

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN, E.2021/43,
K.2021/287 SAYILI VE 17.06.2021 TARİHLİ KARARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ: AVUKATIN KAMU GÖREVLİSİ OLARAK
GÖRÜLMESİ MESELESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME**

*Review Of Assembly Of Criminal Chamber Of The Court Of Cassation’s
Decision Dated 17.06.2021 And 2021/43-2021/287: An Examination On
The Lawyer’s Being Considered As A Public Official*

Osman Gazi ÜNAL*

Özet

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararına göre, avukat, müvekkilinin alacağını tahsil etmiştir. Tahsil edilmesine rağmen avukat, bu alacağı müvekkiline tevdi etmemiştir. Bu durumda avukatın cezai sorumluluğunu mütalaa etmek gerekir. Öncelikle burada, avukatın kamu görevlisi olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili bir soruna işaret edilmelidir. Avukat ile müvekkil arasında kurulan ilişkinin, kamu hukuku temelli mi yoksa özel hukuk temelli olduğu bu sorunla bağlantılıdır. Dolayısıyla bu çalışmada avukatın, zimmet suçundan mı yoksa güveni kötüye kullanma suçundan mı cezalandırılacağı sorusuna cevap aranmıştır. Akabinde müvekkil, ilgili alacağı cebri icra yoluyla tahsil etse bile avukatın etkin pişmanlıktan yararlanıp yararlanamayacağı konusuna da değinilmiştir. Çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararı haricinde, konuyla ilgili diğer kararları da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Kamu Görevlisi, Zimmet, Güveni Kötüye Kullanma ve Etkin Pişmanlık

Abstract

According to this decision of the Assembly of Criminal Chamber of the Court of Cassation, the lawyer has collected the client’s receivables. Although it has been collected, the lawyer has not transferred this receivable to the client. In this situation it is necessary to consider the criminal liability of the lawyer. Primarily in here, a problem should be pointed out about whether the lawyer may be accepted as a public official or not. Whether the relationship between the lawyer and client is based on public law or private law is related to this problem. Therefore, in this study, answer

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı,

e-posta: osman.unal@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3101-0645.

to the question of whether the lawyer will be punished for embezzlement or abuse of trust, has been sought. Afterwards, it has been mentioned whether the lawyer will benefit from effective remorse, even if the client collects relevant receivable by way of compulsory enforcement. In this study, apart from this decision of Assembly of Criminal Chamber of the Court of Cassation, other decisions on the subject have been examined.

Keywords: Lawyer, Public Official, Embezzlement, Abuse Of Trust and Effective Remorse.

GİRİŞ

Avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsil ettiği paranın, alacaklı olan müvekkiline ödenmemesinin ceza hukuku sorumluluğuna dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının değerlendirilmesidir.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2021/43, K.2021/287 sayılı ve 17.06.2021 tarihli kararına konu teşkil eden olayda; A, 02.03.1994 tarihinden itibaren avukatlık mesleğini ifa etmektedir. Avukat A, müvekkili B adına, Karayolları Genel Müdürlüğü'ne karşı kamulaştırma bedelinin artırılmasına dair Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açar. Dosya üzerinden mahkeme, kısmen kabul kısmen ret kararını verir. Bu karar temyiz kanun yoluna konu olur. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nce 19.03.2009 tarih ve 450-4304 sayı ile ilgili karar onanır. Dosyanın kesinleşmesi üzerine Avukat A, müvekkili B lehine Karayolları Genel Müdürlüğü'ne yönelik faiziyle birlikte toplam 748.660,54TL'lik alacak için Beyoğlu İcra Müdürlüğüne müracaat ederek üzerinden icra takibinde bulunmuştur. Bu icra takibi neticesinde, 10.05.2010 tarih 2455 sayılı reddiyat makbuzu ile avukat A'ya icra vekâlet ücreti olarak 44.379TL; vekâletnamede bulunan ahzu kabz yetkisine dayanarak yine aynı tarih ve 2456 sayılı reddiyat makbuzu ile 747.905,76TL ödenmiş olur.

B, ahzu kabz yetkisine istinaden tahsil edilen bu paranın kendisine yaklaşık üç yıldır ödenmediğini ve toplam zararının 1.200.000,00TL civarında olduğunu belirterek suç duyurusunda bulunmuştur. Akabinde B; A aleyhine, 21.05.2014 tarihinde 1.231.593,00 TL tutarı üzerinden ilamsız takiplere ilişkin ödeme emrinin düzenlenmesi için Çorlu İcra Dairesi'ne talep evrakını sunmuştur. Açılan takip sonucunda A, B'ye 601.462,90 TL öder.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

İlk derece mahkemesi, avukat A'nın TCK'nın m. 247, f. 1, m. 248, f. 2, m. 62 ve m. 53, f. 1 ve f. 5. hükümleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna karar vermiştir. İlgili hükümler uyarınca ilk derece mahkemesi, avukatın zimmet suçunu işlediği yönünde karar vermiştir. Ayrıca paranın bir kısmının ödenmesi bağlamında etkin pişmanlık hükümlerini tatbik ederek cezada indirim yapmıştır.

İlk derece mahkemesine sunulan 27.11.2015 tarihli bilirkişi raporu oldukça dikkat çekicidir:

*“...Sanığın takip ettiği hukuk davası ilamını icra takibine konu ederek hem icra dairesi tarafından hesabına yatırılan 37.659 TL vekâlet ücretine, hem de tahsil edilen tutardan takip giderleri ile faiz dahil akdi vekâlet ücreti düşüldükten sonra kalan tutarın %10-20'si arasında hesap edilecek akdi vekâlet ücretine hak kazandığı, **sanığın katılana iadesi gereken en düşük meblağın müvekkil adına tahsil edilen 747.905,76 TL, en düşük avukatlık ücretinin 144.124,04 TL, iadesi gereken en yüksek tutarın 603.781,72 TL olduğu, sanığın katılana iadesi gereken en düşük meblağın ise müvekkil adına tahsil edilen 747.905,76 TL, en düşük avukatlık ücretinin 247.291,89 TL, iadesi gereken en düşük tutarın ise 500.613,87 TL olduğu***

Anlaşılmaktadır.”

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 17.09.2020 tarih ve 9173-12292 sayı ile;

“Sanığın suça konu zimmet miktarını cebri icra yoluyla ödediği, gönüllü ödemedede bulunmadığı, buna bağlı olarak da yasal şartları oluşmadığı hâlde hakkında TCK'nın 248. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanması,

Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarihli ve 2014/140 esas, 2015/85 sayılı kararının 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması nedeniyle TCK'nın 53/1. maddesiyle ilgili olarak yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması, TCK'nın 53/1-e maddesindeki hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle atılı suçu işleyen sanık hakkında aynı Kanun'un 53/5. maddesi uyarınca, ayrıca, cezasının infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkileri kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi yerine sadece ‘...avukatlık mesleğini yapmaktan yasaklanmasına’ şeklinde sınırlı uygulama yapılması”

gereçekleriyle ilk derece mahkemesinin kararını oy çokluğu ile bozmuştur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin hak yoksunluklarına ilişkin açıklamaları bir yana, somut olayda avukatın işlemiş olduğu suçun zimmet suçu olduğuna vurgu yapılmıştır.

Karşı oy yazısında:

“Yasa koyucu tarafından Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi iptal edilerek bu hükmün yerine, işledikleri her eylem açısından avukatların zaten TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olarak kabul edileceklerinden bahisle herhangi bir düzenleme getirilmeyip, bunun aksine 62. maddeyi iptal etmeyip hükmün esasını koruyarak revizyona gittiği gözetildiğinde Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinin TCK'nın 257. maddesi ile sınırlı olacak şekilde bir etki doğurması gerekmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi ile TCK'nın 6. maddesi aynı konuda hükümler içeren normlar olmayıp Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi avukatlık mesleğine ilişkin doğrudan ve özel bir norm getirirken, TCK'nın 6/1-c maddesi genel olarak kamu görevlisini tanımlamakta, avukatlar için herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Avukatın TCK anlamında kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına salt TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanımdan hareketle her suç tipi açısından genel olarak tespit etmek yerinde olmayacaktır. Avukatın müvekkili ile arasındaki ilişkinin kamu idaresinden ve kamusal otoritenin kullanılmasından bağımsız bir husus olduğu gözden uzak tutulmamalı, avukatın vekâlet ilişkisine dayalı olarak hareket ettiği gözetildiğinde bu vekâlet ilişkisinin TCK anlamında ortaya çıkan sorunlarda ön planda tutulmasına özen gösterilmesi gerektiği nazara alınmalıdır. Bu durum özellikle avukata karşı görevi nedeniyle işlenen suçlar ile avukat tarafından görevinin ifası kapsamında işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan örneğin, avukatın müvekkiline teslim etmesi gereken maddi değeri kendi malvarlığına dahil etmesi durumunda kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin bu eylemden etkilendiğini söylemek mümkün olmayacağından burada zimmet suçunun değil güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleştiği”

şeklinde gerekçelerle konuya farklı bir bakış açısı getirmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 08.11.2020 tarih ve 55584 sayı ile aşağıda aynen yer verilen gerekçelerle Yargıtay 5. Dairesi'nin kararına itirazda bulunmuştur:

“Sanık Avukat ... müvekkili olan ... adına yatırılan toplam 792.284,76 TL

tutarındaki parayı vekâletnamedeki ahzu kabza yetkisine dayanarak çekmek ve sonrasında müvekkili olan ...'ya herhangi bir ödeme yapmamak şeklindeki eyleminin; sanığın kamulaştırma bedelinin artırımına ilişkin davanın, yapılan yargılaması sonucunda mahkeme ilamının kesinleşmesiyle, sanık avukatın yargısal faaliyetin sona erdiği, bundan sonra sanık avukatın, müvekkili ile sürdürdüğü hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayalı olarak devam ettiği, sanığın icra takibi sonucunda elde ettiği parayı müvekkiline teslim etmeyerek kendi uhdesinde tutmasının 6098 sayılı **Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde yazılı vekâlet akdine ilişkin özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği bu eylemin kamusal bir faaliyet olarak tanımlanamayacağı kabul edilmelidir.**

Tarafların rızasıyla düzenlenen ve ahzu kabza yetkisi bulunan vekâletname sonucunda, sanık Avukat ...'ın, katılan ...'ya ait kamulaştırma parasının icra müdürlüğünden çekilmesinin, tarafların güvenine dayalı ve ahzu kabza yetkisine dayalı bir hukuki ilişkidir. Sanığın eylemi vekâletnamedeki ahzu kabza dayalı özel hukuk kapsamında Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde yer alan vekâlet sözleşmesine aykırı nitelikte bir durum olarak tanımlanmalı ve bu çerçevede sanık avukatın kendisine duyulan güvenin kötüye kullanılması sonucu TCK'nın 155/2. maddesinde yazılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde; sanık Avukat ...'ın suça konu 792.284,76 TL tutarındaki parayı teslim etmemek şeklindeki eylemin, yargısal faaliyet kapsamında bulunmadığı ve sanığın bu aşamada kamu görevlisi sayılamayacağı,

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; avukatın fiilinin “zimmet” suçunu ya da “hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma” suçunu mu oluşturduğu yönünde Özel Dairenin çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında bir uyumsuzluk olduğunu tespit etmiştir. Kurulun kararında şu gerekçeleri nazara almak gerekir:

“Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisi niteliğindedir ve avukatlar vekâlet ilişkisi kapsamında görev yapmaktadırlar. Vekâletname ilişkisinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Bir davanın taraflarının, kendilerini o davada temsil edecek avukatlara verecekleri vekâletnameler de bu kapsamdadır. Avukatın mahkemeye sunacağı vekâletname, avukat ile müvekkil arasındaki vekâlet (temsil) ilişkisini ortaya koyan yazılı bir belge niteliğinde olup, sadece bu ilişkinin üçüncü kişiler ve

mahkeme nezdinde ispatı açısından önem taşır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmetinin yanı sıra serbest bir meslek olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, TCK'nın 6/1-c-d fıkralarında düzenlenen "kamu görevlisi" ve "yargı görevi yapan" kavramlarının birbirinden **farklı olup aynı sonucu doğurmadığı, TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere mesleklerin icrası sırasında avukatların kamu görevlisi olduğu ancak serbest meslek mensubu olan avukatların yaptığı tüm işlerde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmenin TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturacağı, 1136 sayılı Kanun'un 35. maddesinde sayılan ve yalnız avukatların yapabileceği işler arasında olan "adli işlemleri takip etmek" kapsamında kalan icra takibinde bulunma görevini sanığın kanundan almakla birlikte, **bu yetkiyi kullanma sırasında, müvekkilinin parasını tahsil etmesinin doğrudan avukatlık görevinden doğmayıp suç tarihinde yürürlükte olan HUMK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca "ahzu kabz" yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği, vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmaması hâlinde sanığın parayı tahsil edemeyeceği, bu yetkinin de katılanın iradesi doğrultusunda verilmesi üzerine vekâletnamede ayrıca yer aldığı, ahzu kabz yetkisinin istenildiği zaman katılan tarafından geri alınabileceği gibi katılan tarafından sanığın azledilerek aralarındaki vekâlet ilişkisinin bitirilebileceği gibi sanık tarafından da istifa nedeniyle sonlandırılabilceği, yine suç tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 397. maddesindeki düzenleme uyarınca aralarındaki vekâlet ilişkisinin ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle sona erdirilebileceği göz önüne alındığında aralarındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olup sanık ile katılan arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, sanığın eyleminden dolayı kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin değil sanık ile katılan arasındaki vekâlet ilişkisinin zarar gördüğü, sanığın hukuka aykırı olarak mal varlığına geçirdiği maddi değerın müvekkili olan katılana ait bir değer olduğundan, oluşan zararın da kamu zararı olmadığı ve sanığın somut olayda TCK'nın 6/1-c maddesinde belirtilen kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi konumunda olmayıp suç tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı HMUK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca söz konusu paranın tahsili için katılan tarafından sanığa verilen ahzu kabz yetkisine dayanılarak sanık tarafından tahsilat yapıldığından, söz konusu paranın sanığa teslim edilmesinin sanığın doğrudan görevi nedeniyle yani **avukat olmasının tabi sonucu olarak değil katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle******

verilen ahzu kabz yetkisine dayanarak gerçekleştirildiği ve aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı birlikte değerlendirildiğinde; icra takibi neticesinde zilyetliği devredilen parayı uhdesinde tutup müvekkili olan katılana vermeyip mal edinen sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bu gerekçe ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ileri sürülen itirazının kabul edildiği görülmektedir.

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

1- Avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak elde ettiği meblağın müvekkiline vermemesi halinde zimmet suçu (TCK m. 247) mu yoksa hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun (TCK m. 155, f. 2) nitelikli unsuru mu oluşur? Başka bir ifadeyle avukat, oluşan haksızlık bağlamında kamu görevlisi olarak görülebilir mi?

2- Müvekkilin alacağını avukattan alabilmek için icra takibine başvurması ve bu icra takibi dahilinde alacağın tahsil edilmesi nedeniyle etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir mi?

IV. DEĞERLENDİRME

A- Birinci Sorun Bakımından

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı'na yansıyan temel sorun, avukatın kamu görevlisi olarak görülüp görülmeyeceğine ilişkindir. Bu husus, hangi suçun işlendiğini belirlemek açısından önemlidir. Öncelikle kamu görevlisi kavramından ne anlamak gerektiğine bakmak gerekir. Daha sonra avukatlık mesleğine dair bilgiler verilerek incelemeye konu Yargıtay kararı değerlendirilecektir.

Konuya ilişkin Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrası:

“Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

şeklinde¹. Bu düzenlemelerde memur ve diğer kamu görevlileri

¹ Benzer düzenleme, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında da mevcuttur.

ayrımı yapılmıştır. Bu ayırım mülga 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde de mevcuttu. Kaldı ki madde başlığı "*Ceza Kanununun Uygulanması Bakımından Memur ve Kamu Hizmeti Gören Kimse*" şeklindedir. Bu durum, kimlerin memur² veya kamu görevlisi olarak sayılması gerektiği hususunda sonu gelmeyen tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmaların esas nedeni faaliyetin niteliğinden ziyade faaliyeti icra eden kişinin konumunun belirlenmesinden kaynaklanmaktadır³. Örneğin, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde kamu görevlisi: "*kamu kurum ve kuruluşların işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini... ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Çalışılan yer ve çalışma statüsü esas alınarak bu tanımın yapıldığı anlaşılmaktadır⁴.

Kamu görevlisi tanımı önemlidir. Çünkü bu tanımlama gerçek özgü suç bağlamında suçun unsuru, görünüşte özgü suç noktasında ise suçun nitelikli unsuru olarak ele alınmaktadır. 5237 sayılı TCK'da ise bu tartışmaya bir nokta konmak istenmiştir ki Anayasa'nın Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisi; "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde bu tanıma yer verilmesinin amacı da şu şekilde belirtilmiştir:

"765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır."

Bu bağlamda 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde belirtilen kamu görevi-kamu hizmeti ayırımına yer verilmeyerek ayrıca kamu hizmetlisi gibi kavramları da dâhil edecek şekilde yalnızca kamusal faaliyetten söz edilmiştir.

² 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde "*mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır*" denilerek memurun tanımı yapılmıştır.

³ Konuyla ilgili olarak bkz. Muharrem Özen, Önder Tozman, "Türk Ceza Hukuku'nda Kamu Görevlisi Kavramı", *Amme İdaresi Dergisi*, 42 (4), 2009, s. 36; Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *TBB*, 94, 2011, s. 106, 107.

⁴ Hüseyin Aydın, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (1), 2010, s. 112.

O halde kamu görevlisinden bahsedebilmek için “bir kamusal faaliyetin varlığı” ve “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmak” olmak üzere iki temel kriter söz konusudur⁵.

Madde gerekçesine bakıldığında kamusal faaliyetin açıklanması için kamu hizmeti kavramına atıf yapıldığı görülmektedir. Nitekim bu husus, gerekçede; “*kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasi kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir*” şeklinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre kamusal faaliyetten bahsedebilmek için bir siyasi karar olmalı, bu siyasi karar Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmeli ve kamu adına yürütülen bir hizmet olmalıdır. Kamu adına yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir. Bununla birlikte kamu görevini de kamu hizmetinden ayırmaya yönelik fikri gayretlere de ihtiyaç kalmamıştır⁶.

Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktan neyin kastedildiğine de bakmak gerekir. Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu

⁵ Veli Özer Özbek, Serkan Meraklı, “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 1159.

⁶ 765 sayılı TCK döneminde kamu görevi ve kamu hizmeti arasındaki ayrım üzerinde çokça tartışma söz konusuydu. Bu dönemde mahkeme kararlarında ve doktrinde kabul edilen ayrıma göre, devlete ait iktidar ve yetkileri kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi; bu kapsamda bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise kamu hizmeti olarak nitelendirilmekteydi. Bkz. İzzet Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 1994, s. 333; Diğer ilgili tartışmalar için bkz. Doğan Soyaslan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1), 1996, s. 46; Buna karşılık yazar kamu görevi ile kamu hizmeti arasında bir farkın söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Soyaslan, s. 49; Diğer yazarlar ise, kamusal faaliyet kavramının belirsiz oluşu nedeniyle bu kavramdan vazgeçilerek daha belirli bir kavram olan kamu hizmeti kavramının kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Özbek, Meraklı, s. 1164; Buna karşılık Anayasa’nın 128. maddesi de zikredilen “genel idare esasları” bir kısım kamu hizmetlerinin hukuki rejimini belirleyen bir kavram olsa da genel idare esaslarının neler olduğu belirlenmemiştir. Selami Turabi, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7 (20), s. 91; Kanaatimizce kamu hizmeti kavramı kullanılsa dahi ileri sürülen bu belirsizlik aşılamayacaktır. Kaldı ki hangi hizmetin kamu hizmeti olduğu noktasında idare hukuku tam bir kesinliğe varmış olmamakla birlikte bu kısım ancak yargı içtihatlarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır.

hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

Buna karşılık kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır”

Gerekçeye bakıldığında kamu görevlisinin oldukça geniş bir şekilde tanımlandığı görülmektedir⁷. Bu bakımdan kişi ister atansın, ister seçilsin, isterse başka bir yöntemle kamusal faaliyete iştirak etsin bu durum kamu görevlisi sıfatını elde etmede önem arz etmemektedir⁸. Hatta bunun sürekli ya da geçici olmasının da bir anlamı bulunmamaktadır. Görevlendirmenin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi yeterlidir⁹. Buradan hareketle idare hukuku anlamında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına da gerek yoktur¹⁰. Çünkü kamusal faaliyete katılmaya dair ölçütün belirlenmesinde subjektif unsur olan personelin niteliğine değil, bilakis objektif unsur olan faaliyetin niteliğine öncelik verilmiştir¹¹. Öte yandan kamusal faaliyete özel hukuk hükümleri uyarınca iştirak edilmişse iştirak eden kimselerin görevi sırasında veya görevi dolayısıyla işledikleri fiillerden dolayı toplumda hâkim olan kamu güveni sarsılmayacağı için kamu görevlisi olarak nitelendirilmeleri

⁷ Aras Türey, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (24) 2, 2017, s. 360.

⁸ Özen, Tozman, s. 43, 44

⁹ Hukuka aykırı bir şekilde atanmış veya seçilmiş bir kişi kamusal faaliyet icra etmiş olsa bile kamu görevlisi olarak görülmeyecektir. Bkz. Türey, s. 371.

¹⁰ Soyaslan, s. 45; Aydın, s. 116; İlgili tanım ve gerekçelerdeki hususlar nazara alındığında, kamu personelinin idari fonksiyon içerisindeki yerinin ne olduğuna araştırmaya ihtiyaç kalmamıştır. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2014, s. 142; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 1010.

¹¹ Dönmez, s. 117.

mümkün değildir^{12,13}.

¹² Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları...”, s. 336; Doktrinde gerekçedeki kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılmanın kamu görevlisi olarak kabul edilmemesinin konuya ilişkin tek bir sınırlama olduğu ifade edilmiştir. Burada kamu hizmeti görenlerinden ziyade kamuya yararlı iş görenlerin kapsam dışında bırakılmak istendiği iddia olunmaktadır. Dönmez, s. 120; Burada esas olan şey, idare ile özel hukuk ilişkisi kurmaktır. İhale sadece gerekçede verilen bir örnekten ibarettir. Keza “ruhsat”, “müşterek emanet”, “imtiyaz, “yap-işlet-devret” gibi yöntemlerle kamu hizmeti gerçek veya tüzel kişilerce gerçekleştirilebilir. Fakat bu yöntemler kamu hizmetinin kendine has özelliklerine sahip değildir. Çünkü kamu hukukundan kaynaklanan usulleri kullanabilme vasfından bahsedilemez. Önder, Tozman, s. 46; Yürütme faaliyetine dair birçok konunun özel hukuk kişilerine devrinin mümkün olduğuna değinilmiştir. Bkz. Muhammed Emre Tulay, “Suç Ortaklarının Ceza Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70 (4), 2021, s. 1227; İmtiyaz sahibi şirketlerin “Katma Değer Vergisi” ve “Özel İletişim Vergisi” ismi dahilinde tahsil işlemi yapabilmeleri mümkündür. Bu şirketlerde çalışanların toplamış oldukları parayı usulsüz bir şekilde mal edinmeleri, zimmet suçundan (TCK m. 247) cezalandırılmalarını gerektirmez. Hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülmemesi ve çalışanların kamu görevlisi olmaması nedeniyle çalışanlar ancak güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m. 155) dolayı cezalandırılacaktır. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1011.

¹³ Konuyla ilgili bir Danıştay kararı şu şekildedir:

“*Dava, davalı idarede 1. Hukuk müşaviri olarak görev yapan davacının, İç Kontrol Dairesi Başkanlığı emrine avukat olarak atanmasına ilişkin 2.8.2012 günlü, 363 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır....*

Anayasa Mahkemesi 18.10.2012 günlü, E: 2012/29, K:2012/155 sayılı kararında; 6107 sayılı Kanunla yeniden yapılandırılan, hukuki statüsü ve personel yapısı değiştirilen İller Bankasında, banka hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin, 657 sayılı Kanuna ve diğer kanunların sözleşmeli personel hakkındaki hükümlerine tabi olmayan sözleşmeli personel eli ile yürütüleceği kurala bağlanarak farklı bir istihdam politikasının benimsendiği; kuruluş Kanununun 1. maddesinde de belirtildiği üzere özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, anonim şirket statüsünde bir kalkınma ve yatırım bankası olan İller Bankasının, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 58. maddesiyle getirilen istisna hükmü ile anılan KHK'nin kapsamı dışında bırakıldığı; Banka, 6107 sayılı Kanun dışında Bankacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde, özel hukuka ve özel işletmecilik esaslarına tabi olarak faaliyet yürüttüğünden, özel hukuk hükümlerine bağlı tutulan bu bankanın hizmetinin, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılamayacağı ve personelinin de aynı madde kapsamında memur ya da diğer kamu görevlisi olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.

Anılan karar ile İller Bankasının özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği olan, anonim şirket statüsünde kalkınma ve yatırım bankası olduğu, 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre örgütlendiği, personel rejiminin de bu esaslara uygun olduğu, bankanın hizmetinin Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılamayacağı, personelinin de bu maddeye göre memur ya da diğer kamu görevlileri kapsamında olmadığı vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen kararı göz önünde bulundurulduğunda, memur ya da diğer kamu görevlileri arasında sayılmayan İller Bankası çalışanı olan davacı hakkında kurulan işlemler kaynaklanan uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmış olup; idare Mahkemesince uyumsuzluğun esası hakkında karar ve-

TCK'daki kamu görevlisi tanımının geniş olması, doktrinde farklı yorumlara neden olmuştur. Kamu görevlisi kavramının dar ve geniş anlam olmak üzere iki şekilde ele alınabileceğine değinilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen hüküm uyarınca devletin siyasi yapısını teşkil eden görevlilerle özel hukuka tabi olarak kamu kesiminde çalışan görevliler dışında kalan kamu çalışanları dar anlamda kamu görevlisi olarak görülmektedir. Cumhurbaşkanı, belediye başkanı, serbest çalışan avukat ve noter, kamu işyerlerinde çalışan işçiler, hakim ve savcılar gibi kamu hizmeti yürüten hukuki durumları birbirinden ayrık olan çalışanlar geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına girmektedirler¹⁴. Bu noktada TCK'daki kamu görevlisi tanımının geniş anlamda kamu görevlisi kavramıyla hemen hemen örtüştüğünden bahsetmek mümkündür¹⁵. Doktrinde bir başka görüş kamusal faaliyet kavramının oldukça geniş olması dolayısıyla bu faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi sıfatını taşıyabileceği, Devlet Memurları Kanunu'nda idare hukuku anlamında kamu görevlisinin daha geniş bir şekilde düzenlenebileceği, ancak TCK kapsamında bu kavramın daha dar olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak ceza hukukunun amacı, taşıdığı nitelik ve cezalandırma açısından sakıncalı sonuçlara sebebiyet verme ihtimali gibi haller gösterilmektedir¹⁶. Aksi yönde bir görüş konunun ceza hukuku boyutuyla ele alınmasını ileri sürmektedir. Hukuki boşluktan yararlanarak kamu görevlisi olarak cezalandırılması gereken kişilerin cezadan kurtulmalarına mâni olma ve suçsuzların da haksız yere cezalandırılmasını engelleme yönündeki düşünceler bu görüşün oluşmasına kaynaklık etmiştir¹⁷.

Kamu görevlisine ilişkin önemli hususlar açıklandıktan sonra 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık TCK'nın bahsi geçen kamu görevlisi tanımı ve yine 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendindeki “yargı görevini yapan” kavramları ve buna dair madde gerekçeleri¹⁸ mesleğin

rilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” (Danıştay 5. Dairesi, E.2013/7067, K.2014/307 ve 21.01.2014 tarihli Karar).

¹⁴ Turabi, s. 90.

¹⁵ Turabi, s. 109.

¹⁶ Özbek, Meraklı, s. 1163; Memurlar dışında kalan diğer kamu görevlilerin kimler olduğunu belirleyen kanuni bir düzenlemenin bulunmaması yüzünden TCK'nın gerekçesinde bulunan “herhangi bir surette” ifadesinin geniş ve belirsiz olduğu yönünde görüş için bkz. Dönmez, s. 99, 120.

¹⁷ İlgili görüş için bkz. Aydın, s. 112.

¹⁸ Konuya dair madde gerekçesi, “*Tasarı maddesinde yer alan ‘yargı görevini yapan’ deyimine*

bir kamu görevlisi gibi anlaşılmasına hizmet etmektedir. Bunun yanında avukatlığın Kanun koyucu tarafından “yargı görevini yapan” bir meslek olarak kabul edilmesi, mesleğin “kamu hizmeti” yürütüyor olmasının ötesine geçtiği görüşünü de adeta tahkim etmektedir¹⁹. Dolayısıyla mesleğin yargının önemli sac ayaklarından biri olduğu görülmektedir. Avukatlık Kanunu’nun 57. maddesinde yaptığı görev nedeniyle veya görev sırasında avukata karşı işlenen suçlar hakkında bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına vurgu yapılmıştır²⁰. Avukatın bu anlamda kamu görevlisi olarak sayılabilmeleri için ilgili suçların görevleri dolayısıyla işlenmeleri şarttır. Bununla birlikte avukatın görev sırasında veya göreviyle ilgili suçlardan dolayı özel bir muhakeme usulü öngörülmesi, esasen avukat dokunulmazlığına işaret eder²¹. Keza avukatların bağlı bulunduğu, tüzel kişiliği bulunan baroların, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu (Av. K. m. 76) gözden uzak tutulmamalıdır. İlgili hususlar avukatın kamu

ilişkin tanım, avukatları da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir” şeklindedir.

¹⁹ Hasan Tahsin Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67 (2), 2009, s. 151; Doktrinde “yargı görevi yapanların” kamu görevi yürüttüğüne işaret edilmiştir. Dönmez, s. 114.

²⁰ Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararına da bakmak gerekir:

“Avukatların TCK’nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve mahkeme huzurunda kişilerin hakları dava etmeleri ve savunmaları ile takip işlemlerinin Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olması ve katılmanın bu görevi sırasında sanığın kardeşinin ölümü nedeniyle yargılanan kişinin mahkeme huzurunda savunmasının yapılmasını ve adli işlemlerinin takip edilmesini engellemek amacıyla katılanı tehdit ettiği için anlaşılması karşısında, TCK’nın 265. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştırarak nitelikli hâlin uygulanma koşulunun gerçekleştirildiği ve sanığın eylemlerinin bir bütün hâlinde zincirleme şekilde yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Öte yandan; sanığın tehdit niteliğindeki eyleminin, kamu görevlisi sıfatını haiz olduğunda kuşku bulunmayan avukat katılana karşı görevini yaptırmamak amacıyla gerçekleştirildiği sonucuna varılması nedeniyle görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru olarak kaldığı anlaşılmalıdır. Somut olayda TCK’nın 106. maddesindeki tehdit suçunun; eylemin, görülmekte olan bir davada gerçekleşen ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla davamın taraflarından birinin, sanığı, katılmanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için değil salt yargı görevi yapan katılmanın görevini yapmasını engellemek amacıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle de TCK’nın 277. maddesinde düzenlenen yargı görevi yapma, bilirkişiyi veya tamığı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmadığının kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun E.2019/27 K. 2021/101 sayılı 11.03.2021 tarihli kararı); Doktrinde Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarının isabetli olduğuna değinilmiştir. Bkz. . Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 1357.

²¹ Gökcan, s. 152.

görevlisi olarak algılanmasına yol açmaktadır. Yine işkence suçunun “*avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla... işlenmesi halinde...*” (TCK m. 94, f. 2, bent b) ibaresinden yola çıkılarak avukatın kamu görevlisi olduğu iddia olunabilir. Hatta doktrinde avukatın ifa ettikleri görev dolayısıyla kamu görevlisi olarak görüldüğünden bahisle ilgili fıkra da tekrarın gereksiz olduğundan bahsedilmiştir²². Av. K m. 62 hükmünde belirtildiği üzere,

“Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat”ın görevi kötüye kullanma suçu” (TCK m. 257)

dolayısıyla cezalandırılacaktır. İlgili hükümden hareket edilerek de avukatın kamu görevlisi olduğu fikri akla gelebilir. Doktrinde de avukatın bir kamu görevlisi olarak kabul edildiği görüşlere rastlamak mümkündür²³.

Burada “özel kanunlarla ilişki” başlıklı TCK'nın 5. maddesinin ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Özellikle bu hükümlerle birlikte TCK'nın kamu görevlisini tanımlayan hükmünün özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanması mümkün gözükmektedir²⁴. Buradan hareketle TCK'daki kamu görevlisi tanımıyla diğer kanunlarda yer alan “*memur gibi cezalandırılır*” şeklindeki atıfların bir anlamı kalmamıştır²⁵.

²² Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 29; Öte yandan zimmet, irtikap, rüşvet gibi kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan mahkum olmak da avukatlığa kabule engeldir (Av. K. m. 5, f. 1, bent a). İlk etapta özgü suçlardan mahkumiyet hallerinin avukatlığa kabule engel olduğu akla gelebilir. Fakat bahsi geçen hükmün devamında özgü suç kapsamına girmeyen güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hali de avukatlık mesleğine kabule engel oluşturur.

²³ Bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, 1. Cilt, s. 145; Tulay, s. 1230.

²⁴ Özbek, Meraklı, s. 1163.

²⁵ “*Memur gibi cezalandırılır*” ifadesinin bir ceza siyasetinin türünü olduğu, Kanun koyucunun kamu görevlisi olmasalar da bu kişilerin işledikleri suç nedeniyle verilen cezaları önemseydiği için bu yola başvurduğu, ancak bu ifadenin kişileri kamu görevlisi yapmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turabi, s. 103, 104; Dolayısıyla “*Memur gibi cezalandırılır*” ifadesine karşılık gelen kişiler ancak, TCK m. 6, f. 1, bent c hükmüne uygun bir faaliyet yerine getiriyorlarsa kamu görevlisi olarak sayılabilir. Bkz. Tezcan, Durmuş, Önok, s. 1234, 1235; Özel kanunlarda bu kişilerin memur gibi cezalandırılmalarına dair hükümlerde 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasındaki “*mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*” şeklindeki hükümden hareket edilerek bu kişilerin kamu görevlisi gibi işledikleri fiil dolayısıyla sorumlu tutulması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1012.

Benzer şekilde yukarıda yer verilen 25.06.2001 kabul tarihli Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'ndaki kamu görevlisi tanımının da zımnen ilga olduğu söylenebilir. Fakat TCK'nın 5. maddesi, temel kanun statüsünde olmadığı için diğer normlardan bir farkı bulunmamaktadır. Bu hüküm, yürürlük kazandığı 31.12.2008 tarihinden (5252 sayılı Kanun geçici madde 1) sonrası bakımından kanun koyucuya yalnızca tavsiye veren bir hükme dönüşmüş bulunmaktadır²⁶. O halde TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi ile özel kanunun yürürlük tarihi tespit edilerek durum değerlendirilmelidir. Şayet kamu görevlisine ilişkin bir tanım getiren özel bir norm, 31.12.2008 tarihinden sonra yürürlüğe girmişse, bu takdirde TCK m. 6, f. 1, bent c'deki genel norm uygulanmayacaktır. Diğer bir deyişle genel norm ile sonraki tarihli özel norm arasında bir çatışma çıktığından sonraki tarihli özel normun uygulama alanı bulacağı aşikardır²⁷.

Bilinmelidir ki 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 333. maddesiyle Av. K. m. 62 hükmünde değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik, yalnızca TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna yapılan bir atıftan ibarettir. Başka bir ifadeyle ilgili değişiklikle 765 sayılı TCK'nın 230. ve 240. maddelerine yapılan atıflar kaldırılmış ve bahsi geçen hüküm 5237 sayılı TCK ile uyumlu hale getirilmiştir. TCK'nın 5. maddesinin 31.12.2008 tarihinde yürürlük kazanmasıyla ilgili hükmün (Av. K. m. 62) zımnen ilga edildiği ileri sürülmektedir²⁸. O halde avukatın, göreviyle ilgili işlediği suçlardan dolayı "kamu görevlisi" kapsamında cezalandırılabilmesi için Av. K. m. 62 hükmüne ihtiyaç kalmadığı fikri akla gelebilir. İlgili ihtimallere bakıldığında avukatların TCK'daki diğer kamu görevlileri gibi failin kamu görevlisi olduğu tüm suçlardan cezai sorumluluğunun doğacağı ihtimali

²⁶ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 50.

²⁷ Özbek, Meraklı, s. 1164.

²⁸ Yargıtay'ın çeşitli daire kararlarında TCK'nın 5. maddesinin, Av.K. m. 62 hükmünü zımnen ilga ettiği görüşü hakimdir:

"1136 sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden avukatların kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı, keza 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi karşısında anılan Kanun'un genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki Avukatlık Yasası'nın 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği" (Yargıtay 5. CD, E.2020/6051, K.2021/2481 sayılı ve 31.05.2021 tarihli kararı). Benzer yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 9. CD, E.2020/8331, K. 2021/25 sayılı ve 12.01.2021 tarihli kararı.

belirmektedir²⁹. Buna karşılık doktrinde yer alan bir görüşe göre, TCK'nın 5. maddesinin, Av. K.'nin 62. maddesini zımnen ilga ettiği sonucuna ulaşamaz. Bu görüş, 5728 sayılı Kanunla yansıyan değişikliğin, yalnızca görevi kötüye kullanma suçu bakımından olduğunu, kanun koyucunun böyle bir amacı olsaydı Av. K. m. 62'deki hükmü doğrudan yürürlükten kaldırmaya çalışacağını, ancak böyle bir yola başvurmayıp hükmün esasını koruyarak güncelleştirme yaptığını, bu değişikliğin yalnızca görevi kötüye kullanma suçu ile sınırlı olduğunu ve bunun dışındaki fiiller bakımından Kanun'a başka bir düzenleme getirilmediğini savunmaktadır. Böylelikle bir avukatın fiili, örneğin zimmet suçu ya da güveni kötüye kullanma suçu gibi başka bir suça vücut veriyorsa bu durumda Av. K. m. 62 hükmünden yararlanması mümkün değildir. Aksi takdirde kıyas yasağına aykırılık gündeme gelir³⁰. Bu görüş, aynı zamanda Av. K. m. 62 hükmünün TCK'nın kamu görevlisini tanımlayan ilgili hükmüne aykırı bir norm olmadığını ileri sürmektedir. İlgili normların birbirine aykırı olabilmeleri için aynı hukuki değer ihlali noktasında hüküm getirmeleri şarttır³¹. Ancak Av. K. m. 62 hükmü avukatlık mesleğine dair doğrudan bir özel norm iken, TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü ise kamu görevlisi hakkında bir tanım yapmakta ve avukatlara yönelik herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir³². Tartışılan konu ise madde gerekçesinde avukatların kamu görevlisi olarak sayılmasıdır. Fakat unutulmamalıdır ki madde gerekçeleri bir hüküm olmamakla birlikte yorum aracı olarak anlaşılmalıdır³³.

Avukatlık mesleğinin kamu görevi olarak nitelendirilmesinin avukat bağımsızlığını ve bununla birlikte savunma hakkını zayıflatacağına işaret edilmiştir. Billhassa totaliter sistemlerle yönetilen ülkelerde avukatlığın kamu otoritesine bağlı bir hizmet olarak görüldüğü vakidir. Müvekkilin kendi istediği avukatı bulmakta zorluk çektiği ve atama yoluyla belirlenen avukatın sistemin hoş görmeyeceği şekilde serbest savunma yapmasının mümkün olmadığı sorunları baş göstermektedir³⁴. Avukatlık bir kamu hizmeti ya da TCK'daki ifadeyle kamusal faaliyet kapsamında görülse de mesleğin serbest bir meslek

²⁹ Gökcan, s. 156.

³⁰ Özbek, Meraklı, s. 1167.

³¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 109.

³² Özbek, Meraklı, s. 1167.

³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 132.

³⁴ Atilla Sav, "Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir", *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (1), 2010, s. 135.

olduğu gerçeğini görmezden gelmemek gerekir. Bu bahisle mesleğin serbest olması yalnızca 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre vergi yükümlülüğünü tanımlamamakta ve asıl vurgulananın avukat bağımsızlığı olduğu ifade edilmektedir³⁵. Bu bağımsızlık, müvekkilin de haklarını korumakta olup ona bir güvence sunmaktadır. Avukat bağımsızlığına yönelik müdahaleler, aynı zamanda vekili oldukları vatandaşların özgürlüğünü de kısıtlar³⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı değerlendirilmeden önce, başka mahkemelerin kararlarının dikkate alınmasına ihtiyaç vardır. Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın içtihatlarına bakıldığında mesleğin ifa edilmesi kamu hizmeti olarak algılanmakla birlikte avukatın bir kamu görevlisi olarak görülmediği oldukça dikkat çekicidir^{37,38}. Bu kararların gerekçelerinde dar anlamda kamu görevlisi tanımının temel alındığı görülmektedir³⁹. Buna göre;

³⁵ Sav, s. 141, 142.

³⁶ Talay Şenol, "Bağımsız Avukatlık", *TBB*, 54, 2004, s. 272,

³⁷ "Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin her şeyden önce bir serbest meslek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Avukatlık bir kamu hizmeti addedilmiş olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçütlere tabi kılınmaz." (Anayasa Mahkemesi, E.1984/12, K. 1985/6 sayılı ve 01.03.1985 tarihli kararı).

"Bu madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasakoyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez. ..." (Anayasa Mahkemesi, E.2002/132, K. 2003/48 sayılı ve 04.06.2003 tarihli kararı).

³⁸ "... madde ile avukatlık mesleğinin kamu hizmetinin yanında bir serbest meslek olduğu hususu değerlendirilmeksizin sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğundan bahisle kamu görevlilerinin uymakla yükümlü olduğu yürürlükteki mevzuat hükümleriyle getirilen kurallara benzer nitelikte bir uygulama yapılarak bu kurallar serbest meslek icra eden avukatlar açısından da geçerli hale getirilmiştir"

Yukarıda yer verilen kurallarda da **belirlendiği şekli ile avukatlık, sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti; mesleki faaliyet olarak ise bir serbest meslektir. Bu bakımdan; mesleğin kendine özgü kuralları bulunduğundan avukatlık mesleği Anayasada yapılan kamu görevlisi tanımı içinde de değerlendirilmemektedir. Aksine bir yaklaşımla sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olmasından hareketle kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallara tabi kılınması mesleğin niteliği ve gerekleri ile örtüşmeyecektir.**" (Danıştay 8. Dairesi, E.2012/5257, K.2014/8567 sayılı ve 12.11.2014 tarihli kararı).

³⁹ Bununla birlikte ilgili kararlar Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları bakımından da gerekece oluşturmaktadır. Bkz. Tamer Mahmutoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/38953, 23.07.2020 tarihli Bireysel Başvuru Kararı.

bir kimse, devlet örgütü veya kamu tarafında yer alan bir örgütte çalışıyorsa kamu görevlisi olarak nitelendirilecektir⁴⁰. Bu bakımdan bir kamu kurumunda veya kuruluşunda bağlı olarak çalışmamakla birlikte mesleğini serbest olarak ifa eden avukatın, idare hukuku açısından kamu görevlisi sayılmadığı anlaşılmaktadır⁴¹. Bunun en önemli nedeni, kamu görevlisi ile idare arasında var olan hiyerarşik ilişkidir. Serbest çalışan avukatla idare arasında istihdam ilişkisi kurulamamaktadır. Devlet memuruna duyulan güven ilişkisini avukatlığa yöneltmek mesleğin nitelikleriyle de uyuşmamaktadır⁴². Diğer bir anlatımla devlet örgütü ile kamu görevlisi arasında bir statü bağlantısından bahsedilirken avukatlıkta böyle bir bağlantı kurulamamaktadır⁴³. Ancak kamu kurumunda veya kuruluşuna bağlı olarak çalışan avukatın, bu hususlardan müstesna olduğu unutulmamalıdır⁴⁴.

Avukatlar duruşma sırasında kamu görevi ifa etmektedir ve bu yüzden kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Özellikle yargı merciin talebiyle müdafî veya vekil sıfatıyla görevlendirilen avukatların kamusal faaliyete iştirak ettikleri ve dolayısıyla kamu görevlisi olarak algılandığı görülmektedir⁴⁶. Vekalet sözleşmesi kapsamında vekillik veya müdafîlik görevini ifa eden avukatlar da kamusal faaliyete katılmaktadır⁴⁷. Ancak bu katılmanın kamu hukuku kurallarına dahil olduğunu söylemek oldukça zordur. Başka bir ifadeyle avukatların müvekkilleriyle olan ilişkilerinin her daim kamu hukuku kurallarıyla kurulmadığı anlaşılmaktadır⁴⁸. Av. K. m. 163'teki "avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir" şeklindeki düzenleme de bu durumu

⁴⁰ Sırrı Düğger, "İdare Hukuku Açısından Avukatlık", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), 2009, s. 65; Aynı yönde bkz. Aydın, s. 115.

⁴¹ Türey, s. 359, 366; Aynı yönde bkz. Şenol, s. 276.

⁴² İdare hukukunda organik ölçüde ağırlık veren görüşler, Kanunda "kamu hizmeti" olarak yer alsa da, avukatlık mesleğini kamu hizmeti olarak görmemektedirler. Görüş için bkz. Düğger, s. 74, 75.

⁴³ Düğger, s. 65, 66.

⁴⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin 5. bendi uyarınca avukatlık ruhsatına sahip baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine sahip olan avukatlar, memur statüsündedir. Dolayısıyla kurulan ilişki ve ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklar Devlet Memurları Kanunu hükümleri uyarınca çözümlenecektir. Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 66.

⁴⁵ Turabi, s. 99.

⁴⁶ Gökcan, s. 153.

⁴⁷ Aydın, s. 121.

⁴⁸ Düğger, s. 63.

belirtmektedir ki burada kamu gücünün müdahalesinden bahsedilemez. Buna ek olarak avukat; şüphelinin ve suçtan zarar görenin talebi veya yargı merciin isteği doğrultusunda ya da adli yardım bağlamında vekillik veya müdafilik görevini kabul etmek zorunda değildir. Diğer bir anlatımla Av. K. m. 37 hükmü uyarınca avukat kendisine teklif olunan işi sebep göstermeksizin reddedebilmektedir. Ancak zorunlu müdafilik veya vekillik görevinin kabul edilmesinden sonra işin reddi zorunluluğuna dair istisnalar saklı kalmak üzere (Av. K. m. 38), görevin yerine getirilmesi bir mecburiyet arz eder. Tayin edilen zorunlu müdafii kendiliğinden görevden çekilemez. Zira görevden çekilme yasağı söz konusudur⁴⁹. Zorunlu müdafii çekilme talebini ancak kendisini tayin eden mercie iletir ve bu talep değerlendirilerek çekilmenin uygun olup olmadığı yönünde karar verilir. Bu hususlar nazara alındığında zorunlu müdafilik görevini yürüten avukat kamu görevlisi olarak nitelendirilebilir. Keza avukat bu görevini yerine getirmediği takdirde, CMK m. 151 hükmü uyarınca görevden mahkeme kararıyla yasaklanabilmektedir. Öte yandan adli yardım kapsamında tayin edilen avukat da kamu görevlisi olarak görülebilir⁵⁰.

Avukatın kamu görevlisi olarak görülüp görülmeyeceği noktasında tartışma yargı kararlarına da yansımaktadır. Bu tartışma yalnızca avukatlar bakımından değil, fakat stajyer avukatlar açısından da yapılmıştır. Bilinmelidir ki, stajyerler avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilmektedirler (Av. K. m. 26, f. 1). Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E. 2020/8902, K.2020/17568 sayılı ve 23.11.2020 tarihli kararında şu hususlara vurgu yapılmıştır:

⁴⁹ Osman Gazi Ünal, “Müdafii Yasaklılık Halleri”, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 478.

⁵⁰ Adli yardım hukuk alanında yürütülen kamu hizmetinin bir gereğini oluşturmaktadır. Bkz. Sav, s. 139. Kural olarak adli yardım, yargılama masraflarının ve avukatlık ücretlerini karşılamak üzere bulamayan kişilerin avukatlık hizmetinden faydalanmak üzere müracaat edebilecekleri hukuki bir imkandır. Adli yardım kapsamında görevlendirilen avukat, avukatlık hizmetlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, başvurucağın gerekli belge ve bilgileri isteğe rağmen vermemesi veya vekaletname vermekten imtina etmesiyle sona ermektedir. Şayet görevlendirilen avukat, adli yardım dahilinde verilen görevi yapmaktan çekinmek isterse görevin kendisine bildirildiği tarihten onbeş gün içinde tarifede belirlenen ücreti baroya ödemek zorundadır (Av. K. m. 179, f. 1, 2, 3). Diğer hallerde görevden çekilme yasağı söz konusu olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s. 474 vd.

“Somut olayda, Antalya Barosu'nun 24/12/2014 tarihli yazısından katılan stajyer avukat...ın dava konusu suç tarihi itibariyle avukat yanında staj aşamasında olup olmadığının anlaşılabilmesi karşısında, öncelikle suç tarihinde avukatlık stajının hangi aşamasında olduğunun tespiti, avukat yanında staj aşamasında olduğunun anlaşılması halinde yanında staj yaptığı avukatın olay tarihinde stajyer avukat olan katılanı hacze katılmaya yetkili kıldığına dair belgenin olup olmadığı ve buna göre katılanın kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı hususunun araştırılıp, sonucuna göre TCK'nın 125/3-a maddesinin uygulanma imkanı olup olmadığı tartışılmadan, eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması”

Buradaki karara göre stajyer avukat, hakaret suçunun mağduru. Hakaretin kamu görevlisine karşı görevinden dolayı (TCK m. 125, f. 3, bent a) işlenmesi suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsuru oluşturur. Bu nitelikli unsur bağlamında stajyer avukatın kamu görevlisi olarak görülebilmesi için, stajın aşamasının avukat yanında olması gerektiğine ve yanında staj yapılan avukatın muvafakatiyle Kanununun 26. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen işlemleri yapabileceğine işaret edilmiştir. Aksi takdirde stajyer avukat, kamu görevlisi olarak görülmemektedir⁵¹.

Konuyla ilgili bir başka tartışma Av. K. m. 35, f. 1 ve m. 35/A hükmü bağlamında yargı kararlarına yansımıştır. Bu bağlamda, yalnız avukatların yapabileceği işler ve uzlaşma sağlamaya dair işlemler kamu görevi olarak görülmektedir. Nitekim kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermenin, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmenin ve savunmanın, adli işlemleri takip etmenin, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemenin kamusal bir faaliyet olduğu ve buna katılım gösteren avukatın kamu görevlisi olduğu aşıkardır. Aynı şekilde Av. K. m. 35/A hükmünde belirtilen uzlaşma sağlamaya dair işlemlerin yerine getirilmesi de kamu görevi olarak görülmektedir. Tüm bu hususlar nazara alındığında, avukatların görevi gereği hazırladıkları belgelerin

⁵¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E.2020/9820, K.2020/12545 sayılı ve 19.10.2020 tarihli kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Somut olayda, katılan ...'nin, İstanbul Barosu Başkanlığı'nın 02/05/2014 tarihli yazısına göre, suç tarihinde, henüz Mahkemeler nezdinde staj yaptığının ve resmi görevli olarak icra müdürlüğündeki haciz işlemlerini de yürütemeyeceğinden kamu görevlisi olmadığının anlaşılması karşısında; sanığın yaralama suçundan cezalandırılması gerekirken suç vasfında yanılıya düşülüp görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması”; Benzer konuyla ilgili güncel bir başka karar için bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E.2021/29043, K.2021/25125 sayılı ve 21.10.2021 tarihli Kararı.

resmi belge olduğu belirtilebilir. Örneğin, alacaklı adına bir bonoya sahte imza atan ve bu bonoyu icra takibine koyan avukatın resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli unsurunu (TCK m. 204, f. 2) gerçekleştirdiği söylenebilir. Aslında bu durum, özel belgede sahtecilik suçuna vücut vermektedir. Ancak bononun bir kambiyo senedi olması (TCK m. 210), avukatın müvekkili adına bu belgeyi sahte olarak imzalaması ve Av. K. m. 35, f. 1 hükmüne dair düzenlemeler nazara alındığında resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli unsurunun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵².

Avukatın, müvekkil ile aralarında bir yazılı sözleşme olmasa bile Kanun hükümleri uyarınca üzerine aldığı işi takip etme yükümlülüğü vardır (Av. K. m. 171). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257, f. 2) kapsamında mütalaa edilmektedir. Başka bir deyişle avukatın aldığı işi takip etmesi, kamu görevi niteliğinde görülmektedir. Avukatın bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için sadece görevini ihmal etmesi veya gecikme göstermesi yeterli değildir. Ayrıca ihmal ve gecikme gösterilmesi suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması, gerekmektedir. Bu hususlar objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan somut olayda ilgili şartlardan biri gerçekleşmelidir⁵³. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bir kararında bu durum şu şekilde ele alınmıştır⁵⁴:

“İzmir Barosunda eski kayıtlı avukat olan sanık hakkında, davacı-müşteki ... vekili sıfatıyla Muğla 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/307

⁵² “1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuskun bulunmadığı, bono aslı temin edilip üzerindeki imza ve yazıların incelemesi yapılamasa da, tanık olarak ifadesine başvuru alan ...'in icra takibindeki alacaklı ve borçlularla irtibatı ve alacaklı sıfatı bulunmadığı halde adına takip yapıldığının tespiti durumunda, kamu görevlisi olan sanığın görevi gereği düzenlediği takip taleplerinin sahte, buna bağlı olarak ... 4. İcra Müdürlüğü'nün düzenlediği ödeme emrinin de gerçeğe aykırı olduğu, bu itibarla eylemin TCK'nın 204/2 maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde TCK'nın 257/1. Maddesine göre uygulama yapılması...”, (Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin E.2020/731, K. 2021/2802 sayılı ve 03.06.2021 tarihli kararı).

⁵³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 753.

⁵⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2020/3209, K.2020/2374 sayılı, 01.12.2020 tarihli kararı.

esas (Yargıtay bozmasından önce 2006/54 esas) sayılı dosyasında açılan alacak davasında, 29/09/2010 tarihli oturumuna **mazeret bildirmeksizin katılmayarak dosyanın işleminden kaldırılmasına, 3 aylık yasal süre içerisinde yenileme talebinde bulunmayarak 30/12/2010 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına ve yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına karar verildiği bu suretle katılanın mağduriyetine ve zararına sebebiyet verdiği iddiasıyla görevi kötüye kullanma suçundan** açılan kamu davasının yapılan yargılama sonunda aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların toplanan tüm delillerle birlikte gerekçeli kararda tartışılıp sanığın suçunun sübutu kabul, olay niteliğine ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan eleştirilen hususlar dışında sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA”

Benzer şekilde avukatın, müvekkilinin muvafakati olmaksızın hükmü temyiz etmemesi suretiyle katılanın mağduriyetine sebep olması da ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu gündeme getirmektedir. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararı da mevcuttur⁵⁵.

Avukatlık mesleğine dair tartışmalar suçun nitelendirilmesi yönünden de

⁵⁵ “Katılan ... 'un aşamalarda özü değişmeyen beyanları ile sanık ... 'a kendisi hakkında verilen hükümleri temyiz etmemesi için muvafakatinin bulunmaması ve katılan ... hakkında bozma sonrası yapılan yargılamada basit ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından verilen mahkûmiyet hükümleri hakkında katılan ... 'un sanık ... tarafından temyiz yoluna başvurulacağı düşüncesiyle temyiz talebinde bulunmaması, hükümlerin temyiz edilmemesi üzerine Yerel Mahkemece kesinleştirilmesi, katılan ... 'un bu durumu öğrenmesi üzerine yaptığı temyiz başvurusunun süresinde olmadığından bahisle Yargıtay 11. Ceza Dairesince reddedilmesi, anılan dosyada katılan ... ile aynı cezayı alan Mümin Adıgüzel'in süresinde yaptığı temyiz başvurusu üzerine M..... A..... hakkındaki davanın dava zamanasını gerçekleştirdiğinden ortadan kaldırılmasına karar verilmesi, bozma sonrası yapılan yargılamada katılan ... 'un aleyhine sonuç doğuracak şekilde bir kısım mağdura yönelik eylemi nedeniyle nitelikli dolandırıcılık suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, bozma ilamına uyan Yerel Mahkemece sanık lehine hüküm kurulması hâlinde dahi hükmün, temyiz kanun yoluna başvurulması durumunda bu aşamada ilgili suçta yapılacak olan lehe kanuni değişiklikler gibi nedenlerle bozulma ihtimalinin bulunması nedeniyle katılan ... 'un bu imkanlardan yoksun bırakılması hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanık ... 'ın, Avukatlık Kanunu'nda sözü edilen doğruluk ve unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüklerine aykırı hareket edip katılan ... hakkında basit ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından verilen mahkûmiyet hükümlerini temyiz etmemek suretiyle hükümlerin kesinleşmesine neden olduğu ve Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini kullanmasına ihmali davranışıyla engel olduğu ve katılan ... 'un mağduriyetine sebebiyet verdiği anlaşılmalı sanık ... 'a yüklenen ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, direnme kararına konu hükmün, belirlenen bu nedenden dolayı bozulmasına karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2017/76, K.2019/575 sayılı ve 03.10.2019 tarihli kararı).

değerlendirilmelidir. Avukatın görevini ifa ettiği sırada işlediği haksızlık teşkil eden fiiller, her durumda kamu görevlisi olarak görülmesini sağlar mı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Başka bir ifadeyle avukatın, müvekkili ile kurmuş olduğu vekalet ilişkisine uygun bir şekilde davranma yükümlülüğünün ihlali, kamu görevi kapsamında görülebilir mi problemini gündeme getirmektedir. Burada Av. K'nın 56. maddesinin 3. fıkrasındaki hükme bakmak gerekir. Hükme göre avukatın aslı olmayan vekâletname sunması veya diğer kâğıt belgelerin örneğini onaylaması ya da aslına aykırı örnek vermesi de suç oluşturmaktadır (Av. K. m. 56, f. 3). Aslında bu fiilin işlenmesi, avukatın görevini kötüye kullandığını gösterir. Fakat ilgili düzenleme, görevi kötüye kullanma suçuna nazaran özel bir normdur⁵⁶. Buna karşılık avukat, onayladığı belgenin gerçeğe aykırı olduğunu bilmeden onaylamışsa, bu durumda belgenin doğruluğunu teyit etme yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁵⁷. Bu durumda Kanunun 56. maddesinin 3. fıkrasındaki suçun değil, ihmâl suretiyle görevi kötüye kullanma (TCK m. 257, f. 2) suçunun işlendiğinden bahsedilir. Burada avukatın kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi gerektiği açıktır. Zira vekalet ilişkisinden ziyade, belgenin sunularak kamuya açılması, avukatın kamuya yönelik bir davranış sergilediğini göstermektedir⁵⁸.

Avukatın müvekkili ile kurmuş olduğu vekalet ilişkisinin bir diğer görünümü ahzu kabz yetkisi bakımındandır. Ahzu kabz “*bedeli tahsil etmek, bir miktar paranın elden teslim alınması veya kasa hesabına kaydedilmesi*”

⁵⁶ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında da bu hususa işaret edilmiştir:

“*Sanık Av. ... tarafından, 06.10.2009 tarihinde, Kadıköy 5. Aile Mahkemesinin 2009/195 esas sayılı dosyasına, sahte olduğu iddia edilen 18.09.2006 tarihli kendisinde olmayan rapor aslının örneğini “aslı gibidir” şeklinde şerh düşerek onaylayıp delil olarak sunduğu olayda; raporun aslını muhafaza etmemesi sebebiyle sahtecilik iddiasına karşı rapor aslının talep edilmesine rağmen ibraz edilmemesi, boşanma davasına ait dosyaya delil olarak sunulan doktor raporunda mevcut olan doktorun isim ve sicilinin karalanarak kullanıldığı anlaşılan raporun aslının görülmediğinin sabit olması, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarıyla avukatlara tanınan hakların kendilerine verilen önem ve gösterilen itimadın sonucu olması nedeniyle bu itimada aykırı davranışların özel bir düzenlemeyle suç sayılması hususları dikkate alındığında, sanığın eyleminin aynı Kanun'un 62. maddesi delaletiyle TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasında yer alan görevi kötüye kullanma suçuna göre özel norm niteliğindeki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56/3. maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu kabul edilmelidir.*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2016/1170, K.2019/488 sayılı, 20.06.2019 tarihli kararı).

⁵⁷ Kural olarak avukat müvekkilinden aldığı bilgilere güvense de farklı bir imza olduğu açıkça görülen ya da sahteliği bariz olan bir belgeden hareketle işlem yapılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atilla Özen, *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 189.

⁵⁸ Özbeke, Meraklı, s. 1173.

şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Müvekkil, avukata vermiş olduğu vekaletnamede ahzu kabz yetkisini tanyabilir. Bu yetkiyle karar ile hükmedilen şey, avukat tarafından teslim alınabilir veya avukatın nezdinde bulundurulabilir. 1086 sayılı HUMK'un 63. maddesi uyarınca "ahzu kabz" yetkisi özel yetkiyi gerektirmektedirken "hükmolunacak şeyi teslim almaya" ifadesi 6100 sayılı HMK'nın 74. maddesinde yer almamıştır. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.11.2011 gün ve 29359 sayılı yazısında HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce hazırlanan ve ahzu kabz yetkisi bulunmayan vekaletnameye istinaden vekalet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılmasının söz konusu olmayacağı ve 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekaletnamelerde ise aksi belirtilmediği sürece ahzu kabz yetkisinin kullanılmasının herhangi bir engel olmadığı görüşü paylaşılmıştır. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu belirtilerek ahzu kabz yetkisinin özel yetki kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁰.

Bahse konu ahzu kabz yetkisi aynı zamanda incelemiş olduğumuz kararın esas noktasını teşkil etmektedir. Avukatın bu yetkiye dayanarak icra dairesinden para tahsil etmesinin akabinde müvekkiline vermemesinin hangi suç oluşturacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda bahsedilen avukatın kamu görevlisi olarak görülüp görülmeyeceği konusu, bu sorunla doğrudan ilişkilidir. Bu bahisle avukatın özgü bir suç olan zimmet suçundan (TCK m. 247) mı yoksa hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m. 155, f. 2) mı cezalandırılacağı sorusuna cevap aranmalıdır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin eski tarihli bir kararında avukatın kamu görevlisi olduğundan hareketle zimmet suçunun oluştuğuna vurgu yapılmıştı. İlgili karar şu şekildedir:

"Yargıtay CGK'nın 12/04/2011 gün 2010/9-258 Esas, 2011/46 sayılı Kararına göre de, "5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "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

⁵⁹ Abdullah Demir, *Hukuki Terimler Sözlüğü*, Astana Yayınları, 2017, s. 44.

⁶⁰ Yargıtay 8. HD, E.2015/6701, K. 2017/7684 sayılı 24.05.2017 tarihli kararı, (zikreden) Özen, Avukatlık Hukuku, s. 507, 508.

yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” denildiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve **Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler** ile 5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı, 5237 sayılı TCK’nın “Özel kanunlarla ilişki” başlıklı 5. maddesinde; “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünün yer aldığı, maddenin gerekçesinde; “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir” denilmek suretiyle yasa koyucunun amacının ortaya konulduğu, TCK’nın 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle anılan Kanunun genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki **Avukatlık Yasanın 62. maddesinin de özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği ve TCK’nın 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı**, sanığın müvekkili olan katılan adına 27/12/2006 tarihli reddiyat makbuzu ile 242.90 TL, 29/01/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 242.90 TL, 27/02/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 242.90 TL, 24/04/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 236 TL, 05/06/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 141.60 TL, 11/06/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 150 TL, 30/10/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 708 TL, 22/09/2008 tarihli reddiyat makbuzu ile 1227.20 TL ve 17/06/2009 tarihli reddiyat makbuzu ile de 849.60 TL olmak üzere tedbir nafakası olarak icra yoluyla peyderpey tahsil ettiği toplam 4041

*TL'yi katılana ödemeyerek mal edindiği daha sonra şikayet edilmesi üzerine paranın bir kısmını katılana ödediğinin sabit olması karşısında, sanığın oluğa uygun olarak sübutu kabul edilen eyleminin zincirleme **zimmet** suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,*"⁶¹

Kararda "zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması açısından önemli olmaması" ifadesi oldukça dikkat çekicidir. Burada zimmet suçunun oluşmasında suçun konusundan ziyade, failin kamu görevlisi olduğundan hareketle bir değerlendirme yapılmıştır⁶². Doktrinde de bu yaklaşıma itibar eden görüşlere rastlamak mümkündür⁶³.

Burada zimmet suçunun oluştuğu yönündeki yaklaşım Yargıtay'ın başka dairelerine de yansımıştır. Yargıtay'ın 9. Ceza Dairesi'nin yakın tarihli bir başka kararındaki ilgili gerekçeler şu şekildedir:

*"suç tarihinde İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, katılmanın nafaka alacaklarını tahsil etmek üzere 20/08/2010 tarihli vekaletname ile vekilliğini üstlendiği, 350,00 TL'lik kısmı 22/08/2010 ve 18/09/2010 tarihli makbuzlar karşılığında olmak üzere toplam 6.350,00 TL'yi katılmanın eski eşi ...'dan tahsil edip 30/09/2010 tarihine kadar olan tüm nafaka borçlarına karşılık ibra ettiği halde, bahse konu parayı katılana vermeyip uhdesinde tutması şeklinde sübut bulan eyleminin **zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması...**"⁶⁴*

Son olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bir başka kararında, avukatın icra dairesinden tahsil etmiş olduğu paranın müvekkiline vermemesi yönündeki fiilin, zimmet suçunu oluşturacağına vurgu yapılmıştır⁶⁵. Kaldı ki incelemiş olduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na konu olan Yargıtay 5.

⁶¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E.2012/14312, K.2014/405 sayılı, 14.01.2014 tarihli kararı.

⁶² Aynı dairenin, aynı gerekçelerle bir başka kararı için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin, E.2013/170, K.2014/4862 sayılı ve 02.05.2014 tarihli kararı.

⁶³ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 222.

⁶⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin E.2020/1123, K.2020/539 sayılı ve 11.06.2020 tarihli kararı. Aynı dairenin, zimmet suçunun oluştuğu yönünde bir başka kararı için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin, E.2020/8331, K.2021/25 sayılı ve 12.01.2021 tarihli kararı. Benzer yönde bir başka dairenin kararı için bkz. Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin, E.2015/6981, K.2016/938 sayılı ve 08.02.2016 tarihli kararı.

⁶⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E.2015/1134, K.2018/8332 sayılı, 31.10.2018 tarihli kararı.

Ceza Dairesi'nin kararı da avukatın zimmet suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğini belirtmekteydi. Daha sonra Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin güncel kararlarında bir değişiklik gündeme gelmiştir. Bu noktada avukatın zimmet suçundan değil, bilakis hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılması sonucuna ulaşılmıştır:

*“Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 17/06/2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 Sayılı Kararında da açıklandığı üzere; sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paranın teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil, katılan tarafından sahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde, sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nin 155/2. maddesinde tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı...”*⁶⁶

Bu kararda dikkat çekici olan husus incelediğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na kararına atıf yapılmasıdır. Daha doğru bir ifadeyle bu karara atıf yapılarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi konuya dair yaklaşımını değiştirmiştir. Ancak yer verdiğimiz Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin kararına yönelik karşı oy yazısı şu şekilde belirtilmiştir:

“1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. Maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 Sayılı TCK'nin 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların, 1136 Sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi oldukları kabul edilmelidir. ...Öğretide de kabul edildiği üzere; TCK'nin 6. Maddesi kapsamında, kamusal faaliyet yaptıkları, dolayısıyla kamu görevlisi oldukları konusunda, anılan maddenin gerekçesi karşısında bir kuşku bulunmayan avukatın, görevi sebebiyle kendisine teslim edilen müvekkiline ait parayı veya başka bir eşyayı müvekkiline vermemesi durumunda, zimmet

⁶⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2018/4319, K.2022/1848 sayılı ve 16.02.2022 tarihli kararı. Dairenin aynı gerekçe ile bir başka kararı için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2020/6058, K.2022/2527 sayılı ve 03.03.2022 tarihli kararı.

suçunun oluşacağı ifade edilmektedir. ...Bu nedenle öğreti ve uygulamada kabul edildiği, TCK'nin 247. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, zimmete geçirilen malın Devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı, kamu görevlisi olan avukatların 01/01/2009 tarihinden sonra görevleri nedeniyle zilyetliği kendilerine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü oldukları malları uhdelerinde tutmaları halinde 5237 Sayılı TCK'nin 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun faili olabilecekleri kabul edilmelidir.”

İlgili karşı oy yazısı, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin eski kararlarının gerekçelerine sıkı sıkıya bağlı olduğunu göstermektedir. İncelemiş olduğumuz kararda da hemen hemen aynı gerekçelerle karşı oy yazılarının hazırlandığı görülmektedir. Dolayısıyla bu konuda tam bir fikir birliğine ulaşıldığından bahsedilemez. Bunun nedeninin bu suçlar arasında özel norm-genel norm ilişkisi olduğu akla gelmektedir⁶⁷. Ancak Yargıtay'ın farklı dairelerinin kararlarında da konunun hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu bağlamında çözümlendiğine rastlamaktayız⁶⁸. Benzer şekilde bir hukuka uygunluk nedeni olan hapis hakkı bağlamında da hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna vurgu yapılmıştır^{69,70}.

⁶⁷ Buna göre, zimmet suçu özel norm olup güveni kötüye kullanma suçu genel norm kapsamındadır. Bkz. Demirbaş, s. 573.

⁶⁸ “...Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalışan sanığın, katılan ...'ın vekalet vermiş olduğu... tarafından 16.000 TL bedelli senede dayanarak, İcra Dairesinde başlatmış olduğu icra takibinde, borçlu adresi olan ...'da... İcra Dairesinde açılan talimat dosyasında sanığın işlemleri yapması için yetki belgesi ile yetkilendirdiği, sanığın da borçludan 14.000 TL para olarak ibraname düzenlediği, almış olduğu paranın ise tamamını katılana vermeyip uhdesinde tutarak hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia ve kabul olduğu olayda; Sanık savunması, katılan ve tanık beyanları ile dosya kapsamından sanığın üzerine atılı suçu işlediğine yönelik mahkemece verilen mahkumiyet hükmünde isabetsizlik görülmemiş olup; sanığın eyleminin vekalet ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle zimmet suçunun yasal unsurlarını oluşturmadığı, eylemin bu hali ile hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu anlaşıldığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin, E.2017/14548 K.2018/2102 sayılı, 27.03.2018 tarihli kararı). Aynı dairenin benzer gerekçelerle bir başka kararı için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin, E. 2020/8285, K.2020/10999 sayılı, 03.11.2020 tarihli kararı.

⁶⁹ Ahzu kabz yetkisi yürütülerek ilgili meblağ üzerinde zilyetlik kurulmadan hapis hakkı kullanılamaz. Bkz. Ruhi, Ruhi, s. 84; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 45. maddesine göre, avukat, “hapis hakkı”nı alacağı ile oranlı olarak ileri sürebilir.

⁷⁰ “Kayseri Barosu avukatlarından olan sanığın, Kayseri 3. Aile Mahkemesi'nin 2013/601 esasına kayden takip ettiği katkı payı alacağı ve Sarioğlan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/57 (Yargıtay bozmasında önce 2010/19) esasına kayden yürüttüğü vasiyatnamenin iptali konulu davalarda katılanın vekili sıfatıyla görev yaptığı, davaların anlaşma ile sonuçlanması ve davalardan feragat edilmesi üzerine, taraflar arasında düzenlenen 15/09/2014 ta-

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, zimmet suçunun düzenlendiği bölüm temel alınarak bir yaklaşım geliştirilmelidir. Zimmet suçu (TCK m. 247), Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlığı taşıyan Dördüncü Kısım altındaki Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı Birinci Bölüm içerisinde yer almıştır. Madde hükmüne bakıldığında görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin cezalandırılması öngörülmüştür. Madde hükmü esasen, idarece istihdam edilen kişilerin kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı bir suçun işlendiğini göstermektedir. Nitekim eşyanın mülkiyetinden ziyade, suçta korunan hukuki değer, toplumda kamu görevlisine duyulan itimattır⁷¹. Bu bahisle idarece istihdam edilmeyen ve kamu hizmeti yürütse de serbest meslek kapsamında olan avukatın müvekkiline ait maddi değeri kendi malvarlığına dahil etmesi, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile bağlantılı bir hukuki değeri ihlal etmemektedir⁷².

Kanaatimizce suçun konusundan hareket edilerek bir çözüm geliştirilebilir. Zimmet suçunun konusu, kamu görevlisine görevi nedeniyle bırakılmış eşya veya kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olan eşyadır⁷³. Burada kamu görevlisinin sorumluluğu toplumu oluşturan herkese karşıdır. Ancak avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak icra dairesinden tahsil ettiği paranın zimmet suçunun konusunu oluşturmadığı açıktır. Nitekim avukatın parayı tahsil edip uhdesinde bulundurma ve teslim

rihli "İbraname" başlıklı sözleşme uyarınca, karşı tarafın katılana ödenmek üzere bankaya yatırdığı 50.000 TL'yi almak için, sanık ile katılanın 18/11/2014 tarihinde Şekerbank Erciyes şubesine gittikleri, paranın bankadan çekilmesinden sonra sanığın katılana, parayı ertesi gün bürosunda vereceğini söyleyerek çekilen miktarı aldığı ve herhangi bir vekalet ücreti alacağı bulunmadığı halde uhdesinde tuttuğu iddia edilen olayda; Sanığın aşamalarda değişiklik göstermeyen savunmalarında, bahse konu paranın kendisinin vekalet ücreti alacağı olduğunu, katılanın da bu paranın bankadan çekilmesi sırasında bu amaçla kendisine verilmesine rıza gösterdiğini beyan ettiği, sanığın hapis hakkını kullanmayı gerektirir bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla tanzim edilen bilirkişi raporuna göre de, sanığın hapis hakkını kullanmayı gerektirir sözleşmeden kaynaklı alacağının bulunduğu belirlendiği anlaşılmakla; sanığın, katılan adına tahsil ettiği 50.000 TL'yi vekalet ücretine mahsuben 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca hapis hakkını kullanarak uhdesinde tuttuğu ve atılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir." (Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin E.2017/37959, K.2021/5507 sayılı ve 20.05.2021 tarihli kararı).

⁷¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1031.

⁷² Özbek, Meraklı, s. 1170.

⁷³ Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s. 971.

etme yükümlülüğü devlete yönelik bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük vekâlet ilişkisine bağlı olarak müvekkile karşıdır. Aynı zamanda ahzu kabz yetkisi, yukarıda da bahsedildiği üzere, özel hukuk ilişkisi çerçevesinde incelenmektedir. Üstelik mal üzerinde zilyetlik görev dolayısıyla değil, üstlenilen vekalet ilişkisiyle kurulmaktadır⁷⁴. Sonuç olarak bu yetkiye dayanarak tahsil edilen miktarın müvekkile verilmemesi, zimmet suçuna vücut vermeyecektir. Bu yüzden “*zimmete geçirilen malın Devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin olmadığı*” şeklindeki gerekçeye katılmak mümkün değildir. İlgili gerekçe zimmet suçunun esaslarıyla bağdaşmamaktadır.

TCK'nın 155. maddesinde yer alan güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etmek gerekir. İlâveten meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya üzerinde fiilin işlenmesi suçun nitelikli unsurunu (f. 2) oluşturur. Bilinmelidir ki avukatla müvekkil arasında kurulan vekâlet ilişkisi karşılıklı güveni temel alan bir ilişkidir⁷⁵. Vekâlet ilişkisi, hizmet ilişkisinden farklılık arz eder. Nitekim avukatın kendi iş anlayışı içerisinde işverenin mesai ve iş konusunda herhangi bir emri olmadan aldığı icra ve dava dosyalarını takip etmesi, kendi işlerine yardımcı olması için ücret karşılığı bir eleman istihdam etmesi, verilen görevi reddetme hakkının bulunması gibi hususlar iş sözleşmesinin esaslı unsurları olan hukuki ve kişisel bağımlılık içerisinde görülemez⁷⁶. Her ne kadar iş hukuku anlamında olmasa da vekalet ilişkisi temelinde avukat, müvekkilin dava işlerini ve icra takiplerini yerine getirerek esasında bir hizmet sunar. Avukatın ahzu kabz yetkisi bağlamında icra dairesinden tahsil ettiği parayı müvekkiline teslim etmemesi esasında vekalet ilişkisinden kaynaklanan karşılıklı güvenin kaybolmasına yol açar. Diğer bir anlatımla kamu idaresinin güvenilirliğinden ziyade, müvekkilin

⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, s.1268.

⁷⁵ Özen, *Avukatlık Hukuku*, s. 189.

⁷⁶ Keza avukatla yapılan sözleşmede takip edilen dava ve icra dosyaları için aylık ücret ödeneceğinin kararlaştırılması dahi bir iş hukuku ilişkisi anlamına gelmemektedir. Bkz. Özen *Avukatlık Hukuku*, s. 513; Vekalet sözleşmesi uyarınca bir işin görülmesini üzerine alan avukat müvekkilinin emriyle hareket etmez ve iş karşılığı ücret ödenmiş olması avukat bağımsızlığını ihlal etmez. Bkz. Şenol, s. 282.

avukata duyduğu güven ihlal edilmiştir. Başka bir açıdan bakıldığında ilgili durum bir yükümlülük ihlalini de oluşturmaktadır. Nitekim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesi uyarınca işin sonunda müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler avukat tarafından gecikmeksizin müvekkile duyurulur ve teslim edilir⁷⁷.

Avukatın duruşma dışı görevlerinde, örneğin müvekkilleri ile olan danışma işlemlerinde kamu görevi ifa etmediklerine ve dolayısıyla kamu görevlisi sayılamayacaklarına vurgu yapılmıştır⁷⁸. Buradan hareketle icra dairesinden paranın müvekkil adına tahsil edilmesiyle avukatın kamu görevi sona ermektedir. Avukatın, sırf TCK m. 6, f. 1 bent c hükmü ve madde gerekçesi anlamında kamu görevlisi olarak zikredilmesi, icra ettiği mesleğin kamusal nitelik taşıdığını göstermemektedir. Paranın müvekkile verilmesinin kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğe isabet etmediği ortadadır. Paranın tahsil edilmesinden sonra artık özel hukuk ilişkisinden bahsetmek gerekir. Bu gerekçeler doğrultusunda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu sonucuna ulaşılabacaktır⁷⁹. Bu sonucun TCK m. 3, f.

⁷⁷ Bu yükümlülük ihlali aynı zamanda kınamayı gerektiren bir disiplin cezasını oluşturur:

“Disiplin kovuşturmasında müvekkil adına tahsil edilen miktarların zamanında müvekkile aktarılıp aktarılmadığı, avukatın uhdesinde tuttuğu miktar varsa bunun yapılan masraflar ve avukatın ücret alacağı ile oranlı olup olmadığı, bu konuda müvekkilini yazılı olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediği ve varsa kalan miktarın iade edilip edilmediği hususunun tespiti önem arz etmektedir. Şikâyetli avukatın, şikâyetçi müvekkili adına tahsil ettiği paradan müvekkiline bilgi vermemesi, parayı haksız ve geçerli bir neden olmaksızın uzun süre uhdesinde tutmuş olması, ödediğini savunduğu miktarla ilgili yazılı belge sunmamış olması karşısında, şikâyetli avukatın kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü ve mesleğine güveni sarsacak şekilde ve şikâyetçi müvekkilinin işini sadakatle takip etme görevini yerine getirmediğinden eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 43.maddelerine açıkça aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun “kınama cezası verilmesine” ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş onanmasına karar vermek gerekmiştir. Sonuç olarak, Şikâyetli avukatın itirazının reddi ile, Baro Disiplin Kurulunun “Kınama cezası ile cezalandırılmasına” ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi” (Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun, E.2010/544, K.2011/53, 28.01.2011 tarihli kararı). Erişim, <https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/291>, 10.12.2021.

⁷⁸ Turabi, s. 99.

⁷⁹ 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 26. maddesiyle uzlaştırmayı düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli (TCK m. 155, f. 1) şikâyete bağlı bir suçtur ve uzlaştırmaya tabidir. Ancak bu değişiklik sonrasında ikinci fıkradaki suçun nitelikli unsuru da uzlaştırma kapsamına alınmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra müvekkil ve avukat arasında ortaya çıkan ahzu kabz yetkisine ilişkin bu uyumsuzluk ilk olarak uzlaştırma hükümlerine göre çözümlenecektir.

1 hükmüyle belirtilen orantılılık ilkesiyle de uyumlu olduğu ifade edilmiştir⁸⁰. İncelenen kararda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun; ahzu kabz yetkisine, avukat ile müvekkil arasında kurulan vekalet ilişkisine, hukuka aykırı olarak ele geçirilen maddi değerın müvekkile ait olduğuna, oluşan zararın kamu zararı olmadığına ve bu ilişkinin hizmet nedeniyle bir güven oluşturduğuna dair açıklamaları isabetlidir. Aynı zamanda bu açıklamalar avukatlığın kamu hizmeti veren serbest meslek olma niteliği ile uygundur.

Avukatlık mesleği kamusal faaliyete katılma dâhilinde kamu görevlisi, vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğunda serbest meslek olarak kabul edilmektedir. Mesleğin, kamu hukuku hiyerarşisine dâhil olmaması, devletin nam ve hesabına yapılan bir iş niteliğinde görülmemesi, baro levhasına yazıldıktan sonra çalışıp çalışmama ve müvekkillerini seçme hususunda bağımsız olmaları ve devletten herhangi bir gelir elde etmemeleri, gelirlerinin müvekkillerinden alınan vekâlet ücretinden oluşması, devletin mali bir katkısının bulunmaması, müvekkilleri ile ilişkilerinin vekâlet sözleşmesine dayanması ve yükümlülüklerle de kendisinin katlanmasına dair hususlar, avukatın kamu görevlisi sayılmamasına yönelik önemli belirtilerdir. Buna karşılık TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü ve madde gerekçesi avukatı bir kamu görevlisi olarak görmekteyse de toptancı bir anlayışla hareket etmemek gerekir. Avukatın alelittlak kamu görevlisi olduğunu iddia etmek, doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁸¹. Aksi durum avukatlığın serbest meslek oluşuyla ve bağımsızlığıyla bağdaşmamaktadır. Konuyu bir örnekle açıklamak mümkündür. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bir kararına göre avukatın, ücret karşılığı müvekkilinin vekaletini almasına rağmen, vekaleti mahkemeye sunmaması ve dosyada işlem yapmaması sonucu işlemden kaldırılarak zarara ve mağduriyete neden olması da ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Kararın bu kısmında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak kararın devamında, dosyanın işlemden kaldırılmasına rağmen görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak keşif yapılacağını beyanla masraf adı altında avukatın para talep edip elde etmesinin de irtikap suçunu (TCK m. 250, f. 2) oluşturduğuna işaret edilmiştir⁸². Kanaatimizce dosya üzerinde masraf istenmesi avukat ile müvekkil arasındaki bir konudur. Burada avukat, kamu

⁸⁰ Aksi tutumun zimmet suçu uyarınca son derecede ağır cezaları gerektireceğine işaret edilecek, suç ve ceza arasındaki orantılılığın olmaması gerekçesiyle AİHS m. 6, 7 ve 14 hükümlerinin ihlale uğrayacağına vurgu yapılmıştır. Bkz. Tezcan, Erdem Önok, s. 861.

⁸¹ Doktrinde avukatın kural olarak kamu görevlisi olduğunu, ancak bu hususun her suç tipi açısından geçerli olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Tulay, s. 1230.

⁸² Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E.2012/16008, K.2014/3224 ve 20.03.2014 tarihli kararı.

görevinin sağlamış olduğu nüfuzu kötüye kullanmamış olup müvekkilinin şahsına duyulan güvenini sarsmıştır. İşlemden kaldırılmasına rağmen, dava seyri devam ediyormuş gibi keşif için masraf istenmesi esasen hileli hareketler kapsamındadır ki dolandırıcılık suçunun işlendiğinden bahsedilebilir. Serbest meslek sahibi kişiler tarafından mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli unsurunu oluşturur (TCK m. 158, f. 1, bent i). Somut olaydaki avukatın irtikap suçunu değil, nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği sonucuna ulaşmaktayız. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin avukatın sırf kamu görevi yürütmesi dolayısıyla konuyu Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bağlamında ele almasını doğru bulmamaktayız. Nitekim avukat-müvekkil arasında mevcut olan vekaletin sağladığı güven ilişkisinin ve avukatlığın serbest meslek kapsamında olduğunun, somut olayda ön plana çıktığından söz etmek gerekir.

Bununla birlikte avukatın genel geçer bir şekilde kamu görevlisi olmadığını söylemek de doğru değildir. Zira avukatın kanunla tevdi edilen kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri söz konusudur⁸³. Keza bu meslek kamu hizmetinin görülmesi bağlamında özel faaliyetlerden farklı bir hukuki rejime tabidir ki bu noktada avukat dokunulmazlığından bahsedilir. Her ne kadar avukat “yargı görevini yapan” içerisinde olsa da bu durum mesleğin yargının önemli sac ayaklarından biri olduğunu vurgulamak ve savunma hakkını güçlendirmek içindir. Buradan bakıldığında da avukatın her durumda kamu görevlisi olduğu sonucuna ulaşamaz. Yargıtay'ın ortaya koyduğu istikrar kazanan içtihatlarında yer alan karşı oy yazıları dahi konunun tam olarak anlaşılmadığını göstermektedir. Bu doğrultuda toptancı anlayışlardan ziyade, mesleğin icrası sırasında, kamu hukuku ilişkisi veya vekalet ilişkisi gibi somut olayda hangi ilişkinin daha güçlü bir şekilde ortaya çıktığına veya ağır bastığına göre bir değerlendirme yapmak hukuken daha isabetlidir.

B- İkinci Sorun Bakımından

Müvekkilin alacağını avukattan alabilmek için icra takibine başvurmasını ve bu icra takibi dahilinde alacağın tahsil edilmesini etkin pişmanlık hükümleri açısından değerlendirmek gerekir. İlk derece mahkemesi, zimmet suçu bağlamında vermiş olduğu hükümde alacağın icra yoluyla tahsiline rağmen etkin pişmanlık hükümlerini (TCK m. 248, f. 2) uygulamıştır. Fakat güveni kötüye kullanma suçunun hizmet ilişkisi nedeniyle nitelikli unsurunun

⁸³ Düğür, s. 63.

oluştugu göz önüne alındığında TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışılmalıdır. Etkin pişmanlık bazı suçlar açısından suç tamamlandıktan sonra daha soruşturma başlamadan evvel, soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce ve bazı durumlarda cezanın infazı sürecinde işlenen haksızlığın etkilerinin mümkün olduğunca giderilmesi veya azaltılması halinde gündeme gelmektedir. Bu durumda etkin pişmanlık gösteren faille hiç ceza verilmemesi veya cezasında belli bir miktar indirim yapılması öngörülmektedir⁸⁴. TCK'nın 168. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için failin gerçekten bizzat pişmanlık duyarak mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi gerekmektedir. Madde hükmü failin gerçekten pişmanlık duyarak aynen iade veya tazminin yerine getirilmesini aramıştır. Ne de olsa etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şeklini oluşturmaktadır⁸⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında etkin pişmanlıkla ilgili olarak şu hususlara yer verilmiştir:

“Bu açıklamaların sonucu olarak; iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, eşyanın failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu veya kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçirilmiş olması gibi hâllerde, failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden, TCK'nın 168. maddesinin uygulanma şartları oluşmayacaktır. Bununla birlikte, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle giderilmesi şartı yerine getirilirken duyulan pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp davranışlar yoluyla da gösterilebileceği; yine sanığın en azından pişmanlığını ya da iade ve tazmine rıza gösterdiğini ortaya koyacak söz veya davranışlarda bulunması, karşı duruş sergilememesi koşuluyla, suç nedeniyle meydana gelen zararın, sanık adına, üçüncü kişilerce giderilmesi hâlinde de sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması olayın özelliklerine göre mümkün olabilecektir.”⁸⁶

İncelemeye konu olan kararda müvekkil, avukattan olan alacağını

⁸⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 746.

⁸⁵ Koca, Üzülmez, Genel Hükümler, s. 447.

⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2019/6-383, K.2021/357 sayılı ve 08.07.2021 tarihli kararı.

alabilmek amacıyla icra takibine başvurmuş ve alacağıın bir kısmını tahsil edebilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararı ışığında avukatın etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Nitekim avukat pişmanlık duyarak müvekkilinin alacağını aynen iade veya tazmin suretiyle karşılamamıştır. Somut olayda alacağın bir kısmı karşılanırsa dahi mağdurun cebri icra yoluna başvurması dolayısıyla rızasının aranmayacağı (TCK m. 168, f. 4) izahtan varestedir.

SONUÇ

Yukarıda gerekçeleriyle birlikte değerlendirdiğimiz karar incelemesi nezdinde iki hukuki soruna çözüm aranmıştır. Birinci sorun bakımından ulaştığımız sonuç; TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü ve madde gerekçesinden hareketle avukatın mutlak bir şekilde kamu görevlisi olarak görülmemesi gerektiğidir. Avukat, “yargı görevini yapan” dahilinde olsa da bu husus, yargının işleyişinin sağlanması ve savunma hakkına ilişkindir. Kanaatimizce “yargı görevini yapan” ifadesi avukatın doğrudan kamu görevlisi olduğunu göstermemektedir. Aksi halde avukatın müvekkili ile olan ve güvene dayanan vekalet sözleşmesini kamu hukuku alanına taşımak anlamına gelir ki bu husus avukat bağımsızlığının ve serbest meslek niteliğinin sona ermesi anlamına gelmektedir. Tüm bu hususlar nazara alındığında, ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsil edilen paranın müvekkile verilmemesi zimmet suçunu değil, bilakis güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli unsurunu (TCK m. 155, f. 2) oluşturmaktadır.

Mesleğin niteliklerine bakıldığında avukatın bütünüyle kamu görevlisi olmadığını da ifade etmemek gerekir. Özellikle mesleğe tanınan kamu hukuku ağırlıklı yükümlülükleri ve ayrıcalıkları izah etmek ciddi derecede güçleşir. Bu durum aslında gri bir alana tekabül eder. O halde somut olayın koşulları göz önüne alınarak mesleğin icrası sırasında, vekalet ilişkisi veya kamu hukuku ilişkisinin hangisinin daha ağırlıklı bir şekilde ortaya çıktığına bakmak gerekir.

İkinci sorun incelendiğinde, karara konu alacağın cebri icra yoluyla tahsil edildiği görülmektedir. Dolayısıyla TCK m. 168'deki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Somut olayda avukat, bizzat pişmanlık göstererek müvekkilinin zararını aynen iade veya tazmin suretiyle gidermemiştir. Mağdur olan müvekkil, ilgili alacağı cebri icra yoluyla tahsil ettiği için rıza suretiyle kısmi tazmin (TCK m. 168, f. 4) de söz konusu olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk M. E., Gökçen A., Alşahin M. E., Çakır K., *Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Aydın H., “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (1), 2010, s. 109-128.
- Demir A., *Hukuki Terimler Sözlüğü*, Astana Yayınları, 2017.
- Demirbaş T., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dönmez B. D., “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *TBBĐ*, 94, 2011, s. 95-130.
- Düğer S., “İdare Hukuku Açısından Avukatlık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), 2019, s. 55-77.
- Gökcan H. T., “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67 (2), 2009, s. 151-156.
- Koca M., Üzülmüş İ., *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koca M., Üzülmüş İ., *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Özbek V. Ö., Meraklı S., “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 1157-1176.
- Özen A., *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özen M., Tozman Ö., “Türk Ceza Hukuku'nda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 42 (4), 2009, s. 25-57.
- Özgenç İ., *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İ., “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 1994, s. 329-348.
- Ruhi C., Ruhi A.C., *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Sav A., “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 1, 2010, s. 133-143.
- Soyaslan D., “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1), 1996, s. 41-53.
- Şenol T. “Bağımsız Avukatlık”, *TBBD*, 54, 2004, s. 269-291.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok R. M., *Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tulay M. E., “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sıfatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70 (4), 2021, s. 1223-1259.
- Turabi S., “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7 (20), s. 87-110.
- Türay A., “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017, s. 355-377.
- Ünal O. G., “Müdafinin Yasaklılık Halleri”, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 463-492.
- Yaşar O, Gökcan H. T., Artuç M., *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2014.

