizmetlilerin Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasında Devlet memuru sayılır.

Ayrıca, Ceza Kanununun 3679 s. Kanunla değiştirilen 211. maddesinin 2. fıkrasına bkz.

1512 s. Noterlik Kanunu mad. 151: Noterler, ... görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı, eylemlerinin niteliğine göre Türk Ceza Kanununun Devlet memurlarına ait hükümleri uyarınca cezalandırılırlar.

Aynı Kanun mad. 152: (Noterlere, ...) karşı, ... görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işlenen suçlar hakkında Türk Ceza Kanununun Devlet memurları aleyhine işlenmiş ilişkin hükümleri uygulanır.

Keza, 4081 s. Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun 23. maddesine göre, bu Kanun çerçevesinde görevlendirilen kişilerin görevlerinden dolayı işledikleri suçlar hakkında Ceza Kanununun "memur"lara ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Ancak, 1136 s. Avukatlık Kanununun 57. maddesi avukatlara karşı işlenen suçların hakimlere karşı işlenen suç gibi telâkki edileceğini; buna karşılık, 62. maddesi ise, avukatın işlediği suçlardan sadece 'görevi ihmal' veya "kötüye kullanma" halinde CK'nun 230 veya 240 maddelerine göre cezalandırılacağını belirtmektedir.

Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı baplarındaki hükümler"e göre cezalandırılacakları (20) açıkça belirtilmiştir.

KİT'lere ilişkin mevzuattaki kazuistik hükmün etkisinde verilen 28.3.1945 tarih ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimi açısından halen önemli bir yeri haizdir (21). Sözkonusu İçtihadı Birleştirme Kararına göre, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan personel, "Devlet memuru" (daha doğru ifadeyle, kamu görevlisi ve dolayısıyla, "Ceza Hukuku uygulamasında memur") olarak telâkki edilemezler. Ancak, bu yarıya varılırken, ilginç bir gerekçe gösterilmiştir: "... Kanunda Devlet İktisadi Teşekkülleri mensuplarına Devlet memurlarına verilen cezaların verileceğinin yazılmış bulunması, bunların Devlet memuru sayılmamış olduklarına delil teşkil eder. Kanun kendilerini Devlet memuru telâkki etmiş olsaydı, (Devlet memurları hakkında tatbik edilen cezayı görürler) şeklinde bir hüküm sevketmek lüzumunu duymazdı" (22).

1936 yılında 3038 sayılı Kanunla 1930 İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilen 279. madde hükmünün ne anlama geldiğinin henüz anlaşılammış olduğu bir dönemde, 12.6.1937 tarih ve 3202 sayılı Ziraat Bankası Kanununa bir hüküm ithal edilmişti (mad. 54). Bu hükme göre, Ziraat Bankası personeli, Bankanın malvarlığına karşı veya bilanço vs. gibi belge ve defterleri üzerinde bir suç işlemesi halinde, "Devlet memurları hakkında tatbik edilen" hükümlere göre cezalandırılacaktır. Bu hüküm, bilahare 1938 yılında 3460 sayılı İktisadi Devlet Teşekküllerinin Teşkilât ve Murakabesi Hakkındaki Kanunun 43. maddesine aynen iktibas edilmişti (23). 279. madde an-

(20) Meselâ Kamu İktisadi Teşebbüsleri personel rejiminin düzenlenmesine ilişkin 22.1.1990 t. ve 399 s. Kanun Hükmünde Kararnamenin 3771 sayılı Kanunla kanunlaştırılan 11. maddesinin b bendi (Bu madde hükmü aşağıda tetkik edilirken, metin iktibas edilecektir).

1479 s. Bağ-Kur Kanunu mad. 7 : Kurumun görevlileri hakkında kamu iktisadi devlet teşekkülleri görevlilerine uygulanan yasalar uygulanır.

Ayrıca, Belediye personeline ilişkin olarak, 1580 s. Belediye Kanununun 102 ve 108. maddelerine bkz. Mevzuatımızda bu konuda hüküm ifade eden kanunlar hakkında toplu bilgi için bkz. Erman, Erman/Özeö, s. 11, dn. 7.

(21) Metin bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza - 2, Ankara, 1984 sh. 395 - 469.

(22) YİBEK Ceza - 2, sh. 466/467.

(23) KİT'nde istihdam edilen görevlilerin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin düzenlemenin tarihî gelişimini şu şekilde özetleyebiliriz :

1 — 3460 sayılı Kanunun 43. maddesi hükmü, bilahare 40 sayılı Kanunun 38. maddesinin 2. fıkrasına aktarılmıştır.

2 — 60 sayılı KHK (RG. : 20.5.1983) ve bu KHK'nin değiştirilerek kanunlaştırıldığı 19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı Kanun KİT'lerin çoğunluğunu aynı hukuki düzenlemeye tabi tutmanın yanı sıra: 48. maddesinde KİT personelinin cezal sorumluluk rejimini düzenlemiştir. 66. madde ile KİT'lerin eski kuruluş kanunlarında mevcut olan ve bu KHK'ye (Kanuna) aykırılık teşkil eden hükümler ve dolayısıyla, 440 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

3 — 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı KHK (RG. : 18.6.1984/18435) ile 2929 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (mad. 63). 233 sayılı KHK'nin 47. maddesinin 1 ve 2. bentleriyle getirilen düzenleme, KİT personelinin cezal sorumluluk alanını aşırı ölçüde genişletmiştir.

4 — 5.1.1988 tarih ve 308 sayılı KHK'nin (RG. : 18.1.1988/19698) 8. maddesi ile 233 sayılı KHK'nin cezal sorumluluk rejimine ilişkin 47. maddesi değiştirilmiş ve cezal sorumluluk, maddenin sadece B bendinde düzenlenmiştir :

“Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdür, yönetim kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli;...

b) Teşebbüslerin, müesseselerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır”.

5 — 22.1.1990 tarih ve 399 sayılı KHK (RG. : 29.1.1990/20407 -Mükerrer-), 233 sayılı KHK'yi yürürlükten kaldırarak (mad. 59); bu KHK'nin 308 sayılı KHK ile değiştirilen 47. maddesi hükmünü (A ve B bentlerini) aynen iktibas etmiştir (mad. 11).

6 — Ancak, Anayasa Mahkemesi, 4.4.1991 tarih ve E. 1990/12, K 1991/7 sayılı Kararı ile, sözkonusu 11. maddenin B bendini, bir “ceza hükmü” ihtiva etmesi itibarıyla, Anayasa'nın KHK'lerle ceza hükmü getirilmesinin yasaklandığı 38 ve 91. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle, iptal etmiştir (RG : 13.8.1991/20959).

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra KİT personelinin cezal sorumluluk rejimi hususunda meydana gelen bir düzenleme boşluğu karşısında; Yargıtay Ceza Dairelerinin ve hatta, aynı Ceza Dairesinin kararları arasında bu konuda yorum farklılıkları ortaya çıkmıştır (Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.15.1991 tarih ve 2905/4279 sayılı Kararı için bkz. Erman, Erman/Özek, sh. 9, dn. 4. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.10.1991 tarih ve 290/475 sayılı Kararı için bkz, aynı eser, sh. 10, dn. 5. Aynı Dairenin farklı sonuca varan diğer bir Kararı (24.12.1991 t., 16967/8054 s. Karar) ve özellikle bu Karara “Karşıoy” yazıları hakkında bkz. aynı eser, sh. 486, dn. 10).

7 — Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı üzerine KİT personelinin cezal sorumluluk rejimi hakkında ortaya çıkan düzenleme boşluğu, 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanununun (RG. : 11.2.1992/21139) 3. maddesi ile, iptalden önceki şeklienden daha geniş kapsamlı olarak formüle edilmek suretiyle 399 sayılı KHK'nin 11. maddesinin B bendine yeniden hayatıyet kazandırılmıştır. 399 sayılı KHK'nin 11. maddesinin B bendi sözkonusu Kanunla kanunlaştırılmıştır. Bu madde hükmü çalışmamızda metin içinde aşağıda aynen iktibas edilmiştir.

lamında kamu görevi - kamu hizmeti ayırımının henüz tam olarak anlaşılmadığı bir dönemde (24), KİT personelinin kamu görevi "görmediği"nin ve dolayısıyla, "Ceza Hukuku uygulamasında memur sayılmadığı"nın şuurunda olarak böyle bir hükmün Kanuna dahil edildiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, bu husus, KİT personelinin "Devlet memuru" sayılmayacağı doğrultusundaki İçti-hadî Birleştirme Kararının yukarıda zikrettiğimiz gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır.

Halen yürürlükte olan 399 sayılı KHK'nin 11. maddesindeki KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin hüküm, 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanun (RG.: 11.2.1992/21139) ile kanunlaştırılan şekliyle aynen şöyledir :

"Madde 11 — Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli; ...

b) Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hük-mündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile, bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altınca baplarındaki hükümler uygulanır".

KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin 399 sayılı KHK'nin 11. maddesindeki hükmün şahıs olarak uygulama alanı oldukça geniş tutulmuştur : "Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların ... HER ÇEŞİT PERSONELİ" "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacaklardır. Buradaki personel kavramına, bu kurumlarda çalışan işçileri de dahil etmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla, meselâ bir Tekel işçisini zimmet, irtikâp, rüşvet gibi ancak kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlardan dolayı FAIL(!) olarak sorumlu tutmak mümkün olabilecektir. Çünkü, bu kimseler de "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılmaktadırlar. Nitekim, 5. CD., bir Tekel kuruluşunda taşıyıcı işçi olarak çalışan bir şahsın, memur olan diğer suç ortaklarıyla birlikte, zimmet suçunun "asli iştirakçisi", daha doğru ifadeyle, müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir (25).

(24) Bu hususta bkz. YİBK, Ceza - 2, sh. 433, 444/445; ayrıca Erman, Sahte-kârlık... no. 254, dn. 246.

(25) 12.9.1986 tarih ve 4702/3496 sayılı Karar (YK DŞubat 1987, sh. 295/296).

Diğer bir problem, KİT personelinin işledikleri hangi türden suçlardan dolayı "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacakları hususuna mütealliktir. Uygulamada bu konuda farklı görüşleri sürmüştür :

KİT personelinin hangi suçlardan dolayı "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacakları meselesinde, işlenen suçun "ancak taallük etti(ğ)i eşyaya ve kıymetlere" bakmak gerekecektir. Bu suçların kasten işlenmesinin yanısıra, ayrıca (meselâ görevi kötüye kullanma suçu açısından) ihmali davranışla mı, yoksa icrai davranışla mı işlendiklerini araştırmaya gerek yoktur (26).

KİT personelinin "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılması için, işlenen fiilin Teşebbüsün mali zararına sebebiyet verecek mahiyetteki "Devlet İdaresi aleyhine" işlenmiş bir suçu oluşturması gerekir. Bu suçlar tadadi olarak gösterilmemişlerdir. Zimmet, irtikâp rüşvet, müzayedeye fesat karıştırmak vs. gibi "amme hukukuyla" ilgili suçlar olmalıdırlar (27).

Teşebbüsün malvarlığı aleyhine işlenen kasdi cürüm Ceza Kanununun hangi babına girerse girsin, bu suçu işleyen Teşebbüs personeli "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacaklardır. Bunun içerisine, Teşebbüsün malvarlığına zarar veren ve ancak icrai olarak işlenen görevi kötüye kullanma fiilleri girer (28).

Ancak Teşebbüsün malvarlığına zarar veren tahrifat, sehtekârlık vs. gibi kasden ve icrai olarak işlenen suçlardan dolayı bu personel "memur gibi" cezalandırılacaktır (29).

Teşebbüsün malvarlığına zarar veren veya belge ve defterleri üzerinde işlenen görevi kötüye kullanma fiilleri dolayısıyla da KİT personeli kamu görevlisi sayılacaktır (30).

KİT personelinin işleyeceği görevi kötüye kullanma fiilinin suç olabilmesi ve bu nedenle kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesi için, bu fiil nedeniyle Teşebbüsün zarara sokulması gerekir (31).

(26) Mezkûr İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK, Ceza - 2, sh. 467).

(27) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, sh. 411/412).

(28) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 461).

(29) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 465).

(30) CGK. 8.6.1981, 4-150/223 (Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, c. 11, 3. bası, Ankara (tarih yok), sh. 1000).

(31) CGK. 8.6.1981, 4-150/223 (Çağlayan 11, 999); CGK'nun 27.2.1989 tarih ve 4-10/69 sayılı Kararına muhalefet şerhi (YKD Temmuz 1989, sh. 1024/1025), Erman, Erman/Özek, sh. 68.

KİT personelinin görevi kötüye kullanmak suretiyle Teşebbüsün malvarlığına zarar vermiş olsa bile, bu fiilin "maddede sayılan belgelerle" işlenmemesi halinde; bu kişi, Teşebbüse karşı ancak malen sorumlu olur, "TCY.nın 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu"na göre sorumlu tutulamayacaktır. Böyle bir fiil, ancak disiplin kovuşturmasını gerektiren idarî bir tasarruftur (32).

Bu izahlar dikkate alınırca, bazı ilginç sonuçlara varılacaktır: Meselâ bir KİT Genel Müdürünün yapılması gereken bir işi yapmak için rüşvet alması halinde, ne Teşebbüsün malvarlığına bir zarar ika edilmekte, ne de bahsedilen belge ve defterlerde bir tahrifat yapılmaktadır. Böyle bir durumda diyebilecek miyiz ki, Genel Müdür bu fiilinden dolayı "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılmayacaktır ve dolayısıyla, rüşvet (alma) suçu nedeniyle bu kişiyi cezalandıramayacağız?

Kanaatimizce, 399 sayılı KHK'nin 3771 sayılı Kanunla kanunlaşan yeni 11. maddesinin B bendinin düzenlemesi itibarıyla, KİT personelinin "İFA ETTİKLERİ GÖREVLERİNDEN DOĞAN" HER TÜR- LÜ SUÇtan dolayı "memur sayılacaklarına" göre; yukarıdan beri naklettiğimiz görüşlerin artık bir geçerliliği kalmamıştır. İşlenen suçun KİT personelinin ifa ettiği görevle alâkalı olması, başka herhangi bir hususun araştırılmasına gerek olmaksızın, bu personelin Ceza Hukuku uygulamasında "memur sayılması" için yeterli olacaktır.

Kamu görevi kavramına ilişkin olarak yukarıda bulunduğumuz izahlar çerçevesinde KİT'lerin yürüttüğü faaliyetin bir değerlendirilmesini yapmak gerekir:

KİT'lerin Kamu Kurumu olarak kabulünde ölçü, bunların sermayesinin Devlete ait olması değildir (33). Dolayısıyla, sermayesinin tamamının veya bir kısmının Devlete ait olması, bir Teşekküle Kamu Kurumu niteliğini kazandırmaz. Bu Teşekküllere Kamu Kurumu niteliği kazandıran, yürüttükleri faaliyetin, iktisadî ve ticarî alana müdahalenin mahiyetidir, bu Teşekküllerin hukukî bünyesidir. Söz konusu Teşekküllerin alelade kazanç temini maksadı yoktur; kamu menfaatinin zorunlu kıldığı sahalarda -ki bu, siyasi ter- cihle belirlenir- faaliyet göstermektedir (34). Bu Teşekküller, Kamu Hukuku tasarrufuyla (meselâ Kanunla) kuruldukları gibi, faaliyet-

(32) CGK. 27.2.1989, 4-10/69 (YKD Temmuz 1989, sh. 1021 vd. [1023/1024]).

(33) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 402).

(34) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 423, 427).

leri de sadece Özel Hukuk hükümlerine tabi değildir (35). Bu Teşekküllerin Genel Müdür, Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu Üyeleri gibi personeli de Kamu Hukuku usulüne göre tayin edilmektedirler. Her ne kadar sundukları kamu hizmeti, bu hizmetten yararlananlarla olan ilişkiler itibarıyla Özel Hukuk hükümlerinin hakim olduğu bir faaliyet görünümünü arzetseler de; iç idareleri bakımından "biri Devlet müessesesi gibi" (36) işlemektedirler. Her ne kadar sınaî ve iktisadî sahada faaliyet göstermekteyseler de; KİT'lerin yönetiminde genel idarî usuller uygulanmaktadır. Bu Teşekküllerin iç işleyişi klasik bir Devlet dairesi görünümünü arz etmektedir (37). Nitekim, Anayasada KİT'lerin işleyişinde "genel idare esasları"nın uygulanabileceğine imkân tanınmıştır (1982 Any. mad. 128, f. 1). Bu durum karşısında, kanaatimizce, bir KİT'nün işleyişine Kamu Hukuku usulüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisi kabul edilmelidir. Nitekim, bu düşüncemiz, Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 tarih ve 5/55 sayılı Kararında da açıkça teyid edilmektedir (RG.: 25.7.1989/20232, sh. 23 vd. [47] (38)). Bu görüşümüz, KİT'lere halen hakim olan yönetim rejimi açısından savunulabilir. Özellikle günümüzdeki siyasî eğitim nedeniyle, KİT'lerin işleyiş biçiminde Özel Hukuk hükümlerinin mer'iyet kazanması gerektiği savunulmaktadır. Bu anlayışa göre, KİT personelinin hepsinin gerek üretim süreci içindeki statülerinde, gerek teşebbüs ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde tamamen Özel Hukuk hükümleri geçerli olacaktır (39). Bu durumda sözkonusu personelin kamu görevlisi olarak telâkki edilemeyeceği evleviyetle söylenmelidir.

**SONUÇ** olarak diyebiliriz ki; kamu görevi kavramına mahiyet itibarıyla yukarıda verdiğimiz anlam karşısında, artık ne 279. maddede anlamında bir hükmün Ceza Kanununa dercedilmesine, ne de yukarıda örneklerini verdiğimiz bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının kuruluş veya personel rejimine ilişkin Kanunlarında kazuis-

---

(35) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 427).

(36) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 428).

(37) Özay, İl Han : Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Dramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 5 (Aralık-1984), sh. 95, 97, 103, 104.

(38) Ancak, Yargıtay. fiilen kurulmuş, "Çimento Sanayi Türkiye Anonim Ortaklığı" adı altında faaliyet gösteren bir KİT'nün Genel Müdürlüğü görevini yürüten şahsı, sözkonusu Teşebbüsün "henüz kuruluş yasası bulunma"dığı gerekçesiyle, "Devlet memuru" saymamıştır, ki bu Kararda, sözkonusu Teşebbüsün bir KİT olduğu açıkça itiraf edilmektedir (CGK. 8.6.1981, 4-150/223 [Çağlayan 11, 998-1000]).

(39) Bkz. Özay, 102/103.

tik (40) olarak yer verilen bu Kurum veya Kuruluş personelinin “Ceza Hukuku uygulamasında memur” sayılacağına ilişkin hükümlere gerek vardır.

Muşahhas olayımıza gelince; SSK. ... Hastahanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu üyesi olan T, bir kamu faaliyeti olan sağlık hizmetlerinin yürütü-müne Kamu Hukuku usûlüne göre iştirak eden bir kamu görevlisidir. 4792 s. Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 7. maddesinde “Kurumun memur ve hizmetlileri Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasında Devlet memuru sayılır” hükmüne yer vermiştir. Ancak, sözkonusu Kanunda bu hüküm olmasa bile, yukarıda izah ettiğimiz kıstas esas alındığında, T'nin bir kamu görevlisi ve özel yükümlülük altında bulunan bir kişi olduğu açıkça anlaşılacaktır.

## II — YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINA İŞTİRAK

Kamu görevlisi, kamu faaliyetine iştirak etmekle, bir Kamu Hukuku yükümlülüğü altına girmiştir ve dolayısıyla, bu görevi icra ederken, sözkonusu yükümlülüğe uygun hareket etmek zorundadır. Bu yükümlülük, Ceza Hukuku normlarına takaddüm eden ve diğer Hukuk alanlarından (olayımızda, İdare Hukukundan) kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün muayyen tarzda ihlâli, Ceza Kanunlarında suç olarak tarif edilmiştir. Örneğin rüşvet, irtikâp, zimmet gibi suçlar birer **yükümlülük suçlarıdır** (=Pflichtdelikte) (41). Bu suçlarda, özel yükümlülük altındaki şahısla işlenen fiilin haksızlık muhtevası arasında özel bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla, bu suçların işlenişinde **fail** olabilmek için, mutlaka **özel yükümlülük**

(40) Mevzuatın bu kazuistik mahiyeti dolayısıyladır ki; bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının personel rejimine ilişkin mevzuatta hüküm bulunmadığı için (!); ilgili Kurum veya Kuruluşun mahiyeti itibarıyla kamu görevlisi olan personeli, Yargıtay'ca “Ceza Hukuku uygulamasında memur” kabul edilmemiştir. Meselâ Yüksek Öğretim Kredi ve Yurtlar Kurumu memurları, “Ceza Hukuku uygulamasında memur sayılmamışlardır (4. CD. 20.5.1981, 3031/3376 [Çağlayan 11, 1014]. Aynı şekilde, Yargıtay'ca, “Kızılay Cemiyetinin memur ve müstahdemlerinin (Ceza Hukuku uygulamasında) memur sayılmayacaklarına taalluk eden itirazlar yerinde” görülmemiştir (1. CD. 11.2.1942 [nakleden : Polatcan, sh. 52, dn. 35]). Keza, İş ve İşçi Bulma Kurumu Kanununda bu hususa ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, İş ve İşçi Bulma Kurumu plâsman memurunun kamu görevlisi ve dolayısıyla, “Ceza Hukuku uygulamasında memur” olarak kabul etmiştir (6. CD. 28.6.1983, 4446/6012 [Çağlayan 11, 782]).

(41) Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 133 vd. Bu itibarla, Ceza Hukukunda artık “mahsus suç”, “özü suç” (=die “Sonderdelikte”) kavramlarının kullanılmasına gerek olmayacaktır.



altında bir kişi (intraeus) olmak gerekir. Özel yükümlülük altında olmayan bir şahıs (extraneus), ancak özel yükümlülük altındaki şahsın fail olarak işleyebileceği yükümlülük suçuna sadece şerik (azmettiren veya yardımında bulunan) olarak iştirak edebilir. Suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyeti ne olursa olsun, özel yükümlülük altında bulunmayan kişinin, bu yükümlülük suçunun işlenişinden dolayı sorumluluğu tali derecede, yani şerik olarak, sorumluluktur (42). Kamu görevini kötüye kullanma suçu da bir yükümlülük suçudur. Binaenaleyh, fovevi kötüye kullanma suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir.

Özel yükümlülüğün ihlâlinin sözkonusu olduğu bu suçlarda, Kanun prensip itibarıyla bu suçun işleniş tarzını muayyen bir fiil olarak tarih etmiştir. Öyle ki; özel yükümlülük altındaki kişi, ancak bu tarife uygun muayyen fiilin işleniş üzerinde hakimiyet kurması halinde, bu suçun işlenişinden fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Suçun işlenişine iştirak etmekle beraber, özel yükümlülük altındaki kişi, şayet haksızlık (suç) teşkil eden bu muayyen fiilin işleniş üzerinde (müşterek) hakimiyet kuramamaktaysa, özel yükümlülük altındaki diğer şahsın/shahısların işlediği yükümlülük suçuna ancak şerik olarak iştiraktan dolayı sorumlu tutulacaktır (43).

Ancak, özel yükümlülüğün sözkonusu olduğu bazı hallerde, Kanun bu yükümlülüğü ihlâl eden muayyen bir fiili tarif etmekten sarfınazar edebilir. Bu durumda sözkonusu özel yükümlülüğün mücerret bir şekilde ihlâli, yükümlülük suçunun oluşması için kifayet eder. Bu suçlar, icrai bir davranışla işlenebileceği gibi, yükümlülüğün gerekli kıldığı bir fiili gerçekleştirmemek, yani ihmal suretiyle de işlenebilir. Bu tür yükümlülük suçlarında failin tayininde sadece özel yükümlülüğün ihlâli rol oynayacaktır. Suçun işlenişine bulunan iştirak katkısı, fiil üzerindeki hakimiyet failin tayininde bir fonksiyonu haiz değildir. Bu itibarla, sözkonusu suçlarda özel yükümlülük altındaki şahsın şerik olması düşünülemez. Genel, tali, tamamlayıcı bir mahiyet arzeden kamu görevinin kötüye kullanılması suçu, bu suçlara örnek teşkil etmektedir. Her ne kadar Kanunda "görevi ihmal" (mad. 230) ve "görevi kötüye kullanma" (mad. 240) diye iki ayrı suç tipine yer verilmişse de, de legé ferenda (olması ge-

(42) Şeriklik halinde işlenen haksızlıktan sorumluluğun hukuki esasını izah eden bağılık prensibi ve bu prensibin çifte fonksiyonu hakkında bkz. Özgenc, Doktora Tezi, 126 vd.

(43) Bkz. Özgenc, Doktora Tezi, 135.

reken Hukuk sistemi açısından) böyle bir ayırma gerek yoktur (44, 45).

(44) Özgenç, Doktora Tezi, sh. 136, dn. 26. Aslında bütün yükümlülük suçlarında bir ihmali davranış sözkonusudur. Kişi, özel yükümlülüğün gerekli kıldığı şekilde davranmamıştır. Fakat, genellikle bu suçlarda, bu özel yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yanısıra, ayrıca yine bu yükümlülüğe aykırı icrafı bir davranışta bulunulmaktadır.

(45) Yargıtay da, bazı Kararlarında, daha ziyade Kanunda yer almayan bazı saiklerle, Ceza Kanunundaki anlamları itibarıyla "görevi ihmal" ile "görevi kötüye kullanma"yı birbirini yerine ikame edebilmektedir.

Bir olayda bu hususa müteallik olarak Yargıtay, şu şekilde karar vermiştir: Sandık başına gelemeyecek kadar yaşlı olan iki seçmene vekâleten bir başkasının oy kullanmasına müsaade eden ve bu hususu da bir tutanakla belgeleyen Sandık Kurulu Başkan ve Üyelerinin "... gerekli ve özeni göstermeyerek. ... görevlerini savsakladıkları sabit olmakla. ... TCK-nun 230. maddesi uyarınca cezalandırılmaları" gerekir (8. CD. 22.2.1985, 332/868 [YKD Eylül 1985, sh. 1401-1403]).

Yargıtay, önce bu Kararında taksirle ihmali birbirine karıştırmıştır. Taksirli bir fiile haksızlık muhtevasını kazandıran objektif itina mükellefiyetine aykırı davranış, Karardaki ifadeyle, "gerekli dikkat ve özeni(n) göster"ilmemesi, görevi ihmalin bir sebebi veya bir görevi ihmal tarzı olarak gösterilmiştir. Hemen ifade etmek gerekir ki; ister ihmali ister icrafı olsun, görevin gereklerine aykırı bir davranış, taksirle de gerçekleştirilebilir. Fakat, böyle bir durum, Ceza Hukukunun müdahale edeceği bir haksızlık değildir.

İkinci olarak, Karara konu teşkil eden olayda bir ihmali sözkonusu değildir. Sandık Kurulu Başkan ve Üyeleri, bu iki kişinin oyunun kullanılabilmesi için gerekli bütün kolaylığı göstermişlerdir; bu iki kişiden vekâlet alınmasını ve oylarının hangi istikamette kullanılacağını kendilerinden sorulmasını istemişlerdir. Bu minvalde de oy kullanılmış ve bu husus tutanağa dercedilmiştir. Bytün bu davranışlarını icrafı davranışlar olduğu muhakkaktır.

Ancak, bu tarzda görevlerinin gereklerine aykırı hareket eden kişilerin, icra ettikleri görevin gerekli kıldığı mevzuat bilgisiyle donanmış olup olmadıkları tartışılabilir. Hadisenin cereyan tarzından böyle bir uygulamada bulunan Sandık Kurulu Başkan ve Üyelerinin vekâleten oy kullanılmayacağını (298 s. Seçim Kanunu, md. 2) ve dolayısıyla, seçim mevzuatını layıkıyla bilmedikleri sonucuna varılabilir. Bu durumda işledikleri fiil açısından kişilerin kasdının varlığında te-reddüt edilemez. Yani, kişiler, fiilin işlenişi itibarıyla kasden hareket etmişlerdir. Ancak, kasden işledikleri bu fiilin hukuk düzenine aykırı olduğunu bilmemektedirler. Bu yön de, failerin sadece kusuruna mütealliktir; yani, işledikleri fiilin mer'î hukuk düzenine uygun olup olmadığı konusundaki bilgiye, suura müteallik bir husustur (: İşlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğine, bu kuka aykırı olduğuna dair yanılı) Fakat, Yargıtay, bu husustaki bilgiyi de kasda dahil etmektedir. Yargıtay'a göre, bu iki yaşlı kişiye vekâleten oy kullanan şahsın, "suç kastının gerçekleşmediği" gerekçesiyle, beraat ettirilmesi icab ederdi. Bu anlayışın, yanılı ve iştirake ilişkin meselelerin çözümünde ortaya çıkaracağı güçlükler nedeniyle (bu konuda bkz.

Bu teorik açıklamalarımız ışığında Karara konu teşkil eden olayı şu şekilde değerlendirmekteyiz.

T, bir kamu görevlisidir ve dolayısıyla, özel yükümlülük altında bulunan bir şahıstır (intra-neus). Buna karşılık, A, özel yükümlülük altında bulunan bir şahıs değildir (extra-neus). Binaenaleyh, A'nın ancak kamu görevlilerinin işleyebileceği yükümlülük suçuna (örneğin müşterek) fail olarak iştiraki mümkün değildir. A, böyle bir suça ancak şerik (azmettiren veya yardımcı bulunan) olarak iştirak edebilir.

Bu itibarla, 5. CD'nin (ve aynı zamanda C. Başsavcılığı'nın), kamu görevlisi olmaması nedeniyle, A'nın işlenen özel yükümlülük suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulamayacağı doğrultusundaki görüşü isabetli değildir.

Esas Mahkemesi ise, A'nın kamu görevlisi T'yi yükümlülük suçunu işlemeye "azmettirmek"ten dolayı sorumlu tutulması gerektiği fikrinde-dir. Teorik olarak, yani özel yükümlülük altındaki bir şahsın işleyebileceği bir yükümlülük suçuna extra-neusun azmettiren olarak iştirak edebileceği nokta-i nazarında, bu görüş doğrudur. Ancak, olayda azmettiren A değildir. Suçun işlenmesi konusundaki fikir ve suç planı T'den sadır olmuştur. Nitekim Kararda zikredilen T'ye ait şu sözler T'nin azmettiren olduğunu ortaya koymaktadır: "... kendine ait olana daha düşük fiyat yaz, ihaleyi sana yaparız, sen de toptancılardan temin edeceğin gıda maddelerini hastaneye teslim eder, parayı alırsın" (46). Bundan çıkaracağımız sonuç, A'nın azmettiren olmadığıdır. T, suç planını hazırlamak ve kendi işleyeceği suça A'yı iştirak etmeye azmettirmenin yanısıra, suçun icrası üzerinde de (müşterek) hakimiyet kurmuştur. A'nın düzenlediği teklif

Özgüç, Doktora Tezi, 171-180, 185-191), kabulü mümkün değildir.

Sandık Kurulu Başkan ve Üyelerinin işlenen fiil açısından kasden hareket ettiklerini kabul etmemizin yanısıra, icra ettikleri kamu görevinin gerekli kıldığı mevzuat bilgisinden yoksun olmalarında kusurlu oldukları kanaatindeyiz. Sandık Kurulunda başkanlık veya üyelik görevi yapan herkesin, mevzuatın vekâleten oy kullanılmasına müsaade etmediğini, bilmesi gerekir. Binaenaleyh, sözkonusu şahısların bu konudaki bilgisizliği, yanılığsı kaçınılabilir, yani kusurlu bir bilgisizliktir, yanılığdır. Yargıtay'ın Kararda kullandığı "gerekli dikkat ve özeni(n) gösteri"ilmemesi ifadesini, bu faaliyete ilişkin mevzuat bilgisine hamletmek gerekir.

Ancak, bu şekildeki bilgisizliğin, yanılığının, halen mer'î Ceza Kanununun 44. maddesi karşısında, kişinin sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisi mevcut değildir.

(46) Ancak, T'nin bu azmettirmesi, faili azmettirme olarak değil, kişiyi bir başkasının (azmettirenin) işleyeceği suça yardımcı bulunmaya azmettirme olarak anlaşılmalıdır.

mektuplarını Satınalma Komisyonu üyesi olan T, bizzat alarak Komisyona intikal ettirmiş ve göstermelik bu ihaleyi A'nın kazanmasını sağlamıştır. Her ne kadar A da sözkonusu teklif mektuplarını düzenlemek ve Komisyona havale etmekle fiil üzerinde (müşterek) hakimiyet kurmuşsa da, özel yükümlülük altında olan bir şahıs (kamu görevlisi) olmadığı için, suçun işlenişine bulunduğu katkı ne olursa olsun, işlenen bu yükümlülük suçuna ancak şerik (yardımda bulunan) olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu itibarla, sözkonusu yükümlülük suçunun faili sadece T'dir (47). A ise, T'nin işlediği yükümlülük suçuna şerik (yardımda bulunan) olarak iştiraktan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Bu izahlarımıza göre, ne Esas Mahkemesinin, ne de Ceza Genel Kurulunun görüşleri doğrudur (48).

(47) T'nin ayrıca A'yı kendi işleyeceği suça yardımda bulunmaya azmettirmekten dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Çünkü, bu-rada bir asıl-tali norm ilişkisi mevcuttur. Failiğin şerikliğe göre asillliği prensibi gereğince, T, işlenen suçtan dolayı sadece fail olarak sorumlu tutulacaktır (bkz. İçel, Suçların İçtimalı, İstanbul, 1972, sh. 214).

(48) Ayrıca, işlenen fiilin nitelendirilmesinin doğru olup olmadığı da tetkik edilmelidir. Kararda, yapılan sözkonusu göstermelik ihaleyle T ve A'nın "idareyi zarara soktukları" belirtilmektedir. Dolayısıyla, T ve/veya A, bu göstermelik ihaleyle haksız bir kazanç elde etmiş(ler)dir. Bu itibarla, olayda, genel olarak görevi kötüye kullanma suçundan ziyade, zimmet (ve bu suçun bir özel şekli olan "Devlet Alım-Satımına Fesat Karıştırma" -CK. mad. 205-) suçunun oluştuğu kabul edilmeliydi.

Görevi kötüye kullanma suçu genel, tali, tamamlayıcı bir yükümlülük suçudur. Bir başka ifadeyle, Kanunda suç olarak tarif edilen muayyen tarz-daki fiillerin dışında kalan yükümlülüğe aykırılıklar, kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadırlar. Bu nedenle, sözkonusu suçur alanı oldukça geniş tutulmakta ve Ceza Hukukunun kamu görevlisi - Devlet arasındaki ilişkiye çok sık şekilde müdahale etmesini gerekli kılmaktadır. Halbuki bu tarz bir düzenleme, Muhakeme Hukuku sahasında kamu görevlileri açısından iltimas mahiyeti arzeden hükümler (Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun) karşısında bir çelişki arzetmektedir. İcraı veya ihmali davranışla olsun, görevin kötüye kullanılmasına Ceza Hukukunun müdahale edebilmesi için, kanaatimizce, bu kötüye kulanma sebebiyle Kamu Otoritesi veya üçüncü kişiler aleyhine bir zararın doğması gerekir. Ancak dikkat edilmelidir ki; görevi kötüye kullanma nedeniyle Kamu Otoritesi veya üçüncü kişiler aleyhine bir zararın meydana gelmesine karşılık, kamu görevlisinin kendisi veya bir başkası lehine haksız bir menfaatin oluşmaması gerekir. Buna karşılık, görevin mücerret bir şekilde kötüye kullanılması ise, kanaatimizce Ceza Hukukunun müdahale edeceği bir alan olmayıp, kurum içi disiplini ilgilendiren bir husus olarak kabul edilmelidir.